



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

Distr. limitada  
18 de septiembre de 2020  
Español  
Original: inglés

---

**Octava 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, 19 a 23 de octubre de 2020

Tema 16 del programa provisional

**Otros asuntos**

**Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2020):  
capítulo III revisado\***

---

\* El presente documento es una revisión del documento TD/RBP/CONF.7/L.3.

GE.20-12115 (S) 131020 151020



\* 2 0 1 2 1 1 5 \*

Se ruega reciclar



## I. Esquema del capítulo III de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia

### Acuerdos o arreglos restrictivos

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

- a) Los acuerdos para fijar precios u otras condiciones de venta, también en el comercio internacional;
- b) La colusión en las licitaciones;
- c) El reparto del mercado o de la clientela;
- d) Las restricciones de la producción o las ventas, también por medio de cuotas;
- e) La negativa concertada a comprar;
- f) La negativa concertada a suministrar;
- g) La denegación colectiva de admisión a un arreglo 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 sean realizadas 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 acuerdo en general redundará en un beneficio público neto.

## II. Comentarios al capítulo III y planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes

### A. Introducción

1. En el capítulo III de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de la UNCTAD se recomienda la prohibición de los acuerdos o arreglos restrictivos. Los artículos se redactaron tomando como base el párrafo 3 de la sección D del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, 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 reparto de mercados o de clientes;

- d) Reparto por cuotas de ventas y producción;
- e) Acción colectiva para la imposición de arreglos (por ejemplo, mediante la negativa concertada a tratar);
- f) Denegación concertada de suministros a importadores potenciales;
- g) Negativa colectiva a que se acceda a un arreglo o a una asociación que sean decisivos para la competencia.

2. La formulación actual empleada en el capítulo III, a saber, “acuerdos entre empresas competidoras o potencialmente competidoras”, da a entender que la prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia solo afecta a los acuerdos horizontales. Sin embargo, teniendo en cuenta que muchas leyes de defensa de la competencia prohíben los acuerdos contrarios a la competencia tanto horizontales como verticales, en los comentarios al capítulo III se consideran también los acuerdos verticales.

## B. Acuerdos o arreglos

3. A diferencia de cuando se prohíbe el comportamiento de una empresa individual, la prohibición de los acuerdos restrictivos está motivada por los efectos contrarios a la competencia derivados de la colusión y/o cooperación entre dos o más empresas independientes, ya sea horizontal o vertical. La interacción entre empresas es lo que pretende reflejar la idea de acuerdo o arreglo. El concepto de acuerdo en la legislación de defensa de la competencia no es necesariamente igual al utilizado en los sistemas jurídicos de tradición romanista y normalmente se interpreta de forma amplia para que incluya todo tipo de comportamiento pertinente.

4. Un acuerdo puede adoptar distintas formas. Puede ser escrito o verbal, oficial u oficioso, explícito o tácito<sup>1</sup>. Basta un gesto de asentimiento para establecer un acuerdo<sup>2</sup>, por lo que algunas leyes de defensa de la competencia están redactadas en términos amplios para que sean aplicables a todo tipo de acuerdos. Del mismo modo, las leyes de defensa de la competencia son de aplicación a cualquier tipo de acuerdo, esté o no destinado a ser jurídicamente vinculante. Con frecuencia, la prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia puede abarcar las prácticas concertadas y entendimientos más oficiosos.

5. Habida cuenta de que las asociaciones empresariales pueden desempeñar un papel fundamental en la concertación y el mantenimiento de acuerdos, muchas leyes de defensa de la competencia incluyen las decisiones de dichas asociaciones en la definición de acuerdo. Alternativamente, algunas jurisdicciones, como Malawi y la República de Corea, tipifican de manera específica los comportamientos ilícitos de las asociaciones empresariales.

6. Debe tenerse en cuenta que, por lo general, los acuerdos entre empresas pertenecientes a un mismo propietario o sujetas a un control común no están prohibidos. Se considera que esas empresas constituyen una única entidad económica que actúa en el mercado como un solo agente<sup>3</sup>. Esta idea también se recoge en el párrafo 3 de la sección D del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, que establece que los acuerdos 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”.

<sup>1</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, *Interstate Circuit v. United States*, causa núm. 306 US208, 1939; Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, *United States v. Apple*, causa núm. 791 F.3d 290, 2015.

<sup>2</sup> Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, *Esco v. United States*, 340 F.2D 1000, 1965.

<sup>3</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Texaco v. Dagher*, causa núm. 547 US1, 2006; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Akzo Nobel y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto núm. C-97/08, 2009, párr. 58.

7. En algunas jurisdicciones, en lugar de referirse a los acuerdos contrarios a la competencia o a las prácticas concertadas, se habla de colusión tácita. Por lo general este concepto supone la intervención de múltiples empresas, pero se refiere a los comportamientos oligopolísticos, es decir, los comportamientos paralelos en una situación de oligopolio<sup>4</sup>, que no se basan en ningún tipo de acuerdo o entendimiento<sup>5</sup>. En relación con la colusión tácita, existe un amplio debate sobre si debe ser ilegal, dado que crea el mismo resultado económico que la colusión convenida<sup>6</sup>. No obstante, al no haberse alcanzado aún un consenso general, la colusión tácita se sigue considerando legítima en casi todas las jurisdicciones (véase el cuadro 1).

Cuadro 1

**Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes – Definición de acuerdo**

*Jurisdicción*

China	El artículo 13 de la Ley Antimonopolio establece que son acuerdos monopolísticos los acuerdos, decisiones y demás comportamientos concertados destinados a eliminar o restringir la competencia.
India	La Ley de Defensa de la Competencia establece que por “acuerdo” se entiende cualquier arreglo, entendimiento o actuación concertados: a) ya sean oficiales u oficiosos, escritos o verbales; o b) estén o no destinados a tener fuerza jurídica obligatoria.
Jamaica	La Ley de Competencia Leal establece que se entiende por acuerdo todo acuerdo, arreglo o entendimiento, ya sea oral o escrito o esté o no destinado a ser jurídicamente exigible.
Sudáfrica	El artículo 4, párrafo 1, de la Ley de Defensa de la Competencia habla de todo acuerdo o práctica concertada entre empresas o toda decisión de una asociación empresarial, y el artículo 1, párrafo 1 ii) y vi), establece que por acuerdo, cuando se utiliza en relación con una práctica prohibida, se entiende todo contrato, arreglo o entendimiento, destinado o no a ser jurídicamente exigible, y que por práctica concertada se entiende todo comportamiento cooperativo o coordinado entre empresas por medio de contactos directos o indirectos, que suprime su actuación independiente pero no equivale a un acuerdo.
Unión Europea	El artículo 101, párrafo 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se refiere a “los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas”.

**Diferencia entre acuerdos horizontales y verticales**

8. Los acuerdos entre empresas son fundamentalmente de dos tipos: horizontales o verticales. Hay acuerdos que pueden ser a la vez horizontales y verticales. Los acuerdos 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 y/o distribución y compiten por los mismos clientes. Un acuerdo entre competidores potenciales también puede ser horizontal. Son competidores potenciales las empresas que son capaces y susceptibles de entrar en el mercado de que se trate y pueden hacer la competencia a los competidores actuales.

9. Son acuerdos verticales los establecidos entre empresas que se sitúan en distintos escalones funcionales de la cadena de producción y/o distribución. En otras palabras, se

<sup>4</sup> R. Whish y D. Bailey, 2018, *Competition Law*, 9ª ed. (Oxford University Press, Oxford).

<sup>5</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Theatre Enterprise v. Paramount Film Distributing*, causa núm. 346 US537, 1954.

<sup>6</sup> H. Hovenkamp, 2016, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 5ª ed. (West Academic Publishing, Saint Paul (Estados Unidos)).

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.

10. Mientras los acuerdos 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 acuerdos 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 acuerdos horizontales y los verticales, por lo general más estricta en el caso de los acuerdos horizontales.

### **C. Formulación de la prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia**

11. Aunque la mayoría de las leyes de defensa de la competencia prohíben los acuerdos contrarios a la competencia tanto horizontales como verticales, a menudo lo hacen con enfoques distintos. En muchos regímenes de defensa de la competencia existe una disposición general relativa a los acuerdos contrarios a la competencia que abarca tanto los horizontales como los verticales. Por ejemplo, la Ley Antimonopolio Sherman de los Estados Unidos, de 1890, contiene una prohibición general de los acuerdos contrarios a la competencia, de modo que tanto los acuerdos horizontales como los verticales pueden impugnarse en virtud de la misma disposición. En cambio, algunas leyes de defensa de la competencia, por ejemplo las de Costa Rica, Indonesia y Sudáfrica, dedican disposiciones diferentes a los acuerdos horizontales y verticales. Las leyes de defensa de la competencia pueden contener disposiciones generales que son aplicables únicamente a los acuerdos horizontales, de manera que los acuerdos verticales se regulan en algunas disposiciones específicas relativas, por ejemplo, a la fijación de precios de reventa, los acuerdos de exclusividad, las ventas condicionadas o subordinadas, etc. Conviene señalar que la prohibición del abuso de posición dominante puede ser aplicable también a los acuerdos verticales si una de las partes tiene una posición dominante y abusa de ella mediante cláusulas y condiciones contrarias a la competencia.

12. A este respecto se plantea la cuestión de si deben especificarse expresamente en la ley los comportamientos prohibidos o si debe establecerse una prohibición general que abarque los distintos tipos de acuerdos contrarios a la competencia. Algunas leyes de defensa de la competencia solo establecen una prohibición general de los acuerdos contrarios a la competencia, por lo que los comportamientos específicos prohibidos por la ley se determinan en el momento de la aplicación. Aunque este enfoque permita una aplicación flexible de la normativa, es posible que ofrezca poca orientación a la población y a los organismos reguladores de la competencia sin una sólida formación en materia de derecho de la competencia, en particular cuando el régimen de la competencia sea reciente y la población sea relativamente poco consciente de la ilegalidad de los acuerdos contrarios a la competencia. Otra solución sería incluir una lista de ejemplos de comportamientos prohibidos en la disposición pertinente de la ley de defensa de la competencia. En muchas jurisdicciones, como Chile, China y la Unión Europea, se ha adoptado el enfoque de establecer una prohibición general de los acuerdos contrarios a la competencia seguida de una lista no exhaustiva de las categorías que se considera que vulneran esa prohibición. Este enfoque permite una gran flexibilidad y al mismo tiempo ofrece orientación sobre las prioridades en materia de aplicación de la ley (véase el cuadro 2).

## Cuadro 2

**Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes:  
Formulación de la prohibición de los acuerdos contrarios a la  
competencia**

*Jurisdicción*

Australia	El artículo 45 de la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor contiene una disposición general relativa a los acuerdos horizontales y verticales. La Ley también contiene disposiciones que abordan por separado los acuerdos horizontales y verticales, incluida la prohibición de disponer la constitución de cárteles o de dar efecto a ese tipo de disposiciones. Se trata de las disposiciones de un contrato, arreglo o entendimiento entre empresas en una relación horizontal que tengan cualquiera de los fines o efectos enumerados en el artículo 45AD de la Ley. La Ley contiene otras disposiciones aplicables a los acuerdos verticales, como el artículo 47 sobre los acuerdos de exclusividad y el artículo 48 sobre la fijación de precios de reventa.
Canadá	La Ley de Defensa de la Competencia establece dos prohibiciones de acuerdos horizontales contrarios a la competencia. El artículo 45 prohíbe los acuerdos entre competidores para fijar precios, repartirse mercados o limitar la producción. El artículo 90, párrafo 1, prohíbe los demás tipos de acuerdos horizontales susceptibles de obstaculizar o reducir sustancialmente la competencia. Además, la Ley contiene varias disposiciones que prohíben formas específicas de acuerdos verticales, como el artículo 76, relativo a la fijación de precios de reventa, y el artículo 77, relativo a los acuerdos de exclusividad, las restricciones del mercado y las vinculaciones.
China	<p>El artículo 13 de la Ley Antimonopolio establece lo siguiente:</p> <p>Se prohíbe a las empresas competidoras concluir los siguientes acuerdos monopolísticos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Sobre la fijación o modificación de precios de productos básicos;</li> <li>b) Sobre la limitación de la cantidad de productos básicos que han de fabricarse o comercializarse;</li> <li>c) Sobre la repartición del mercado de ventas o de compras de materias primas e intermedias;</li> <li>d) Sobre la restricción de la adquisición de nuevas tecnologías o equipos o del desarrollo de nuevas tecnologías o productos;</li> <li>e) Sobre el boicoteo conjunto de transacciones;</li> <li>f) Otros acuerdos monopolísticos confirmados como tales por la autoridad encargada de la aplicación de la Ley Antimonopolio del Consejo de Estado.</li> </ul> <p>El artículo 14 contiene una disposición similar relativa a los acuerdos verticales.</p>
Chile	<p>El artículo 3 de la Ley núm. 211 que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia dispone lo siguiente:</p> <p>“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos</p>

*Jurisdicción*

efectos, los siguientes: Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”

República de Corea

El artículo 19, párrafo 1, de la Ley de Regulación de Monopolios y Comercio Leal establece lo siguiente: Ningún empresario podrá acordar con otros empresarios mediante contrato, acuerdo, resolución o cualquier otro medio ni permitir a terceros la realización conjunta de un acto previsto en alguno de los siguientes apartados que limite la competencia de manera desleal (en adelante denominados “actos concertados indebidos”):

- 1) Todo acto consistente en fijar, mantener o modificar precios;
- 2) Todo acto consistente en establecer las condiciones de las transacciones de bienes o servicios o el precio de dichas transacciones;
- 3) Todo acto consistente en limitar la producción, la entrega, el transporte o la transacción de bienes o servicios;
- 4) Todo acto consistente en limitar el territorio comercial o los clientes;
- 5) Todo acto consistente en impedir o limitar el establecimiento o la ampliación de instalaciones o la instalación del equipo necesario para la producción de bienes o la prestación de servicios;
- 6) Todo acto consistente en limitar los tipos de bienes o servicios o sus especificaciones para la producción o transacción de bienes o servicios;
- 7) Todo acto consistente en llevar adelante y administrar conjuntamente las partes principales de un negocio o en establecer una empresa, etc. para llevar adelante y administrar conjuntamente las partes principales de un negocio; o
- 8) Toda práctica que reduzca sustancialmente la competencia en un determinado ámbito empresarial por medios distintos de los previstos en los apartados 1 a 7, consistente en interferir o limitar las actividades o el contenido de un negocio.

Sudáfrica

El artículo 4, párrafo 1 b), de la Ley de Defensa de la Competencia dice lo siguiente:

Quedan prohibidos los acuerdos o las prácticas concertadas entre empresas o las decisiones de una asociación empresarial si las partes tienen una relación horizontal y si [...] prevén alguna de las siguientes prácticas restrictivas horizontales:

- a) La fijación directa o indirecta de un precio de compra o de venta o de cualquier otra condición comercial;
- b) La división de los mercados mediante el reparto de clientes, proveedores, territorios o tipos específicos de bienes o servicios; o
- c) La colusión en las licitaciones.

En el artículo 5, párrafo 1, de la Ley de Defensa de la Competencia se establece que “quedan prohibidos los acuerdos entre partes que tengan una relación vertical si tienen por efecto obstaculizar o reducir sustancialmente la competencia en un mercado”.

*Jurisdicción*

Estados Unidos	La Ley Antimonopolio Sherman declara ilegal todo contrato, agrupación monopolística o de otra índole o conspiración que limite las transacciones o el comercio entre diferentes estados o con otros países.
Unión Europea	El artículo 101, párrafo 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece lo siguiente: <p>“1. 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:</p> <p>a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;</p> <p>b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;</p> <p>c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;</p> <p>d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;</p> <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.”</p>

**D. Acuerdos horizontales contrarios a la competencia**

13. 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 acuerdos que constituyen cárteles intrínsecamente nocivos de los demás tipos de acuerdos horizontales. Los acuerdos enumerados en el capítulo III de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia constituyen cárteles intrínsecamente nocivos, que han demostrado ser particularmente perniciosos para la competencia. Por lo general se acepta que los cárteles intrínsecamente nocivos son siempre contrarios a la competencia y cabe razonablemente suponer que *a priori* son ilegales<sup>7</sup>. Por esta razón, son muy numerosos los regímenes jurídicos de derecho de la competencia que los prohíben sin más, por constituir violaciones intrínsecas de la legislación o por ser contrarios a la competencia en razón de su objeto.

14. A diferencia de los cárteles intrínsecamente nocivos, hay otros tipos de acuerdos horizontales que pueden resultar beneficiosos o tener efectos favorables a la competencia. Por ejemplo, los de comercialización conjunta, que permiten que los productos lleguen a los clientes con mayor rapidez, pueden generar algunas ganancias en eficiencia. Sin embargo, los acuerdos de este tipo también pueden dañar a la competencia porque reducen la capacidad o el incentivo de las empresas participantes para competir de forma

<sup>7</sup> El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha afirmado que existen “acuerdos cuya naturaleza y efectos necesarios son tan claramente contrarios a la competencia que no se necesita ningún examen detallado del sector para establecer su ilegalidad —son ‘intrínsecamente ilegales’” (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *National Society of Professional Engineers v. United States*, causa núm. 435 US679, 1978). Además, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha sostenido que, con arreglo a la Ley Antimonopolio Sherman, toda agrupación constituida con objeto y con el efecto de aumentar, reducir, fijar, vincular o estabilizar el precio de un producto básico en transacciones comerciales interestatales o exteriores es intrínsecamente ilegal (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *United States v. Socony-Vacuum Oil*, causa núm. 310 US150, 1940).

independiente o implican o facilitan la conclusión de acuerdos contrarios a la competencia entre ellas. Sus efectos generales sobre la competencia varían en cada caso, dependiendo del carácter de los acuerdos y de las circunstancias del mercado. Por consiguiente, los acuerdos de este tipo potencialmente contrarios a la competencia deben abordarse con mayor detenimiento y, por lo tanto, normalmente han de evaluarse aplicando el criterio de la razonabilidad (*rule of reason*), según el cual los organismos reguladores de la competencia han de demostrar el daño causado por la supuesta práctica de cártel<sup>8</sup>. La diferencia entre estos dos tipos de acuerdos horizontales adquiere mayor importancia si cabe si se tiene en cuenta la reciente tendencia a la penalización de los cárteles intrínsecamente nocivos. En algunas jurisdicciones se considera que los cárteles intrínsecamente nocivos constituyen un delito que puede ser castigado con penas de prisión, mientras que los demás tipos de acuerdos horizontales son objeto de sanciones civiles o administrativas.

## **E. Cárteles intrínsecamente nocivos**

15. Los cárteles intrínsecamente nocivos son acuerdos contrarios a la competencia que no tienen más objetivo ni efecto que hacer subir los precios o disminuir la producción. En términos generales, hay cuatro tipos de acuerdos que encajan en la definición de cárteles intrínsecamente nocivos, a saber, los de fijación de precios, colusión en las licitaciones, reparto del mercado y limitación de la producción. Los boicoteos colectivos por parte de unas empresas también podrían estar incluidos en una lista ampliada de cárteles intrínsecamente nocivos. El capítulo III de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia incluye entre los cárteles intrínsecamente nocivos las subcategorías de negativa concertada a comprar o suministrar (boicoteo colectivo); y denegación colectiva de participación en un arreglo o una asociación que sean decisivos para la competencia. Los acuerdos enumerados en el capítulo III se consideran en general cárteles intrínsecamente nocivos.

### **1. Acuerdos para fijar precios u otras condiciones de venta, también en el comercio internacional**

16. En el párrafo 3 de la sección D del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas se establece que las empresas deben abstenerse de concertar “acuerdos de fijación de precios, incluso con respecto a exportaciones e importaciones”. La fijación de precios es una de las formas más habituales de prácticas de cártel intrínsecamente nocivo y se considera intrínsecamente ilegal en muchos países. Consiste en un acuerdo entre competidores para subir, fijar o mantener de otro modo el precio de un producto o servicio. Puede incluir acuerdos para establecer un precio mínimo, suprimir descuentos o adoptar una fórmula común para calcular los precios, etc. También puede darse cuando hay colusión entre compradores para determinar el precio máximo que están dispuestos a pagar por productos primarios e intermedios. No se limita solo a los precios, sino que puede afectar también a otras condiciones de la venta que influyen en los precios al consumidor, como los fletes, las garantías, los programas de descuento o los tipos aplicados a la financiación.

### **2. Colusión en las licitaciones**

17. La colusión en las licitaciones permite a los competidores que participen en ella hacer subir los precios en situaciones de adjudicación de contratos por medio de la convocatoria de una licitación. Los competidores se ponen de acuerdo de antemano sobre el ganador de la licitación y el precio ofertado, contradiciendo así la finalidad de la convocatoria de la licitación, que no es otra que la adquisición de bienes o servicios al precio más favorable. La colusión en las licitaciones puede adoptar diferentes formas. Los

<sup>8</sup> La verdadera prueba de legalidad es si la limitación simplemente regula, y tal vez por lo tanto promueve, la competencia, o si puede reducir o incluso destruir la competencia. Para determinar esta cuestión, el tribunal debe normalmente considerar las circunstancias particulares del negocio, su situación antes y después de que se haya impuesto la limitación, la naturaleza de la limitación y sus efectos, reales o probables (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Chicago Board of Trade v. United States*, causa núm. 246 US231, 1918).

competidores pueden ponerse de acuerdo para adjudicarse las licitaciones por turno, práctica que se conoce como rotación de ofertas. Algunos competidores pueden comprometerse a presentar ofertas inaceptables a fin de ocultar una manipulación para alterar las ofertas. En otros casos, los competidores pueden simplemente ponerse de acuerdo para no participar en una licitación o retirar una oferta ya presentada. Aparte de la presentación o no de la oferta en sí, la colusión debe prever también alguna forma de compensación a los aparentes perdedores. Estos acuerdos también pueden implicar, como compensación, la subcontratación de partes del contrato principal con los licitantes perdedores o la realización de pagos a los demás miembros del cártel. La colusión en las licitaciones es ilegal en la mayoría de los países. Aun aquellos que no cuentan con una legislación pertinente de defensa de la competencia disponen a menudo de una normativa específica sobre las licitaciones. La mayoría de los países tratan la colusión en las licitaciones con mayor rigor que otros acuerdos horizontales debido a sus aspectos fraudulentos y a sus efectos perjudiciales para las adquisiciones del Estado y el gasto público en particular (véase el cuadro 3)<sup>9</sup>.

Cuadro 3

**Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes:  
Colusión en las licitaciones**

<i>País</i>	
Botswana	Los artículos 25 y 26 de la Ley de Defensa de la Competencia establecen que la concertación de un acuerdo que implique colusión en las licitaciones es constitutiva de delito, a menos que se informe a la persona que convoca la licitación de los términos del acuerdo antes de que se hagan las ofertas. Dicho delito se castiga con una multa no superior a 100.000 pula, con una pena de prisión de hasta cinco años, o con ambas cosas.
Brasil	El artículo 36 de la Ley Antimonopolio prohíbe la colusión en las licitaciones, que también es contraria a la Ley de Empresas Limpias. Las infracciones se castigan con una multa que se calcula como un porcentaje de las ventas brutas de la empresa durante el último ejercicio. La colusión en las licitaciones también está tipificada como delito en la Ley de Contratación Pública, que la castiga con una pena de prisión de hasta cinco años.
Canadá	El artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que la colusión en las licitaciones es un delito grave, a menos que el acuerdo se dé a conocer a la persona que convoca las licitaciones. Dicho delito se castiga con una multa, con una pena de prisión de hasta 14 años, o con ambas cosas.
China	La Ley Antimonopolio no contiene ninguna disposición especial referente a la colusión en las licitaciones. Sin embargo, esta se prohíbe expresamente en el artículo 223 del Código Penal.
Alemania	La Ley contra las Restricciones de la Competencia no contiene ninguna disposición especial referente a colusión en las licitaciones. Sin embargo, esta se prohíbe expresamente en el artículo 298 del Código Penal.
Kenya	El artículo 21, párrafo 9, de la Ley de Defensa de la Competencia tipifica la colusión en las licitaciones como delito punible con una pena de prisión de hasta cinco años, una multa no superior a 10 millones de chelines, o ambas cosas.
Sudáfrica	El artículo 4, párrafo 1 b) iii), de la Ley de Defensa de la Competencia prohíbe la colusión en las licitaciones.

<sup>9</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, *Fiscalía Nacional Económica c. Fresenius y otros*, sentencia núm. 165-2018, 2018.

### 3. Reparto del mercado o de la clientela

18. Los acuerdos de reparto del mercado o de la clientela son aquellos por los que los competidores se dividen los mercados entre ellos. Consisten fundamentalmente en acuerdos de no competencia por los que los competidores se comprometen a no vender en el mercado del otro. De este modo, las empresas se reparten el territorio donde realizarán sus ventas en función de criterios geográficos o reservan determinados clientes o tipos de clientes a determinados miembros del cártel<sup>10</sup>. Este tipo de acuerdos puede ser más eficaz para el cártel que el de fijación de precios porque permite evitar los gastos y las dificultades que conlleva la fijación de precios comunes. Es relativamente fácil para los miembros vigilar el cumplimiento del acuerdo, ya que la mera presencia de los bienes de un competidor en la zona de otro miembro pone de manifiesto cualquier engaño<sup>11</sup>. Los acuerdos de reparto de la clientela pueden darse tanto en el comercio nacional como en el internacional; en este último caso frecuentemente consisten en un reparto del mercado internacional con criterios geográficos que refleja las relaciones previamente establecidas entre proveedores y compradores. Las empresas que conciertan tales acuerdos casi siempre acuerdan no competir en el mercado nacional de la otra<sup>12</sup>. Los acuerdos de reparto del mercado y de la clientela socavan la competencia al limitar la capacidad de los productores más eficientes del grupo para vender fuera de su zona geográfica o conseguir nuevos clientes. Por lo tanto, es probable que este tipo de restricción haga que a las empresas les resulte difícil reducir sus costos unitarios de producción mediante la explotación de economías de escala.

### 4. Restricciones de la producción o las ventas, también por medio de cuotas

19. Las restricciones de la producción o las ventas tienen por finalidad influir en los precios mediante una limitación artificial de la oferta. Pueden conseguirse por medio de acuerdos sobre los volúmenes de producción, los volúmenes de ventas o el porcentaje de crecimiento del mercado. Esas restricciones son frecuentes en los sectores en los que hay un exceso de capacidad y las partes en colusión desean que suban los precios<sup>13</sup>. Para velar por el cumplimiento de ese acuerdo, a menudo se crea un fondo común al que las empresas cuyas ventas sean superiores a su cuota deben contribuir para compensar a las empresas cuyas ventas sean inferiores a su cuota<sup>14</sup>. Los acuerdos de restricción de la producción tienen efectos similares a los de fijación de precios en el sentido de que, si se reduce la producción, los precios aumentarán. Ello impide a las empresas más eficientes o innovadoras expandirse y, posiblemente, aprovechar plenamente las economías de escala. Se reduce la competencia y los consumidores pagan precios más altos.

### 5. Negativa concertada a comprar

### 6. Negativa concertada a suministrar

20. Las negativas concertadas a comprar o a suministrar, a veces calificadas de boicoteos colectivos, son acuerdos entre empresas competidoras con miras a detener o limitar sus ventas a determinados clientes o sus compras a determinados proveedores. Los boicoteos colectivos pueden servir para mantener un comportamiento anticompetitivo ilegal. Por ejemplo, para asegurar el cumplimiento de un acuerdo de fijación de precios, unas empresas competidoras pueden convenir en no realizar transacciones con otras empresas salvo en las condiciones convenidas. Además, los boicoteos colectivos pueden servir para impedir que una empresa entre en un mercado o para colocar a un competidor

<sup>10</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *United States v. Topco Associates*, causa núm. 405 US596, 1972; Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Palmer v. BRG of Georgia*, causa núm. 498 US46, 1990.

<sup>11</sup> Whish y Bailey, 2018.

<sup>12</sup> Comisión Europea, 2018, asunto AT.40009: *Empresas de transporte marítimo de vehículos*, puede consultarse en [https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_40009](https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=1_40009) (consultado el 8 de septiembre de 2020).

<sup>13</sup> Corte Suprema de Chile, *Fiscalía Nacional Económica c. Agrícola Agrosuper y otros*, rol núm. 27.181-2014, 2015.

<sup>14</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, *Fiscalía Nacional Económica c. CMPC Tissue y otros*, sentencia núm. 160-2017, 2017.

anterior en situación de desventaja, o pueden ir en contra de empresas que ofrezcan descuentos para obligarlas a cumplir acuerdos de fijación de precios de reventa. A veces es posible que, aunque no se produzca el boicoteo, la amenaza de llevarlo a cabo induzca a la víctima o las víctimas potenciales a actuar en el sentido deseado. Los boicoteos colectivos pueden ser horizontales (las empresas competidoras convienen entre ellas en no vender o no comprar a determinadas empresas o particulares)<sup>15</sup> o verticales (acuerdos entre partes situadas en niveles diferentes de la cadena de producción o distribución, que convienen en negarse a tratar con un tercero, normalmente un competidor de dichas empresas)<sup>16</sup>. Los boicoteos colectivos 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. Las negativas concertadas a comprar o suministrar se consideran intrínsecamente ilegales en varios países (véase el cuadro 4).

Cuadro 4

**Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes:****Boicoteos***País*

China	El artículo 13 de la Ley Antimonopolio prohíbe a los competidores celebrar un acuerdo horizontal de boicoteo.
Alemania	La Ley contra las Restricciones de la Competencia, además de una prohibición general de los acuerdos contrarios a la competencia, contiene en su artículo 21 una prohibición de los boicoteos.
Estados Unidos	Por lo general, los tribunales han analizado los casos de boicoteo aplicando el criterio de la ilegalidad intrínseca. No obstante, el Tribunal Supremo ha sostenido que no todas las negativas concertadas a comerciar horizontales justifican la adopción de ese criterio <sup>17</sup> .

## 7. Denegación colectiva de admisión a un arreglo o a una asociación que sean decisivos para la competencia

21. La pertenencia a asociaciones profesionales y comerciales es habitual en la producción y venta de bienes y servicios. Tales asociaciones suelen contar con ciertas normas de admisión y en circunstancias normales se permite el ingreso de quienes reúnan los requisitos. No obstante, las normas de admisión pueden redactarse de modo que excluyan a ciertos posibles competidores, ya sea estableciendo una discriminación contra ellos o creando un “coto cerrado”, lo que podría reducir o dificultar la competencia<sup>18</sup>. Con todo, existen preocupaciones profesionales válidas, como el incumplimiento de las normas de conducta profesional, que pueden justificar la exclusión de una asociación profesional. La denegación colectiva de participación en un arreglo también puede consistir en una denegación de acceso a un servicio necesario para competir eficazmente en el mercado.

<sup>15</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Allied Tube and Conduit v. Indian Head*, causa núm. 486 US492, 1988.

<sup>16</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Klor's v. Broadway-Hale Stores*, causa núm. 359 US207, 1959.

<sup>17</sup> En una causa, el demandado, una cooperativa de compras, había expulsado a un miembro sin ofrecer ninguna explicación ni prever un procedimiento para oponerse a la expulsión. El Tribunal Supremo constató que, por lo general, esas cooperativas se creaban para aumentar la eficiencia económica y dictaminó 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 la razonabilidad y, por tanto, podía muy bien ser lícita (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery and Printing*, causa núm. 472 US284, 1985).

<sup>18</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Associated Press v. United States*, causa núm. 326 US1, 1945.

## F. Otros tipos de acuerdos horizontales

22. Aparte de los cárteles intrínsecamente nocivos, hay otros acuerdos horizontales que con frecuencia se consideran contrarios a la competencia por sus efectos o en virtud del criterio de la razonabilidad. Por lo general se trata de acuerdos de comercialización conjunta, compras conjuntas, empresas conjuntas de inversión y desarrollo y, en ocasiones, intercambio de información. En muchos regímenes de derecho de la competencia, los acuerdos de este tipo están sometidos al criterio de la razonabilidad, para tener en cuenta el hecho de que a veces los competidores necesitan colaborar o cooperar en alianzas estratégicas o empresas conjuntas y que esa colaboración puede no solo ser inocua, sino incluso favorable a la competencia. Además, en algunas jurisdicciones esos acuerdos deben notificarse a los organismos reguladores de la competencia antes de su aplicación en cumplimiento de las normas de control de las fusiones y adquisiciones<sup>19</sup>. No obstante, no basta con calificar un acuerdo de empresa conjunta para eludir cualquier responsabilidad si los participantes la utilizan como instrumento para subir los precios o limitar la producción.

### Comercialización conjunta

23. La comercialización conjunta puede consistir en acuerdos de venta, distribución o promoción conjunta de bienes o servicios. Estos acuerdos pueden ser favorables a la competencia si la combinación de activos complementarios permite generar ahorro de gastos y otras eficiencias. Sin embargo, las colaboraciones en la comercialización pueden consistir en acuerdos sobre precios, producción u otras variables que influyen considerablemente en la competencia, resultando esta dañada. Corresponde al organismo regulador de la competencia decidir si un acuerdo redundará en un beneficio público neto a la luz de las circunstancias particulares de cada caso.

### Compras conjuntas

24. Las compras conjuntas consisten en acuerdos para comprar conjuntamente insumos necesarios. Con frecuencia estos acuerdos son favorables a la competencia, ya que las compras conjuntas pueden permitir a los participantes obtener mayores descuentos de los proveedores gracias, por ejemplo, al menor costo del suministro, o reducir gastos de distribución y entrega. Sin embargo, los acuerdos de este tipo pueden reducir la competencia si facilitan la colusión mediante la uniformización de los gastos de los participantes. Por ejemplo, en Alemania se ha modificado la Ley contra las Restricciones a la Competencia a fin de permitir una exención general para las pequeñas y medianas empresas y las asociaciones empresariales con respecto a determinados acuerdos que no restringen la competencia y que mejoran la competitividad de las pequeñas y medianas empresas.

### Empresas conjuntas de investigación y desarrollo

25. La colaboración entre competidores puede consistir en acuerdos para la realización conjunta de actividades de investigación y desarrollo. La mayoría de las actividades conjuntas de investigación y desarrollo entre competidores son favorables a la competencia y producen beneficios considerables. Por ejemplo, esa colaboración puede permitir a los participantes combinar activos, tecnologías o conocimientos prácticos complementarios, dando paso así al desarrollo de productos innovadores o mejorados. No obstante, los acuerdos de inversión y desarrollo conjuntos pueden reducir la competencia si imponen a los participantes restricciones a la explotación de los productos obtenidos gracias a las actividades de cooperación.

### Acuerdos de intercambio de información

26. Los acuerdos pueden implicar un intercambio considerable de información entre competidores. El intercambio de información puede ser necesario para lograr una colaboración favorable a la competencia, pero a veces incrementa la posibilidad de

<sup>19</sup> Véase más información en los comentarios al capítulo V de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia.

colusión. Concretamente, el intercambio de información sobre precios, costos, cláusulas de las transacciones, estrategias de comercialización u otras variables importantes para la competencia puede plantear problemas de competencia y considerarse por consiguiente intrínsecamente contrario a la competencia en algunas jurisdicciones. Los competidores pueden facilitar la colusión al intercambiar información delicada desde el punto de vista de la competencia<sup>20</sup>.

## G. Acuerdos verticales

27. Los acuerdos verticales son los celebrados entre empresas que se sitúan en distintos niveles de la cadena de producción y/o distribución. Dado que las empresas no suelen competir directamente entre ellas, estos acuerdos en general propician más un aumento de la eficiencia que una reducción sustancial de la competencia. El capítulo III de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia no contiene ninguna referencia a los acuerdos verticales, pero el capítulo VI, relativo al abuso de posición dominante, indica algunos tipos de acuerdos verticales que pueden ser contrarios a la competencia. Desde una perspectiva sistemática, podría ser más indicado abordar los acuerdos verticales en relación con la prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia.

28. Hay dos tipos de restricciones verticales, a saber, intramarca e intermarcas. Las restricciones intramarca son acuerdos entre empresas situadas en distintos niveles de una cadena de producción por los que se impone algún tipo de limitación a la distribución de los productos de un fabricante, por ejemplo una fijación de precios de reventa mínimos o máximos o una restricción territorial. Las restricciones intermarcas son acuerdos que imponen limitaciones o afectan a la distribución de los productos de una empresa rival, por ejemplo, acuerdos de exclusividad o vinculación.

29. En muchas jurisdicciones, las restricciones verticales están sujetas al criterio de la razonabilidad habida cuenta de que no son siempre perniciosas sino que, en realidad, pueden ser beneficiosas en determinadas estructuras del mercado. Los organismos reguladores de la competencia rara vez se oponen a las restricciones verticales no relacionadas con los precios. Entre los acuerdos verticales que suelen plantear problemas de competencia cabe mencionar los de fijación de precios de reventa, exclusividad, imposición de restricciones a los distribuidores en materia de mercados reservados o exclusividad territorial (geográfica), y vinculación. El primer tipo de acuerdos sigue suscitando polémica entre los economistas, mientras que las prácticas de exclusividad despiertan menos recelo<sup>21</sup>.

### Fijación de precios de reventa

30. La fijación de precios de reventa puede llevarse a cabo mediante un acuerdo por el que un proveedor obliga a sus distribuidores a vender sus productos a determinados precios o por el que ambas partes acuerdan un precio mínimo o máximo para los consumidores. Por lo general, hay fijación de precios de reventa cuando el proveedor impone los precios al por menor. La fijación de precios de reventa limita la competencia intramarca, ya que los minoristas de la misma marca no pueden competir entre sí en el precio. No obstante, puede alentar la competencia intermarcas porque los minoristas se esfuerzan por aprovechar las economías de escala y de alcance<sup>22</sup>. Tanto el fabricante como los minoristas pueden ver ciertas ventajas en fijar los precios al por menor y cabe sostener que esa práctica también

<sup>20</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *American Column and Lumber v. United States*, causa núm. 257 US377, 1921.

<sup>21</sup> Véase más información sobre los cuatro tipos de acuerdo en los comentarios al capítulo IV de la Ley Tipo.

<sup>22</sup> Las restricciones verticales promueven la competencia intermarcas al permitir al fabricante lograr ciertas eficiencias en la distribución de sus productos (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Continental TV v. GTE Sylvania*, causa núm 433 US36, 1977); Las justificaciones de las restricciones verticales de precios son similares a las de otras restricciones verticales. La fijación de precios mínimos de reventa puede estimular la competencia intermarcas, lo que es importante porque el propósito principal de las leyes antimonopolio es proteger la competencia intermarcas (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Leegin Creative Leather Products v. PSKS*, causa núm. 551 US877, 2007).

redunda en beneficio público. Dado que la fijación de precios mínimos de reventa restringe la competencia intramarca, puesto que solo se vende una marca en el mercado, equivale a una fijación de precios mínimos. Así ocurre a menudo en los países en desarrollo, donde la concentración de empresas tiende a ser significativamente mayor que en los países desarrollados porque el ingreso nacional agregado es más bajo y, por consiguiente, la demanda de productos de marca es menor, lo que solo deja espacio para uno o dos grandes proveedores de cada artículo. Ante esas circunstancias, es probable que los países en desarrollo consideren que la fijación de precios de reventa es intrínsecamente ilegal, mientras que en los países desarrollados se tiende a autorizar dicha práctica cuando se puede demostrar que redunda en beneficio público.

#### **Acuerdos de exclusividad**

31. Los acuerdos de exclusividad constituyen restricciones intermarcas por las que se limita la elección de los compradores o proveedores de una empresa, es decir, se obliga a un comprador a comprar todos los productos que necesita a un solo vendedor, o a un vendedor a vender sus productos a una sola empresa. Casi todos los acuerdos de franquicia contienen disposiciones de este tipo, por las que se prohíbe a los franquiciados adquirir insumos, o al menos insumos característicos de la marca, a nadie que no sea el franquiciador. El problema de competencia que plantean los acuerdos de exclusividad es que pueden excluir un mercado. Por ejemplo, si una gran parte de los minoristas de un producto de un tipo y calidad particulares en una región geográfica tienen un acuerdo de exclusividad con un fabricante, ello puede privar a otro fabricante de una red de distribución suficientemente amplia para vender en el mercado. Los acuerdos de exclusividad solo están prohibidos si reducen sustancialmente la competencia en un mercado.

#### **Restricciones en materia de mercados reservados o exclusividad territorial**

32. Estas restricciones se imponen en acuerdos por los que un proveedor restringe los territorios de venta de sus distribuidores.

#### **Acuerdos de vinculación y de adquisición forzada de toda una gama de productos**

33. Los acuerdos de vinculación son acuerdos por los que una parte vende un producto pero únicamente con la condición de que el comprador adquiera también un producto diferente o vinculado o al menos no compre dicho producto a ningún otro proveedor. En el caso extremo de la adquisición forzada de toda una gama de productos, se obliga al comprador a comprar el surtido completo de bienes producidos por la empresa para obtener uno o dos que necesita. Los acuerdos de vinculación pueden tener un efecto adverso sobre la competencia si se restringe una parte sustancial del mercado que obliga a los rivales a salir de él.

### **III. Autorización o exención**

**Las prácticas a que se refiere el párrafo I, cuando sean debidamente notificadas por adelantado y sean realizadas 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 acuerdo en general redunda en un beneficio público neto**

34. Casi todas las jurisdicciones prevén exenciones a la prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia. Sin embargo, como cada jurisdicción tiene un régimen distinto, los sistemas de autorización y exención son también distintos. El capítulo III de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia prevé un sistema de autorizaciones que atribuye a los organismos nacionales reguladores de la competencia discrecionalidad para autorizar los

acuerdos notificados, mientras que otras legislaciones solo prevén exenciones para tipos concretos de acuerdos, sin permitir a los organismos mencionados ningún margen de discrecionalidad. Por ejemplo, la legislación antimonopolio de los Estados Unidos no faculta en ningún caso al organismo regulador de la competencia para conceder autorizaciones o exenciones y, por consiguiente, tampoco prevé un sistema de notificación de los acuerdos contrarios a la competencia. Sin embargo, la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos publicaron en 2000 directrices antimonopolio para la colaboración entre competidores con el fin de ofrecer certidumbre a las empresas que pretendan mantener algún tipo de cooperación horizontal y establecer algunas zonas de seguridad dada la naturaleza de este tipo de acuerdo.

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

### **Exenciones en bloque y/o individuales**

36. En muchas jurisdicciones existen mecanismos de exención en bloque y/o individual. Una exención en bloque beneficia a un tipo determinado de acuerdos sin necesidad de un examen individual. Se supone que determinadas categorías de acuerdos cumplen los criterios exigidos para obtener la exención. Por ejemplo, gracias a las exenciones en bloque de los acuerdos de investigación y desarrollo y de especialización, la combinación de conocimientos o activos complementarios puede generar considerables ganancias en eficiencia. También pueden concederse exenciones respecto de un determinado acuerdo. Las empresas que tengan previsto establecer un acuerdo potencialmente contrario a la competencia tendrán que notificar al organismo regulador de la competencia todos los aspectos pertinentes del acuerdo para obtener su autorización. En el capítulo V de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia se abordan los aspectos procedimentales del sistema de notificación y se afirma que el sistema de notificación previa y autorización administrativa puede provocar una acumulación considerable de notificaciones que obligue a consumir de forma innecesaria una parte muy importante de los recursos de que disponen los organismos reguladores de la competencia y no ofrece a las partes afectadas ninguna seguridad jurídica. A este respecto, por ejemplo, el sistema de notificación de los acuerdos potencialmente contrarios a la competencia se ha suprimido en el derecho de la competencia de la Unión Europea.

### **Criterios para conceder exenciones**

37. Los organismos reguladores de la competencia pueden autorizar ciertas prácticas si las empresas en cuestión están sujetas a una competencia efectiva y esas prácticas redundan en un beneficio público neto. Este beneficio público neto ha de entenderse condicionado a los objetivos y fines del derecho de la competencia e interpretarse de forma preferente como beneficio económico o ganancia en eficiencia económica. El artículo 101, párrafo 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 acuerdo: el acuerdo tiene que contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; el acuerdo tiene que reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; el acuerdo no debe imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; y el acuerdo no debe ofrecer 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 este enfoque, por ejemplo, Suiza. Muchos organismos reguladores de la competencia, incluido el de la Comisión Europea, se resisten a autorizar los acuerdos comprendidos en la categoría de cárteles intrínsecamente nocivos.

## Exenciones *de minimis* y otros tipos de exención

38. Muchos organismos reguladores de la competencia prevén exenciones *de minimis* a la prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia en favor de las empresas cuya cuota de mercado combinada no supere un determinado porcentaje (normalmente entre el 10 % y el 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 intrínsecamente nocivos. En otros casos puede preverse una exención *de minimis* por ley. Por ejemplo, en Alemania, el artículo 3 de la Ley contra las Restricciones de la Competencia no es aplicable a la cooperación entre pequeñas y medianas empresas destinada a racionalizar actividades económicas. Además, algunas leyes de defensa de la competencia prevén la posibilidad de autorizar, en determinados supuestos y durante cierto plazo, acuerdos como los constitutivos de cárteles de racionalización y cárteles de crisis, denominados en ocasiones cárteles de depresión. Por ejemplo, en los antiguos regímenes antimonopolio de Alemania y el Japón, los organismos reguladores de la competencia podían autorizar cárteles de racionalización y de crisis si lo solicitaban las partes. Esas exenciones se derogaron en 2005 y 1999, respectivamente. En otras jurisdicciones que cuentan con ese tipo de disposiciones, apenas se han aplicado exenciones en los últimos años. En el cuadro 5 se detallan algunos planteamientos alternativos.

Cuadro 5

### Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes: Autorización o exención

*País*

Australia	<p>La Ley de Prácticas Comerciales establece cuándo puede la Comisión de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de Australia conceder una autorización. En términos generales, la práctica se puede autorizar si el beneficio público es superior a cualquier perjuicio público. La Ley establece distintos criterios para autorizar distintos tipos de prácticas. Con arreglo al primer criterio, la Comisión no puede autorizar la conclusión o ejecución de contratos, arreglos o entendimientos que puedan prever un cártel, reducir sustancialmente la competencia o contener cláusulas de exclusividad (distintas de las que obligan a comprar a un tercero), salvo que se haya cerciorado de que, en cualquier circunstancia, el acuerdo o práctica es susceptible de redundar en un beneficio público superior al probable perjuicio público que representa la disminución de la competencia. Con arreglo al segundo criterio, la Comisión no puede autorizar las disposiciones de exclusión (boicoteos directos), los boicoteos indirectos, la imposición de la obligación de comprar a terceros ni la fijación de precios de reventa salvo que se haya cerciorado de que, en cualquier circunstancia, la disposición o práctica propuesta es susceptible de redundar en un beneficio público tal que deba autorizarse.</p>
China	<p>El artículo 15 de la Ley Antimonopolio establece lo siguiente:</p> <p>Las disposiciones de los artículos 13 y 14 de la presente Ley no serán de aplicación a los acuerdos entre empresas si estas pueden demostrar que se han concertado para uno de los siguientes fines:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li data-bbox="517 1727 1276 1760">1) Mejorar las tecnologías o investigar y desarrollar nuevos productos;</li> <li data-bbox="517 1771 1276 1872">2) Mejorar la calidad del producto, reducir los costos y aumentar la eficiencia, unificando las especificaciones y normas de los productos o procediendo a una división especializada de la producción;</li> <li data-bbox="517 1883 1276 1951">3) Aumentar la eficiencia y la competitividad de las pequeñas y medianas empresas;</li> <li data-bbox="517 1962 1276 2056">4) Servir a los intereses públicos mediante la conservación de la energía, la protección del medio ambiente y el socorro en casos de desastre;</li> </ol>

## País

- 5) Mitigar la fuerte disminución de los volúmenes de venta o la sobreproducción manifiesta causadas por una depresión económica;
- 6) Salvaguardar los intereses legítimos en el comercio exterior y en la cooperación económica con interlocutores extranjeros; o
- 7) Otros fines prescritos por la ley o el Consejo de Estado.

En los casos indicados en los apartados 1) a 5) del párrafo anterior, en los que las disposiciones de los artículos 13 y 14 de la presente Ley no son de aplicación, las empresas deberán demostrar además que el acuerdo no limita sustancialmente la competencia en el mercado de que se trate y permite a los consumidores participar en los beneficios resultantes.

## Kenya

Los artículos 25 y 26 de la Ley de Defensa de la Competencia prevén la concesión de exenciones a las asociaciones empresariales respecto de sus acuerdos, prácticas y decisiones restrictivas y sus prácticas comerciales restrictivas si las empresas y/o asociaciones empresariales lo solicitan y presentan la información necesaria que le exija el Organismo competente. Después de examinar la solicitud, el organismo podrá: a) conceder la exención; b) rechazar la exención y notificárselo al solicitante; o c) emitir un certificado de autorización en el que declare que, a su juicio, sobre la base de los hechos que obran en su poder, el acuerdo, la decisión o la práctica concertada o la categoría de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas no incumplen las prohibiciones establecidas en la Ley. En el artículo 26, párrafo 2, se dispone que el organismo podrá conceder una exención por razones excepcionales y apremiantes de orden público para excluir al acuerdo, la decisión, la práctica concertada o la categoría correspondiente de las prohibiciones establecidas en la Ley. En el artículo 26, párrafo 3, se establece que, al adoptar una decisión en materia de orden público, el organismo competente tendrá en cuenta en qué medida el acuerdo, la decisión o la práctica concertada o la categoría correspondiente contribuye, da lugar, o es probable que contribuya o dé lugar a: a) el mantenimiento o la promoción de las exportaciones; b) la reducción o prevención de la disminución de la producción o distribución de bienes o la prestación de servicios; c) la promoción de los avances técnicos o económicos o la estabilidad en cualquier sector; d) la obtención de un beneficio para el público que supere o pueda superar la disminución de la competencia que resultaría o podría resultar del acuerdo, la decisión o la práctica concertada o de la categoría de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas.

## Singapur

La Ley de Defensa de la Competencia establece que las empresas que presten servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal pueden quedar excluidas de la prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia y que el ministro también puede eximir esos acuerdos por razones de orden público. La prohibición de los acuerdos contrarios a la competencia tampoco se aplica a los acuerdos que redundan en un beneficio económico neto.

## Sudáfrica

En el artículo 10, párrafo 3, de la Ley de Defensa de la Competencia se establece que la Comisión de la Competencia puede conceder una exención si el acuerdo es necesario para alcanzar o contribuye a cualquiera de los siguientes objetivos: a) mantener o promover las exportaciones; b) promover la competitividad de las pequeñas empresas, o de las empresas de propiedad o bajo el control de personas históricamente desfavorecidas; c) modificar la capacidad productiva para detener la decadencia de un sector; o d) mantener la estabilidad económica de un sector designado por el ministro, previa consulta con el ministro competente para ese sector.

---

*País*

---

Viet Nam	<p>El artículo 14, párrafo 1, de la Ley núm. 23/2018/QH14 de Defensa de la Competencia establece que los acuerdos contrarios a la competencia quedarán temporalmente exentos si cumplen una de las siguientes condiciones y benefician a los consumidores:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Promueven los avances técnicos y tecnológicos y mejoran la calidad de bienes y servicios;</li><li>b) Aumentan la competitividad de las empresas vietnamitas en el mercado internacional;</li><li>c) Promueven la aplicación uniforme de las normas de calidad y las calificaciones técnicas de las categorías de productos;</li><li>d) Prevén un acuerdo sobre las condiciones de ejecución del contrato, entrega de la mercancía y pago sin relación alguna con los precios y elementos conexos.</li></ul>
----------	---

---