

# “La mujer del César...”

## ¿Son los acuerdos de compras conjuntas ilegales según las normas de Libre Competencia?

### Alfredo Bullard González

Abogado. Master en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio Fundador del Instituto de Derecho y Economía Aplicados-IDEAS. Miembro del Comité Consultivo de Ius et Veritas.

### Alejandro Falla Jara<sup>(\*)</sup>

Abogado. Master en Regulación por la London School of Economics and Political Sciences. Profesor de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Políticas de Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio Fundador del Instituto de Derecho y Economía Aplicados-IDEAS.

## 1 Introducción.

Cuando un conjunto de empresas competidoras entre sí se ponen de acuerdo para vender al mismo precio estamos frente a un cártel y las autoridades de competencia suelen sancionar esa conducta como ilegal. Un acuerdo de ese tipo perjudica a los consumidores, pues les impide, por medio de su libertad de elegir, controlar o influir en el precio de lo que compran. Finalmente quedan obligados por los términos acordados entre los competidores, habiendo perdido su voz para influir en los precios y condiciones.

Es más, como lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa peruana<sup>(1)</sup> tales acuerdos son *per se* ilegales. Es decir, no admiten justificación de ningún tipo. En consecuencia, la simple realización de la conducta implica su sanción sin perjuicio de la razonabilidad del precio fijado entre los competidores o de la posibilidad que su estrategia pueda realmente tener éxito.

Una primera reacción a esta regla es que la misma debería aplicarse también a los acuerdos entre empresas que “compiten” para comprar, es decir los acuerdos para fijar precios o políticas comunes para comprar bienes o

contratar servicios. Finalmente es lo mismo, sólo que invertido, como visto en un espejo. La lógica sería que dicho acuerdo elimina la libertad de quien vende de poder influir en el nivel de precio, lo que reduce la competencia ya no desde el lado de la oferta, sino desde el lado de la demanda.

Como veremos, este artículo sugiere que si bien hay elementos de análisis de los acuerdos restrictivos en la compra de bienes que son útiles para entender los acuerdos de compra, las reglas aplicables no son totalmente simétricas, debiendo los acuerdos de compra recibir un trato más benevolente. Ello porque sus efectos económicos no son plenamente asimilables.

El tema reviste importancia porque no es extraño encontrar acuerdos entre conjunto de empresas para organizar lo que se suele llamar un “poder de compra” y por ello tener reglas claras en esta área contribuye a un mejor desarrollo del mercado.

## 2 Algunos conceptos preliminares.

Antes de entrar al análisis de cómo deben interpretarse los acuerdos de compra conjunta es importante dejar claros algunos conceptos.

(\*) Los autores desean agradecer la colaboración de Alejandro Manayalle Chirinos en la elaboración del presente artículo.

(1) Para estos efectos basta ver la Resolución No. 206-97-TDC/INDECOPI, de fecha 13 de Agosto de 1997 en el caso CIVA contra Empresa Turística Mariscal Cáceres y la Resolución No. 276-97-TDC/INDECOPI, de fecha 19 de Noviembre de 1997, en el caso seguido de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura y otros.

## 2.1 ¿Qué es la “regla *per se*” y qué es la “regla de la razón”?

En las llamadas legislaciones antimonopolios o legislaciones de promoción de la libre competencia se suelen usar dos tipos de reglas. El primer tipo son las infracciones sujetas a la “regla *per se*” y que determinan que una práctica es ilegal por la simple realización de su conducta, sin necesidad de evaluar para determinar su ilegalidad las posibilidades de que la regla pueda afectar realmente la competencia. Una regla como esta se asemeja a la regla que prohíbe pasarse una luz roja: si una persona se pasa la luz roja no puede usar como argumento de defensa que a la hora en que lo hizo (tres de la mañana) y en las circunstancias en que ocurrió (no venía ningún otro vehículo hacia la intersección) era razonable hacerlo. Las pocas o casi nulas posibilidades de que haya un accidente que cause daños son irrelevantes para determinar la existencia de la infracción.

El segundo tipo de infracciones son las sujetas a la llamada “regla de la razón”. En tales supuestos la práctica será ilegal si, realizada ésta, en las circunstancias en que se dió, se espera que pueda, bajo un análisis de razonabilidad, afectar la competencia. En esos casos las circunstancias concretas en que ocurrió la práctica serán analizadas para determinar si era o no razonable la conducta específica desarrollada. Siguiendo con los ejemplos de reglas de tránsito, se suele prohibir la realización de “maniobras temerarias”. Sin embargo, la calificación específica de qué es una maniobra temeraria en cada caso, depende de las circunstancias en que ocurrió la conducta, aspectos que serán evaluados por la autoridad, la que, de considerar que la conducta no fue razonable, la calificará como una infracción. Así, cambiarse de carril en una calle no es *per se* ilegal. Para determinar si es una infracción deberá establecerse si el cambio de carril en las circunstancias en que ocurrió era poco razonable por la distancia de los vehículos que venían circulando por la misma vía, la velocidad de desplazamiento, el ancho de la vía, la iluminación, etcétera.

Para efectos del presente caso es importante tener clara esta distinción porque, como veremos, la regla de evaluación de un acuerdo de compra será la regla de la razón y no la regla *per se*. Debe anotarse que una serie de acuerdos entre competidores a nivel horizontal pueden ser considerados *per se* ilegales. Ello ocurre, por ejemplo, cuando un conjunto de competidores se ponen de acuerdo sobre qué precio van a cobrar a sus clientes o pagar a sus proveedores, de manera que limitan la competencia entre ellos.

Sin embargo, como veremos más adelante, a pesar de que el acuerdo de compras conjuntas se trate de un acuerdo horizontal entre empresas formalmente competidoras, sea en la compra misma (todas las empresas compran un mismo insumo, por ejemplo algodón) o en las actividades que realizan (todas las empresas usan el algodón para fabricar pantalones) este quedará sujeto, en nuestra opinión, a la llamada “regla de la razón” de manera que sólo será ilegal en el grado en que afecte de manera poco razonable a la competencia.

## 2.2 ¿Qué es la *ancillary doctrine* o doctrina de la complementariedad?

Como ya hemos señalado, incluso en los casos de ciertos acuerdos que son aparentemente acuerdos de precios entre competidores, éstos no quedarán sujetos a la regla *per se*. Ello ocurre, por ejemplo, con acuerdos de precios que son complementarios a un acuerdo asociativo o de colaboración empresarial. Así, si un conjunto de abogados se pone de acuerdo para cobrar una misma tarifa horaria, pero lo hacen en un acuerdo asociativo para tener un estudio en común, así no constituyan una persona jurídica, ese acuerdo de precios no será *per se* ilegal. Serán solo *per se* ilegales aquellos acuerdos “desnudos”, es decir, desvinculados de todo otro acuerdo que pueda generar algún efecto de integración positiva y que genere eficiencias en el mercado, como son los acuerdos asociativos o los de colaboración empresarial.

Este criterio fue desarrollado por la jurisprudencia norteamericana, en especial en la decisión redactada por el juez Taft en el caso *Addyston Pipe & Steel*<sup>(2)</sup>. Según Taft, los acuerdos desnudos, son aquellos que no hacen otra cosa que eliminar competencia, y deben de ser ilegales *per se*. Bajo tal categoría, Taft incluyó los acuerdos desnudos de precios y los acuerdos desnudos de división de mercados. Pero sugirió en su decisión, que en algunos casos la aparente reducción de competencia justificaba la aplicación de una regla distinta si dicha reducción tenía por objeto generar eficiencias en el mercado.

Taft “polarizó” dos situaciones. La primera está constituida por los llamados “acuerdos desnudos” de precios, que reducen competencia sin generar ninguna eficiencia. La segunda está constituida por los acuerdos de asociación, que si bien pueden reducir competencia entre sus integrantes, generan eficiencias<sup>(3)</sup>.

(2) *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 Fed. 271, 281, 282-283, 280 (6th Cir. 1898).

(3) Citado por: BORK, Robert. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*. Boston: Free Press. pp. 264-265.

Esta doctrina, llamada *ancillary doctrine* o doctrina de la complementariedad, ayuda a explicar por qué en este caso no estamos sujetos al principio *per se*, pues si bien la negociación en conjunto puede implicar una suerte de fijación horizontal de precio de compra (una suerte de “efecto oligopsonio”), este es complementario a un acuerdo de generación de eficiencias y reducción de costos por la vía de una asociación o “integración” del poder de compra de las empresas.

Este criterio fue recogido, a título de ejemplo, en el caso *CIVA v. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.*<sup>(4)</sup> en el Perú por el Tribunal del Indecopi, mediante un precedente de observancia obligatoria.

El caso se refería a un “Contrato de Servicios de Agencia de Transportes” mediante el cual la empresa Mariscal Cáceres se comprometía a arrendarle una parte de sus instalaciones de un terminal terrestre a CIVA y otras empresas para que brinden el servicio de transporte de carga y pasajeros. El contrato de arrendamiento contenía un sometimiento a un Reglamento Interno del Terminal que incluía la división de rutas y la fijación de tarifas por la administración del terminal. CIVA denunció a sus “socios” en el terminal diciendo que, en el fondo, el acuerdo era un cártel de precios y división de mercados.

Al analizar el caso el Tribunal del Indecopi señaló: “(...) los acuerdos desnudos o puros son considerados *per se* ilegales, toda vez que tienen como finalidad y efecto restringir la producción, y, en consecuencia, restringir la competencia. Son estos acuerdos a los que se refiere el artículo 6, incisos a) y b) del Decreto Legislativo 701.

En cambio, aquellos acuerdos accesorios o complementarios si bien de alguna manera reducen rivalidades entre las empresas, no son considerados *per se* ilegales ya que pueden implicar una integración en una determinada actividad productiva y, en tal sentido, tienen la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos en beneficio del consumidor. En tal caso no se puede hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de asociación, de *joint venture* u otra forma de integración productiva.

(...)

En ese orden de ideas, los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados serán *per se* ilegales cuando no sean consecuencia o no formen parte de un contrato de integración o no resulten efectivos para

lograr la eficiencia de dicha integración. Lo que se pretende explicar es que dichos acuerdos saltan la barrera de *per se* ilegales y su legalidad debe ser analizada desde la perspectiva de la regla de la razón”.

Al aplicar estos criterios al caso concreto, el Indecopi concluyó que los acuerdos aparentemente restrictivos de la competencia no eran *per se* ilegales por que “(...) se han realizado entre empresas que cooperan entre sí brindando el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros en un lugar común y que, en ese sentido, tienen por finalidad brindar un servicio más completo a los consumidores compitiendo en mejores condiciones en el mercado”.

Para el análisis del caso, el Tribunal siguió una secuencia coincidente con la línea de análisis norteamericana y que se refleja en general en la doctrina general aplicable a las normas de promoción de la libre competencia:

a) Debe determinarse si el acuerdo es esencial para la actividad de integración. De serlo se considera legítima y legal. De no serlo se pasa a los siguientes puntos de análisis;

b) Los acuerdos de precios o división de mercados deben referirse a una actividad económica desarrollada en conjunto (por ejemplo la realización de compras en conjunto);

c) Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no deben conducir al riesgo que el acuerdo dañe la competencia; y,

d) Los integrantes del acuerdo no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

A la luz del análisis detallado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional o extranjera, podemos ver que existen hasta tres posibilidades cuando se analiza un acuerdo de compras conjuntas:

a) El primero es que el acuerdo lleve a una fusión o creación de una entidad formalmente independiente de la de sus creadores, es decir, una nueva empresa que compre y luego venda a sus integrantes u organizadores. En ese caso, no es posible considerar que existe un acuerdo horizontal. Por tanto, sale de este campo de análisis y queda sujeto, en todo caso, en los países en que exista, a un control de fusiones, debiendo su legalidad ser analizada a la luz de la regla de la razón.

b) El segundo es que el acuerdo, sin significar la creación de una nueva entidad independiente, lleve a algún nivel de cooperación entre empresas que tenga un efecto asociativo y no un mero acuerdo “desnudo”

(4) Resolución No. 206-97-TDC/INDECOPI de fecha 13 de Agosto de 1997, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el día 28 de Octubre de 1997.

de precios. En esos casos, el acuerdo quedará sujeto a la regla de la razón y habrá que evaluar sus eventuales efectos anticompetitivos para declarar su ilegalidad en cada caso. Esto guarda relación con los criterios mencionados por el juez Taft y por el Indecopi en las resoluciones citadas. Si bien los casos mencionados se refieren a una suerte de *joint venture* o asociación en participación para la venta, nada impide aplicar los mismos criterios a una suerte de *joint venture* de compra. En ese sentido, el acuerdo estaría sujeto al análisis de la “regla de la razón”.

c) El tercero es que el acuerdo sea sólo uno de precios, sin ningún nivel de compromiso de colaboración o asociativo adicional. Ello pasaría si las empresas, reunidas, fijan un precio máximo a pagar a sus proveedores, todas en conjunto o se dividen proveedores evitando que una pueda recurrir a los proveedores de la otra. En ese caso podríamos estar ante la aplicación de la regla *per se* y el acuerdo sería en sí mismo ilegal.

### 2.3 ¿Qué se entiende por unidad económica?

Incluso en los casos en que formalmente existen acuerdos de precios horizontales entre empresas, a estos acuerdos no se les aplica la regla *per se* si quienes toman los acuerdos son parte de una sola unidad económica. Así se considera que no existe acuerdo horizontal de precios entre las empresas que integran un mismo grupo económico. No hay, pues, “cárteles” al interior de un mismo grupo.

Pero para aplicar esta excepción o defensa debe quedar claro que todos los integrantes del acuerdo pertenecen al mismo grupo. Por ejemplo, si todas las empresas participantes tienen un mismo accionista mayoritario no pueden considerarse que el acuerdo entre ellas es un acuerdo de fijación de precios. Lo mismo ocurrirá si todas están sujetas a una estructura de control común.

Pero el asunto no será tan claro si el accionista o accionistas comunes no tienen el control de todas o de parte del grupo.

Así, un hecho que deberá ser tomado en cuenta para la evaluación del eventual efecto anticompetitivo del acuerdo, es la vinculación económica existente entre las empresas que serán parte del acuerdo. Este aspecto será analizado con más detalle más adelante.

### 3 Acuerdos entre empresas independientes versus acuerdos entre empresas vinculadas económicamente. El concepto de *single entity*.

Al enfrentar un caso de acuerdos para compras conjuntas, uno de los primeros aspectos que deberá ser dilucidado es si cuando el acuerdo es concluido entre empresas vinculadas, éstas podrían ser sancionadas por las regulaciones de competencia. Como ya se adelantó, esto implica determinar si es posible que se den acuerdos considerados ilegales entre empresas que integran un mismo grupo económico y cuáles son los parámetros para definir el sentido del término “mismo grupo”.

En segundo lugar, deberá determinarse si, dada la vinculación existente entre las empresas que serán parte del acuerdo, estamos frente a un acuerdo que, desde un punto de vista de competencia, debe entenderse celebrado entre entidades independientes; o se trata de un mero acuerdo celebrado al interior de una misma entidad económica. Esto significa definir hasta qué nivel es posible sostener que hablamos de un grupo económico o de entidades independientes.

Las normas de competencia norteamericanas pertinentes para el análisis de un acuerdo incluyen disposiciones destinadas a sancionar algunos tipos de acuerdos o contratos celebrados entre empresas o entidades que compiten en un mismo mercado<sup>(5)</sup>.

Por su parte la legislación europea se ubica en la misma línea (“*all agreements between undertakings* (...)”, es el término que se usa).

Existe una opinión generalizada en el sentido de que las prohibiciones contenidas en dichas normas no comprenden a los acuerdos, contratos o concertaciones que se produzcan entre personas que integran una misma firma, empresa, corporación o unidad económica.

En efecto, en lo que se refiere a la legislación norteamericana, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en *Copperweld Corp v. Independent Tube Corporation*<sup>(6)</sup> sostuvo que las actividades coordinadas o concertadas entre una empresa matriz y sus subsidiarias (“*wholly owned subsidiary*”) deben ser consideradas como perfectamente legales, para los propósitos a los que se contrae el artículo 1 de la *Sherman Act*. Ello independientemente de si la conducta

(5) The Sherman Antitrust Act señala en su artículo 1: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States.(...), is hereby declared to be illegal (...).*”

(6) 467 U.S. 752 (1984).

o el acuerdo de que se trate restrinja la competencia en el mercado o cause daño a otras empresas.

La decisión de la Corte norteamericana se basó en el principio de que la forma en que se encuentran organizadas las empresas -personas jurídicas independientes creadas con fines tributarios, por ejemplo-, no debe distorsionar la realidad, esto es, que se trata de acuerdos entre entidades en las que existe una completa unidad de intereses pese a tratarse de entidades formalmente diferentes<sup>(7)</sup>.

Cabe destacar que la resolución de la Corte sólo se pronuncia expresamente sobre aquellos casos en los que una empresa matriz es propietaria al 100 por ciento de una empresa subsidiaria. La Corte en dicha resolución no llega a pronunciarse explícitamente sobre aquellos casos en los que el control de la propiedad no es absoluto.

No obstante lo anterior, el lenguaje utilizado por la Corte en dicha Resolución permite concluir que bastaría la existencia de un control efectivo de una empresa sobre la otra -independientemente del porcentaje de propiedad sobre el capital social y de los medios a través de los cuales se logra el control-, para que se produzca la aplicación de los principios establecidos en la mencionada sentencia.

En ese sentido se pronuncian Lawrence Sullivan y Warrant Grimes: "(1)a mayoría en el caso Copperweld no resolvió expresamente el caso en el que una afiliada no es totalmente de propiedad de la matriz. Pero el lenguaje de la mayoría sugiere confiar en un examen de control expresado en los siguientes términos: ¿existe un control común de la empresa y de la afiliada de la que es parcialmente propietaria?"<sup>(8)</sup>.

Cabe destacar que dicha interpretación guarda consistencia con la naturaleza y estructura típica de los cárteles: mientras que dentro de un cártel las partes

(…) a pesar de que el acuerdo de compras conjuntas se trate de un acuerdo horizontal entre empresas formalmente competidoras, sea en la compra misma (…) o en la actividades que realizan (…) este quedará sujeto a la llamada "regla de la razón"

poseen intereses económicos contrapuestos, un acuerdo celebrado entre empresas sujetas al control de una misma entidad responde a un único interés económico. En este último caso, a diferencia del primero, las partes del acuerdo carecen de incentivos para incumplir el acuerdo: al formar parte de una misma unidad económica, el incumplimiento del acuerdo por parte de una parte perjudicará a todos los integrantes del acuerdo, sin que ello permita a la empresa que incumple obtener beneficios particulares.

En ese sentido, Herbert Hovenkamp señala: "(p)or contraste, cuando la subsidiaria es sólo de propiedad parcial podría haber una divergencia de intereses entre los propietarios, y los propietarios que están en capacidad de controlar las decisiones de una subsidiaria que pueden obtener beneficios por la vía de traicionar el acuerdo. Este análisis sugiere que el control legal debería ser decisivo contra la capacidad de conspirar. Si un interés con control sobre los alegados miembros del cártel está en los propietarios comunes la firma se estará comportando como una sola entidad maximizadora de beneficios así no existiera el acuerdo cuestionado. Faltaría entonces capacidad de conspirar"<sup>(9)</sup>.

(7) En el caso referido, la sentencia señaló lo siguiente: "(t)he coordinated activity of a parent and its wholly owned subsidiary must be viewed as that of a single enterprise for purposes of § 1 of the Sherman Act. A parent and its wholly owned subsidiary have a complete unity of interest. Their objectives are common, not disparate, and their general corporate objectives are guided or determined not by two separate corporate consciousnesses, but one. With or without a formal 'agreement', the subsidiary acts for the parent's benefit. If the parent and subsidiary 'agree' to a course of action, there is no sudden joining of economic resources that had previously served different interests, and there is no justification for § 1 scrutiny. In reality, the parent and subsidiary always have a 'unity of purpose or a common design'. The 'intra-enterprise conspiracy' doctrine relies on artificial distinctions, looking to the form of an enterprise's structure and ignoring the reality. Antitrust liability should not depend on whether a corporate subunit is organized as an unincorporated division or a wholly owned subsidiary. Here, nothing in the record indicates any meaningful difference between Regal's operations as an unincorporated division of Lear Siegler and its later operations as a wholly owned subsidiary of Copperweld".

(8) SULLIVAN, Lawrence y Warrant GRIMES. *The Law of the Antitrust: an Integrated Handbook*. p. 185. Traducción libre del siguiente texto: "(t)he Copperweld majority did not expressly resolve the case in which an affiliate is less than wholly owned. But the majority's language suggests reliance on a control test-is there common control of a firm and its partially owned affiliate?"

(9) HOVENKAMP, Herbert. *The Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*. p. 182. Traducción libre del siguiente texto: "(b)y contrast, when the subsidiary is only partially owned there may be a divergence of interest among the owners, and owners who are able to control the decisions of one subsidiary may be able to profit by cheating on the agreement. This analysis suggests that legal control should be decisive against conspiratorial capacity. If a controlling interest of alleged cartel members is held by common owners, then the firm will already behave as a single profit-maximizing entity absent the challenged agreement. Conspiratorial capacity is lacking".

Si bien, en general, esta ha sido la aproximación que ha venido adoptando la doctrina norteamericana, existen antecedentes jurisprudenciales discrepantes en cuanto a la aplicación del principio establecido en *Copperweld Corp. v. Independent Tube Corporation*, al caso de acuerdos celebrados entre empresas vinculadas en las que no existe un control absoluto sobre la propiedad de la empresa "subsidiaria"<sup>(10)</sup>. Sin embargo, dichos antecedentes no han determinado un cambio de la línea general seguida en la interpretación de estos casos.

De lo anterior podemos concluir que, en principio, deberá considerarse como una sola unidad económica a aquellas empresas en las que una de ellas controla la mayoría de las acciones (con derecho a voto) de la otra ("subsidiaria") o un porcentaje significativo del mismo, que le permite ejercer el control efectivo de las operaciones de la empresa subsidiaria. Como consecuencia de ello, los acuerdos celebrados al interior de dicha unidad económica serán legales y no podrán ser cuestionados como una concertación o conspiración contra la competencia al amparo de la Sección 1 de la *Sherman Act*.

En un sentido similar se ha pronunciado el Derecho y la jurisprudencia comunitaria europea. En efecto, la Corte Europea de Justicia sostuvo en *Beguelin Import v. GL Import Export*<sup>(11)</sup> que el artículo 85 del Tratado no resulta aplicable a los acuerdos celebrados entre una subsidiaria y su matriz, en tanto que, pese a ser personas jurídicas formalmente independientes, la primera no goza de una real independencia económica en relación con la segunda.

Nuevamente, el problema radica en determinar cuándo estamos frente a una empresa que goza de una real independencia frente a otra. A decir de la doctrina europea, ello deberá ser determinado caso por caso en función tanto del control sobre la titularidad de las acciones, como de la extensión del control efectivo en las decisiones de la subsidiaria por parte de la otra empresa. El control sobre la mayoría de las acciones, únicamente establecerá una presunción con relación al control sobre las actividades de la subsidiaria<sup>(12)</sup>.

En lo que se refiere a las normas de competencia peruanas, se puede señalar que en su aplicación se ha mantenido una línea de interpretación similar a la americana y europea. Esto es, se admite como regla la necesidad de una independencia económica entre las empresas, como condición para la sanción de los acuerdos restrictivos de competencia con base a lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 701.

Con relación a la existencia de un accionista entre dos empresas como condición para la existencia de una unidad económica, existe jurisprudencia administrativa que ha señalado que dicha condición no es suficiente para eliminar la posibilidad de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia entre dichas empresas. En efecto, en la Resolución No. 067-96-INDECOPI-CLC con fecha 29 de agosto de 1996, la Comisión de Libre Competencia de Indecopi, al evaluar una concertación de precios entre empresas que registraban ciertos vínculos económicos, señaló que: "(e)l hecho de compartir accionistas en común no es razón suficiente para considerar que las empresas en esta situación carecen de independencia, tampoco lo es el hecho que sus accionistas se relacionen por vínculos de parentesco".

Cabe destacar que en el referido procedimiento se discutía la relación entre empresas vinculadas a través de uno de sus accionistas, quien siendo socio mayoritario de una de ellas, controlaba menos del 15 por ciento de la otra.

Cabe destacar brevemente que la legislación canadiense es en este extremo más clara. Su regulación de competencia (*Competition Act*) expresamente ha excluido de las prohibiciones los acuerdos celebrados entre empresas vinculadas. En efecto, la *Competition Act* señala que las prohibiciones contenidas en el artículo 45.1 "no se aplican respecto a conspiraciones, combinaciones, acuerdos o arreglos celebrados entre compañías en las que cada una es, respecto de cada una de las otras, afiliadas"<sup>(13)</sup>.

La definición de lo que se entiende por "empresa afiliada" se encuentra contenida en el mismo dispositivo. En este caso, prima un criterio estructural; esto es, para

(10) Ver: *Novatel Communications v. Cellular Telephone Supply*, 1986-2 Trade Cas. (CCH) 67,172-73 (N.D. Ga 1986) ("parent can assert control over a 51 percent-owned subsidiary, and therefore, the two entities cannot conspire with one another"). Cfr. *Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, 667 F. Supp. 1477 (D. Or. 1987) ("only corporations which are owned 100 percent in common or a de minimis amount less than 100%, are covered by the Copperweld rule").

(11) Case 22/71 [1971] ECR 949. En el mismo sentido en: *Viho v. Commission*: Case 73/95 [1996] ECR I-5457; en *ICI v. Commission* la Corte afirmó que "where a subsidiary does not enjoy real autonomy in determining its course of action in the market, the prohibition set out in Article 85 (1) may be considered inapplicable in the relationship between it and the parent company with which it forms one economic unit". Case 48/69 *ICI v. Commission* [1972] ECR 619, parágrafo 134.

(12) WISH, Richard. *Competition Law*: 3a. Edición. p. 213.

(13) Traducción libre del siguiente texto: "(...) does not apply in respect of a conspiracy, combination, agreement or arrangement that is entered into only by companies each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate".

que una empresa sea considerada “afiliada” de otra, esta última deberá ejercer el control efectivo de la primera. De conformidad con lo establecido en las subsecciones 2.2, 2.3 y 2.4 de la *Competition Act*, se entiende que existe control si se concentra más del 50 por ciento de los derechos de votos de la empresa y dichos votos son suficientes para elegir a la mayoría de los directores de la empresa<sup>(14)</sup>.

La aplicación jurisprudencial que han tenido dichas reglas, si bien permite establecer con claridad que las empresas vinculadas -en los términos antes mencionados- serán tratadas como parte de un mismo grupo, no permite analizar la situación de los acuerdos celebrados entre empresas cuya vinculación se establece en términos distintos (cuando una empresa controla un porcentaje inferior al 50 por ciento de los derechos de voto, por ejemplo)<sup>(15)</sup>.

De todo lo anterior se puede concluir que si bien las normas de competencia relevantes contienen disposiciones que sancionan los acuerdos que impliquen la eliminación de la rivalidad que debería existir entre las empresas que participan de un mismo mercado, ninguna de dichas regulaciones ha hecho extensiva dicha prohibición a los acuerdos celebrados entre empresas formalmente independientes que integran una misma unidad económica.

La determinación de la existencia de una misma unidad económica dependerá de factores vinculados tanto a la estructura de propiedad de las empresas -en el caso de Canadá depende exclusivamente de este factor-, como al ejercicio del control efectivo sobre las operaciones de las empresas que integran el grupo.

#### 4 De la naturaleza del acuerdo y de sus efectos en la competencia en el mercado.

Si se llegara a determinar que estamos frente a un acuerdo celebrado entre empresas independientes que

se comportan como competidores en el mercado, resulta necesario analizar la naturaleza del acuerdo a ser celebrado, así como las consecuencias sobre la competencia en los mercados afectados, con el objeto de determinar con exactitud el eventual riesgo de un cuestionamiento a partir de la aplicación de las normas de competencia.

Un primer tema es determinar si el acuerdo tiene por objeto la determinación concertada de precios de venta, de los volúmenes de producción, la división de los clientes o consumidores, o de los mercados. Si el supuesto es la negociación de un precio concertado entre las empresas competidoras que luego es impuesto a los proveedores cada una por separado, ello podría ser cuestionado directamente.

Por el contrario el caso revestirá otras aristas si de lo que se trata es de desarrollar un esquema de negociación que reduce costos del proceso de adquisiciones de las empresas involucradas, generando además un mejor aprovechamiento del *know how* existente.

Así, de tratarse de un acuerdo de cooperación a ser celebrado entre empresas independientes, con el objeto de establecer mecanismos conjuntos de compra de ciertos insumos, no se trataría de un acuerdo que tiene por objeto directo la restricción de la competencia entre las empresas que forman parte del mismo.

En otras palabras, si el acuerdo es de este último tipo no estaríamos frente a un tipo de acuerdo respecto del cual las normas de competencia relevantes para el análisis, suelen presumir -en algunos casos, sin admitir prueba en contrario- un impacto negativo en el mercado -regla de la ilegalidad *per se*<sup>(16)</sup>- sino frente a un caso de aplicación de la señalada *ancillary doctrine*.

En un acuerdo de cooperación entre empresas su ilegalidad dependerá básicamente de su impacto, no tanto en la disminución de la competencia entre las empresas que forman parte del acuerdo, como en la

(14) “2. For the purposes of this Act, a) one corporation is affiliated with another corporation if one of them is the subsidiary of the other or both are subsidiaries of the same corporation or each of them is controlled by the same person; b) if two corporations are affiliated with the same corporation at the same time, they are deemed to be affiliated with each other; and c) a partnership or sole proprietorship is affiliated with another partnership, sole proprietorship or a company if both are controlled by the same person”.

3. “For the purposes of this Act, a corporation is a subsidiary of another corporation if it is controlled by that other corporation”.

4. “For the purposes of this Act, a) a corporation is controlled by a person other than Her Majesty if (i) securities of the corporation to which are attached more than fifty per cent of the votes that may be cast to elect directors of the corporation are held, directly or indirectly, whether through one or more subsidiaries or otherwise, otherwise than by way of security only, by or for the benefit of that person, and (ii) the votes attached to those securities are sufficient, if exercised, to elect a majority of the directors of the corporation; (...)”.

(15) Como lo señala Al Gourley: “(t)here is little case law considering the application of subsection 45.8. Many cases support the proposition that, for purposes of sentencing, related corporations ought to be grouped together; but few cases exist to shed light on the more difficult Coppersveld-type questions”. GOURLEY, Al. *A Report on Canada's Conspiracy Law: 1889 - 2001 and Beyond*. Toronto: Macleod Dixon, 2001. p. 27.

(16) Acuerdos de precios de venta, acuerdos para la división de mercados o de clientes, concertación de ofertas en subastas públicas y concertación de volúmenes de producción.

disminución de la competencia en el mercado en su conjunto. Ello, porque no es considerado un "acuerdo desnudo" según la doctrina comentada anteriormente.

Se trataría entonces de un acuerdo que regularmente es analizado por las agencias de competencia bajo una regla de razonabilidad -"regla de la razón"-, por lo que será necesario analizar sus efectos específicos, caso por caso, para determinar su eventual ilegalidad.

#### 4.1 De los acuerdos entre competidores para la compra en conjunto de determinados bienes o insumos.

Los acuerdos de cooperación entre empresas para la compra en conjunto de insumos, son relativamente frecuentes. En algunas oportunidades, dichos acuerdos suelen implementarse a través de la constitución de una empresa en común o a través de empresas controladas de manera conjunta por las empresas integrantes del acuerdo. En otros casos, la compra en común opera sobre la base de un acuerdo que no altera las estructuras de las empresas involucradas.

Por lo general, los acuerdos entre competidores para la compra en común de determinados productos son tratados de manera benevolente por las regulaciones de competencia, en comparación al tratamiento dado a los acuerdos entre competidores para la venta en conjunto, por ejemplo. Ello básicamente se origina en el reconocimiento implícito de los efectos positivos que dichos acuerdos generan (reducción de costos e incremento de eficiencias administrativas), en comparación a los riesgos que involucran para la competencia y la economía en general. Así, de acuerdo con J.M. Jacobson y G. Dorman: "(...) los acuerdos entre compradores raramente suelen tener un efecto anticompetitivo significativo y en consecuencia, el tratamiento de la legislación antimonopolios a la actividad de conjunta de compradores no debe ser tratada de manera simétrica al tratamiento de la actividad conjunta de venta. Cuando los vendedores ejercen su poder monopolístico el resultado casi universal es precios más altos, menor producción y mala asignación de recursos, valores antieconómicos que muchos consideran la legislación antimonopolios está diseñada para proteger e impedir. En contraste, acuerdos de compras conjuntas suelen producir menores precios y

mayor producción para los consumidores sin el serio efecto de una mala asignación de recursos ni ninguna otra afectación al interés público como es protegido por la legislación antimonopolios. El tratamiento de la legislación antimonopolios a la conducta del comprador debe ser, en correspondencia, benevolente"<sup>(17)</sup>.

La determinación de un eventual cuestionamiento desde un punto de vista de competencia dependerá tanto de la naturaleza misma del acuerdo (entendido esto como el área y objeto de la cooperación, la relación de competencia entre las partes y la extensión de dicha cooperación), como del poder mercado de las partes involucradas en el acuerdo, variables ambas que determinarán su capacidad para afectar el mercado de manera significativa.

Así, el análisis de la legalidad o no de un acuerdo de este tipo no es un tema sencillo pues depende de la sumatoria de una serie de factores diversos. Cuando más de esos factores de riesgo o *plus factors* existan, más probabilidades de cuestionamiento existirán. Cuando menos factores de ese tipo existan, será menos probable que el acuerdo sea cuestionado. A continuación se enumeran y analizan los principales factores relevantes para hacer el análisis.

##### 4.1.1 El tipo de mercado.

Uno de los primeros aspectos que deberá analizarse para evaluar un potencial cuestionamiento es el tipo de mercado afectado. Es el caso que los acuerdos de cooperación para la compra en común de determinados bienes o insumos puede afectar dos mercados distintos: el mercado de compra de los productos de que se trate (*up stream*) y el mercado de venta de determinados productos, en aquellos casos en los que se trate de empresas que compiten en un mismo mercado (*down-stream*).

Regresando al ejemplo de las empresas textiles que deciden efectuar compras conjuntas de algodón, el mercado *up stream* o "aguas arriba" sería el mercado de compras de algodón, mientras el mercado *down stream*, o "aguas abajo" sería el mercado de ventas de pantalones.

Si las empresas que compiten en un mismo mercado se asocian para adquirir los insumos requeridos para la fabricación de sus productos, el impacto en

(17) Traducción libre del siguiente texto: "(...) *buyer agreements are rarely likely to have significant anti-competitive effect and, therefore, that the antitrust treatment of joint buyer activity should not be symmetric to the treatment of joint seller activity. When sellers exercise monopoly power, the almost universal result is higher prices, lower output and misallocated resources, noneconomic values that many believe the antitrust laws are design to protect are impaired as well. In contrast, joint purchasing arrangements often produce lower prices and greater output for consumers without any serious threat of resource misallocation or any other impairment of the public interest as protected by the antitrust laws. The antitrust treatment of purchaser conduct should be correspondingly lenient*". JACOBSON, J.M. y G. DORMAN. *Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust*. En: *The Antitrust Bulletin*. Spring, 1991. p. 2.

competencia del acuerdo se sentirá tanto en el mercado de compra de insumos o *up stream*, como en el de venta de los productos confeccionados o producidos con dichos insumos, o mercado *down stream*.

En tal sentido, el análisis del impacto anticompetitivo de un acuerdo de compra en común deberá comprender la revisión de sus efectos tanto en el mercado de compra como -de ser el caso- en el mercado de venta de los productos que son elaborados con dichos insumos.

#### 4.1.2 Naturaleza y alcances del acuerdo.

Por otro lado, la afectación en la competencia dependerá también de la naturaleza misma del acuerdo. Así, por ejemplo, un acuerdo mediante el cual empresas que compiten en el mercado de venta de un producto determinado se agrupan para comprar en común el íntegro o la mayoría de sus insumos, probablemente representará un mayor riesgo desde el punto de vista de la competencia que un acuerdo que cubre una pequeña porción de los insumos demandados por las empresas. Dicho riesgo se incrementa si, en dicho supuesto, los insumos representan un porcentaje importante de integración en los bienes producidos o comercializados por las empresas que forman parte del acuerdo.

#### 4.1.3 Participación en el mercado de los integrantes.

Quizás el elemento más importante y definitorio se vincula con la posición y participación de las partes en los mercados afectados. Dicha posición es la que finalmente determinará la probabilidad de que el acuerdo les permita ganar, mantener o incrementar su poder de mercado a través del acuerdo de cooperación y, por tanto, su habilidad para generar efectos negativos sobre el mercado y la competencia.

Así, por ejemplo, un acuerdo de cooperación celebrado entre empresas que poseen una importante participación en el “mercado de venta” de un producto determinado y que les permite alcanzar una participación también importante en el mercado de compra de los insumos de que se trate, probablemente representará un mayor riesgo desde el punto de vista de la competencia que uno en el que las partes no llegan a concentrar una participación significativa en ninguno de los mercados afectados.

#### 4.1.4 Acuerdos accesorios con efectos anticompetitivos.

Adicionalmente, la determinación del grado de afectación de la competencia generado por un acuerdo

de cooperación y, por tanto, su eventual ilegalidad, se vincula con los pactos accesorios que rodean al acuerdo. Así, por ejemplo, bajo determinadas circunstancias podrían ser considerados anticompetitivos el acuerdo de excluir a otras empresas de participar en el programa de compras en conjunto o el acuerdo para negarse a comprar a proveedores que compiten también en el mercado *down stream*. En tal sentido, el análisis del impacto anticompetitivo de un acuerdo de compra en común debe comprender la revisión de los pactos u acuerdos accesorios al acuerdo de principal.

#### 4.1.5 Efectos positivos para la competencia.

Finalmente, el análisis del eventual impacto negativo del acuerdo sobre la competencia y, por tanto, de su eventual ilegalidad, debe comprender también un análisis de los efectos positivos generados por el acuerdo los mismos que, bajo determinadas circunstancias, podrían compensar sus efectos restrictivos.

En efecto, los acuerdos dirigidos a coordinar las actividades de compras suelen generar una serie de beneficios económicos derivados de las economías de escala o de alcance que permiten: reducción de costos en transporte o en el personal encargado de las labores de compra, reducción de costos de transacción, descuentos por compras en volumen, entre otros ejemplos. Por otro lado, en algunos casos dichos acuerdos permiten mejorar las condiciones competencia en el mercado, al mejorar la posición de negociación de los compradores en mercados con una alta concentración por el lado de los vendedores: así por ejemplo, en el caso de pequeños distribuidores o agricultores que se agrupan para compensar sus desventajas de negociación con proveedores de insumos que ostentan un poder de mercado.

### 4.2 Análisis integral de los factores relevantes: la importancia de la participación de mercado.

La determinación de la ilegalidad del acuerdo dependerá, en suma, del resultado del análisis comparativo de los efectos negativos y positivos en el mercado que dicho acuerdo genere. Sin embargo, quizás el factor más importante sea la participación en el mercado combinada de las partes en el acuerdo.

Con relación a la legalidad o ilegalidad de dichos acuerdos, existe cierta coincidencia respecto al tratamiento de dichos acuerdos en la regulación de competencia relevante para el análisis del acuerdo. En general dichas regulaciones consideran que los acuerdos de cooperación para la compra en común son *a priori*

legales, a menos que exista el riesgo de que el mercado se concentre o se incorpore al acuerdo pactos accesorios de naturaleza anticompetitiva.

Con relación a la regulación norteamericana de competencia, Sullivan y Grimes señalan: “(s)alvo que el mercado esté concentrado o que existan restricciones complementarias indebidamente anticompetitivas, dichos acuerdos son legales. (...) Las compras conjuntas permiten integración que nos pueden conducir a eficiencias. Dichos acuerdos no son vulnerables bajo la *Sherman Act* cuando ni el riesgo de ganar participación usando el poder de mercado ni la existencia de una restricción complementaria a la competencia sean evidentes”<sup>(18)</sup>.

En el ámbito jurisprudencial, han existido diversos pronunciamientos de las Cortes norteamericanas en los que, aplicando la *rule of reason* o “regla de la razón”, se ha declarado, explícita o implícitamente, la legalidad de dichos acuerdos en ausencia de cualquier indicador de poder de mercado significativo por parte de las partes que integran el acuerdo. Así por ejemplo, en *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*<sup>(19)</sup>, la Corte Suprema declaró implícitamente la legalidad de dichos acuerdos al sostener que, en ausencia de poder de mercado, las empresas integrantes de un acuerdo de compra en común podían legítimamente excluir del mismo a cualquier otra empresa interesada en participar del acuerdo.

No obstante ello, las Cortes han sancionado la incorporación a dichos acuerdos de pactos anticompetitivos accesorios. Así, por ejemplo, en *United States v. Topco Associates, Inc.*<sup>(20)</sup>, un acuerdo para la compra en conjunto de insumos celebrado entre un grupo de pequeñas cadenas de bodegas, fue sancionado por la incorporación de un pacto accesorio que implicaba una división de mercados. Del mismo modo, en *Eastern States Retail Lumber Dealers’s Ass’n v. United States*<sup>(21)</sup>,

se sancionó un acuerdo entre *dealers* para no comprar los productos de aquellos distribuidores que comercializaban además sus productos al mismo nivel que los *dealers*.

Recientemente, el *Federal Trade Commission* y el *Justice Department* en su *Antitrust Guidelines for Competitor Collaborations* (abril de 2000) han tomado posición respecto a las compras en común señalando que si el acuerdo concentra menos del 20 por ciento de las compras del producto en el mercado relevante, éste no será cuestionado (*safe harbor*) por dichas entidades. Sólo si el acuerdo genera una concentración superior al 20 por ciento en el mercado relevante, deberá realizarse un análisis más pormenorizado tanto de los beneficios como de sus efectos negativos en el mercado, a fin de determinar la compatibilidad del acuerdo con las normas de competencia<sup>(22)</sup>.

Algo similar puede concluirse desde el punto de vista de la regulación de competencia comunitaria europea. En efecto, los acuerdos entre competidores para la compra en común de determinados insumos, si bien en principio han sido considerados dentro de los acuerdos o contratos prohibidos en el primer párrafo del artículo 85 del Tratado, la Comisión y el Tribunal Europeo han otorgado excepciones individuales basados en una análisis de los beneficios generados o en las condiciones específicas del mercado de que se trate.

Sobre el particular, Valentine Kora señala: “(l)a corte ha establecido que organizaciones cooperativas para la compra y venta con pequeñas participaciones de mercado no infringen el artículo 85.1 incluso cuando los miembros acuerdan por largos periodos de tiempo a comprar o vender de manera importante si las reglas son proporcionales a la función de la operación conjunta. Las reglas de la asociación deben ser evaluadas a la luz de su contexto económico”<sup>(23)</sup>.

(18) SULLIVAN, Lawrence y Warrant GRIMES. Op. cit.; pp. 257-258. Traducción libre del siguiente texto: “(u)nless the market is concentrated or there are unduly anticompetitive ancillary restraints, such arrangements are lawful. (...) Joint buying entail integration that could yield efficiencies. Such arrangements are not vulnerable under the Sherman Act when neither the risk of gaining any using market power nor unduly restrictive ancillary restraint are evident”.

(19) 472 U.S. 284, 105 S. Ct. 2613, 86 L. Ed. 2d 202 (1985).

(20) 405 US 596, 92, S. Ct. 1126, 31 L. Ed. 2d 515 (1972).

(21) 234 U.S. 600, 34 S. Ct. 951, 58 L. Ed. 1490 (1914).

(22) “Absent extraordinary circumstances, the Agencies do not challenge a competitor collaboration when the market shares of the collaboration and its participants collectively account for no more than twenty percent of each relevant market in which competition may be affected. The safety zone, however, does not apply to agreements that are per se illegal, or that would be challenged without a detailed market analysis or to competitor collaborations to which a merger analysis is applied”. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Guidelines for Competitor Collaborations*. April 2000. p. 30.

(23) Traducción libre del siguiente texto: “(t)he court has held that co-operative buying and selling organizations with small market shares do not infringe article 85.1, even when members agree for long periods to buy largely from or sell to the rules are proportional to the functions of the joint operation. The rules of the association must be appraised in the light of their economic context”. KORA, Valentine. *EC Competition Law and Practice*. Six Edition, 1997. p. 43.

Así, por ejemplo, en el caso de la Asociación Nacional de Ácido Sulfúrico<sup>(24)</sup>, en el que la mayoría de fabricantes de ácido sulfúrico del Reino Unido se pusieron de acuerdo para comprar azufre a través de un *pool*, se consideró que, tomando en cuenta la concentración existente en la oferta de dicho insumo, así como la posibilidad de que sus integrantes realicen parte de sus operaciones de manera directa -sólo el 25 por ciento de sus necesidades debía ser canalizado obligatoriamente a través del *pool*-, el acuerdo no afectaba negativamente el mercado.

Por el contrario, ha rechazado el otorgamiento de dichas excepciones en aquellos casos en los que las restricciones accesorias impuestas a sus miembros fueran desproporcionadas. Así, por ejemplo, en el caso *Cooperatieve Stremsel-en Kleursfabriek*<sup>(25)</sup>, el Tribunal de Justicia Europeo confirmó el punto de vista de la Comisión quien negó una excepción al acuerdo celebrado por todas las cooperativas lecheras en Holanda para comprar un insumo básico para la fabricación de quesos, por forzar a sus miembros a canalizar el 100 por ciento de sus necesidades a través de la “cooperativa”.

Recientemente, en noviembre de 2000, la Comisión Europea ha adoptado lineamientos generales para la evaluación de los acuerdos de cooperación entre empresas. Dichos lineamientos resumen la posición de dicha agencia respecto a los acuerdos de compra en común<sup>(26)</sup>.

En general, al igual que en los Estados Unidos, la Comisión ha establecido para el sistema europeo, como regla general que la legalidad de los acuerdos de cooperación depende de los efectos negativos que generen en el mercado los mismos que: “(...) dependen del contexto económico tomando en consideración tanto la naturaleza del acuerdo y el poder de mercado combinado de las partes que determinan -conjuntamente con otros factores estructurales- la capacidad del acuerdo de afectar de manera global la competencia de una manera significativa”<sup>(27)</sup>.

Sobre este último aspecto, la Comisión señala que, si bien no existe un porcentaje que de manera absoluta indique la existencia de poder de mercado, resulta improbable que empresas que concentran una participación inferior al 15 por ciento tanto en el



“mercado de compra” como en el “mercado de venta”, sean consideradas como tales. Nótese incluso que el porcentaje es inferior al norteamericano (20 por ciento), pero se mueve en rangos similares.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión añade que incluso acuerdos en los que la participación del mercado combinada de las partes involucradas supere el 15 por ciento, podrían no resultar anticompetitivos: “(u)na participación de mercado superior a ese límite no indica de manera automática que se esté causando un efecto negativo para el mercado por la cooperación pero requiere un análisis más detallado del impacto de un acuerdo de compras conjuntas, involucrando factores como el nivel de concentración en el mercado y el posible poder compensatorio de proveedores importantes. Compras conjuntas que involucren partes con una participación de mercado significativamente superior a 15 por ciento en un mercado concentrado probablemente caerá bajo el artículo 85.1 y las eficiencias que compensen el efecto restrictivo deberán de ser demostradas por las partes”<sup>(28)</sup>.

(24) DOCE 1980 L260/24.

(25) Asunto 61/80 [1981] Rep 851.

(26) *Commission Notice. Guideline on the applicability of 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreement.* (2001/C 3/02).

(27) *Commission Notice. Guideline on the applicability of 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreement.* (2001/C 3/02), p. 4. Traducción libre del siguiente texto: “(...) depends on the economic context taking into account both the nature of the agreement and the parties’ combined market power which determines -together with other structural factors- the capability of the cooperation to affect overall competition to such a significant extent”.

(28) *Ibid.*: p. 19. Traducción libre del siguiente texto: “(a) market share above this threshold does not automatically indicate that a negative

En lo que se refiere a la regulación peruana, no existen antecedentes sobre el particular, es decir, sobre casos en los que se hayan cuestionado acuerdos de compra conjuntas. No obstante ello, consideramos que dado el marco normativo vigente, no existe razón para pensar que el Indecopi adopte una línea de interpretación distinta a la seguida en los Estados Unidos y en la Comunidad Económica Europea, sobre todo si se tiene en cuenta la posición adoptada por el Indecopi en el caso de acuerdos de cooperación para la comercialización, como ocurrió en el caso CIVA versus Mariscal Cáceres, anteriormente citado.

Una mención aparte, por su carácter más estricto, merece la regulación Canadiense sobre la materia. En primer lugar, debe señalarse que la sección 45 de la *Competition Act*<sup>(29)</sup> de dicho país prohíbe todos los acuerdos que "indebidamente" restrinjan competencia, lo que incluye tanto a los denominados "acuerdos desnudos" como a los acuerdos que regularmente son excluidos de dicha clasificación, dentro de los que se incluye a los acuerdos para compras en conjunto.

En segundo lugar, en la determinación de cuáles son aquellos acuerdos que "indebidamente restringen competencia" las Cortes canadienses han excluido explícitamente cualquier consideración respecto a las eficiencias generadas por los acuerdos<sup>(30)</sup>. En otras palabras, las empresas que forman parte de un acuerdo para la compra en conjunto de insumos que restringe "indebidamente" la competencia por ejemplo, podrán ser sancionadas -con penas de carcelería de hasta 5 años- incluso en aquellos casos en los que el acuerdo genere eficiencias de manera significativa. En este aspecto, la jurisprudencia se aparta de un análisis basado en la "regla de la razón" amplia para la determinación de la legalidad o ilegalidad de ciertas conductas, como sucede en las regulaciones anteriormente citadas.

Dos son los aspectos que, a decir de la Corte Suprema Canadiense, determinarán cuándo un acuerdo

restringe "indebidamente" la competencia: (i) la estructura del mercado; y, (ii) la conducta de las partes que forman parte del acuerdo<sup>(31)</sup>.

La participación de las partes en el mercado ha sido considerada por la Corte como un elemento no determinante<sup>(32)</sup>. En otras palabras, para determinar la legalidad o ilegalidad de un acuerdo ante la legislación canadiense será necesario analizar no sólo la participación de las partes en el mercado de que se trate sino además: el número de competidores y el grado de concentración del mercado, las barreras de acceso al mercado, la distribución geográfica de los proveedores, el poder de mercado de los suministradores, entre otros factores.

Explícitamente la Corte ha señalado que, para la determinación de la ilegalidad de la práctica, no resulta necesario que las partes dominen o controlen el mercado; un "moderado" poder de mercado resulta suficiente para declarar ilegal un acuerdo<sup>(33)</sup>.

De lo anterior se puede concluir que, independientemente de las eficiencias y beneficios que se generen, los acuerdos de compra en común de determinados insumos celebrados entre competidores que ostentan una participación que no puede ser calificada como insignificante, corren el riesgo de ser calificados como ilegales a la luz de la regulación Canadiense sobre la materia pudiendo sus autores ser objeto de sanciones criminales.

Cabe destacar que, a diferencia del caso estadounidense y del caso europeo, no existe ningún parámetro jurisprudencial o administrativo con base al cual se pueda determinar con precisión aquella participación de mercado bajo la cual no existe riesgo de un eventual cuestionamiento del acuerdo.

Refiriéndose al alto grado de incertidumbre existente respecto a la eventual ilegalidad de determinados acuerdos de cooperación bajo la regulación canadiense, Mc Carthy Tetraul señala: "(...) estamos convencidos que un gran número de acuerdos

*market effect is caused by the cooperation but requires a more detailed assessment of the impact of a joint buying agreement on the market, involving factors such as the market concentration and possible countervailing power of strong suppliers. Joint buying that involves parties with a combined market share significantly above 15 percent in a concentrated market is likely to come under Article 85.1, and efficiencies that may outweigh the restrictive effect have to be shown by the parties".*

(29) "45.1. Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product, b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof, c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property, or d) to otherwise restrain or injure competition unduly, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both."

(30) De conformidad con lo establecido por la Corte Suprema en *Nova Scotia Pharmaceuticals Society* "counterbalancing efficiency gains (...) lie (...) outside of the inquiry". *R. v. Nova Scotia Pharmaceuticals Society*, [1992] 2 S.C.R. 606.

(31) *Ibid.*: 651.

(32) *Ibid.*: 653.

(33) *Ibid.*: 654.

pro-competitivos, que de otra manera presentan algún riesgo bajo la legislación antimonopolios, no son llevados a cabo porque el abogado no puede dar una opinión clara de que no existe riesgo de un proceso criminal. Considere los siguientes tipos de acuerdos entre competidores en los que las partes no tendrían una participación de mercado significativa:

- implementar un sistema de producción común;
- implementar un sistema de distribución común;
- compras conjuntas de un determinado producto;**

A pesar que todos estos acuerdos pueden generar eficiencias, tales eficiencias no son relevantes para eliminar la existencia de responsabilidad criminal bajo la sección 45. Como consecuencia que el riesgo de sanciones criminales no puede ser eliminado con certeza, muchas personas de negocio estarán reacias de concluir tales acuerdos si tienen efectos anticompetitivos<sup>(34)</sup>. (El énfasis es nuestro).

Por el contrario, la legislación australiana es más benévola que el régimen general descrito líneas arriba para Estados Unidos y la Unión Europea.

Bajo la legislación Australiana (Sección 45 de la *Trade Practice Act 1974*) se tiene prohibidos de manera general los acuerdos que tienen como propósito o efecto dañar sustancialmente la competencia (*substantially lessening competition*). Específicamente se han prohibido los acuerdos de precios<sup>(35)</sup>.

No obstante ello, en la sección 45A se han exceptuado de dicha prohibición aquellos acuerdos que se vinculen con la compra en conjunto, por lo que debe en principio esperarse un tratamiento más benévolo

de este tipo de acuerdos bajo la regulación australiana<sup>(36)</sup>.

Así, si bien las normas australianas prohíben los acuerdos horizontales de precios, tales prohibiciones se refiere a los “acuerdos desnudos”. Y en el caso de los acuerdos de compra como el que es materia de comentario no sólo no lo prohíbe expresamente, sino que lo excluye expresamente de la prohibición.

En conclusión, con la salvedad hecha respecto a la regulación canadiense, de lo expuesto se puede advertir que el eventual cuestionamiento de los acuerdos de cooperación entre competidores dependerá básicamente del poder de mercado combinado de las empresas que participan del acuerdo: una concentración del poder de compra inferior al 15 por ciento no resultará en un cuestionamiento desde el punto de vista de las regulaciones de competencia (asumiendo la ausencia de circunstancias excepcionales como las que se ha mencionado).

Cualquiera fuere el tipo o magnitud de los beneficios que se deriven del acuerdo, si el poder de mercado combinado de las partes involucradas en el acuerdo es significativo (superior al 15 por ciento para el caso europeo, o superior al 20 por ciento para el caso americano), deberá efectuarse un análisis pormenorizado de la operación a efectos de determinar su compatibilidad con las normas de competencia pertinentes.

Finalmente, la compatibilidad o incompatibilidad del acuerdo de compra en conjunto con las normas de competencia relevantes dependerá igualmente de la naturaleza de los pactos accesorios al acuerdo de cooperación celebrado entre las partes.

(34) Traducción libre del siguiente texto: “(...) *we are convinced that a large number of pro-competitive arrangements, which otherwise present some antitrust risk, do not proceed because counsel cannot give an unqualified opinion that there is no risk of criminal prosecution. Consider the following types of competitor agreements where the parties would have a not insignificant market share:*

- setting up a joint production system;
- setting up a joint distribution system;
- joint purchasing of a given product; (...)

*Even though all of these agreements could generate efficiencies, such efficiencies are not relevant to determine criminal liability under section 45. Because the risk of criminal sanctions cannot be eliminated with certainty, many business persons will be reluctant to conclude such arrangements if they have anti-competitive effects”.* MC CARTHY TETRAUL. *Proposed Amendments to Section 45 of the Competition Act*. August 2001. pp. 10-11.

(35) “45A.1 Without limiting the generality of **section 45**, a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, shall be deemed for the purposes of that section to have the purpose, or to have or to be likely to have the effect, of substantially lessening competition if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, as the case may be, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services supplied or acquired or to be supplied or acquired by the parties to the contract, arrangement or understanding or the proposed parties to the proposed contract, arrangement or understanding, or by any of them, or by any bodies corporate that are related to any of them, in competition with each other. (...).”

(36) “45A(...) 4. Subsection 1 does not apply to a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, being a provision:

- a) in relation to the price for goods or services to be collectively acquired, whether directly or indirectly, by parties to the contract, arrangement or understanding or by proposed parties to the proposed contract, arrangement or understanding; or
- b) for the joint advertising of the price for the re-supply of goods or services so acquired”.

## 5 ¿Cómo estructurar entonces un acuerdo de compras conjuntas?

El análisis conceptual antecedente nos arroja una serie de principios que deben ser tomados en cuenta para reducir el riesgo de que las autoridades de competencia consideren un acuerdo como contrario a las normas de libre competencia.

En primer lugar, debe evitarse que el acuerdo quede redactado en términos tales que den la impresión de ser un acuerdo de precios desnudo. No debe ser un acuerdo o mecanismo de fijación de precios por parte de los competidores. Por ejemplo si el acuerdo fuera sólo una reunión en la que los compradores acuerdan que nadie pagará en sus compras precios superiores a cierto nivel, o en la que se van a distribuir los proveedores de manera que una empresa no pueda comprar a proveedores de sus competidores, ello será posiblemente objeto de cuestionamiento por las autoridades de competencia. La razón es muy simple: no existirá ninguna forma de integración que genere eficiencias, y por tanto sólo destacaran del acuerdo sus efectos anticompetitivos.

Además, no habrá riesgo de cuestionamiento si el acuerdo se adopta entre empresas que integran un mismo grupo, lo que no será discutido si existe una estructura real de control entre ellas.

Si el acuerdo tiene la característica de un acuerdo de cooperación y no de un acuerdo desnudo de fijación de precios, un elemento central será la participación agregada de las empresas en los mercados relevantes (*down stream* y *up stream*). Si la participación de las empresas no refleja un poder de mercado en los mercados afectados, el acuerdo no genera riesgos de un potencial cuestionamiento con base a las regulaciones de competencia relevantes.

A efectos de reducir los riesgos de cuestionamientos, se sugiere que al estructurar los acuerdos se sigan los siguientes lineamientos. Ello puede evitar que los acuerdos sean cuestionados si las autoridades de competencia salen a hacer una “cacería de brujas”.

a) Dejar abierta la posibilidad para que las empresas que forman parte del acuerdo realicen parte de sus compras de manera individual o celebren acuerdos similares con otras empresas;

b) Excluir del acuerdo o ser más cuidadoso en su evaluación o estructuración para aquellos bienes en los que la participación combinada de las empresas supere el 15 por ciento del mercado, salvo que existan evidencias claras que demuestren que no se producirá un efecto negativo en la competencia;

c) Para determinar el mercado relevante en el que se medirá el poder de mercado de los participantes se sugiere hacer una definición inicial restrictiva (que no incluya muchos productos) para simular una posición agresiva de la autoridad de competencia;

d) Asegurar el aislamiento e independencia de las personas o entidades a cargo de manejar los procesos de compra (evaluar la posibilidad de encargar los procesos de compra a terceras empresas o a un ente formalmente separado);

e) Diseñar mecanismos para prevenir o minimizar el intercambio de información sensible (volúmenes de compra demandados, por ejemplo) entre las empresas que integran el acuerdo;

f) Evitar incluir en el acuerdo cualquier restricción a las actividades de las empresas que resulte desproporcionada, tomando en cuenta el objeto del acuerdo; y,

g) Establecer límites a la difusión de información a otras empresas distintas a las integrantes del acuerdo, incluso en el caso de otros accionistas involucrados en actividades de compra parecidas, a fin de evitar que el acuerdo tenga, por la difusión de información, un efecto análogo al de un cartel que despierte las suspicacias de las autoridades.

## 6 Conclusión.

Los acuerdos para comprar deberían despertar menos suspicacias que los acuerdos para vender. Pero ello no implica que estén libres de cuestionamiento. Por el contrario son acuerdos cuya evaluación requiere tomar en cuenta una serie de factores y en los que la jurisprudencia nacional es inexistente y la internacional no es totalmente precisa.

Esto significa que hay que actuar con cautela, no sólo para no realizar una conducta que afecte la competencia, sino para no parecer que se está haciendo. Quizás en ningún área del Derecho sea tan cierta la frase de “la mujer del Cesar no sólo no debe serlo, sino parecerlo”. Muchas veces una palabra de más o una de menos puede hacer la diferencia entre enfrentar un costoso, difícil y riesgoso procedimiento ante las autoridades de competencia, o vivir tranquilo disfrutando de los beneficios de un acuerdo que genera finalmente beneficios para la sociedad.

Las autoridades de competencia no se caracterizan precisamente por beneficiar al encausado en caso de duda, o sea que trate de alejarse de las zonas grises y dudosas lo más posible.<sup>45</sup>