



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

HÉROES Y VILLANOS: LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL Y SU INCIDENCIA SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA

Miguel Sotomayor-Flores

Piura, junio de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Sotomayor, M. (2015). *Héroes y villanos: los acuerdos de colaboración empresarial y su incidencia sobre la libre competencia*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo [una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

MIGUEL EDUARDO SOTOMAYOR FLORES

**HÉROES Y VILLANOS: LOS ACUERDOS DE
COLABORACIÓN EMPRESARIAL Y SU INCIDENCIA
SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de abogado.

2015

APROBACIÓN

Tesis titulada “Héroes y villanos: Los acuerdos de colaboración empresarial y su incidencia sobre la libre competencia”, presentada por Miguel Eduardo Sotomayor Flores en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Ernesto Calderón Burneo.

Director de Tesis

DEDICATORIA

*A mis padres, en un fallido intento
de recompensarlos por todo lo que me han dado*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD CONÓMICA PRIVADA EN EL MERCADO	5
1.1. El derecho de la competencia. Sobre su finalidad e importancia	5
1.1.1. La política de competencia: sus objetivos	7
1.1.2. Los modelo teórico-prácticos de la competencia económica	17
1.1.3. Los modelos analíticos de la competencia perfecta e imperfecta	18
1.1.4. El modelo de competencia practicable (<i>workable competition</i>)	22
1.2. La regulación de la normativa de competencia en el Perú	25
1.2.1. Objetivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (DL 1034) y de la Decisión 608 de la CAN	26
1.3. Tipología de restricciones de la competencia	30
1.3.1. Acuerdos	32
1.3.2. Prácticas concertadas	36
1.3.3. Decisiones y recomendaciones	40
1.3.4. Objeto y Efecto Anticompetitivo	43
1.4. Las restricciones accesorias (<i>ancillary restraints</i>)	49
1.4.1. Test de accesoriedad	51

CAPÍTULO II: SOBRE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL Y LA VALIDEZ DE CLÁUSULAS RESTRICTIVAS	55
2.1. Los contratos asociativos: breve clasificación	57
2.1.1. Contratos de <i>joint venture</i> :	59
2.1.1.1. Características del <i>joint venture</i>	61
2.1.1.2. Objetivos del <i>joint venture</i>	62
2.1.1.3.	
2.1.2. Los contratos de agrupación	63
2.1.3. Las asociaciones en participación	63
2.1.4. Los consorcios	65
2.1.5. Las Uniones Temporales de Empresas	66
2.1.6. Agrupaciones de Interés Económico	68
2.2. Las cláusulas restrictivas: de su validez y conveniencia en los contratos asociativos.	70
2.2.1. La autolimitación de la libertad de concurrencia entre las empresas	71
2.3. La validez de las cláusulas de no competencia	78
2.3.1. Cláusulas anticompetitivas en el mercado de distribución de productos o servicios	80
2.3.2. Cláusulas anticompetitivas en los mercados de alta tecnología	94

CAPÍTULO III: CARTELIZACIÓN Y COOPERACIÓN EMPRESARIAL: ¿DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA?	103
3.1. Los cárteles: principales cuestiones en torno a su existencia	103
3.2. ¿Por qué existen los cárteles?	108
3.3. Típicas defensas para legitimar los cárteles	113
3.3.1. Competencia destructiva (Cutthroat competition)	113
3.4. Competencia en torno a la calidad de los servicios	115
3.5. Competencia “confusa”, “injusta” y “riesgosa”	116
3.6. Acuerdos que facilitan la formación de un cártel	119
3.7. Los intercambios de información	120
3.8. Tipología de acuerdos de información	122
3.8.1. Acuerdos de información sobre precios	122
3.8.2. Acuerdos de información sobre los costes	123
3.8.3. Acuerdos de información sobre las inversiones	123
3.8.4. Acuerdos de información sobre producción y ventas	124

3.8.5. Acuerdos para vigilar el buen funcionamiento de un cártel (<i>cartel policing</i>)	125
3.9. Acuerdos para presionar a las empresas no miembros u <i>outsiders</i>	125
3.10. El caso de las eficiencias derivadas de cárteles	129
3.11. Las conferencias marítimas	132
3.11.1. Características básicas de las conferencias marítimas	136
3.11.2. Las ventajas en las conferencias marítimas. Razones de un largo privilegio.	140
3.12. El caso de los <i>clusters</i>	145
3.12.1. La fisonomía del <i>cluster</i>	146
3.12.2. Las ventajas competitivas generadas por los <i>clusters</i>	148
3.12.3. Desventajas que puede encerrar un <i>cluster</i>	150
3.12.4. Conclusiones en torno a la viabilidad de los <i>clusters</i> en el Perú	154
3.12.5.	
3.13. El caso de los sectores regulados (Explotación coordinada del sector)	155
CONCLUSIONES	161
BIBLIOGRAFÍA	167

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, resulta inmensamente necesario que las empresas se adapten a las condiciones impuestas en el mercado y al creciente ritmo competitivo que se presenta en este mundo globalizado. La vertiginosidad con que se dan cambios en los sectores industriales o tecnológicos, empujan a las empresas a buscar reducir sus costos, aumentar su productividad e innovar constantemente bajo la consigna de no perder su posición en el mercado ni a su clientela fidelizada.

La facilidad con que se ve la caída de empresas de gran renombre que se llegaron a pensar imbatibles¹, así como el rápido ascenso de empresas cuya increíble historia de emprendimiento ha sido digna de libros y premios², han cambiado el chip de razonamiento de las empresas, quienes luchan constantemente por no ser opacadas ni perder la línea de evolución que su mercado va teniendo. Dicha vertiginosidad, no es exclusivo de los sectores tecnológicos o industriales, sino que se extiende

¹ Entre muchos casos tenemos los de: *Kodak*, que fue la mayor empresa norteamericana de películas fotográficas hasta los años 80's y actualmente lucha por no ser disuelta, *Sega TM*, que tuvo hasta la mitad del mercado de consolas de videojuegos en los inicios de los 90's y actualmente está fuera del mercado y, más recientemente, *Nokia*, el gigante finlandés de las telecomunicaciones, que fue el claro dominador del mercado de teléfonos móviles a nivel mundial hasta finales de los 90's y actualmente se encuentra eclipsado por empresas como *Apple*, *Samsung* y *Google*, tanto en el diseño de "Smartphone" como en el de sistemas operativos.

² Entre los ejemplos más emblemáticos podrían encontrarse: *Facebook*, que actualmente tiene más de 750 millones de usuarios o *Apple*, que es un claro dominador en lo que a teléfonos móviles de alta gama se refiere y, más recientemente, *Go Pro*, cuyas ventas de cámaras profesionales han subido increíblemente durante los últimos semestres.

incluso a mercados de servicios convencionales o productos de canasta básica.

En atención a ello, muchas empresas diseñan estrategias para contrarrestar sus falencias técnicas, financieras u organizacionales, a través de contratos o acuerdos de cooperación con el resto de empresas que conforman el mercado, sea que estén o no en el mismo nivel de la cadena de producción. Dichos acuerdos requieren un esfuerzo de cooperación entre las empresas que muchas veces traen consigo una serie de estipulaciones que podrían interpretarse como anticompetitivas, como por ejemplo el compromiso de efectuar planes de inversión conjunta, organización sincronizada de las actividades, develamiento de información confidencial, cláusulas de atadura y prohibición de abandono de proyectos sin recibir una penalidad, todo ello, a fin de llevar a buen término el acuerdo.

En muchas ocasiones, este tipo de intercambio de información o el hecho que dos empresas rivales estrechen lazos muy cercanos, puede representar una amenaza a la estabilidad inherente de un mercado, llevándonos a pensar que la institución encargada de velar porque exista una libre y leal competencia en el mismo, debería intervenir sancionando y evitando que el acuerdo siga en pie, o participando de las negociaciones y excluyendo algunas estipulaciones que pueda considerar dañinas.

No obstante, también existe la posibilidad de que dichos acuerdos o contratos terminen siendo un importante medio por el cual dichas empresas consigan ganar eficiencia en el mercado o –por qué no- un salvavidas que las mantenga a flote y lo suficientemente estables como para competir con el resto de sus rivales, todo ello teniendo una importante redundancia en el bienestar del consumidor final.

En el presente trabajo, pretendemos analizar una serie de acuerdos que se dan en algunos nichos de mercado en particular, que se encuentran en la disyuntiva de ser pro-competitivos o anti-competitivos, dependiendo de la perspectiva con que se les mire y en atención a las características esenciales que encierran los mercados donde se suelen presentar, no dejando que los prejuicios y/o convencionalismos jurídicos entren a tallar.

La necesidad de efectuar análisis técnicos y económicos profundos sobre las conductas que tienen las empresas y las razones y posibles consecuencias que puedan acarrear estos comportamientos, es la piedra angular sobre la que se funda el nuevo derecho de la competencia, que es un derecho más comprometido con el bienestar del consumidor, que ha dejado atrás encuadramientos clásicos, para convertirse en un derecho flexible, que aliente comportamientos que generen eficiencia y ayuden, en último término, a ofrecer mejores servicios y productos a los consumidores en el mediano o largo plazo.

Si bien el actual trabajo está circunscrito, en su mayoría, a ejemplos y casos que se han dado en sociedades del primer mundo, donde el sistema de defensa de la competencia y análisis de los acuerdos ha tenido un mayor desarrollo (Estados Unidos y Europa), consideramos que el alto crecimiento que ha venido teniendo nuestro país y el resto de países latinoamericanos –al menos los que han adoptado un sistema de economía abierta- son una señal de que pronto los problemas y discusiones doctrinales que ya se han presentado o se están presentando en nuestros vecinos países de Occidente, estarán siendo discutidos acá. En un humilde intento de echar un poco de luces sobre el tema, es que ha sido redactado el presente trabajo.

Miguel Sotomayor Flores.

CAPÍTULO I:

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA PRIVADA EN EL MERCADO

1.1. El derecho de la competencia. Sobre su finalidad e importancia

El Derecho de la competencia ha cobrado un singular protagonismo durante las últimas décadas en varios de los países de Latinoamérica, evidenciándose en la creación de nuevas normas legales³ que regulan el comportamiento de los agentes económicos en el mercado. Todo este fenómeno ha sido acompañado de la creación de instituciones especializadas encargadas de velar por el cumplimiento de los preceptos establecidos en los referidos cuerpos legales, así como la promoción e institucionalización de una dinámica competitiva en el mercado, tanto a nivel nacional, como en el plano internacional.

Este protagonismo, que es el resultado de una tendencia mundial hacia un modelo económico que promueve la libertad empresarial y la apertura a mercados externos, ha sido promovido por una serie de reformas legislativas que fueron dadas con la intención de promover la privatización de empresas estatales y la reducción progresiva de las

³ Como ejemplo de esto podemos ver la: Ley 25.156 Ley de Defensa de la Competencia Argentina, del 25 de agosto de 1999; Ley N° 1340 Ley de Defensa de la Competencia Colombiana, del 24 de julio del 2009; Decreto Legislativo N° 1034 sobre Represión de Conductas Anticompetitivas en Perú, del 24 de junio del 2008; Ley 18.159 Ley de Promoción y Defensa de la Libre Competencia de la República Oriental del Uruguay, del 20 de julio del 2007; entre otras.

trabas a la inversión extranjera. Así, el derecho de la competencia viene a ser parte esencial de un modelo económico cuyos postulados han venido imponiéndose -en el ideario político actual- hasta considerarse indispensables.

Este modelo, que hunde sus raíces en la reivindicación de la libertad empresarial, relegada durante tanto tiempo por sistemas económicos dirigistas- sostiene que la pugna entre competidores para conquistar el mercado es el principal motor para la innovación empresarial, tanto técnica como operativa, así como un elemento básico para la correcta asignación de recursos. Asimismo, este modelo repele la concentración del poder y la administrativización de las decisiones empresariales; en resumen, nos referimos al modelo económico liberal o de economía social de mercado, que se haya reconocido en el artículo 58 de nuestra Constitución⁴.

La competencia es, en este contexto, *“el mejor medio para lograr que los operadores económicos utilicen de modo eficiente sus recursos productivos, reduzcan progresivamente sus costes para conseguir mayores cuotas de mercado e inventen nuevos productos para captar más clientes”*⁵. Y el principal beneficio que trae consigo es, como lo menciona el profesor PASCUAL VICENTE,⁶ que *“transforma el fin privado de los empresarios, que es obtener un beneficio, en la virtud pública consistente en que los clientes mejoren su nivel de satisfacción”*.

Ahora bien, para que el Derecho de la competencia pueda materializarse es necesario que, a nivel gubernamental, se desarrolle una política de competencia, a través de la cual se canalicen las acciones estatales que favorezcan el mantenimiento de una economía de mercado, lo que implica que se tenga un concepto claro del objetivo o finalidad que

⁴ Al respecto, véase un interesante artículo escrito por OSCAR SÚMAR, acerca de cómo descifrar nuestro modelo económico actual, en su blog del diario Gestión: <http://blogs.gestion.pe/menulegal/2013/08/pollito-con-papas-y-economia-s.html>. Consultado en la web del diario Gestión el día 17/04/2014.

⁵ ALONSO SOTO, RICARDO, (2005) *“El Interés Público en la Defensa de la Competencia”*. En MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO y PETITBÓ, AMADEO (Directores). *“Modernización del Derecho de la Competencia en España y la Unión Europea”*, Madrid, Fundación Rafael Del Pino, Marcial Pons, pág. 32.

⁶ Notas tomadas por quien escribe del Curso de Derecho de la Competencia impartido por Wolters Kluwer Formación. PASCUAL Y VICENTE, JULIO. (2013) *“Fundamentos del Derecho de la Competencia en una economía de mercado”*. Pro-manuscrito. Madrid, pág. 7.

se persigue con dichas políticas públicas. De lo contrario, se correría el riesgo de que las resoluciones y decisiones tomadas puedan estar teñidas de arbitrariedad al no estar sujetas a una línea de dirección establecida. En palabras de YBAR⁷ *“las distintas jurisdicciones del continente no podrán exhibir una institucionalidad sólida y coherente mientras no expliciten los lineamientos generales de su política de competencia, y por lo mismo, cualquier metodología de análisis de carteles, fusiones o conductas unilaterales no será lo suficientemente robusta si está desprovista de una visión global respecto del bien jurídico que se pretende proteger”*.

La política de competencia, entendida como la clara resolución a institucionalizar una dinámica competitiva en el mercado de un país o región, ha sufrido una evolución constante cuyos límites han sido determinados por tendencias distintas, lo que imposibilitan su asociación a un cuerpo doctrinal estable. No obstante con el pasar del tiempo, se ha ido delineando una idea general con la que convivimos a diario y la cual, a su vez, se ha vuelto innegable: la competencia es necesaria y conveniente para conseguir el bienestar común. A pesar que dicha idea aparece implícita o explícitamente en las múltiples concepciones que se han tenido sobre la finalidad que cumplen las políticas de competencia, el objeto de su protección, e incluso los objetivos que se pretenden cumplir con dichas políticas públicas, suele ser un tema arduamente discutido.

Por ello, consideramos necesario exponer aquí las distintas posiciones e interpretaciones que han existido y existen respecto a los objetivos que persiguen las políticas de competencia y al bien jurídico que protege el Derecho de la competencia.

1.1.1. La política de competencia: sus objetivos

En los años previos al inicio de la Segunda Guerra Mundial, las potencias económicas del mundo (a excepción de Estados Unidos) habían asumido posiciones contrarias a la introducción de dinamismo competitivo a sus mercados, básicamente por el encuadramiento económico que imperaba, donde unas pocas

⁷ YBAR, MARIO. *“De qué hablamos, cuando hablamos de competencia”*. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, visitado el 19/04/2014. Artículo disponible sólo para descarga personal.

empresas lideraban los sectores manufactureros e industriales, favorecidas por políticas de corte nacionalista, que procuraban su fortalecimiento, en detrimento incluso, de empresas jóvenes que no encontraban apoyo estatal.

En el período de posguerra sin embargo, la globalización se hizo inminente; la crisis en la que se encontraban sumidas las potencias europeas incentivaron la eliminación de las medidas proteccionistas y la apertura económica a otros países vecinos para el libre traspaso de capitales y personas. Todo ello implicó un cambio sustancial de dirección en la tendencia de política económica, haciéndose más flexible y sustituyendo los viejos monopolios estatales, por mecanismos de promoción e incentivo a privados que estuviesen interesados en invertir. La política de competencia cobró de esta manera una vital importancia para la implementación material de la Unión Europea.

Pero desde la promulgación de la primera ley antimonopolios dictada en el Congreso de Estados Unidos de América (Sherman Act) en 1890 y la firma del Tratado de Roma en 1957 por algunos países europeos -donde se creó la primera legislación comunitaria de competencia⁸- hasta el día de hoy, las políticas de competencia han perseguido distintos objetivos, que bien mirados, pueden resultar hasta contradictorios.

La interpretación inicial que se hizo de los objetivos fijados con las leyes de competencia sufrió el sesgo de una visión reduccionista, que fue endurecida por la práctica jurisprudencial. Esto explica el escenario de competencia norteamericano, donde el excesivo formalismo del análisis jurídico ocasionó que las decisiones judiciales en materia de libre competencia se vieran sometidas a criterios inflexibles de interpretación durante mucho tiempo.

⁸ Decimos comunitaria porque no fue la primera legislación antimonopolios que se creó en Europa. Antes de eso, en Alemania ya se había creado el 02 de noviembre de 1923 la “Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico”. Ver GARRIGUES, JOAQUÍN (1964). “*La defensa de la competencia mercantil*”, Madrid, Sociedad de estudios y publicaciones; pg. 23 y ss.

No fue sino hasta la introducción de conceptos como la “eficiencia”, provenientes del Análisis Económico del Derecho (doctrina que nació como parte de las discusiones entre profesores de economía y derecho de la Universidad de Chicago), que se generó una reformulación de los criterios que hasta ese momento se usaban para castigar a las empresas que hubiesen cometido un acto contrario a la libre competencia y de las consecuencias *a posteriori* que dichos castigos podrían tener.

Dicha interpretación que de la *Sherman Act* hacían los jueces se había caracterizado por una rigidez avasalladora hasta entrados los años sesenta, prueba de ello es lo establecido en una de las más importantes decisiones judiciales en el ámbito del Derecho de la competencia, el caso *United States vs. Aluminium Company of America (ALCOA)*⁹, donde el juez HAND, esbozó una de las ideas más características del sistema de competencia norteamericano, hasta la llegada de los cambios introducidos por los economistas de Chicago, esto es, que el objetivo de la *Sherman Act* era defender los intereses de aquellos productores en desventaja que contaban con poco poder de mercado, a través del debilitamiento de aquellos otros productores que ostentaban un monopolio o una posición de dominio.

ALCOA era una empresa que detentaba un gran poder de mercado, llegando a poseer aproximadamente el 90% del mercado de aluminio¹⁰. Sin embargo, dicha empresa jamás incurrió en una práctica anticompetitiva, sino que a través de una política de precios bajos y progresivo establecimiento de fábricas nuevas, había conseguido el acaparamiento casi total de la demanda de aluminio en el país. En dicha sentencia, el juez HAND justificó la condena a ALCOA en base a la interpretación que hizo sobre los objetivos que perseguía la *Sherman Act*, aduciendo que su principal finalidad era el debilitamiento de estructuras empresariales monopólicas o cuasi-monopólicas, aunque éstas fueran concebidas

⁹ *United States v. Aluminium Co. of America*. (377 U.S. 271) del 12 de marzo de 1945. Disponible en la web: <http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf>

¹⁰ La sentencia es importante también por el análisis del juez HAND respecto al análisis del mercado relevante y las cuotas de mercado. En este caso, el juez HAND no diferenció entre los mercados de conductores de aluminio o aluminio primario.

eficientemente. Las palabras del juez HAND, en la parte justificativa de la sentencia, dejan poco lugar a la duda:

“Es cierto que podría haberse pensado que lo adecuado es condenar solamente aquellos monopolios que no puedan demostrar que han desarrollado la capacidad de invención más elevada posible, que han adoptado toda posible economía, que han anticipado cualquier mejora técnica concebible o estimulado toda posible demanda. Ésta podría haber sido, sin duda, una forma de enfocar el problema, aunque obligaría a una vigilancia y una supervisión constantes, que los tribunales no podrían realizar. Pero, aunque fuera posible, no fue ése el camino que escogió el Congreso, éste no decidió aceptar los monopolios “buenos” y condenar los “malos”, sino que los prohibió todos. Y al hacerlo no eran razones estrictamente económicas su única motivación. Es posible que, debido a sus efectos inmediatos morales o sociales, se prefiera un sistema económico basado en pequeños productores, cada uno de los cuales dependa de su propia capacidad y carácter para conseguir el éxito, y no un sistema en el que la gran mayoría de quienes forman parte de un determinado sector deba aceptar la dirección de unos pocos”¹¹

Las ideas expresadas por el juez HAND trazaron una hoja de ruta que sirvió de referencia para futuros jueces en casos posteriores, quienes siguiendo el mismo razonamiento condenaron a empresas por el sólo hecho de buscar voluntariamente la consecución de un monopolio legítimo.

El objetivo central de la política de competencia era, en aquél entonces, la proscripción del monopolio a cambio de la descentralización económica forzada. Las empresas tenían una valla impasable, que no les permitía continuar en la búsqueda de eficiencia productiva a través de la captación de un mayor poder de mercado porque esto era sinónimo de una práctica restrictiva de la competencia. No se distinguían, como lo afirmaba el juez HAND,

¹¹ Para el lector interesado en la sentencia puede consultar el trabajo de CABRILLO, FRANCISCO (2005). “Objetivos de una Política de Defensa de la Competencia”. En MARTÍNEZ LAGE, Santiago & PETITBÓ, Amadeo (Directores). “La Modernización del Derecho de la Competencia”. Madrid, Fundación Rafael Del Pino, Marcial Pons, pág. 23.

entre monopolios “buenos” o “malos” aunque los efectos de uno y otro en el mercado resultaban claramente contrarios.

Esta primera época estuvo marcada por la influencia de los principios democráticos *jeffersonianos*, caracterizados por una visión igualitaria de la sociedad, donde los pequeños agricultores deberían tener los mismos derechos que los grandes, de tal forma que les permita mantener una independencia económica respecto de ellos. Por eso, la prioridad era mantener una dispersión del poder económico, incidiendo en la protección de las pequeñas empresas competidoras, criterio que se vio reflejado en sentencias hasta hace relativamente poco.¹²

Los cambios legislativos que adoptó el gobierno norteamericano después de la dación de la *Sherman Act*, hicieron posible el reforzamiento de esta posición, al precisar o complementar las disposiciones de la *Sherman Act*. Es el caso de la *Clayton Act*, o la *Robinson-Patman Act* de 1914 y 1938 respectivamente, las cuales fueron dadas a fin de enunciar explícitamente aquellas conductas que eran consideradas anticompetitivas *per se*. Incluso en una sentencia posterior a la promulgación de la *Robinson-Patman Act*, el asunto *Morton Salt vs United States of America* se estableció claramente que “cuando se promulgó la Ley Robinson-Patman, el Congreso estaba especialmente preocupado por proteger a los negocios pequeños que eran incapaces de comprar en grandes cantidades”¹³

Alrededor de los años cuarenta, el Derecho de la competencia empezó a cambiar de perspectiva al recibir el influjo de las investigaciones llevadas a cabo por el economista John M. Clark sobre la noción de la competencia eficaz o competencia practicable (*workable competition*). La importancia de dicho postulado recae en que produjo el abandono del utópico modelo de competencia perfecta y consiguió establecer una vinculación más intensa entre la teoría de la competencia y la política de competencia, generando

¹² Por ejemplo, en la Decisión *United States v. Imperial Chemical Industries Ltd.* (105. F. Supp. 102) del 22 de marzo de 1972. Disponible en la web: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/105/215/1975542/>

¹³ Decisión *Morton Salt vs United States of America*. (338. U.S. 662) del 6 de febrero de 1950. Disponible en la web <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/632/>

que las decisiones de política económica sean tomadas de acuerdo a la funcionalidad asignada a la competencia en el mercado.

Más adelante, en atención a los aportes de la Escuela de Harvard -que habían puesto de manifiesto la relación existente entre la estructura del mercado, la conducta del mercado y el resultado que de ambos factores se pueden obtener- se empezaron a introducir análisis económicos que desarrollaron criterios flexibles que se adecuasen al caso en concreto, a fin de brindar una solución jurídica correcta.¹⁴

En los años posteriores, la crítica doctrinal encontró espacios de debate en diversas universidades norteamericanas, en especial la Universidad de Chicago, donde un grupo de profesores fueron forjando el pensamiento de lo que llegaría a conocerse como el viejo análisis económico del Derecho, herramienta jurídico-económica que rompería paulatinamente con la visión formalista de analizar las prácticas restrictivas de la competencia, introduciendo criterios de “eficiencia en el mercado”, a fin de catalogar como dañina o restrictiva una conducta, siempre que la misma haya tenido un impacto negativo o –después de un análisis más profundo- tenga la potencialidad de ocasionar un daño palpable en el sector.

De los profesores miembros de la Escuela de Chicago, fueron Richard POSNER y Robert BORK quienes revolucionaron en su tiempo las concepciones formalistas previamente descritas, presentando un nuevo paradigma a través del cual debían analizarse las prácticas anticompetitivas a fin que no se castiguen o desincentiven aquellas conductas que puedan traer un resultado positivo en el bienestar general de los consumidores.

El primero con su ensayo titulado “*The Rule of Reason and The Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*”, señala que el hecho que el Tribunal de Apelaciones norteamericano haya adoptado la interpretación de la Escuela de Chicago sobre lo que es una práctica anticompetitiva tuvo consecuencias

¹⁴ ROMÁN SAAVEDRA, JORGE (2004). “*Aspectos Jurídicos y Económicos del delito de abuso de posición económica*”. Tesis para obtener el título profesional de abogado (pro-manuscrito). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, pág. 21.

revolucionarias para la política de competencia. En dicho ensayo, el autor insistía en que las justificaciones de eficiencia para prácticas pensadas como meramente monopolísticas mostraba que las reglas *per se* que prohibían dichas prácticas debían ser abandonadas o al menos debían ponerse en duda por traer consigo un alto riesgo de error en su aplicación.¹⁵

POSNER era consciente que la influencia del análisis económico del derecho en los casos *antitrust* implicaba no sólo el abandono de las reglas de prohibición *per se*, sino su substitución por otras reglas que, en un artículo posterior¹⁶ llegaría a denominar “el siguiente paso” en la asunción de reglas uniformes para analizar judicialmente los casos de restricciones en la distribución.

Dicha regla consistía en establecer una legalización *per se* de algunas conductas como el mantenimiento de precios de reventa en las cadenas de distribución mayorista, precios predatorios y compromisos de atadura (*tying agreements*). Es decir, los propulsores de esta corriente economicista preferían ver el lado positivo de los contratos mercantiles que solían entablarse entre las empresas competidoras y reforzarlos con una “presunción de legalidad” a fin de promoverlos. Ésta proposición se convertiría en la marca o el sello registrado de la Escuela de Chicago y sus defensores, quienes se mostraban altamente escépticos sobre los conceptos tradicionales de ilegalidad *per se* y miraban con bastante desconfianza a los criterios usuales de regla de la razón, por considerarlos impracticables.

El profesor BORK por su parte publicó su libro “*The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*” en el que deja clara su postura respecto a los fines que debe perseguir la política

¹⁵ PAGE, WILLIAM. “*The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury and Evidentiary Sufficiency*”. *Virginia Law Review*, Volumen 75 N° 7, pág. 1222. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, visitada el día 09/05/2014. Disponible solo para descarga personal.

¹⁶ POSNER, RICHARD (1981). “*The Next Step In The Antitrust Treatment on Restricted Distribution: The Per Se Legality*”. *University of Chicago Law Review*, N° 6. Consultado en la web de la Universidad de Chicago el día 17/05/2014. Disponible en el siguiente enlace: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2868&context=journal_articles

de competencia, donde sostiene que “*La competencia ha de entenderse como la maximización del bienestar del consumidor, o si lo prefiere, eficiencia económica. Ello exige un análisis económico porque los tribunales han de juzgar sobre el posible conflicto –cuando éste aparece- entre las pérdidas de eficiencia derivadas de la asignación de recursos y las ganancias derivadas de un uso eficiente de dichos recursos. En una palabra el objetivo (del Derecho antitrust), es la máxima eficiencia económica que nos lleve al mayor nivel de riqueza. La distribución de dicha riqueza o la consecución de objetivos de índole no económica son objeto de otras leyes y están fuera del ámbito de los jueces que deciden los casos de antitrust*”¹⁷.

La literatura económica de aquellos años floreció rápidamente trasladándose de las discusiones doctrinales a las decisiones judiciales¹⁸. La Escuela de Chicago estableció nuevos paradigmas de análisis, destruyendo la visión formalista que había predominado hasta aquél tiempo. Es así que se dejó de conceder excesiva importancia al tamaño de la empresa y a las cláusulas contractuales pactadas que durante mucho tiempo tuvieron la calidad de prohibiciones *per se* anticompetitivas, para pasar a evaluar los méritos de cada caso en concreto. Fue así que “*las teorías desarrolladas por la Escuela de Chicago vinieron a demostrar a partir de los años sesenta que muchas prácticas son benignas o, al menos, entrañan consecuencias ambiguas, y que el tamaño de las empresas es poco menos que irrelevante por sí mismo*”¹⁹.

Así es como se pasa de una visión populista en el diseño e interpretación de los objetivos de las políticas de competencia a una

¹⁷ BORK, ROBERT (1983). “*The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*”. Nueva York, Free Press, pág. 427.

¹⁸ La primera de ellas fue la sentencia *Continental T.V., vs. GTE Sylvania*. (433 U.S. 36) del 23 de junio de 1977 considerada el punto de inflexión para dar paso a la adopción de los criterios usados por los miembros de la llamada Escuela de Chicago.

¹⁹ ARRUÑADA, BENITO (2002). “*Economía y Derecho en la Nueva Política Comunitaria de competencia*”. En BENEYTO, JOSÉ MARÍA (Director) y MAILLO, JERÓNIMO (Coordinador). “*El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*”. Barcelona, Editorial Bosch, pág. 134.

visión que incluía y consideraba la eficiencia como el medio a través del cual se veían beneficiados los consumidores en general.

La jurisprudencia y legislación norteamericana tomó un rumbo diferente a partir de la introducción de teorías económicas que ayudaron a descifrar los efectos positivos que podían contener las cooperaciones empresariales e incluso la integración vertical y horizontal, así como algunos monopolios que permitan la entrada de eficiencias productivas, que no debían ser necesariamente condenados por las agencias de competencia. Más adelante, se elaboraron otras teorías, como la teoría de juegos, que complementaron el análisis económico para evaluar los procesos de concentración empresarial y de prácticas restrictivas.

Por otro lado, en Europa existió una leve diferencia con los objetivos perseguidos en el país norteamericano. Durante el ciclo inicial del Tratado de la Comunidad Europea y la dación de la primera ley de defensa de la competencia en la región, la integración de mercados se volvió un imperativo. La normativa estuvo dirigida a quebrar las barreras que pudiesen crear las empresas nacionales para la correcta implementación de un mercado regional único.

Consiguientemente, las acciones de la Comisión de Defensa de la Competencia fueron destinadas a evitar prácticas restrictivas de entrada al mercado de un país miembro de la Comunidad, con la finalidad de evitar la segmentación del mercado europeo en pequeños mercados locales o nacionales en cuyo lugar reinara una empresa nacional. Adicionalmente a ello, se procuró una agresiva lucha contra empresas que detentaban una posición de dominio y que tenían la posibilidad de crear barreras artificiales de entrada a nuevos competidores provenientes de mercados conexos²⁰.

Luego, bajo el influjo de la doctrina norteamericana del análisis económico, se empezaron a tomar medidas tendientes a la modernización del derecho de la competencia comunitario, que es básicamente un proceso actual, con apenas una década de desarrollo.

²⁰ Existieron varios casos emblemático, entre los cuales podemos mencionar: *United Brands vs. Comisión (C-27/76)*; *AKZO vs. Comisión (C-62/86)*, etc.

La visión de la normativa de defensa de la competencia se ha visto nutrida de la experiencia norteamericana y ha sabido hacer suyas las lecciones que ha tenido la *Federal Trade Commission*. Además, la versión europea de eficiencia económica se ha visto robustecida con las alegaciones directas al beneficio del consumidor, creándose prácticamente una doctrina unitaria que enlaza ambas y que le otorga una mejor faceta de cara a su presentación al ciudadano común. Sobre el particular, QUINTANA²¹ señala que “*sin perjuicio de ello y de la posibilidad de que las normas de defensa de la competencia tengan distintos objetivos, es innegable que la tendencia mayoritaria es considerar que el principal objetivo de las normas de defensa de la competencia es la maximización del bienestar del consumidor*”. El autor usa como prueba de la posición actual de la Unión Europea, las palabras con las que la comisionada Neelie Kroes explicó el trabajo que venía ejecutando la Comisión en un discurso de octubre del 2005, las cuales resultan bastante claras: “*Nuestro objetivo es simple: proteger la competencia en el mercado como medio para mejorar el bienestar del consumidor y garantizar una eficiente asignación de recursos*”

Actualmente esta tendencia se muestra no sólo en Europa o en Estados Unidos, sino también en el resto de países, sin ser el nuestro una excepción. La despolitización de la normativa de defensa de la competencia ha sido para muchos una forma de evitar que voluntades particulares entren a influir en las condiciones del mercado, por ello se ha otorgado un rol más activo a la eficiencia económica como eje para la aplicación de la norma de competencia.²²

²¹ QUINTANA, EDUARDO (2011) “*El objetivo de la Ley de Competencia Peruana y la interpretación de las conductas prohibidas*”. En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, edición Nº 12. Pág. 31.

²² MONTI, GIORGIO. “*EC Competition Law*”. Cambridge. Cambridge University Press. Citado por QUINTANA. “*El objetivo de la Ley...*” Pág. 30

1.1.2. Los modelo teórico-prácticos de la competencia económica²³

La aplicación de políticas de competencia e inyección de dinámica competitiva en el mercado de un país o región comprende la adopción de decisiones políticas muy importantes que cambian el curso de la economía de un país.

Dichas decisiones deben tomarse en consideración de las características que informan el mercado que se pretende regular porque la incidencia que pueden tener dichas decisiones políticas sobre el funcionamiento general del mercado y, por ende, sobre el bienestar final de los consumidores, es bastante alta.

Así, existirán casos donde en atención al modelo de competencia que tiene un mercado, será preferible no hacer uso de las facultades regulatorias para corregir cualquier falla de mercado que pueda presentarse, sino esperar una respuesta automática del mercado que tendrá la posibilidad de autorregularse, devolviendo las cosas al estado inicial de equilibrio. Y también existirán sectores económicos que por las especiales características que reúnen, serán pasibles de una intervención estatal mucho más fuerte (aunque la tendencia en la actualidad sea a la desregulación).

La diferencia de condiciones que pueden presentarse en distintos mercados legitima la regulación en mayor o menor medida, haciendo innecesaria la actuación estatal en aquellos mercados que tienen una clara tendencia al modelo “perfecto” y por el contrario, promoviendo la adopción de medidas de fomento y promoción competitiva, en aquellos que se acercan al modelo “imperfecto”.

²³ Para el presente subcapítulo, me he permitido replicar en resumen lo expuesto por los doctores AREEDA & KAPLOW en su libro *Antitrust Analysis* al momento de explicar los modelos de competencia que existen. Véase AREEDA, PHILLIP & KAPLOW, LOUIS (1988). “*Antitrust Analysis*” Boston, Aspen Publishers, 4ta. Edición, Págs. 7 a 34.

1.1.3. Los modelos analíticos de la competencia perfecta e imperfecta

El modelo de la competencia perfecta tiene un modelo teórico que se corresponde con una utopía económica que asume condiciones que favorecen entornos altamente competitivos y con flujos de información transparentes.

Entre las condiciones que informan un mercado en perfecta competencia se encuentran:

- a) Los compradores y vendedores son tan numerosos que sus acciones no tienen un impacto perceptible en el aumento o disminución del precio del mercado.
- b) Los consumidores registran sus preferencias en atención a una variada gama de productos y conocen perfectamente todos los precios de mercado.
- c) Todos los precios relevantes son conocidos por los productores, quienes a su vez también conocen todas las posibles combinaciones de recursos para producir todas las posibles variantes del producto. Eso implica que las decisiones que se toman sobre cuánto producir y cómo hacerlo sólo se basarán en su capacidad para maximizar las ganancias.
- d) Cada uno de los productores tiene un acceso equitativo a los canales de distribución y no existen barreras de entrada para la producción.

Haciendo la salvedad de que no existe como tal un mercado que pueda considerarse perfectamente competitivo, el mercado de transporte urbano en Lima, quizá pueda representar un ejemplo de lo más parecido a éste. Como existe un número tan alto de combis o micros que son capaces de llevarte al mismo destino (aunque en distinta ruta) es casi imposible que una sola empresa pueda controlar los precios que decida cobrar, ya que si aumenta demasiado los mismos, es muy probable que los consumidores opten por recurrir a otro micro o combi.

Además de tratarse de un servicio homogeneizado y cuyo precio es conocido por la gran mayoría de personas que los usa.

Sin embargo, no todos los mercados presentan las características que presenta el mercado de transporte urbano en Lima, existen también algunos sectores que presentan fallas de mercado que provienen de diferentes factores, quitándole la cualidad de perfecto al mercado y convirtiéndolo en “imperfecto”.

Dichas fallas de mercado, que son inherentes al mismo, se pueden encontrar en infinidad de mercados sectorizados y justifican la adopción de políticas de competencia o incluso la intervención administrativa a través de la regulación de tarifas o la autorización previa de decisiones empresariales. Dentro de las fallas de mercado que reúnen este tipo de mercados (que son los más comunes), siguiendo a TORRES LOPEZ²⁴ podemos distinguir:

- a) Externalidades: Que son básicamente aquellos costos que un agente económico impone sobre otro(s) sin pagar el precio por hacerlo. Por ejemplo, el daño que una empresa minera ocasiona al medio ambiente cuando emana mercurio. Como el mercado ignora este costo inherente a la actividad, ni las empresas ni los clientes lo toman en cuenta, causando un desequilibrio en el mercado, ya que este costo social no es adecuadamente compensado, acarreado finalmente que los resultados no sean acordes a las preferencias de los consumidores.
- b) Existencia de Bienes públicos: El modelo de la competencia perfecta asume que todos los bienes son susceptibles de apropiación, es decir que quienes los posean pueden excluir de su uso al resto de personas. Por ello la existencia de bienes públicos supone una importante imperfección en el mercado, en cuanto el uso del bien/servicio por un individuo extra, no implica un costo extra. Ninguna empresa privada podría producir un bien público a un precio eficiente, ya que los

²⁴ TORRES LÓPEZ, JUAN (1987). “*Análisis Económico del Derecho*”. Madrid, Editorial Tecnos, págs. 33 y 34.

consumidores tienen fuertes incentivos a no pagar por el producto una vez hecho. El ejemplo más claro está en la construcción de los puentes o corredores viales, el cual es usado indistintamente por todos los peatones y transportistas dentro de una ciudad. En principio, su construcción no puede darse por el libre flujo de la oferta y demanda, sino que debe ser canalizada a través del Estado, que cuenta con un poder impositivo que obliga a los ciudadanos a asumir el costo de dicho bien indispensable.

- c) **Transparencia en el mercado:** Las transacciones mercantiles deben poder ejecutarse sin costes y de forma instantánea. Además, deberá existir una transparencia total en el flujo informativo, que permita a los consumidores (y a cualquier sujeto interviniente en el mercado) tomar decisiones con plena certidumbre y sin riesgos altos de equivocarse. La ausencia de estas dos condiciones (que suele ser algo frecuente) genera una imperfección fuerte en el mercado, en cuanto evita que las preferencias del consumidor sean efectivamente plasmadas.

- d) **Las economías de escala:** El modelo de competencia perfecta ha dispuesto que una economía en perfecto equilibrio requiere de muchos productores en cada mercado. Pero la producción a un menor costo (o uno razonable en términos de eficacia) a veces no es posible a una escala de producción donde muchas firmas están dispersas con cuotas pequeñas, sino que sólo se pueden dar en mercados oligopolísticos o incluso en un monopolio, donde una sola empresa sea capaz de abastecer toda la demanda. En estos casos, la competencia podría no ser sustentable, en cuanto es posible que el precio real sea superior al precio competitivo, lo que degradaría la eficiencia competitiva de las empresas rivales.

- e) **Barreras artificiales al mercado:** Que pueden ser de distintos tipos (económicas, legales) pero básicamente se refieren a las barreras de entrada al mercado que impiden

el movimiento y/o colocación rápida de nuevos capitales, trabajo y otros recursos productivos. BACA CALDERÓN²⁵ lo resalta cuando señala que “*la afectación de la competencia no solamente puede ser vista entre competidores que participan en el mercado, sino que también puede manifestarse con la intervención del Estado en la fijación de trabas que afectan la participación de las empresas en el mercado. Así, estas trabas a la competencia por parte del Estado son conocidas en el derecho peruano como barreras burocráticas ilegales y/o irracionales*”.

Ambos modelos, que se presentan como antagónicos encierran una importancia impensada en la toma de decisiones por parte de las administraciones públicas con potestades para regular los mercados. Así, el modelo de competencia perfecta tiene una utilidad que radica en su ejemplaridad, en cuanto traza las líneas directrices que deben seguir las agencias de competencia, instituciones públicas y sociedad civil para alcanzarlo. El modelo de competencia perfecta cumple el rol de meta u objetivo central que persiguen los Estados modernos y sus agencias de competencia, obligándolos a potenciar las características que el mismo presupone como indispensables, con la finalidad de generar un espacio comercial lo más parecido.

Así también, el modelo de competencia imperfecta cumple el mismo rol, pero como parámetro negativo, en cuanto todas las fallas que lo aquejan buscarán ser corregidas a través de mecanismos de promoción e incentivo de la competencia, y en el peor de los casos, a través de órdenes directas del aparato estatal, aunque esto último no sea del todo recomendable²⁶.

²⁵ BACA CALDERÓN, MARCO & SAAVEDRA PALACIOS, HERMES (2012). “*Competencia de INDECOPI para conocer barreras burocráticas que limitan la inversión de servicios públicos y la inversión en obras públicas*”. En Revista de estudiantes ITA IUS ESTO N°3, pág. 80.

²⁶ Sobre el particular, el lector interesado puede ver: ARIÑO, GASPAR y LÓPEZ DE CASTRO, LUCÍA (2001) “*Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político*”. Granada, Editorial Comares.

1.1.4. El modelo de competencia practicable (*workable competition*)²⁷

La competencia practicable o *workable competition* como se le suele denominar es el modelo objetivo de competencia, es decir, aquél modelo que busca adecuarse a las condiciones de cada mercado y en atención a ello fijar las posibles acciones regulatorias.

Las instituciones del Derecho de la competencia no son capaces de dinamizar la economía en todos los sectores del mercado, y muchas veces este objetivo no es deseable cuando interfiere con la eficiencia productiva o con la innovación. Una serie de preocupaciones políticas y sociales interactúan con estos valores económicos, por ello en el Derecho de la competencia, como en cualquier otra rama jurídica, la falta de evidencia fáctica normalmente implica que el análisis seguirá siendo parcialmente especulativo.

No obstante, no cabe duda que la normativa de competencia ha probado ser inteligente al promover la competencia y desafiar los impedimentos que ésta tiene. Asegurar que exista un mínimo de rivalidad entre las empresas participantes siempre tenderá a la obtención del modelo de competencia perfecta, que aunque sea imposible de alcanzar en la realidad, convenimos es el más adecuado para garantizar la bonanza general de los consumidores.

El problema se presenta con las preguntas que vienen a continuación ¿Cuánta rivalidad es suficiente? ¿Cómo pueden ser probados sus beneficios? Se ha sugerido incluso que si existe un entorno poco competitivo pero cuyos resultados sean compatibles con la estabilidad y bonanza económica de la sociedad, entonces esa situación podría considerarse “practicablemente” competitiva.

La competencia practicable no es un concepto preciso, ni intenta serlo. Dirige nuestra atención a una aproximación práctica

²⁷ Nuevamente, para este subcapítulo hemos decidido usar lo expuesto por AREEDA & KAPLOW en su libro “*Antitrust Analysis*”. AREEDA, Phillip & KAPLOW, Louis (1988). “*Antitrust Analysis*”. Boston, Aspen Publishers, 4ta. Edición, págs. 35-45.

del mercado en lugar de aquella hipotética y vagamente clara expresión de la “competencia perfecta”. Su diagnóstico del mercado toma en cuenta tres criterios principales, los cuales analiza con profundidad a fin de responder adecuadamente ya sea con medidas administrativas y/o legislativas.

- a) Criterios de comportamiento: Este tipo de criterios han sido (y siguen siendo) el ingrediente esencial para designar leyes que protejan la libre competencia. A pesar de la dificultad que entrañan en su formulación, calificación y aplicación, los criterios generales de comportamiento que deben regir el mercado son mucho más claros que aquellos relativos a la estructura o desempeño del mismo. Así, por ejemplo, resulta inaceptable que una empresa ejecute sus decisiones de marketing en clara colusión con el resto de sus rivales. O, por ejemplo, resulta inadmisibles que no deba proibirse cualquier tipo de conducta que procure excluir a un participante actual o potencial del mercado, etc. Quizá, la única molestia que pueden traer consigo estos criterios es que a veces es muy difícil distinguir entre lo que se conoce como competencia predatoria (que es sancionable)²⁸ y la competencia vigorosa (que es plenamente válida) en cuanto sus líneas de separación son bastante sinuosas.

²⁸ Debemos hacer la aclaración que en el Perú, las resoluciones N° 070-96/CLC-INDECOPI caso *Motta Wendell vs. PROQUINSA* y N° 003-98/CLC-INDECOPI caso *Intradevco S.A. vs. Reckitt & Colman del Perú S.A.* se deja establecido que las prácticas predatorias que tengan la intención de excluir a los competidores a través del establecimiento de precios por debajo de los costos marginales de una empresa, han sido considerados sancionables siempre que reúnan los requisitos establecidos en dichas resoluciones y en atención al test Areeda-Turner para analizar cuándo nos encontramos ante precios predatorios. Más adelante la Resolución N° 002-2013/ST-CLC-INDECOPI caso *Sociedad Nacional de Industrias vs. Importadores de vino*, a pesar de no encontrarse indicios suficientes para iniciar un procedimiento sancionador de oficio, la Secretaría se pronunció sobre los precios predatorios en el mismo sentido que lo hicieron las resoluciones previas, considerándolos sancionables de darse las condiciones, las cuales son: a) agente dominante es quien establece los precios; b) por debajo del nivel de costos marginales de corto plazo; c) intención de disuadir la entrada de nuevos competidores o excluir a actuales competidores.

- b) **Criterios de desempeño del mercado:** Parece ser de los tres, el más persuasivo para indicar si un mercado es “practicablemente” competitivo en su actual desempeño. Normalmente se tratan de condiciones de descarte, las cuales de no presentarse, serán signo de que las fuerzas del mercado no necesitan ninguna intervención estatal. Entre ellas podemos mencionar: i) ganancias por encima de los retornos de inversión acostumbrados ii) escalas de empresas fuera del rango óptimo iii) exceso crónico en la capacidad que no esté justificada por un cambio secular o una provisión en espera. iv) costos de venta excesivos y v) persistente lentitud en la adopción de técnicas para reducir los costos de producción o una permanente supresión de cambios en el producto que terminen poniendo en desventaja a los consumidores²⁹.

Por supuesto, la evidencia en sí misma siempre podrá lucir ambigua y tener su justificación en otras causas, como es el caso en que las altas tasas de rentabilidad se deban al rápido crecimiento de la demanda en la industria o, para el caso de una empresa individualmente considerada, el que tenga recursos superiores en producción o un mejor manejo dirigenal.

- c) **Criterios de estructura del mercado:** Básicamente se centran sobre i) el número y tamaño de las empresas participantes y ii) las condiciones de entrada al mercado por nuevos participantes. Se entiende que entre más numerosos sean los participantes en el mercado, esto dificultará su colusión, ya que no todos tendrán las mismas preferencias en cuanto a la mezcla de precios, productos, promociones y progresividad comercial. De la misma forma y a pesar de existir un acuerdo tácito o expreso, el mayor número de participantes dificultará el trabajo de vigilancia y comunicación a fin de mantener el acuerdo colusorio en funcionamiento.

²⁹ Se podría decir que existe un caso de competencia impracticable en el supuesto de que algunas de las condiciones previamente mencionadas tengan un rating moderadamente alto o bastante alto.

Sin embargo, no se pueden extraer conclusiones irrefutables en base a lo anterior, ya que pueden darse casos donde, a pesar de tenerse un mercado definido precisamente, las características de la demanda no permitan al mono/oligopolista explotar a los compradores o alterar la asignación eficiente de recursos.

Esto en atención a que pueden existir sustitutos, que aunque propiamente excluidos de la definición del mercado, reduzcan significativamente la capacidad de las empresas para actuar anticompetitivamente. La entrada puede ser relativamente fácil o la coordinación oligopolística puede estar seriamente menguada por el secretismo en las transacciones o su infrecuencia, porque a pesar de que en algunos mercados las empresas sean pocas, sus decisiones respecto a costos o actitudes sean bastante distintas, por la intensa necesidad de inyección de capital que requiere la industria o porque varias de las empresas tienen la posibilidad de expandir su producción.

En la competencia practicable o *workable competition* las decisiones administrativas que se tomen se darán en atención (no necesariamente exclusiva) de estos criterios. La creación de un marco normativo tendrá en cuenta una visión más singular de los mercados, permitiendo que se regule con mayor intensidad un sector menos propenso a la competencia y que se libere un sector con más condiciones competitivas. De esta manera se buscará que todos los sectores reciban el mismo estímulo competitivo, ya sea automáticamente por las solas fuerzas que concurren dentro de él o por la intervención del regulador a través de decisiones administrativas o legislativas.

1.2. La regulación de la normativa de competencia en el Perú

Actualmente, en el Perú se encuentran vigentes el Decreto Legislativo 1034 sobre Restricción de Conductas Anticompetitivas y la Decisión 608 sobre Libre Competencia en el espacio regional de la Comunidad Andina de Naciones que integra nuestro país. Ambas herramientas legislativas, aunque relativamente jóvenes han demostrado ser importantes para la introducción de dinámica competitiva en el mercado nacional y regional del que forma parte nuestro país.

Los objetivos perseguidos con estas normas están alineados con aquellos que busca la norma europea y norteamericana (e incluso tienen una redacción bastante parecida) poniéndonos en sintonía de lo que se establece en doctrina a nivel de Derecho de la competencia. Esto, sin embargo, no ha sido bien aprovechado por las autoridades nacionales quienes en algunos casos no han sabido interpretar correctamente los alcances de la Ley³⁰ (para el caso peruano) y menos aún por las autoridades regionales, las cuales hasta el día de hoy aún no han emitido pronunciamiento alguno con ocasión de la Decisión 608.

1.2.1. Objetivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (DL 1034) y de la Decisión 608 de la CAN

La formulación de los fines perseguidos con cada uno de estos cuerpos jurídicos, se encuentran establecidas al interior de ellos, específicamente en el artículo 1 del DL 1034 y en el artículo 2 de la Decisión 608 CAN. La semejanza entre ambas es obvia:

DL 1034 Artículo 1:

“La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”.

Decisión 608 Artículo 2:

“La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y bienestar de los consumidores”.

Como lo indicamos previamente, la coincidencia entre los objetivos buscados por la norma de competencia europea y norteamericana, y los que se espera alcanzar con la normativa peruana y andina resultan obvios. Dicha semejanza no es gratuita, de hecho se debe a un convenio de cooperación celebrado entre la

³⁰ Sobre el particular, un interesante artículo de FALLA, ALEJANDRO & DRAGO, MARIO (2012). “Unas de cal y otras de arena: aplicación de la ley de competencia durante el 2011”. En Revista IUS ET VERITAS, edición N° 44.

Secretaría General de la CAN y la Comunidad Europea³¹ que tenía previsto la modificación de la norma de competencia de aquél entonces (Decisión 285) y la adopción por parte de los Estados miembros de legislación de competencia acorde a la establecida en el ámbito regional y comunitario.

La redacción de los citados artículos encuentra su justificación en las respectivas exposiciones de motivos de ambas normas, los cuales detallan el porqué de la introducción del concepto de eficiencia en correspondencia con el de bienestar del consumidor. Así por ejemplo, en la exposición de motivos del DL 1034, se deja establecido que *“La eficiencia económica resulta ser una medida de qué tan bien las industrias acompañan sus actividades económicas en interés de la sociedad”*.

En dicha exposición, también se hace referencia a un pronunciamiento del INDECOPI, donde se abunda un poco más sobre la forma en que la protección del proceso competitivo favorece mejores condiciones para los consumidores en el mercado. Nos permitimos citar acá, la parte de dicha resolución que se usa para explicar la idea previamente descrita: *“las normas de libre competencia deben encargarse de velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos logrando como resultado el bienestar de la sociedad (social welfare). La finalidad última de una política de competencia será mejorar el bienestar del consumidor pero ello deberá ser fruto de la promoción y protección del proceso competitivo. (...) la protección de los consumidores a través de la aplicación de las normas de libre competencia se da precisamente a través de la protección del proceso competitivo, debido a que éste redundará en beneficio de los primeros. Es decir, la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores*

³¹ Convenio firmado el 5 de diciembre del 2000, llevando a cabo el proyecto *“Armonización de las reglas de competencia en la región andina”* (ASR/B7-3110/IB/98/0099). Dicho convenio fue firmado en atención al Acuerdo-Marco de Cooperación entre la Comunidad Europea y los Estados firmantes del Acuerdo de Cartagena de 1993 posteriormente modificado por nuevo Acuerdo-Marco del año 2003.

*se da de manera indirecta a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo”.*³²

Por su parte, la Decisión 608 tiene objetivos que pueden equipararse con los establecidos por la norma nacional y además una necesidad extra que viene dada por los lineamientos establecidos en el Acuerdo de Cartagena de Indias (ACI), los cuales sostienen que La Comunidad Andina persigue los objetivos de *“promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación”*³³ lo que obliga al marco normativo a supeditarse al cumplimiento de estos objetivos, en igual o mayor medida.

En otras palabras, la normativa de defensa de la competencia andina deberá formar parte del conjunto de herramientas que gestionen un ambiente propicio para la integración de los mercados interiores. Con esto, entendemos que la intensificación del proceso competitivo deberá manifestarse en i) evitar que las empresas nacionales que ostenten una posición de dominio puedan abusar o valerse de ella para entrar en un mercado conexo y ii) desarmar los cárteles que existan al interior del mercado de cada país, así como limitar las condiciones que facilitan su aparición.

Con esto no desmerecemos en absoluto el objetivo –que sigue siendo el primordial- de la búsqueda de eficiencia económica como medio para favorecer en última instancia un mejoramiento de la calidad de vida de los consumidores, sino que hacemos notar que deberá existir una sintonía entre el objetivo primario de la norma, que será el señalado anteriormente y el objetivo secundario, que será, por proximidad, la integración económica de la Subregión.

³² Caso *Asociación de Agencias de Turismo del Cusco vs. Consorcio de Servicios de Transporte Machu Picchu S.A.C.* Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de setiembre del 2007. Ver páginas 10 y 11 de la parte considerativa. Disponible en el siguiente enlace:

<http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RESCLC2007/Res052-2007.pdf>

³³ Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena de Indias.

A pesar que las acciones tendientes a reforzar las facultades y posición de las instituciones encargadas de velar por la libre competencia a nivel regional han aumentado y se puede hablar de una evolución institucional en el marco andino, queda mucho por hacer aún^{34 35}. Es tarea pendiente todavía que la sociedad civil se involucre un poco más con el problema y supere la prevalente falta de cultura competitiva que existe en casi toda América Latina.

Aun así, los lineamientos generales que conducen las políticas de competencia tanto a nivel nacional como regional, parece estar establecidos y no dejan margen de duda respecto a cuáles deberían ser los criterios a usar cuando una agencia de competencia entre a resolver un caso que contenga una posible práctica anticompetitiva.

La finalidad de esta introducción obedece a la intención de reformular y someter a debate la conveniencia de algunas prácticas –en principio- anticompetitivas en algunos mercados o tipos de contratos específicos. Dicha reformulación tendrá como principal justificante la “eficiencia” entendida en su sentido paretiano³⁶, es

³⁴ Entre otras cosas, hacer uso de las facultades conferidas a la Secretaría General que hasta ahora no ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso concreto en materia de libre competencia.

³⁵ El profesor CORTÁZAR efectúa un interesante análisis de las nuevas herramientas que le han sido otorgadas a la Secretaría General con la nueva Decisión 608. Véase, CORTÁZAR, JAVIER. “*Decisión 608 de la Comunidad Andina: Un paso adelante para el Sistema Antimonopolios de la Región*”. En Revista de Derecho de la Competencia de la Universidad Javeriana, N° 02, Vol. 2.

³⁶ “*El Óptimo de PARETO, como vimos, es una situación en que ningún individuo puede mejorar su situación sin perjudicar el bienestar de alguno de los otros miembros de la sociedad. En otras palabras, el Óptimo de PARETO es una situación donde todos los recursos existentes han sido distribuidos y usados de una manera tan adecuada, que ya es imposible pensar en que una distribución distinta mejoraría la situación de la sociedad. Para el modelo neoclásico, tal condición se alcanza bajo condiciones de competencia perfecta, cuyos requisitos veremos más adelante. Moverse hacia el Óptimo de PARETO implica entonces moverse hacia la eficiencia absoluta*”. Texto extraído de: BULLARD, ALFREDO (2006) “*Derecho y Economía. El análisis jurídico de las instituciones legales*” Lima, Palestra Editores, 2da. edición, pág. 43.

decir, aquella situación en la que se verifique que una persona mejora, sin empeorar la situación de otra.

Como paso inicial, consideramos importante describir los comportamientos que podrían constituir actos anticompetitivos y la forma en que podrían materializarse. De esto nos ocuparemos en el subcapítulo siguiente.

1.3. Tipología de restricciones de la competencia

Con la finalidad de controlar y supervisar a las empresas para evitar su colusión y posterior debilitamiento de la competencia, el Estado ha creado una serie de directrices generales de defensa de la competencia, cuyas bases se pueden circunscribir a dos grandes grupos: (i) el control de estructuras y (ii) el control de conductas.

El primer grupo está referido al control de las concentraciones empresariales a través de distintas figuras jurídicas que pueden llevar a una unión definitiva de empresas, como es el caso de las absorciones, fusiones y adquisiciones; así como una unión temporal, como es el caso de los *joint ventures*, asociaciones en participación y demás contratos asociativos. En el Perú, éste tipo de políticas de defensa de la competencia es sólo aplicable al sector eléctrico (mercados de generación, transmisión y distribución).

Por otro lado, se encuentran el control de conductas, que se refiere a la fiscalización, represión y punición de conductas que puedan llevar directa o indirectamente a la restricción de la competencia por parte de las empresas y son conocidas en doctrina por tener tres tipos de materializaciones: las prácticas restrictivas verticales, las prácticas restrictivas horizontales y el abuso de posición de dominio.

De ellas, son las prácticas colusorias (horizontales y verticales) las que resultan más dañinas, ya que como lo señala GALÁN: *“sustituyen la actuación autónoma en el mercado, tratando de obtener el éxito económico en base a la bondad de sus prestaciones, por una actuación coordinada en la que los incentivos para la captación de clientes se ven*

*reducidos, en perjuicio de éstos y de la eficiencia del sistema en general*³⁷.

En los artículos 11 y 12 de la LRCA peruana, se ha definido lo que se entiende por prácticas colusorias horizontales y verticales respectivamente bajo una misma fórmula, por tratarse de los mismos comportamientos, aunque efectuados en distintos niveles de la cadena de producción. Esa es la razón por la que se menciona en ambos artículos que *“Se entiende por prácticas colusorias horizontales/verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos (..) que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia”*.

De similar redacción es el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁸ (en adelante TFUE), que señala que: *“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”*. En este caso, no se hace una diferenciación entre las conductas horizontales y verticales, como sí lo propone la norma peruana, sino que se le incluye en una categoría más grande como es el de los comportamientos colusorios.

Menos afortunada resultó la redacción del artículo 7 de la Decisión 608, la cual sólo hace referencia a que *“Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de...”*, ya que al no incluir expresamente, como lo hacen las dos normas anteriores, a las decisiones o recomendaciones empresariales, puede crear la ficción de que éstas no son castigadas a nivel regional, aunque eso ya dependerá de cuán

³⁷ GALÁN, EDUARDO (2005). *“Prohibición de prácticas colusorias (I) Visión general”*. En BENEYTO, JOSÉ MARÍA (compilador) *“Tratado de Derecho de la Competencia”*. Barcelona, Editorial Bosch, pág. 174.

³⁸ Firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, aunque entró en vigor el 01 de diciembre de 2009, pasó a modificar el anterior Tratado de la Unión Europea suscrito en Maastricht el 07 de febrero de 1992 y el Tratado de Constitución de la Unión Europea firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

maliciosa sea la interpretación de los jueces que se encarguen de resolver los casos que se presenten ante ellos.

En los tres artículos se pasan a describir una serie de conductas, que se consideran formas típicas de perpetración de un acuerdo restrictivo y que pasaremos a analizar con cierto detalle en la medida que nos introduzcamos al análisis de acuerdos específicos que puedan significar una afectación o perturbación al proceso de competencia.

Por lo que nos concierne hasta ahora, lo primero que debemos pasar a analizar son las formulaciones legislativas que ensayan una definición de lo que es una práctica colusoria, profundizando en ella. Esto lo haremos a la luz de lo expuesto por la doctrina y jurisprudencia comunitaria, en razón de la similitud de redacción entre los artículos 11 y 12 de la LRCA, artículo 7 de la Decisión 608 y lo señalado en el artículo 101 del TFUE.

Sobre la diferencia entre las categorías de conductas que pueden constituir prácticas restrictivas han existido numerosas sentencias en el ámbito comunitario e incluso en el nacional³⁹ que han buscado definir y sobretodo delimitar concretamente el alcance de cada una, y las zonas compartidas en las cuales un comportamiento puede ser subsumido alternativamente entre cualquiera de ellos.

Es importante destacar -en nuestra consideración- que la conveniencia de diferenciar entre dichas conductas radica en que, a efectos probatorios, la rigurosidad con que se evalúe la conducta dependerá del ilícito por el cual se sanciona, posición que sin embargo no es unánimemente aceptada, tal como se desprende de lo establecido por el Abogado General Reischl en el asunto *Van Landewyck vs. Comisión*⁴⁰ donde se hace referencia a la alegación sobre la diferencia entre

³⁹Por ejemplo el caso *Petrofina vs. Comisión*, Asunto T-2/89, sentencia del 24 de octubre de 1991. Rec. pág. II-1087. Y en el ámbito nacional también puede verse: caso *Asociación Peruana de Empresas de Seguros vs. Comisión*. Resolución 224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio del 2003.

⁴⁰ Caso *Heintz van Landewyck vs. Comisión*. Asunto 209/78, sentencia del 29 de octubre de 1980. Consultado en la web oficial de la Unión Europea el día 22/05/2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=90255&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=573217>

“acuerdo”, “práctica concertada” o “decisión” como “*un argumento poco importante de clasificación*”

1.3.1. Acuerdos

El término **acuerdo** engloba una poco definida gama de comportamientos que tienen como sustrato básico una voluntad homogénea de distintas empresas y una plurilateralidad implícita. No puede haber acuerdo cuando existe una única voluntad, aunque se trate de distintas empresas – caso de grupos económicos – mientras su independencia no sea constatada⁴¹. De la misma forma, no es posible hablar de acuerdo cuando existe una discrepancia en el actuar entre las empresas coludidas, debe haber necesariamente una “*voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado*”.⁴²

No obstante, han existido pronunciamientos donde algunos distribuidores fueron castigados por celebrar “acuerdos” restrictivos de la competencia, a pesar que los mismos habían sido establecidos bajo compulsión económica de empresas en un nivel superior de la cadena de distribución⁴³.

Al no ser requerida una declaración expresa de comportarse de una determinada forma, es posible abarcar también los llamados *acuerdos tácitos* o también conocidos como **pactos de**

⁴¹ Debe aclararse que si bien la jurisprudencia comunitaria ha dejado claro que no es posible imputar colusión a un grupo económico que constituya un único centro de imputación de intereses, esto sólo es oponible en los casos de asignación de funciones al interior de la empresa. Sobre el particular puede consultarse: FERNÁNDEZ-LERGA, CARLOS (1994). “*Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*”. Navarra, Editorial Aranzadi, pág. 107

⁴² Caso *Anic Partecipazioni SpA vs. Comisión*, Asunto C-49/92, sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 8 de julio de 1999, pág. 16. Consultado en la web oficial de la Unión Europea el día 28/04/2014. Disponible en el siguiente enlace: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44311&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=573272>

⁴³ Caso *Hasselblad vs. Comisión*, Asunto 86/82 sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 21 de febrero de 1984. En aquella ocasión el contratante irlandés aceptó las cláusulas establecidas por el proveedor sueco bajo compulsión económica, lo que podría haberlo exculpado. Consultada en la web Oficial de la Unión Europea el día 24/05/2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=91881&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=573057>

caballeros⁴⁴, siendo que en reiteradas ocasiones la Comisión e incluso el Tribunal de Justicia Europeo (TJE en adelante) han sancionado empresas sin mediar un contrato o pacto expreso que sea oponible entre las empresas en el fuero civil o comercial⁴⁵.

La noción de **acuerdo** resulta bastante amplia y vaga⁴⁶, lo que trae consigo fuertes ventajas para los organismos encargados de la represión de conductas anticompetitivas que pueden hacer uso de la amplitud del término para enmarcar conductas que obstruyan o falseen la competencia, que sin embargo no podrían incluirse en caso de existir tecnicismos estrechos que sólo se refieran a un pequeño grupo de conductas restrictivas.

Tal como lo indica DEZA SANDOVAL⁴⁷, “*la interpretación amplia del término acuerdo resulta importante en la medida en que contribuye a que la agencia de competencia tenga un mayor éxito en su lucha contra diversas modalidades de cárteles*”, con lo que el referido autor señala se pueden solucionar los dos grandes problemas al que se enfrentan las agencias de competencia en su

⁴⁴ Del inglés *gentlemen's agreements*, término utilizado en reiterados pronunciamientos de la Comisión Europea y de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos para designar los acuerdos que obligan moralmente a quienes participan del mismo.

⁴⁵ Caso *Tréfileurope Sales S.A.R.L. vs. Comission*, Asunto T-141/89, sentencia del 6 de abril de 1995. Consultada en la web Oficial de la Unión Europea el día 05/11/2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5823461b2c16342bc9b87ae729b8eede7.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa3yNe0?text=&docid1042909&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=997780> Así también. Caso *Rhone Poulenc S.A. vs. Comission*, Asunto T-1/89, sentencia del 24 de octubre de 1991. Consultada en la web Oficial de la Unión Europea el día 05/11/2014. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61989TJ0001&from=EN>

⁴⁶ Según lo establecido por BELLAMY & CHILD, en algunas circunstancias podrían estar afectadas por el artículo 101.1 TFUE (antiguo artículo 85.1) las medidas gubernamentales que alienten un acuerdo empresarial que restrinja la competencia, las acciones unilaterales que tengan el asentimiento de los clientes existentes para excluir a determinados comerciantes de la red de distribución e incluso transacciones judiciales o acuerdos rescindidos. Vid. BELLAMY, CHRISTOPHER & CHILD, GRAHAM (1992). “*Derecho de la Competencia en el Mercado Común*”. Edición en español a cargo de ENRIC PICAÑOL. Madrid, Editorial Civitas, Págs. 80-82.

⁴⁷ DEZA SANDOVAL, TOMMY (2009). “*Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de conductas anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia Europea*”. En Revista de Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 09. Pág. 37.

lucha: tal es decir (i) la sofisticación de los cárteles y la (ii) complejidad y duración de los acuerdos.

Es necesario detenernos un momento sobre lo mencionado líneas arriba respecto a las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico debido a que los acuerdos adoptados entre ellos no pueden ser calificados *prima facie* como restrictivos. Sobre el particular, es importante hacer las siguientes precisiones:

- a) Para que una empresa forme parte de un grupo económico, deberá existir unidad de empresa.
- b) Igualmente, para que una empresa forme parte de un grupo económico, deberá corroborarse que existe unidad de conducta en el mercado.
- c) Finalmente dicho *acuerdo* deberá tener como único fin el reparto o asignación de funciones o tareas al interior de la empresa⁴⁸.

Estas circunstancias que han sido ratificadas en varias decisiones de la Comisión⁴⁹, permite entender que sí es posible la aplicación de las leyes antimonopolios a los grupos de empresas, cuando no reúnan las características citadas.

Opiniones disímiles se dan en la jurisprudencia norteamericana, donde se dice que es imposible la concertación al interior de un grupo económico ya que no existe entre ellos una competencia efectiva, debido al vínculo que los une, al punto que la

⁴⁸ FERNÁNDEZ-LERGA, CARLOS. “*Derecho de la Competencia...*” Óp. Cit. 107 y ss.

⁴⁹ Caso *Centrafarm BV & Adriaan De Peijper vs. Sterling Drug Inc.* Asunto 15-74, sentencia del 31 de octubre de 1974. Consultado en la web Oficial de la Unión Europea. Disponible en línea: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d56bfd42ab35f94c70b556d174e2b7e95a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbxr0?text=&docid=88711&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=68141>. En el mismo sentido: Caso *Christiani & Nielsen vs. Comisión*. Asunto IV/22548 del 19 de junio de 1969. Disponible en idioma italiano: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31969D0195&from=ES> De igual forma, el caso *Kodak vs. Comisión*. Decisión 70/332/CEE del 30 de junio 1970. Disponible en idioma italiano: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31970D0332&from=ES>

Corte Suprema de Estados Unidos dice que son como una “*cuadrilla de caballos que tiran de un mismo coche pero están dirigidos por un solo conductor*”⁵⁰.

La postura de los tribunales norteamericanos podría parecer *prima facie* como más acertada, tal como lo indica DEZA SANDOVAL⁵¹, quien se decanta por dicha interpretación y la considera más adecuada. Sin embargo, a pesar que la jurisprudencia comunitaria nos resulta demasiado estricta, no consideramos tampoco que deba flexibilizarse al punto de que ningún acuerdo intra empresarial pueda ser sancionado como una práctica restrictiva del Derecho de la competencia. Un ejemplo de ello es lo indicado por la Comisión en su IV Informe sobre la Política de la Competencia⁵², al afirmar que “*Esta posición no excluye, sin embargo, en opinión de la Comisión, que deban considerarse sometidos a las disposiciones del artículo 85 apartado 1, acuerdos concluidos en el ámbito de un grupo que tengan un alcance más amplio y restrinjan por ejemplo la posibilidad a empresas externas al grupo de penetrar en un mercado determinado*”.

1.3.2. Prácticas concertadas

El término **prácticas concertadas** no ofrece menos problemas que el anterior, muestra de ello es que ha sido citado con mucho cuidado por la jurisprudencia comunitaria, planteando ciertas similitudes con el **acuerdo** pero sin un alcance tan amplio, limitando incluso su definición a prácticas accesorias que refuercen un acuerdo previo o a aquellas conductas que se pactan realizar en un acuerdo.

Una **práctica concertada** exige una especie de cooperación entre empresas, sin llegar a la constitución de vínculos de

⁵⁰ Caso *Copperweld Corporation. Vs. Independence Tube Corporation*. Sentencia Nº 82-1260 (467 U.S. 752) del 19 de junio de 1984. Disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/752/case.html>

⁵¹ DEZA SANDOVAL, TOMMY. Óp. Cit. Pág. 41.

⁵² Presentado en Abril 1975, punto 52. Consultado en la web oficial de la Unión Europea el día 29/04/2014. Disponible en línea, en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1974_en.pdf

reciprocidad entre las partes. Consiste en un comportamiento consciente de colaboración entre empresas que se puede deducir de la forma paralela en la que actúan en el mercado.

La Comisión ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tipo de restricciones, aduciendo que: *“El Tribunal ha rechazado, expresamente, la concepción en virtud de la cual la concertación exigiría la elaboración de “un plan”, ya que los criterios de cooperación en los que se basa la sentencia deben ser comprendidos a la luz de la concepción inherente a las disposiciones del Tratado CE relativas a la competencia, según la cual todo operador debe determinar de manera autónoma la política que debe seguir en el mercado común”*⁵³

En atención a lo establecido jurisprudencialmente, los profesores BELLAMY & CHILD han señalado que se entenderá que existe una práctica concertada cuando: i) hay un contacto efectivo entre las partes, que frecuentemente consistirá en reuniones, discusiones, intercambios de información, sondeos de opinión, ya sea oral o escrito; y ii) que tal contacto tenga como objetivo influenciar la conducta en el mercado, y en particular suprimir por adelantado la incertidumbre respecto de la conducta futura de una empresa o tenga el efecto de mantener o alterar la actuación comercial de las empresas de que se trate, en un aspecto que hasta aquel momento estaba regulado por el juego de la libre competencia⁵⁴.

Eventualmente, es posible concretar este tipo de prácticas restrictivas por el solo traspaso de información, así por ejemplo, si un agente decide actuar de determinada manera en el mercado y comunica su decisión a los demás agentes con antelación, existirá un contacto directo que provocará en muchas ocasiones que el resto de agentes se vean influenciados por la decisión adoptada, adecuando sus decisiones a las suyas.

⁵³ Extraído del V Informe sobre la Política de la Competencia emitido por la Comisión en el año 1977. Consultado en la web oficial de la Unión Europea el día 29/04/2014. Disponible en línea. http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1975_en.pdf.

⁵⁴ BELLAMY, CHRISTOPHER & CHILD, GRAHAM. Óp. Cit. Pág. 90.

Ello ha sido reconocido por el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea quien establece claramente que: *“Si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de manera inteligente al comportamiento comprobado o previsible de sus competidores, resulta absolutamente opuesta a que se traben cualesquiera contactos, directos o indirectos, entre tales operadores, cuya finalidad o cuyo efecto sean, influir en el comportamiento de un competidor, sea actual o potencial, en el mercado, ya dar a conocer a dicho competidor el comportamiento que se ha decidido o se proyecta mantener en el mercado”*⁵⁵.

En dicho caso, la demandante asistió a reuniones donde se había planteado la opción de fijar precios y volúmenes de venta, por lo que su intervención se tomó como participación de la práctica concertada que planeaba seguirse por sus competidores, haciéndosele responsable sin haberse colegido efectivamente que mantuvo un pacto con los demás empresarios, sino sólo por su conducta recepticia.

En todo caso, al momento de que alguna agencia de competencia deba decidir si existe o no una **práctica concertada** debe ejecutar un análisis bastante riguroso de la estructura del mercado y de los comportamientos de las empresas concurrentes durante un período de tiempo medianamente largo, siendo que al no existir un “concierto de voluntades” propiamente dicha, debe averiguarse si efectivamente las decisiones tomadas por una u otra empresa pudieron deberse a su natural desenvolvimiento en el mercado, o por el contrario a una cooperación encubierta. Esto con la finalidad de evitar un abuso de discrecionalidad que pueda calificar como restrictivas conductas plenamente lícitas, como por ejemplo sería el caso de la libre imitación de iniciativas empresariales o las conductas “líder-seguidor” que son perfectamente lícitas y aceptadas.

⁵⁵ Caso *Petrofina vs. Comisión*. Asunto T-2/89, sentencia del 24 de octubre de 1991. En la misma se recoge la opinión dada por la Comisión en su V Informe sobre la Política de la Competencia.

Es bastante difundida la idea en la doctrina, de que el uso del término **práctica concertada**, se reserva para las conductas que no encajen como **acuerdos, decisiones o recomendaciones**, funcionando el mismo como un cajón de sastre, que permita sancionar conductas de grave incidencia económica pero que se materialicen a través de canales informales y que haga, por lo tanto, dificultosa su prueba.

Esto ha obligado en muchas ocasiones al Tribunal de Justicia Europeo a pronunciarse en base a indicios que resulten complejos de entender sin una concertación de por medio. Es el caso de lo señalado en el Asunto Pioneer⁵⁶ donde el Tribunal sostiene que “*el comportamiento de las empresas en cuestión puede constituir un indicio determinante de una práctica concertada, en particular cuando se separa de las prácticas comerciales al uso, llegando incluso a ser contraria a sus propios intereses comerciales*”. Así, el Tribunal entendió que la negativa a contratar de un distribuidor exclusivo de Pioneer con otro mayorista se debía al deseo de Pioneer de restringir la importación del producto a otro país, por medios o canales que no sean los suyos propios.

No obstante lo dicho, en jurisprudencia más reciente el Tribunal ha adoptado la postura de que los indicios deben ir acompañados de condiciones de mercado que faciliten la colusión tales como una demanda inelástica del producto o un mercado altamente concentrado, al igual que la facilidad para el intercambio de información importante de venta y homogeneidad de características estructurales entre las empresas⁵⁷.

Esto es señalado por la doctora GONZÁLES FERNÁNDEZ⁵⁸, quien haciendo alusión a una decisión del

⁵⁶ Caso *Pioneer vs. Comisión*. Asunto C-103/80, sentencia de 07 de junio de 1983. Consultado en la web Oficial de la Unión Europea. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61980CJ0100&from=EN>

⁵⁷ CONRATH, CRAIG (1995). “*Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*”. Washington D.C. Sin editorial, pág.15

⁵⁸ GONZÁLES FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN (2005). “*El Intercambio de Información entre Empresas y la Libre Competencia*”. En FONT GALÁN, JUAN IGNACIO & PINO ABAD, MANUEL (coordinadores) “*Estudios de Derecho de la Competencia*”. Madrid, Marcial Pons, pág. 366.

Tribunal de Competencia español señala que el flujo de información entre empresas estaría prohibido en un mercado con alta concentración, es decir, en un oligopolio. Así, la citada autora expresa que *“la denominada competencia invisible, es decir, la incertidumbre sobre las condiciones de mercado, resulta fundamental para que la competencia sea efectiva. Por el contrario, cualquier flujo de información que permita prever o contrarrestar rápidamente cualquier medida competitiva de alguna de las pocas empresas participantes (p. ej., una bajada de precios que podría ser rápidamente contestada con otra bajada de precios por la competidora) hará más atractivo para éstas desarrollar una conducta coordinada que les permita mantener su poder de mercado”*.

En atención a ello, será mucho más fácil determinar que existe una **práctica concertada**, en el caso de mercados concentrados, ya que cualquier intercambio de información sospechoso, quedaría encuadrado como una conducta prohibida y por ende, el indicio pasaría a constituir una prueba.

1.3.3. Decisiones y recomendaciones

Para empezar debemos dejar claro que una **decisión**, en principio, sólo será válida como tal, en un ámbito asociativo. Esto quiere decir que una **decisión** sólo puede ser tomada por un órgano jerárquico al interior de una asociación de empresas⁵⁹.

Se entiende por asociación de empresas una agrupación de empresas que puede tener como fundamento la atribución legal que le hace el ordenamiento jurídico, o que viene dada por un clima de cooperación empresarial, donde existe un fin común y se justifica una actuación conjunta, como en el caso de los gremios empresariales. El profesor FERNANDEZ-LERGA lo pone de manifiesto cuando señala que: *“para que exista una asociación, se requiere una pluralidad de empresas, en el sentido del derecho de*

⁵⁹ Sin perjuicio de que el órgano que tome la decisión no tenga capacidad para ello, esto no excluye de culpa a las empresas que ajustan sus comportamiento a la decisión tomada. De la misma forma, aunque dicha decisión no tenga efecto vinculante.

*la competencia, con independencia de su carácter público, semipúblico o privado, de su base jurídica o de su naturaleza*⁶⁰

Dicha asociación no tendrá que perseguir necesariamente un fin lucrativo, el hecho de que ayude o no a quienes lo conforman a rentabilizar su capital no constituye una condición *sine qua non* para hacerse responsable en los términos de la LRCA, sino que aún en el caso de que la asociación haya sido formada con fines altruistas o de protección común, institucionalizadas o no, si de sus decisiones se desprendiese un menoscabo de la competencia, son perfectamente sancionables.

Las **recomendaciones**, por otro lado, se configuran como meros “consejos” o “indicaciones”, que por su propia naturaleza no tendrían el efecto de obligar a los miembros de la asociación, pero que sin embargo ocasionan y determinan en los mismos, un comportamiento que es lesivo de la competencia. En estos casos, es necesario considerar si los miembros de la asociación han tendido a seguir las recomendaciones en el pasado y si dicho aleccionamiento con las recomendaciones ocasionarían una influencia significativa en la competencia del mercado relevante⁶¹.

Al respecto, PASCUAL Y VICENTE⁶², nos ofrece una definición de ambas figuras en contraste. El referido autor señala que: “*Una decisión es aquel acuerdo o convenio emitido por algún órgano de gobierno de algún ente colectivo que, conforme a sus estatutos o reglamentación, tiene la característica de ser exigible para sus miembros, mientras que una recomendación es aquel acuerdo que, pese a su naturaleza no vinculante, tiene una gran influencia en los miembros de la agremiación*”.

Nótese que el autor usa la palabra **acuerdo** para definir ambas conductas, lo que podría ocasionar una confusión entre las tres especies. Estamos a favor de afirmar que el término **acuerdo** es

⁶⁰ FERNÁNDEZ-LERGA, CARLOS. Óp. cit. pág. 125.

⁶¹ WISH, RICHARD (2003). “*Competition Law*”. Gran Bretaña, Bath Press, cuarta edición, pág. 82.

⁶² PASCUAL Y VICENTE, JULIO (2000). “*Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia*”. En Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. N° 205, pág. 11.

un término continente, pasible de incluir un sinnúmero de conductas, entre las cuales obviamente están las decisiones y recomendaciones al interior de una asociación de empresas, esto porque los miembros del cuerpo directivo o del órgano decisor dentro de la asociación, pueden asumir responsabilidad por adoptar un acuerdo anticompetitivo. Sin embargo debe entenderse que dicho término, según lo apuntado previamente por quien escribe, se refiere a convenios externos entre empresas y no dentro de asociaciones con una estructura jerárquica o con un órgano de decisión común.

Es decir, las decisiones y recomendaciones se toman a un nivel intra empresarial, mientras los acuerdos se toman a un nivel inter empresarial. Esta diferencia es necesaria, ya que si los tuviéramos por sinónimos, no habría posibilidad de excluir de responsabilidad a una Asociación que haya actuado independientemente de las empresas, por lo que tendría que asumir las sanciones pecuniarias que sólo son responsabilidad de sus empresas miembro.

Ahora bien, y teniendo en cuenta lo precitado, las asociaciones podrían desligarse de la responsabilidad en ciertos casos. No siempre será factible que nazca una correlación entre la **decisión/recomendación** de la asociación y el comportamiento colusorio de las empresas, en cuanto en algunas ocasiones la asociación no jugará un rol individualizable y sus decisiones no podrán ser diferenciadas de las tomadas por sus empresas miembros. En virtud de ello, no siempre serán pasibles de ser sancionadas con multas y podrán verse liberadas.

Este tipo de situaciones se presenta cuando la asociación no juega un papel esencial en el comportamiento adoptado por las empresas. Así, no resulta lo mismo castigar a una asociación cuando a través de sus Reglamentos Generales o su Estatuto de Funcionamiento prohíbe el otorgamiento de precios especiales a las empresas que estén fuera de la Asociación o su acceso a la red de distribuidores, que a una indicación dada en el seno de una reunión de la asociación que se limite a señalar precios sugeridos al público en atención a la calidad del producto de cada empresa. El hecho que las empresas más tarde tengan por bueno una concertación para

un elevamiento del precio de manera homogénea, no debería hacer responsable también a la asociación, quien hizo la recomendación, que, en principio estaba ajustada a derecho.

Es importante recalcar también que las asociaciones pueden recibir el tratamiento de empresas, toda vez que actúan en representación de sus miembros por lo que tienen facultades para entablar relaciones con otras empresas o asociaciones de empresas, y por tanto, llevar a cabo pactos restrictivos del Derecho de la Competencia en colusión con ellas. Así lo establece el Tribunal Europeo en el Asunto FRUBO⁶³, donde las asociaciones mantenían entre sus descargos, que no era posible calificar un **acuerdo** entre asociaciones como un **acuerdo** entre empresas.

El tratamiento en el derecho peruano en este concreto aspecto resulta más esclarecedor al determinarse que todos aquellos participantes que oferten o demanden bienes en el mercado serán conocidos como “agentes económicos”, haciendo la inclusión en esta categoría, de manera individualizada a las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico⁶⁴. Consideramos, por ello, que no haría falta forzar la interpretación del precepto legal para asimilar a la categoría de acuerdos restrictivos de la competencia, aquellos tomados por las asociaciones empresariales.

Todo esto nos lleva a pensar nuevamente en la utilidad de la norma, que para evitar conductas inteligentes y elusivas por parte de las empresas permite una amplia interpretación de cada una de las categorías, dándole al ente fiscalizador y sancionador la potestad de ubicar, en su mejor criterio, a aquellas conductas indistintamente en cualquier categoría o en dos categorías a la vez, lo que se conoce como infracción compleja.

1.3.4. Objeto y Efecto Anticompetitivo

Dentro de la definición dada por la LRCA peruana, y también en su homólogo europeo el artículo 101.1 TFUE se establece que los acuerdos,

⁶³ Caso *Frubo vs. Comisión*. Asunto C-71/74, sentencia del 15 de mayo de 1975. Consultado en la web Oficial de la Unión Europea. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61974CJ0071&from=EN>

⁶⁴ Véase el artículo 6 del Decreto Legislativo 1034.

prácticas concertadas y decisiones o recomendaciones, *deberán tener por objeto o efecto restringir, falsear o impedir la libre competencia.*

En primer lugar, es preciso señalar que dicha enunciación debe ser tomada como una disyuntiva. Esto es que si se verifica lo primero, la existencia de un objeto anticompetitivo, no será necesario verificar lo segundo, es decir, su efecto anticompetitivo.

Existe un objeto anticompetitivo dentro de un acuerdo cuando de su configuración, es decir, de sus cláusulas, condiciones o términos se puede inferir que la finalidad es restringir la competencia, no en un sentido de intención subjetiva de los miembros de la empresa, sino un sentido objetivo que es determinado por la configuración del acuerdo.

Tal como lo señala el profesor FERNÁNDEZ-LERGA⁶⁵, la valoración de dicho objeto debe condecirse con los objetivos que pretenden la Ley de Protección de la Competencia, así como la consideración del contexto económico en el que se desarrolla o se va a desarrollar.

El profesor MONTI, por su parte, entiende que tendrá un objeto anticompetitivo todo acuerdo que pueda afectar o impedir el funcionamiento fluido de los mercados o la libre y eficaz asignación de recursos, a través de un abuso de posición dominante o de acuerdos restrictivos de la competencia entablados entre empresas⁶⁶.

El que un acuerdo tenga objeto anticompetitivo no requiere de la efectiva aplicación de dicho acuerdo, sino que será susceptible de sanción mientras forme parte de lo convenido entre las empresas. Así ha sido establecido por el Tribunal Europeo en el Asunto Sandoz⁶⁷ cuando expresa que *“el hecho de que un proveedor no haya emprendido ninguna iniciativa para obligar a sus clientes a respetar una cláusula de un*

⁶⁵ FERNÁNDEZ-LERGA, Carlos. Óp. Cit. pág. 134

⁶⁶ MONTI, MARIO (2002). *“La nueva política europea de la competencia”*. En BENEYTO, JOSÉ MARÍA & MAILLO, JERÓNIMO. *“El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia”*. Barcelona, Editorial Bosch, pág. 16.

⁶⁷ Caso *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA. vs. Comission*. Asunto 277/87, sentencia del 11 de enero de 1990. Consultado en la web Oficial de la Unión Europea. Disponible en línea: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61987CJ0277 & from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61987CJ0277&from=EN)

contrato que tiene por objeto restringir la competencia no basta para sustraer esta cláusula de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado”.

No siempre es fácil determinar que una conducta tenga por objeto la restricción de la competencia, por lo que en muchas ocasiones la agencia de competencia tendrá que hacer una evaluación del efecto de la conducta en el mercado. Es así que existe una serie de comportamientos que a primera vista podrían no presentarse como dañinos, pero que podría tener como efecto posterior la preservación de una posición de dominio conjunta de empresas o la consecución de un plan a largo plazo para la distribución del mercado.

Esto tiene mucho que ver con el desarrollo de las reglas *per se* y *rule of reason* dentro del ámbito del derecho de la competencia. Aquello, en consideración de que existe un consenso tanto en doctrina como en jurisprudencia que existen ciertas prácticas que pueden ser calificadas como especialmente dañinas para la competencia y que deben ser castigadas, automáticamente, sin entrar a profundizar en las consecuencias que tengan para el mercado.

Como principal ejemplo tenemos lo establecido en el artículo 11.2 de nuestra LRCA, que dice lo siguiente: “Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

Luego, la norma hace una explicitación en el apartado 3 del mismo artículo: “Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas⁶⁸”.

La lista es taxativa, no admite una ampliación, por lo que debe entenderse literalmente que, en el Perú, los acuerdos que tengan por objeto lo previsto en los apartados a) hasta d) serán sancionados sin necesidad de un análisis que explique que efectivamente dichas conductas son perniciosas en el mercado concreto. Por otro lado, las conductas no enmarcadas en el apartado 11.2 serán, en su mayoría, sometidas a un examen para verificar si efectivamente tienen efectos restrictivos del juego de la competencia.

Si no puede probarse el objeto restrictivo, entonces se procederá a efectuar un análisis económico del efecto que ocasione el acuerdo en el mercado, tarea de muy difícil cumplimiento. Tal como lo indica el profesor FERNÁNDEZ-LERGA⁶⁹: *“La consecuencia inmediata del análisis de los efectos actuales y potenciales es la necesidad de proceder a una apreciación económica compleja que tome en consideración una serie de factores tales como: la posición relativa de las empresas, el número y tamaño de los competidores, el grado de libertad económica y comercial del que cada empresa dispondrá, si existe o no una política de cooperación global, lo que requiere, a su vez, una consideración conjunta de los acuerdos y no de cada uno de ellos de manera aislada, única manera de valorar adecuadamente las estipulaciones accesorias”*.

También será necesario que dicho efecto tenga una presencia sensible o apreciable, tal como lo indica el autor citado, esto en función de la *“Regla de Minimis”*. Esta regla trae consigo la exclusión de conductas que podrían alterar la libre competencia, pero que no son relevantes, por ser de poca significancia económica.

La regla *de minimis* es aplicable tanto a aquellos acuerdos cuyo objeto sea restringir la competencia como aquellos cuyo efecto real sea el de falsear el proceso competitivo, lo que significa que incluso

⁶⁸ No sucede lo mismo con las restricciones verticales, que son todas consideradas de prohibición relativa, por lo que debe probarse su perjuicio en el mercado concreto donde se haya planteado la integración coordinada en la cadena productiva. Véase artículo 12 LRCA.

⁶⁹ FERNÁNDEZ-LERGA, CARLOS. Óp. Cit. pág. 136.

restricciones horizontales de una naturaleza claramente anticompetitiva o restricciones a la exportación en un acuerdo vertical podrían no ser juzgados por la normativa de competencia siempre que su impacto sea tan diminuto que no pueda afectar el mercado en concreto⁷⁰.

Por ejemplo, en Estados Unidos, las agencias de competencia no cuestionarán las colaboraciones entre competidores, salvo circunstancias extraordinarias, cuando las cuotas de mercado de la colaboración y la de sus participantes de manera colectiva no sumen más del 20 por cien de cada mercado relevante en que la competencia se verá afectada. Esta regla, sin embargo, no aplicará para los acuerdos que sean considerados *per se* como ilegales, o que puedan ser cuestionados sin un análisis de mercado detallado, o aquellas colaboraciones entre competidores a los que les sea aplicable las reglas de control de fusiones.^{71 72}

De la misma forma en el ámbito europeo, se concibe una regla similar, dada en la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible:

“Se establece que no se aplica la prohibición del artículo 101 TFUE cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10% en el mercado afectado. Si se trata de no competidores, la cuota no deberá exceder el 15% del mercado de

⁷⁰ WISH, RICHARD. Óp. Cit. Pág. 107.

⁷¹ *“Absent extraordinary circumstances, the Agencies do not challenge 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”*. Extraído de: FEDERAL TRADE COMMISSION & U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2000). *“Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors”*, pág. 26. Disponible en la web Oficial de la FTC: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

⁷² Parece confusa la regla respecto a la determinación de las cuotas, pero debe entenderse tan simple como es. Por ejemplo, si dos empresas colaboradoras ostentan un 5% de cuota del mercado cada una. Y la colaboración, separadamente, tiene un 4%, entonces estará bajo la zona segura, y podrá aplicársele la exención, ya que el porcentaje total será de un 14%.

referencia. En caso de duda sobre la categoría de las partes (competidores o no), se aplica el umbral del 10%⁷³.

Como se puede notar existe un paralelismo entre la norma comunitaria y la norteamericana, ambas determinan la “perjudicialidad” del acuerdo o su “efecto sensible” bajo criterios cuantitativos y fundan la excepción de la *Regla de Minimis* en razones de finalidad de la norma.

Tal como lo señala PEÑA ROMERO⁷⁴ “La regla de *minimis* cumple con una interpretación teleológica del artículo 101 TFUE, puesto que, si la finalidad de la norma es reprimir conductas que restrinjan la competencia porque dañan el buen funcionamiento del mercado, si las conductas objetadas no tienen efectos significativos, entonces el mercado no notará los daños ni perjuicio alguno, decayendo así la causa de la prohibición”.

En ambas normas, la principal razón para la adopción de la doctrina de *minimis* es facilitar la cooperación entre empresas donde la misma es económicamente deseable y no presenta dificultades desde el punto de vista de la política de competencia, además de otorgarle criterios cuantitativos que les indiquen si sus cooperaciones podrían verse afectadas por la normativa de competencia⁷⁵.

No huelga decir aquí también, como lo hace ODRIOZOLA⁷⁶, que detrás de dicha regla se esconden también una finalidad de reducción de carga de la Comisión, quien se preocupará por los acuerdos verdaderamente importantes y dañinos, así como una cuestión de economía procesal.

⁷³ Diario Oficial de la Unión Europea. Comunicación 368 del 22 de diciembre de 2001. Disponible en línea: <http://juradocompetenciaextremadura.gobex.es/normativaeuropea/22.pdf>

⁷⁴ PEÑA ROMERO, KAREN (2012). “Los pactos restrictivos en el derecho europeo de la competencia”. En Revista de Estudiantes ITA IUS ESTO, N° 06, pág. 103.

⁷⁵ WISH, RICHARD. Óp. Cit. Pág. 108.

⁷⁶ ODRIOZOLA, Miguel. “La nueva normativa horizontal en perspectiva”. En BENEYTO, JOSÉ MARÍA & MAILLO, JERÓNIMO. Óp. Cit. pág. 154.

1.4. Las restricciones accesorias (*ancillary restraints*)

El lector habrá notado, cuando citamos al artículo 11.2 de la LRCA peruana, que dicha norma guarda una salvedad antes de enunciar las conductas que son consideradas *per se* anticompetitivas. La misma establece que “*constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos*”. Esto quiere decir que las cláusulas restrictivas de la competencia que formen parte de un contrato de asociación o integración empresarial lícita podrían ser subsanadas de considerarse indispensables para la consecución de dicho contrato.

La primera aproximación al concepto de las restricciones accesorias se hizo en Estados Unidos hace más de un siglo atrás en la decisión *Addyston Pipe*⁷⁷ donde el juez TAFT señaló que “*ninguna restricción convencional de comercio puede hacerse cumplir a menos que el pacto que incorpora sea meramente auxiliar al propósito principal de un contrato legal, y necesario para proteger al contratante en el pleno goce de los frutos legítimos del contrato o para protegerse de los peligros de un uso injusto de los frutos de la otra parte.*”

Dicha primera aproximación, sin embargo, pasaría desapercibida hasta la publicación de unos artículos del profesor BORK⁷⁸, quien relanzaría el concepto y lo usaría –más adelante- en una importante decisión judicial, la misma que constituye el pilar sobre el que se sustenta la doctrina moderna de las restricciones accesorias.⁷⁹ En dicha sentencia, el juez BORK señaló que las dos características principales que debe

⁷⁷ Caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Corporation*. 175 U.S. 211 del 4 de diciembre de 1899. Disponible en línea: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/175/211>

⁷⁸ El nombre del artículo escrito por el profesor BORK es “*Ancillary Restraints and The Sherman Act*” cuya fecha de publicación es 24 de agosto de 1959. Más adelante, el profesor BORK escribiría otro artículo basado en éste, cuyo alcance es aún mayor y contiene referencias a prácticas restrictivas determinadas. Vid. BORK, ROBERT (1966). “*The Rule Of Reason And The Per Se Concept: Price Fixing And Market Division*”. Yale Law Journal, Volumen 75 N° 3. Pág. 377 y ss. Consultado en la web de la Universidad de Yale el día 27/05/2014. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4159&context=fss_papers

⁷⁹ Caso *Rothery Storage & Van Co. vs. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, del 3 de junio de 1986. Disponible en línea: http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-tei/motor-trans/Rothery_Storage_Van_Co_v_Atlas_Van_Lines.pdf

reunir una restricción accesoria para ser considerada tal es estar subordinada y ser colateral al acuerdo principal, en el sentido de hacerlo más efectivo al momento de completar su propósito.

La condición de colateral que debe reunir una restricción accesoria implica que la misma no forme parte del *corpus* del acuerdo principal, sino que imponga una serie de prohibiciones o limitaciones a la actuación de los participantes en el acuerdo principal. En palabras de WERDEN “*Tales restricciones no regulan lo que el acuerdo inter empresarial hace o cómo se hace, sino la conducta de los participantes del acuerdo fuera de éste*”⁸⁰. Un ejemplo típico de ello es la restricción que se impone al vendedor de un fondo empresarial de competir, en un tiempo determinado, con la empresa que le ha comprado dicho fondo. Dicha condición no formaría parte del *corpus* propiamente dicho de la transacción comercial, sino que formaría parte de una restricción colateral a la operación de compraventa (o incluso podría quedarse en un acuerdo verbal entre los contratantes).

El hecho que el acuerdo deba ser subordinado o accesorio implica que dicha restricción posea una “conexión orgánica”⁸¹ con el acuerdo o transacción principal y lo ayude a conseguir una mayor efectividad. Dicha efectividad sería evaluada en atención a que los participantes de dicho contrato no tengan la chance de expropiar o disminuir el valor del contrato.

De un tratamiento parecido es la doctrina de restricciones accesorias por parte de los Tribunales Europeos. Esto se desprende de la definición que hace la propia Comisión, dentro de su Comunicación – Directriz para la aplicación del artículo 81 apartado 3 (actual artículo 101.3 TFUE): “*En Derecho de competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que **esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma.** Cuando un acuerdo, por ejemplo, de distribución o empresa*

⁸⁰ WERDEN, GREGORY (2006). “*The Ancillary Restraints Doctrine*”. En American Bar Association, Section of Antitrust Law. Pág. 9. Consultado en la web de la American Bar Association, el día 28/05/2014. Disponible en: <http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-s1/pdf/spring-materials/2006/werden06.pdf>.

⁸¹ El término es acuñado por WERDEN en el artículo previamente citado. WERDEN, Gregory. Óp. Cit. Pág. 12.

*en participación, atendiendo a sus aspectos fundamentales, no tiene por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones directamente relacionadas con la realización de la operación y necesarias para la misma*⁸².

Es por ello que procuraremos diferenciar entre las llamadas restricciones a la competencia que son accesorias a contratos plenamente lícitos con los acuerdos que en sí podrían considerarse restrictivos de la competencia, pero que por sus efectos positivos (ventajas económicas o técnicas que benefician en última instancia a los consumidores) en el mercado pueden estar sometidos a una exención respecto a la normativa de competencia.

Los primeros podrían estar sujetos a exenciones automáticas mientras cumplan con los requisitos previamente señalados, mientras los segundos deberán examinarse y probarse (sujetos a criterios económicos) que pueden brindar algún tipo de beneficio al mercado que no se hallaría de no ponerse en marcha dicho acuerdo y que a su vez –en un balance general- supere los efectos anticompetitivos que pueda generar.

1.4.1. Test de accesoriedad

A fin de recibir inmunidad frente a la normativa de competencia, toda restricción debe ser sometida a un test de “accesoriedad”. Dicha accesoriedad debe deducirse de la forma en que ha sido pactada dicha restricción que, como ya mencionamos párrafos arriba, debe estar revestida de las características de subordinación y colateralidad. Sin embargo, la accesoriedad no necesariamente tiene que pensarse como una situación en que exista una “absoluta necesidad” del uso de dicha restricción, sino más bien que la inclusión de dicha cláusula restrictiva sea “razonable” para alcanzar la eficiencia y utilidad del acuerdo principal⁸³.

⁸² Diario Oficial de la Unión Europea. Comunicación 101 del 27 de abril de 2004. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=ES)

⁸³ WERDEN, GREGORY. Óp. Cit. Pág. 12.

El momento para efectuar el test de “accesoriedad” es el momento en que se toma el acuerdo principal con la restricción incluida. Es en dicho momento que deberá evaluarse la razonabilidad de la restricción adoptada, donde el parámetro de evaluación para determinar la calidad de razonable o no será el hecho que en dicho momento hayan existido medidas menos restrictivas y que puedan ofrecer los mismos resultados que las restricciones acordadas.

La “accesoriedad” también viene determinada por la finalidad que se persigue a través de la restricción, la misma que deberá adecuarse a lo perseguido por el acuerdo principal. En atención a ello, los acuerdos “desnudos”⁸⁴ de fijación de precios o distribución de mercados no podrán jamás gozar de las exenciones otorgadas a las restricciones accesorias. Sin embargo, los acuerdos que fijen precios o tengan un plan de distribución territorial o geográfica del mercado entre competidores pero que cumplan con las características previamente señaladas sí podrán ser tomados como acuerdos accesorios, aun cuando sean considerados como prácticas *per se* anticompetitivas.

Esto se deriva claramente del tenor literal de nuestra norma en su artículo 11.2, entendida *a contrario sensu*, cuando menciona que todos aquellos acuerdos que fijen precios o repartan territorio entre competidores serán *per se* anticompetitivos mientras no se encuentren justificados por ser accesorios a otros acuerdos lícitos.

Esto se da porque no todas las fijaciones de precios o repartición de territorios tienen los mismos efectos a nivel general, sino que existirán variables o factores económicos en ciertos mercados que puedan llevar a que dicha práctica tenga efectos pro competitivos. Sobre lo anterior es interesante lo señalado por el profesor BORK⁸⁵ cuando comenta el tratamiento de la *Sherman Act* sobre las fijaciones de precio y división de mercados:

⁸⁴ Es decir, aquellos que persiguen exclusivamente como objeto o efecto una restricción a la competencia y/o la perpetuación de una posición de dominio.

⁸⁵ BORK, ROBERT. “*The Rule of Reason...*” Óp. Cit. pág. 376.

“Con demasiada frecuencia, la ley trata a las formas particulares de fijación de precio y división del mercado como temas aislados y únicos, dejando de localizar cada uno dentro de una concepción racional de la totalidad. Quizás con igual frecuencia la Ley comete el error opuesto de no hacer las distinciones correspondientes a las diferencias económicas, y aplica fórmulas generales para situaciones en las que es totalmente inapropiado.”

Es el mismo autor quien señala que la aplicación más fructífera de las llamadas restricciones accesorias se ha dado en el campo de los contratos de colaboración⁸⁶ (el autor menciona los *joint ventures* más específicamente) en cuanto son éstos contratos los que suelen incluir cláusulas o pactos colaterales que de alguna manera encuentran resistencia inicial en la normativa de competencia y que sólo deberían estar sujetos a fiscalización *ex post* por parte de las agencias de competencia.

Consideramos que la afirmación del profesor BORK se mantiene aún vigente, prueba de ello es lo establecido en el artículo de otro importante estudioso del derecho de la competencia, el profesor WERDEN cuando señala que:

“Los joint ventures son una importante y distinguida categoría de estudio para el derecho antitrust por su potencial para traer consigo eficiencias que mejoren la integración de la actividad económica. Muchas formas de integración económica pueden ser llevadas a cabo a través de joint ventures y cada una puede mejorar la eficiencia en más de una forma. Los joint ventures pueden permitir la realización de economías de escala, por ejemplo, al combinar o reemplazar las operaciones de distribución o fabricación de los participantes que sean sub óptimas en tamaño, o también al promover y desarrollar una marca en conjunto”⁸⁷.

⁸⁶ BORK, ROBERT. “*Ancillary Restraints and the Sherman Act.*” En American Bar Association. Section of Antitrust Law. Pág. 224. Descargado desde la web de JSTOR. Disponible solo para suscriptores.

⁸⁷ WERDEN, GREGORY (1998). “*Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview.*” Antitrust Law Journal of the University of Berkeley, Volumen 66, pág. 703. Consultado en la web de la Universidad de Berkeley el día 02/06/2014. Disponible en:

Si bien ambos profesores hacen referencia sólo a los joint ventures como el arquetipo de contrato asociativo, consideramos necesario extender dicha formulación a aquellos contratos asociativos que tienen una naturaleza semejante como son el consorcio o la asociación en participación. En el siguiente capítulo, hemos de desarrollar más largamente la razón de dicha inclusión, así como las diferencias que se presentan entre dichas figuras jurídicas.

CAPÍTULO II:

SOBRE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL Y LA VALIDEZ DE CLÁUSULAS RESTRICTIVAS

La vida económica actual presenta una compleja gama de retos que las empresas modernas deben afrontar. El entorno globalizado y altamente competitivo en que se desenvuelven las unidades productoras las ha empujado en muchos casos a que procuren interrelacionarse con sus rivales y/o con empresas que formen parte de su cadena de producción, ya sea a través de contratos o asociaciones.

La necesidad de entablar relaciones con otras empresas se agudiza cuanto más alto es el grado de desarrollo de un país, en cuanto los consumidores son mucho más exigentes con la calidad de los productos o servicios y las empresas –en general- tienen estructuras organizativas mucho más sólidas.

Ahora bien, para comprender cabalmente lo que se entiende por un contrato de asociación empresarial es preciso entender como lo sugiere CABANELLAS⁸⁸ *“el sentido con que la legislación societaria utiliza dicha expresión.”* Es en razón de ello que buscamos los preceptos legales que regulan la referida figura jurídica en el derecho peruano, encontrándonos con el artículo 438 de la Ley General de Sociedades (LGS en adelante), cuya redacción es la siguiente:

⁸⁸ CABANELLAS, GUILLERMO (2007). *“Contratos de Colaboración Empresarial. Agrupaciones de Colaboración, Uniones Transitorias de Empresas y Joint Ventures”*. Buenos Aires, Editorial Heliasta, pág. 4.

“Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los participantes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro”.

Del tenor literal del artículo podemos deducir que, en principio, un contrato asociativo es un pacto o un acuerdo entre empresas distintas. Es decir, el contrato asociativo puede calificar como un acuerdo entre empresas que podrían encontrarse o no en el mismo nivel de la cadena de producción.

En segundo lugar, podemos percatarnos que no se trata de una sociedad, básicamente porque el contrato para formar una asociación empresarial no implica la adquisición de personalidad jurídica como sí en el caso de la sociedad.

Como tercera característica podemos mencionar que existe una temporalidad implícita en todo contrato de asociación, ya que al no estar presente la *affectio societatis* se entiende que las empresas envueltas en dichos contratos sólo buscan –como indica el referido artículo- crear o regular relaciones de participación e integración en **negocios o empresas determinadas**.

Los contratos asociativos se tornan así, como una categoría intermedia de interrelación empresarial, en cuanto no pueden equipararse a una sociedad propiamente dicha, pero superan a los contratos de mero trámite que suelen entablar las empresas entre sí (compraventas, suministros, etc.) en cuanto implican una integración mucho más intensa y un objetivo en común.

El hecho de perseguir un objeto común genera que las empresas que los celebran tengan una estructura empresarial común a la cual quedan comprometidos todos los activos que hayan decidido desplazar para lograr tal fin, así como una responsabilidad compartida sobre los resultados que de dicho negocio puedan desprenderse.

Asimismo, tal como lo señala CABANELLAS, *“esta integración parcial, o cooperación entre empresas independientes, puede tener lugar utilizando muy distintos instrumentos jurídicos. Esa forma de*

colaboración no constituye una categoría normativa precisa, a la que se imputan efectos legales claramente estructurados y sistematizados. Se trata, más bien, de un concepto económico y administrativo, referente a una forma de organización productiva a la que se aplican diferentes reglas jurídicas, según sean los instrumentos legales que las partes hayan decidido adoptar para estructurarla”⁸⁹.

Ante tal situación, nos resulta bastante difícil brindar una clasificación de estos contratos asociativos, en cuanto la diversidad de herramientas jurídicas que se pueden utilizar para su consecución termina por eliminar la posibilidad de sistematizarlos. En el mismo sentido se pronuncia el profesor GUARDIOLA cuando menciona que *“las distintas formas de actuación conjunta que, en el ámbito internacional y dada la diversidad de figuras contractuales, pueden utilizarse supone en la práctica para los empresarios un elemento de duda y confusión (...), toda vez que , es sumamente importante adecuar el propósito de las empresas que desean establecer un vínculo de cooperación entre ellas a la fórmula contractual que mejor se acomode a dicho propósito, elección no siempre fácil”⁹⁰.*

Sin embargo, y a pesar de conocer esta situación, en el presente acápite brindaremos una pequeña revisión sobre los principales contratos asociativos usados en el comercio internacional con la única finalidad de conocerlos y poder analizar la medida en que las cláusulas que contienen pueden significar o no un atentado contra la normativa de competencia.

2.1. Los contratos asociativos: breve clasificación

Como hemos mencionado anteriormente, la idea misma de sistematización de los contratos asociativos resulta contraria a su naturaleza flexible, lo que no implica necesariamente que no se presenten rasgos comunes entre los contratos más usados en el comercio internacional. El profesor ETCHEVERRY⁹¹ constata que a nivel general y sin entrar a detalles sobre el tratamiento legal que reciben estos contratos, -el hecho de si crean o no una personalidad

⁸⁹ *Ibíd.* pág. 6.

⁹⁰ GUARDIOLA, ENRIQUE (2004). *“Contratos de colaboración en el comercio internacional”*. Barcelona Editorial Bosch, 2da. edición, pág. 319.

⁹¹ ETCHEVERRY, RAÚL (2005). *“Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios”*. Buenos Aires, Editorial Astrea, pág. 134.

jurídica en uno u otro país- las características que convergen en todos ellos son las siguientes:

- a) Real o eventual (posible) pluralidad de partes.
- b) Fin común, que no puede ser ajeno al bien común, aunque el objeto del negocio sea obtener un lucro.
- c) Proyección del negocio asociativo hacia uno o más mercados, dentro de los cuales va a actuar.
- d) Existencia de un fondo común o patrimonio de gestión, que implica una modalidad de inversión directa.
- e) Gestión estratégica y operativa.
- f) El reparto de medios y de riesgos.

De la totalidad de figuras jurídicas asociativas, a la que se ha prestado más atención, por tener una importancia inusual en el ámbito internacional debido a su constante uso, es a la del *joint venture*, la cual ha venido a dibujar el esquema típico bajo el cual se suceden las relaciones de cooperación entre empresas.

De tal envergadura es el uso de la referida figura jurídica, que incluso en el comercio mundial suele usarse con bastante regularidad la expresión *joint venture* para englobar casi cualquier tipo de acuerdo de asociación o de colaboración entre empresas cuyo objetivo sea la cooperación con carácter duradero en los planos técnico, productivo, financiero y/o comercial, y cuya formalización tenga lugar, bien mediante la constitución de un nuevo ente, bien mediante un contrato privado⁹².

Esto implica que el análisis que podamos efectuar del contrato de *joint venture* sea homologable a otras formas asociativas, que no obstante, presentarán otras particularidades que las hagan diferenciables conceptualmente.

⁹² GUARDIOLA, ENRIQUE. Óp. Cit. pág. 320. La misma idea tiene ETCHEVERRY sobre la importancia y crecimiento internacional de la figura del *joint venture* cuando sostiene que dicha figura recibe otras denominaciones en países no anglosajones, que sin embargo, vendrían a tener la misma aplicación práctica. Vid. ETCHEVERRY, RAÚL. Óp. Cit. pág. 145.

2.1.1. Contratos de *joint venture*:

Es difícil encontrar una figura jurídica que haya ofrecido más problemas en su definición como la del *joint venture*. Posiblemente sea su carácter flexible el que dificulte tanto su aprehensión conceptual, por haber sido creado justamente con la finalidad de ajustarse a una infinidad de moldes con los que se podían hacer negocios en mercados con características variadas. Los empresarios norteamericanos diseñaron el *joint venture* como una categoría que pudiese servir para penetrar en mercados conexos o externos de manera conjunta, sin que esto implique una deslocalización o una puesta en riesgo de su autonomía jurídica o económica.

Una interesante definición de lo que es un *joint venture* nos la brinda DE LA ROSA, quien sostiene lo siguiente: “*entenderemos por joint venture una operación internacional de cooperación entre empresas caracterizada por su origen negocial, por la autonomía jurídica y económica de los participantes, que queda intacta en el ámbito que escapa al proyecto común, por el desarrollo de una actividad o proyecto de forma conjunta por aquéllos, dentro o fuera de un concreto marco social, por el control conjunto de esta actividad a través de una estructura organizativa establecida para el logro de los objetivos de la cooperación, así como por la vinculación material de la actividad a desplegar con la propia de los participantes*”⁹³.

Dicha definición nos viene bien por su extensión, en cuanto no es parte del presente trabajo entrar en detalles sobre los diferentes sentidos en los que es usado el término *joint venture*,⁹⁴ ni la diferenciación específica entre dichos sentidos. La extensión del concepto permite que, a efectos del presente trabajo, podamos abarcar todas las prácticas asociativas que reciban dicho nombre y que contengan cláusulas que sean restrictivas de la competencia.

⁹³ DE LA ROSA, FERNANDO (1999). “*El joint venture en el comercio internacional*”. Granada, Editorial Comares, pág. 13.

⁹⁴ Al lector interesado en ello, podría consultar el libro previamente citado del profesor argentino CABANELLAS en su Capítulo III. CABANELLAS, GUILLERMO. “*Contratos de Colaboración Empresaria. Agrupaciones de Colaboración, Uniones Transitorias de Empresas y Joint Ventures*”. Buenos Aires, Editorial Heliasta.

Esta acotación es importante ya que existen algunos autores que establecen la diferencia entre el *joint venture* y el resto de contratos de colaboración o acuerdos de asociación entre empresas por el hecho que el primero crea una nueva empresa con personalidad jurídica propia y los otros no. Sin embargo, como recordamos de la definición peruana de contratos asociativos, ninguno de ellos tiene la característica de construir una nueva entidad con personalidad jurídica, lo que implicaría que de plano rechacemos la inclusión del *joint venture* como contrato asociativo y por ende no lo tengamos en cuenta al momento de analizar los tipos o clases de cláusulas que incorporan.

Así, por ejemplo, tenemos que la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) en su *Manual para la preparación de acuerdos de constitución de empresas mixtas en países en desarrollo* al momento de hablar sobre las empresas mixtas las denomina también como *joint ventures*, por lo que entendemos que la referida organización se adhiere al sentido restringido del *joint venture* considerándolo como una empresa nueva creada por otras empresas con la finalidad de penetrar en un mercado extranjero y que además tiene participación de socios locales.

De adscribirnos a esta postura, estaríamos dejando de lado el sentido amplio que puede tener el *joint venture* como un mero contrato de colaboración empresarial y por ende, dejando de analizar una práctica comercial de largo uso.

En todo caso, preferimos la concepción amplia del *joint venture* en cuanto ésta puede contener tanto la constitución de un nuevo ente como consecuencia del acuerdo o también la simple unión de voluntades para cooperar, facilitándonos la tarea de incluir cualquier acuerdo que pueda tener consigo cláusulas anticompetitivas.

2.1.1.1. Características del *joint venture*

El profesor DE LA ROSA analiza íntegramente las características de los *joint ventures*. Siguiendo en esto al profesor italiano TURATI, establece que en forma general, las características que presenta cualquier contrato de *joint venture* para ser considerado como tal son:

- a) Voluntad asociativa y comunidad de intereses entre las partes
- b) Integración de recursos por sus miembros, mantenimiento de la autonomía operativa y jurídica de las empresas asociadas.
- c) Participación de las partes en el capital de riesgo de la empresa, con naturaleza cooperativa⁹⁵.

La presencia y proliferación de este tipo de contratos de cooperación ha llevado a que las legislaciones europea y norteamericana regulen más detalladamente estas prácticas, en cuanto sobre ellas recae el riesgo que sean usados como una mera pantalla con destino concentrativo. Por eso se dice que los *joint ventures* y más ampliamente los contratos de colaboración empresarial tienen un lazo muy estrecho con las políticas de competencia.

Es justamente esta la razón que ha llevado a que tanto en la Comunidad Europea como en los Estados Unidos no se haya obviado la presencia y alta importancia de esta clase de contratos, habiéndose emitido una serie de normas que tratan de someter a control dichas prácticas, siempre que las mismas tengan un objeto o efecto restrictivo de la competencia.

Sin embargo, dicho control no resulta ser un control excesivo, en cuanto se han identificado, dentro de los negocios que se pueden efectuar a través de *joint ventures* algunos que en la totalidad de los casos resultan favorables al proceso competitivo, por lo que están sometidos a una exención generalizada, como es el caso de los contratos de I

⁹⁵ DE LA ROSA, FERNANDO. Óp. Cit. pág. 15.

+ D (Investigación más Desarrollo) o los contratos de Especialización, entre otros.

2.1.1.2. Objetivos del *joint venture*

La creación de un *joint venture* puede deberse a una gran cantidad de objetivos que pueden ser igualmente perseguidos a través de otras formas jurídicas de asociación, entre las cuales cabe citar, como las más importantes:

- a) Consolidar la presencia en mercados exteriores, fabricando *in situ* los productos que hasta la implementación de la compañía eran exportados, obteniendo así el consiguiente ahorro de aranceles, fletes y mano de obra.
- b) Consolidar una red de comercialización previamente creada gracias a agentes o distribuidores independientes, integrándolos, como socios, en un proyecto común que genere una corriente permanente de compras y una mejor atención a la clientela local.
- c) Aportar tecnología a empresas en desarrollo solventes, pero carentes de conocimientos técnicos, convirtiendo la aportación tecnológica exterior en participación social en un proyecto común en la que el socio local aportaría los fondos necesarios, evitando el siempre incierto cobro regular de *regalías* y asegurándose el inversor propietario de la tecnología una adecuada aplicación de ésta.
- d) Necesidad de ensanchar los límites de actuación por saturación de la demanda interna, buscando ingresar en mercados conexos o externos mediante la participación conjunta de dos o más empresas.
- e) Cuando se busca participar de una licitación nacional o internacional.

- f) Compartir conocimientos y experiencias en un proyecto común o en actividades de investigación, promoción, distribución o comercialización de productos y servicios⁹⁶.

2.1.2. Los contratos de agrupación

Las agrupaciones empresariales son, en la mayoría de los casos, contratos de colaboración empresarial que, si bien pueden perseguir los mismos objetivos que una *joint venture*, no llegan a tener una connotación tan integracionista, por lo que se constituyen en modelos viables de cooperación entre empresas que no estén tan proclives a establecer lazos duraderos.

Entre los contratos que se encuentran en esta categoría tenemos a las asociaciones en participación y los consorcios, ambos regulados en los artículos 440 y subsiguientes; y 445 y subsiguientes de la LGS, pero además podríamos incluir otras figuras foráneas que también servirían para materializar una cooperación empresarial a este nivel, como son las Uniones Temporales de Empresas (UTE) y las Agrupaciones de Interés Económico (AIE).

2.1.3. Las asociaciones en participación

Si analizamos la figura de la asociación en participación, nos encontramos con que dos de sus características más saltantes se encuentran en el artículo 440 de la LGS, el cual señala que:

“Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados una participación en el resultado o en las utilidades

⁹⁶ Los objetivos descritos han sido extraídos del libro del profesor GUARDIOLA previamente citado pero modificándolas con la intención de hacerlas homologables a los perseguidos por cualquier contrato de colaboración empresarial. La modificación fue hecha en cuanto el profesor GUARDIOLA maneja el concepto de *joint venture* corporativo solamente, es decir, que tiene personalidad jurídica propia siempre, por lo que nos tomamos la libertad de obviar dicha aclaración, que el mencionado profesor sí hace. GUARDIOLA, Enrique. Óp. Cit. pág. 327 y 328.

de uno o varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución”.

La primera característica es que existen siempre dos o más participantes dentro del contrato, pero sin embargo sólo existe una persona encargada de realizar el negocio y quien actúa por propia cuenta: el asociante. La segunda característica es que la participación de los asociados en las utilidades de los negocios que lleva a cargo el asociante viene establecida en atención a la medida de su contribución, la cual podrá ser de cualquier índole.

El hecho que sea sólo el asociante quien esté encargado del manejo y gestión del negocio, no implica necesariamente que sea sólo él quien deba cargar con las pérdidas en caso el negocio no sea rentable⁹⁷, así como que el hecho que el asociado no tenga poder de decisión sobre el negocio tampoco implica que éste no pueda exigir y fiscalizar el trabajo del asociante.

En todo caso, dada la naturaleza contractual del acuerdo de colaboración, el margen de configuración que tienen las partes es bastante amplio, por lo que las disposiciones establecidas en la LGS sólo garantizan un mínimo marco de protección al asociado, que de alguna manera es quien tiene una posición menos ventajosa dentro del contrato.

El profesor ZEGARRA señala que esta clase de contratos *“presenta una serie de similitudes con algunas otras figuras contractuales que en ocasiones hace difícil distinguirlo con precisión”*⁹⁸ dando más adelante algunas pautas para diferenciarlo de otras figuras como las sociedades irregulares, consorcios y *joint ventures*, contratos de trabajo con cláusulas de participación y los préstamos con cláusulas de participación, llegando a distinguir, a

⁹⁷ El artículo 444 de la LGS deja entrever la posibilidad de pactar en contrario del hecho que los asociados sólo participen de las pérdidas en atención a lo aportado. Esto implicaría incluso que dentro del contrato los asociados puedan responder ante terceros de manera indirecta (muy a pesar de lo establecido en el artículo 441).

⁹⁸ ZEGARRA MULÁNOVICH, ÁLVARO (2011). *“Notas de Contratos Mercantiles”*. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (pro-manuscrito), versión de setiembre del 2011, pág. 191 y ss.

través de la comparación con dichas figuras, algunos de los rasgos característicos de estos contratos.

2.1.4. Los consorcios

El consorcio es una forma de agrupación que aglomera a varias empresas que están alineadas para conseguir el mismo objetivo o proyecto en común. Dichas empresas permanecen independientes tanto jurídica como económicamente, realizando cada miembro de manera separada las actividades conjuntas.

En muchas ocasiones se ha usado dicha figura en el ámbito del comercio internacional para efectuar negocios de exportación, habiéndose convertido en práctica común (como es el caso de los consorcios de exportación españoles promovidos por su Instituto de Comercio Exterior) o el caso de los consorcios para postular conjuntamente a la licitación de obras públicas en el Perú (al punto de encontrarse regulados como “ofertas en consorcio” en el artículo 36 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)⁹⁹.

En la regulación peruana, sin embargo, podemos encontrar la figura jurídica independientemente regulada dentro de la LGS, específicamente en el artículo 445, donde se puede apreciar claramente la diferencia que tiene frente a los contratos en participación previamente señalados.

Para empezar, en este caso la participación de los involucrados es “*activa y directa*” por lo que el control de la gestión y manejo del negocio necesariamente deberá recaer en cada uno de los participantes y no sólo en uno como en el caso de los contratos de asociación en participación. La inclusión de esta figura asociativa pretende, como bien lo señala el profesor ZEGARRA¹⁰⁰ “*acabar con el vacío legislativo que, bajo la anterior LGS, dejaba*

⁹⁹ Asimismo, en el Decreto Legislativo 662, Ley de Promoción de la Inversión Extranjera, si bien no se le menciona de manera específica en el inciso h) del artículo 1, sí se sobreentiende que se hace una referencia indirecta a ellos cuando se dicta que se podrán considerar inversiones extranjeras aquellos contratos de asociación de participación o “similares” que involucren la participación de un extranjero en la capacidad de producción de una empresa.

¹⁰⁰ ZEGARRA MULÁNOVICH, ÁLVARO. Óp. Cit. pág. 206.

en el “limbo” de los contratos atípicos estas figuras asociativas” y que a su vez dejaba en incertidumbre el tipo de responsabilidad que acarrearía el contrato, que debía ser -en atención a la forma de participación de los involucrados- solidaria.

Sin embargo, esto no es así según lo establecido en el artículo 447 de la LGS actual, la cual señala claramente que las responsabilidades que asumen los consorciados en caso de contratación con terceros, es individual, asumiendo cada uno de ellos tiene obligaciones y responsabilidades a título particular, salvo que se haya pactado la responsabilidad solidaria.

El consorcio es una figura tipificada en varios ordenamientos jurídicos alrededor del mundo que se ha ido expandiendo, generándose que, en su natural internacionalización, haya ido recibiendo nombres distintos con los cuales podemos establecer una analogía. Es el caso de las Uniones Temporales de Empresas o las Agrupaciones de Interés Económico, las cuales describiremos a continuación pretendiendo en el camino, encontrar los rasgos que lo puedan diferenciar de la figura del consorcio.

2.1.5. Las Uniones Temporales de Empresas

El hecho que se incluya el término “temporal” en la composición del nombre de este tipo de contrato asociativo, indica que la utilidad que tiene recae en que dicho contrato se podrá ajustar en función del trabajo, obra o servicio que se pretenda realizar. Así, tal como señala GUARDIOLA¹⁰¹, *“Si es limitado (el proyecto) en el tiempo o concreto en su objeto, no hay por qué recurrir a figuras asociativas de carácter estable o duradero, ni menos constituir una sociedad mercantil que deba disolverse una vez realizado el fin que motivó la unión”*.

La figura de la Unión Temporal de Empresas (UTE en adelante) no se encuentra regulado expresamente en la normativa nacional, sin embargo, entendemos que puede asemejarse a la figura del consorcio, en cuanto ambas tienen como característica el que son creadas con la intención de ajustarse a un proyecto, obra o

¹⁰¹ GUARDIOLA, Enrique. Óp. Cit. pág. 404.

tiempo establecidos. Es del mismo parecer ZEGARRA¹⁰² cuando señala que considera que la figura del consorcio peruano establecido en el artículo 445 de la LGS tiene una clara influencia los artículos 367 a 377 y 383 de la Ley Argentina de Sociedades Comerciales, la misma que regula la figura de las Unión Transitoria de Empresas.

Esto también se puede apreciar de la comparación entre la definición que hemos brindado previamente para el consorcio y la definición que algunos autores argentinos¹⁰³ ofrecen sobre la figura de la UTE. Así, CABANELLAS sostiene que *“por el contrato de unión transitoria de empresas las partes no forman ni constituyen un ente distinto de aquéllas, a través del mismo lo único que hacen es coordinar su actuación con miras a la realización de la obra, servicio o suministro. Tanto es así que, salvo cuando haya solidaridad pactada, cada parte incurrirá en sus propias obligaciones, que no serán extensibles ni obligarán a las demás partes, aun cuando se incurra en aquéllas a través de los mecanismo o representantes previstos en el contrato de unión transitoria”*.

Como se puede apreciar, salta a la vista que el tratamiento ofrecido en la ley argentina a la figura de la UTE es el mismo que recibe el consorcio peruano, por lo que podría decirse que se consideran figuras homólogas y que tienen la misma aplicación práctica al margen de que reciban distintos nombres. Sin embargo, el profesor ZEGARRA siguiendo lo establecido por el profesor GUTIERREZ¹⁰⁴, nos brinda una pista de lo que podría ser una diferencia entre ambas figuras, en cuanto sostiene que existen casos donde la interpretación de lo redactado en el artículo 445 LGS podría hacernos pensar que sí es posible celebrar un contrato de consorcio que tenga un carácter “estable” o “permanente”, mientras que esta posibilidad es completamente inadmisibles en el caso de las Uniones Temporales de Empresas, en cuanto la temporalidad debe ser concretizada siempre ya sea porque se ajusta

¹⁰² ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. Óp. Cit. pág. 207.

¹⁰³ CABANELLAS, Guillermo. Óp. Cit. pág. 296. Cfr. ETCHEVERRY, Raúl. Óp. Cit. pág. 258.

¹⁰⁴ GUTIÉRREZ, WALTER (2008). “El contrato de consorcio”. En “Tratado de Derecho Mercantil”. Tomo I Gaceta Jurídica, pág. 1396.

a un plazo o a la terminación de una obra o servicio individualizado.

2.1.6. Agrupaciones de Interés Económico

El Reglamento de la Comunidad Económica Europea nº 2137/85 del 25 de julio de 1985 creó un instrumento de cooperación para empresas que operen en el marco de la Comunidad. Dicho mecanismo de colaboración recibe por nombre el de Agrupación (Europea) de Interés Económico (en adelante AEIE) y tiene como rasgo principal el ser una figura lo suficientemente flexible como para incluir casi la totalidad de contratos de colaboración entre empresas de países miembros de la Comunidad.

La finalidad de la AEIE es la de otorgar una herramienta de cooperación entre empresas dotado de peculiaridades que la hacen atractiva a empresas de cualquier envergadura y que actúan en cualquier sector productivo, aunque en particular a las empresas pequeñas y medianas. Entre las características que se encuentran reguladas en la figura europea está la de ser auxiliar (debe buscar beneficios para sus miembros y no para sí misma), así como poder constituirse sin necesidad de capital social y la de tributar de acuerdo al nivel de sus participantes, lo que constituyen alicientes para fomentar el uso de la respectiva figura jurídica.

La condición de ser auxiliar reviste tal importancia que no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia, tal como nos indica el profesor PAU PEDRÓN¹⁰⁵ cuando menciona que la AIE *“no puede ejercer ni directa ni indirectamente la dirección o control de las actividades de sus miembros, ni poseer participación alguna en las empresas que intervengan en ella”*. El mismo autor sin embargo, nos señala más adelante que *“estas limitaciones no implican exclusión alguna en cuanto al ámbito de actividad de la agrupación. Si esa actividad no reemplaza íntegramente a la de los*

¹⁰⁵ PAU PEDRÓN, ANTONIO (1988). *“Las agrupación europea de interés económico, entre la cooperación y la concentración empresarial”*. En Boletín del Círculo Empresario Nº 43, pág. 109.

miembros, carece absolutamente de relación con ella o implica dirección de la misma, su campo no está circunscrito”.

Esta afirmación es aceptada y apoyada por la propia Comisión cuando menciona en el preámbulo del Reglamento que *“debido a este carácter de auxiliar, la actividad de la agrupación debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y no sustituir a ésta”*¹⁰⁶. Adicionalmente a ello, la Comisión elaboró un manual de Introducción al Reglamento donde señaló una serie de actividades que podrían ser objeto de la aplicación de esta figura asociativa, incluyendo entre otros a la adquisición en común de materias primas, el desarrollo de actividades de publicidad común, la creación de programas de investigación tecnológica, experimentación técnica y de actualización en el campo, el control de la calidad de los productos de las empresas asociadas, etc.; todas ellas actividades que sólo se pueden calificar como auxiliares de una actividad principal.

A pesar de que la figura de la AEIE no tiene un homólogo latino que venga regulado a nivel internacional (ni tampoco nacional), es importante que estudiemos acá sus características en cuanto son la base que se usa para poner en práctica algunos acuerdos entre empresas que podrían tener una incidencia en el mercado. Debido a la accesividad implícita que poseen estas agrupaciones, muchas veces se suele usar esta figura con la finalidad de desarrollar proyectos de fortalecimiento común entre empresas del mismo sector productivo, como por ejemplo los acuerdos de investigación y desarrollo (I + D) o los acuerdos de especialización y estandarización (que suelen venir sujetos a este tipo de acuerdos de agrupación), los mismos que a su vez, por la notoriedad adquirida, han sido sometidos a reglamentaciones particulares.

¹⁰⁶ Reglamento CEE N° 2137/85 del Consejo de 25 de julio de 1985 relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico. Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° L199/1. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985R2137&from=ES>

PAU PEDRÓN¹⁰⁷ señala que la creación de la figura de la AEIE tiene dos aciertos, a decir (i) el hecho de tratarse de una fórmula intermedia entre la cooperación y la concentración empresarial que puede ayudar a superar las vallas que todavía existen entre los países de la Comunidad Europea y refuerce (ya de manera práctica) el objetivo de un “mercado común”, y (ii) construir una fórmula de increíble flexibilidad que ayude al empresariado a decidir la forma en que quiera organizarse sin incurrir en alguna infracción, al poder decidir con casi plena libertad la forma de financiación, responsabilidad, objeto y jerarquización de la agrupación.

2.2. Las cláusulas restrictivas: de su validez y conveniencia en los contratos asociativos.

Como hemos venido mencionando incidentalmente, los contratos asociativos que hemos descrito líneas arriba no podrían llevarse a cabo, o en todo caso, no podrían cumplir eficientemente sus objetivos, sin que medie una cláusula que restrinja la competencia entre las empresas que lo suscriben. Esto porque resultaría ilógico que dos empresas que se unen para emprender una agrupación o contrato asociativo, rivalicen en el ámbito en que vienen prestándose apoyo.

Sin embargo, la inclusión de dichas cláusulas genera, al menos, suspicacias respecto a su finalidad y puesta en acción, toda vez que podrían terminar siendo una mera formalidad con la que se busque encubrir una práctica restrictiva de la competencia o para suavizar una unión con efecto concentrativo. Es por eso que todas estas cláusulas deberán ser analizadas bajo la doctrina de la *rule of reason* teniendo en cuenta una sumatoria de factores que podrán o no ser de vital importancia al momento de decidir la legalidad de dichas cláusulas y que analizaremos más adelante en este capítulo.

Por lo pronto, nos corresponde pronunciarnos acerca del cobijo legal que reciben este tipo de cláusulas tanto en nuestro país, como en el resto del mundo, la misma que tiene una base constitucional y que está entroncada, al igual que la política de competencia misma, con una

¹⁰⁷ PAU PEDRÓN, ANTONIO. Óp. Cit. pág. 119 y 120.

ideología político-económica de apertura al mercado y respeto a las libertades individuales, en especial, la libertad de contratación.

2.2.1. La autolimitación de la libertad de concurrencia entre las empresas

Ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos sobre lo que significa guardar una línea coherente de pensamiento y acción en lo que respecta a la economía de mercado, que implica mantener una política de promoción y defensa de la libre competencia. Todo ello lo vemos reflejado en lo establecido en el artículo 61 de nuestra Constitución, la cual es clara en señalar que el Estado vela y protege la libre y leal concurrencia de las empresas en el mercado.

Apenas un poco después, el artículo 62 de la Constitución tiene una redacción bastante afortunada cuando indica que las partes podrán contratar válidamente según las normas vigentes al momento del contrato y que dicho pacto no podrá ser modificado por la ley o alguna otra disposición de cualquier clase. De esta forma el referido dispositivo constitucional se encarga de garantizar seguridad jurídica respecto a los infinitos lazos contractuales que se concretan día a día, dejando claro que los únicos límites que se tendrán que respetar serán aquellas normas (se entiende imperativas) que estén vigentes al momento de contratar.

Es fácil deducir que ambas libertades (la concurrencial y la de contratación) son dos pilares importantes que sostienen el sistema de economía social de mercado, en cuanto además de poseer ambas una protección de nivel constitucional, están dentro del mismo acápite general de principios sobre el régimen económico.

Sin embargo, a pesar de que ambas libertades se encuentran hermanadas por estar dirigidas a garantizar el pleno funcionamiento de un modelo económico, existen zonas grises donde, no existe entre ambas una correspondencia biunívoca, e incluso, puede llegar a hablarse de una contradicción.

Esto se da porque si bien la libertad concurrencial (y por ende la libertad de iniciar actividades económicas en cualquier mercado)

se basa en la libertad contractual (de hecho la creación en sí de una sociedad es considerada un contrato por muchos autores); es posible que ésta última sea usada para frenar o imposibilitar la competencia en el mercado. Así, en el entendido que la competencia implica libertad para actuar en el mercado, el ordenamiento jurídico prohíbe todos aquellos contratos o actos que restrinjan o limiten esa libertad. Es por ello que, bajo ninguna circunstancia, se puede justificar un pacto contrario a la libre competencia con el pretexto de que sólo interesa a las partes del pacto.

De ello se desprende que existe la necesidad de ponderar el valor de ambas libertades a fin de evaluar si los bienes jurídicos que protegen, ambos con peso constitucional, son capaces de convivir sin crear un conflicto de intereses, que podrían reconducirse –sin ánimo de parecer simplista- a la decimonónica lucha entre libertad individual e interés público.

El valor del bien jurídico “competencia” en el ordenamiento jurídico no puede ser –como ya hemos tenido oportunidad de mencionar- un valor perseguido en sí mismo, sino a través del cual se consiga el mayor bienestar posible de los consumidores.

La competencia, de esta forma, no puede verse como un *status quo*, como situación óptima, sino sólo como una dinámica que propicia el mejoramiento continuo de los productos y servicios que se ofertan en el mercado, como un proceso que busque mantener un flujo constante de propuestas innovativas (en términos de continuidad tecnológica, de precios, de modalidades contractuales y organizativas, etc.) y una eficaz acción selectiva de tales propuestas, que opera de una serie de decisiones de los consumidores suficientemente informados.

Por ello, la estructura del mercado no es tan importante como el funcionamiento del mismo. Si bien se ha buscado encontrar una correlación entre la continua atomización de un sector productivo y la mejora en las condiciones ofrecidas al público, dicha afirmación no puede hacerse con una certeza científica. La eficiencia de un mercado podría no ser directamente proporcional a la ampliación

de la oferta en el mismo, sino que sólo de manera circunstancial estarán relacionados ambos hechos.

Justamente por esto resulta importante discutir si, dadas algunas condiciones, la libertad contractual -y con ello, la posibilidad para las empresas de pactar cláusulas restrictivas de la competencia entre sí- podría superponerse a la libertad de competencia como derecho protegido en sí mismo cuando aquéllas cláusulas ayuden a fortalecer un proyecto en común que tenga efectos positivos en el mercado, y que en el balance generen más eficiencia o en todo caso contrarresten y superen los efectos negativos que puedan ocasionarse con la implementación de dichas cláusulas.

La discusión parece simple cuando los contratos que incluyen cláusulas restrictivas se dan entre empresas que no poseen un fuerte poder de mercado o cuando las mismas son utilizadas en contratos que -de manera general- son aceptados por la comunidad internacional y que han sido materia de exenciones especiales (llámese acuerdos de I+D o de especialización), pero se complica cuando se dan en el marco de un contrato entre empresas con alcance mundial o traen aparejados problemas de corte moral (piénsese en la cláusula de no competencia que evita que un investigador que ha desarrollado una tecnología bajo un contrato de trabajo, usufructúe dicho esfuerzo a través de la creación de su propia empresa).

Es en estas circunstancias que resulta realmente problemático sopesar los pros y contras de una colaboración empresarial para las agencias de competencia, en cuanto los aspectos a tomar en cuenta son más numerosos y los informes de impacto en el mercado pueden tener resultados disímiles dependiendo del punto de vista con que se le mire. En todo caso, más adelante, analizaremos con más detalle algunos acuerdos que pueden ser considerados en esta categoría y sobre los que se ha discutido largamente sobre su permisibilidad.

En el ámbito nacional, una primera aproximación sobre el tema se dio con la Resolución N° 206-97-TDC¹⁰⁸ donde el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (TDC) dejó establecido un precedente de observancia obligatoria con el que se señala lo siguiente:

“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 pueden hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de “joint venture” u otra forma de integración productiva.

Así, los acuerdos accesorios o complementarios pueden ser equiparados a los contratos de integración que no son considerados ilegales y que también tienen la facultad de lograr eficiencia en el mercado”.

Resulta claro que la intención de dicho precedente fue introducir sutilmente la excepción que determinaba la legalidad de algunos acuerdos restrictivos (de fijación de precios o distribución de mercados, entre otros), siempre que éstos trajeran consigo beneficios ulteriores a los consumidores. Dicho precedente señala que los acuerdos restrictivos pueden venir como consecuencia de un contrato de integración entre empresas (una extensión natural del contrato) o como una condición pactada en un contrato de mayor envergadura, que sea necesaria para que el mismo pueda llevarse a cabo (accesorio o complementario).

En nuestra opinión, esta primera aproximación del Tribunal del INDECOPI era bastante acertada, en cuanto deslizaba la posibilidad de que existan algunos acuerdos empresariales que fijasen precios o condiciones de mercado, o también efectúen

¹⁰⁸ Caso *Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.* Resolución N° 206-97-TDC de fecha 13 de agosto de 1997. Disponible en línea: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/articulos/2005/3/1-64/Re206-1997.pdf>

distribuciones de mercado que resulten en sí mismas beneficiosas para los consumidores.

Posteriormente, sin embargo, en la Resolución N° 224-2003/TDC-INDECOPI, el Tribunal del INDECOPI se alejaría de dicho precedente, al considerar que usaba algunos conceptos ajenos al marco legal de competencia de nuestro sistema jurídico y que eran propios del sistema jurídico anglosajón¹⁰⁹. En atención a ello, señaló que debía obviarse la aplicación de dicho precedente y pasar a una aplicación menos discrecional de la ley, fijando límites claros en cuanto a las conductas sometidas a la prohibición absoluta o relativa.

Así en la citada Resolución, el Tribunal señala lo siguiente:

“De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia – producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas – o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y los consumidores.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que pueda acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto a su afectación al interés económico general”.

¹⁰⁹ Caso seguido de oficio contra Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG); El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros; Generali Perú Compañía de Seguros; Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A.; La Positiva Seguros y Reaseguros; Mapfre Perú Compañía de Seguros; Rímac Internacional Compañía de Seguros; Royal & Sunalliance Seguros Fénix; Sul America Compañía de Seguros S.A.; Wiese Aetna Compañía de Seguros. Resolución N° 224-2003/TDC-INDECOPI de fecha 16 de junio del 2003. Disponible en línea: <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/-1/ResolucionN0224-2003-TDC.pdf>

Se puede deducir que la alusión explícita al precedente del año 97 y su cambio en el sentido de la resolución previamente descrito se hace con la intención de resaltar la excepcionalidad (casi imposibilidad) de que existan contratos de colaboración o integración empresarial que fijen precios o tengan acuerdos de distribución del mercado sin que ello signifique un intento por restringir abiertamente la competencia, lo que implica que se eleve el estándar probatorio para aquellos que pretendan justificar este tipo de conductas.

Desde nuestro punto de vista, la resolución comentada fija un punto de quiebre a partir del cual se empieza a tratar con mayor severidad a los acuerdos comerciales de integración. Así, bajo la vigencia de este precedente, se da la promulgación del DL 1034 (actual norma de competencia peruana), la cual menciona sólo residualmente la posibilidad de incluir como excepción a los contratos que tengan acuerdos de fijación de precios o distribución de mercados, siempre que sean complementarios o accesorios.¹¹⁰

Como se puede observar de una lectura simple del artículo 11.2 del DL 1034, la posibilidad de estar sujeto a una exención de sanción en la normativa de competencia se reduce al hecho de que la práctica restrictiva sea accesoria o complementaria de un acuerdo mayor entre empresas.

Si bien parece suficiente la mención de que podrán ser exentos de reproche los acuerdos que sean accesorios o complementarios de otros acuerdos lícitos, dada la amplitud conceptual de ambas palabras, la limitación que busca la norma resulta clara. Ello no sólo se puede deducir de una interpretación de la norma, sino de lo establecido en la resolución comentada, la cual

¹¹⁰ Así, el artículo 11.2 del DL 1034 hace la siguiente alusión:

“Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;*
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;*
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o*
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.*

vendría a ser la que precedía su redacción. En ese sentido, la referida resolución señala:

“Los precedentes de observancia obligatoria contenidos en las resoluciones N° 206- 97-TDC y N° 276-97-TDC no aclaran el motivo ni los supuestos de aplicación de la regla per se y tampoco determinan el límite para la aplicación de la regla de la razón. Adicionalmente, dichos precedentes interpretativos pasan por alto el análisis de los alcances del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto reclama la afectación al interés económico general y se limitan a interpretar un aspecto particular del marco legislativo, sin aportar una visión integral de todo el contexto legal en que se desarrolla la prohibición”.

Esta afirmación, más lo señalado por el Tribunal respecto a la regla *per se* y de la razón como creaciones jurídicas ajenas al sistema jurídico continental, explican el tenor literal del artículo 11 del DL 1034, apartándose de lo establecido en el precedente 206-97-TDC.

En nuestra opinión, dicho cambio de criterio es equivocado porque constituye una suerte de condicionamiento para el aparato administrativo que pretenda hacer valer un acuerdo (con impresiones de ser restrictivo) que pruebe con suficiencia ser positivo para el mercado, pero que no pueda ser considerado accesorio o complementario de otro acuerdo.

Sobre ello nos pronunciaremos con más detalle en la última parte de este trabajo, en concordancia con la propuesta del mismo, por lo pronto, consideramos importante hablar del resto de acuerdos inter empresariales que incluyen cláusulas anticompetitivas *per se* o prácticas prohibidas por el derecho de la competencia, pero que sin embargo podrían acarrear efectos positivos en el mercado y sobre las cuales se ha discutido su pertinencia y permisibilidad.

2.3. La validez de las cláusulas de no competencia

Habíamos dejado sentado en el primer Capítulo del presente trabajo de investigación que el objetivo principal de las políticas de competencia es—en la actualidad— el bienestar del consumidor, quien se ve favorecido por las mejoras técnicas, productivas o económicas que se dan con ocasión de la concurrencia de empresas que pugnan por hacerse con la mayor cantidad de clientes en un mercado determinado.

En gran medida, es este enfoque el que le otorga legitimidad a la inclusión de cláusulas anticompetitivas en acuerdos entre empresas, por el hecho de que los beneficios que reciben los consumidores (un aumento de la oferta, mejor calidad productiva, menores precios) terminan justificando la violación de la normativa de competencia.

Sin embargo, como bien lo ha apuntado el profesor HOVENKAMP¹¹¹ las señales de “beneficio” pueden variar dependiendo de la masa de consumidores que las perciban. Así, por ejemplo, en algunos contratos con cláusulas de atadura (*tying contracts*) podrían generarse efectos disímiles para los consumidores, en cuanto aquellos que tenían la costumbre de comprar ambos productos (el principal y el atado) tendrían un beneficio perceptible sobre el precio, mientras aquellos que no, podrían ver incrementados sus costos, a pesar que bajo dicha modalidad de venta el precio total de ambos productos haya decrecido.

El autor señala que cuando una práctica restrictiva afecta de manera diferente a distintos consumidores, computar el daño *neto* del consumidor resulta, por lo menos, problemático. En estos casos, señala HOVENKAMP, deberían existir otros factores que inclinen la balanza en favor de la aceptación o prohibición de la práctica, como por ejemplo las ganancias de los productores, si éstas son el resultado de un aumento significativo de sus eficiencias productivas.

¹¹¹ HOVENKAMP, HERBERT (2013). “*Implementing Antitrust Welfare Goals*”. University of Iowa, College of Law Legal Studies Research Paper. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, visitado el día 07/10/2014. Disponible solo para descarga personal.

En su exposición, el autor critica que en muchas ocasiones las cortes norteamericanas han usado el test de balance pro-consumidor sólo si las prácticas restrictivas no pueden crear daños a los consumidores (reducción de la oferta o aumento de los precios), sin tomar en cuenta que quizá, el margen de daño es puramente residual y se da sólo en ciertos sectores de consumo, pero que en el balance general la asociación empresarial podría resultar claramente beneficiosa.

Así, continúa el autor, el enfoque del “bienestar del consumidor” en las políticas de competencia, por lo general, vienen justificadas en bases administrativas. Esto porque efectuar un análisis más total de las eficiencias generadas por una cláusula anticompetitiva –es decir, uno que involucre no sólo las ganancias de los consumidores, sino también las de los productores cuando provienen de una mejora significativa en sus eficiencias productivas- requeriría que los jueces hagan un balance diario entre los daños que afectan a los consumidores por ineficiencias asignativas contra las ganancias que obtienen los productores atribuibles a eficiencias productivas.

Esto requeriría que no sólo se tome en cuenta el sobreprecio que podría pagar un consumidor a raíz de la cláusula anticompetitiva (que no es más que una transferencia de bienestar), sino también –y esto sería lo realmente difícil- la pérdida total de eficiencia en el mercado desde el momento en que se aplica la cláusula anticompetitiva.

Ante dicha situación, el proceder agresivo de las agencias de competencia podría generar mayores distorsiones que beneficios en un mediano o largo plazo. Esto se agrava en los casos de mercados de alta tecnología (*high tech markets*)¹¹², donde la innovación es indispensable para mantenerse a flote y la disposición de capital es relativamente inflexible, debiendo mantenerse siempre una cantidad mínima para la reinversión o en aquellos donde sea común que las relaciones comerciales entre los agentes económicos se den a través de contratos

¹¹² Este es el caso de los mercados de software o telecomunicaciones. Así también, es el caso de mercados que tienen características particulares que los hacen muy impredecibles, tal es el caso del mercado de motores de búsqueda en Internet y de publicidad adherida a los mismos, donde la forma de actuar de aquellas empresas dominantes (Google, Yahoo!) y la forma en que llevan sus relaciones comerciales aún no está tan bien entendida por la mayoría de personas.

que incluyan cláusulas anticompetitivas –en concreto en el mercado de distribuidores (*retailers*)¹¹³.

Por ello, es indispensable conocer más de cerca el razonamiento económico detrás de estas prácticas, tarea ardua para aquellas personas (y me incluyo) que no manejan terminología económica y que tampoco han tenido oportunidad de formar parte de dichas relaciones comerciales. En ese sentido, hemos creído importante describir más detalladamente este tipo de prácticas, a fin de conocer porqué son tan recurrentes en algunos mercados y cómo su estandarización puede llegar a tener un impacto positivo en el proceso de competencia.

2.3.1. Cláusulas anticompetitivas en el mercado de distribución de productos o servicios

a) Los pagos por entrada de productos (*slotting allowances*)

La competencia por la distribución es una parte crucial en el proceso competitivo de un buen número de industrias. Los productores de comida y bienes en general compiten por los espacios en las estanterías, los sellos discográficos compiten por las frecuencias en las radios y empresas de todo tipo compiten por la atención de los consumidores alrededor de casi cualquier mercado.¹¹⁴

La fiereza con que los fabricantes o productores compiten por encontrar los mejores canales de distribución para sus productos, los obliga a buscar también las mejores condiciones de promoción dentro de las empresas distribuidoras (*retailers*). Ello implica que en muchas ocasiones, los fabricantes gastarán fuertes sumas de dinero subsidiando los gastos publicitarios de los distribuidores al

¹¹³ Existen algunas prácticas que resultan tan comunes como cuestionables. Es el caso de los acuerdos de distribución exclusiva (*exclusive dealing*), la disposición por categorías (*category management*), los pagos por entrada de producto (*slotting allowances*) y los descuentos por fidelidad (*bundled discounts*).

¹¹⁴ WRIGHT, JOSHUA (2006). “*Antitrust Law and Competition for Distribution*”. Yale Journal on Regulation, N° 2, Vol. 23, pág. 104. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, visitado el 09/10/2014. Disponible solo para descarga personal.

beneficiarse directamente de las mayores ventas que éstos tengan.

De igual manera, los espacios en vitrinas o estanterías que estén en posiciones estratégicas o que puedan visualizarse con mayor facilidad por los consumidores serán objeto de pugna por parte de muchas empresas que quieran introducir un nuevo producto al mercado o mantener la continuidad de ventas en un producto ya comercializado.

Muchos economistas han explicado este fenómeno aduciendo que la promoción brindada por un distribuidor a un fabricante (*manufacturer*) nunca puede cumplir sus expectativas, en cuanto éste siempre deseará un nivel más alto de promoción que el distribuidor puede ofrecer. Esto obliga a que ambos deban pactar de manera separada las condiciones de promoción, elaborando contratos con cláusulas exclusorias y que han sido materia de revisión por las agencias de competencia.

La pregunta central que se han formulado las agencias de competencia es si los pagos efectuados por los productores a los distribuidores -con ocasión de la competencia por la distribución- benefician a los consumidores o por el contrario, podrían privar a los rivales de economías de escala eficientes o resultar predatorios, en cuanto los precios finales estarían por debajo de los costos marginales.

La *Federal Trade Commission* y cierta parte de la literatura económica¹¹⁵ han desarrollado la hipótesis que dichas prácticas podrían resultar contrarias a la competencia, básicamente por dos razones:

- i) Son prácticas facilitadoras: En cuanto el mercado de distribución de productos es imperfectamente

¹¹⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION STAFF STUDY (2003). “*Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories*”, págs. 14 y 15. Artículo consultado en la web oficial de la FEDERAL TRADE COMMISSION, visitada el 15/10/2014. Disponible aquí: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/use-slotting-allowances-retail-grocery-industry/slottingallowancerpt031114.p>

competitivo¹¹⁶ y los espacios en las estanterías de distribuidores son limitados, el hecho de permitir pagos para decidir la ubicación de los productos en realidad determina qué productos tendrá en *stock* el distribuidor. Este pago (que termina siendo un costo para el productor) es un incentivo para que el fabricante aumente el precio de venta al por mayor (*wholesale price*), lo que en última instancia aumenta el precio de venta al consumidor (*retail price*). Esto genera, a su vez, que el resto de distribuidores tengan comportamientos menos agresivos y decidan aumentar proporcionalmente sus precios (como una conducta líder-seguidor).

- ii) Son prácticas exclusorias: El segundo cuestionamiento que se le hace a este tipo de prácticas se dan en el marco de que exista un fabricante con posición de dominio que esté en la posibilidad de efectuar mejores pagos a los distribuidores por la ubicación preferencial de sus productos o por la ocupación de gran parte de las estanterías. En dicho contexto, dichos pagos podrían generar barreras de entrada a nuevos competidores, afectando la variedad de productos en el mercado y con la inminente posibilidad de un incremento en los precios que pagan los consumidores.

Por otro lado, han existido ciertos académicos¹¹⁷ que han sugerido que estas prácticas tendrían consecuencias totalmente distintas a las señaladas precedentemente, en cuanto ayudarían a crear un ambiente más competitivo tanto

¹¹⁶ En la hipótesis formulada por la FTC, se concluye que el mercado de distribuidores es imperfectamente competitivo, toda vez que los distribuidores están diferenciados por la locación de sus tiendas, la calidad de productos que ofrecen y otras circunstancias. Ello implica que en teoría, el mercado de distribuidores es oligopólico.

¹¹⁷ Vid. SUDHIR, K. & VITALA, RAO (2005). “*Are slotting allowances efficiency-enhancing or anti-competitive?*” *Journal of Marketing Research*, Yale University. Consultado en la web oficial de la Universidad de Yale, visitada el día 15/10/2014. Disponible aquí: <http://faculty.som.yale.edu/ksudhir/Slot-JMR-4round-Final.pdf>

en el mercado del fabricante como en el del distribuidor. Entre las principales ventajas estarían las siguientes:

- i) Sería una manera eficiente de utilizar el limitado espacio en estanterías que tienen los distribuidores: Según un estudio realizado en 2003 por el Instituto de Marketing Alimenticio (FMI por sus siglas en inglés) de Estados Unidos, en el país norteamericano se suelen introducir entre 10,000 y 16,000 nuevos productos por año con su respectivo número de referencia (SKU por sus siglas en inglés)¹¹⁸, siendo que la capacidad que alcanza un supermercado grande es de 35,000 SKU's como máximo, lo que implica que existe siempre la necesidad de distribuir los espacios para nuevos productos, dejando de lado algunos. De esta forma, los espacios en estanterías de distribuidores tienen un alto costo de oportunidad, por lo que los distribuidores no suelen aceptar la presencia de nuevos productos sin que medie un pago de por medio (*slotting allowance*).
- ii) Ayuda a balancear el riesgo de entrada de un nuevo producto, entre el fabricante y el distribuidor: Es harto conocido que el riesgo de que un producto nuevo fracase y no consiga las ventas esperadas es relativamente alto. Según un estudio del referido Instituto de Marketing Alimenticio, el porcentaje de que un producto nuevo fracase gira alrededor del 80 a 90%. Por ello, los distribuidores enfrentan una serie de costos que podrían terminar siendo perjudiciales (costos operacionales para ubicación en almacenes y publicidad, y costos por mercadería no vendida o fallada). Los pagos efectuados por los fabricantes (*slotting allowances*) son una manera de diversificar el riesgo entre los fabricantes y distribuidores, quienes se ven provistos de una garantía que quizá mitigue o

¹¹⁸ *Stock-keeping unit* o número de referencia en español es el identificador usado en el comercio con el objeto de permitir el seguimiento sistémico de los productos y servicios ofrecidos a los clientes. Cada SKU se asocia con un objeto, producto, marca, servicio, cargos, etc.

elimine los riesgos de fracaso inherentes al nuevo producto.

- iii) Ayuda a los fabricantes a revelar información de un potencial éxito del producto: Es perfectamente posible pensar que la disposición de un fabricante a pagar por la distribución de su producto es una señal de que el mismo posee información privada que le indica que su producto será exitoso (por ejemplo tests de mercadeo que hayan arrojado resultados positivos sobre el producto). Por ello, los distribuidores tendrán más confianza de ingresar un nuevo producto al mercado, si los fabricantes están dispuestos a pagar fuertes sumas de dinero por ello.
- iv) Ayuda al fabricante a ampliar su margen de distribución al reducir los efectos de la competencia entre distribuidores: Si la competencia por precios entre los distribuidores reduce los márgenes de ganancia a un nivel inferior a sus costos de oportunidad, es posible que éstos decidan no vender el producto. Por ello, los pagos efectuados por los fabricantes, de alguna forma inducen a los distribuidores a mantener en sus vitrinas los productos, asegurando el acceso a una variedad de productos por parte de los consumidores.

A pesar de existir la posibilidad latente de que se reduzca la competencia de precios entre distribuidores, dicha situación no resulta anticompetitiva en ese escenario, en cuanto los pagos por entrada de productos (*slotting allowances*) cumplirán la función de asegurar una cobertura de venta por parte de los distribuidores. Además, la necesidad de los fabricantes por asegurarles una cuota de participación a los distribuidores y reducir la competencia en la distribución, sólo se dará cuando el potencial del mercado sea bajo (es decir, que estemos ante la situación de un mercado altamente concentrado o con poco desarrollo).

A medida que el mercado crezca, los distribuidores participarán sin tomar en cuenta la competencia por la

distribución, y la necesidad de hacer pagos disminuirá. En ese sentido, se deberá entender que la presencia de pagos por entrada o permanencia de productos (*slotting allowances*) se incrementará en atención a dos componentes: (i) el número de tiendas que aceptan vender el producto se reduce; y (ii) el potencial del mercado disminuye.

b) Los contratos de exclusividad

Otra de las prácticas más comunes en el sector *retail*, es la de los contratos de exclusividad (que afecta a ambas partes de la relación: fabricante y distribuidor), donde se pacta que el distribuidor no podrá comercializar productos de un competidor del fabricante así como que el fabricante no podrá usar otra red de distribución que no sea la del distribuidor con quien pactó inicialmente.

Por lo general, se han distinguido dos situaciones dentro de los contratos de exclusividad:

- i) Los contratos de distribución exclusiva, donde una sola persona o entidad distribuye los productos o artículos de varios fabricantes.
- ii) Los contratos de distribución selectiva, donde un solo distribuidor o número limitado de distribuidores tiene a cargo la distribución de un fabricante.

En el ámbito internacional, las primeras reacciones que se tuvieron respecto a este tipo de contratos no fueron tan benévolas. Las autoridades norteamericanas, por ejemplo, prohibieron *per se* los contratos que se celebraban bajo las dos formas descritas previamente, considerándolos dañinos para la competencia. Ello sin embargo cambió a raíz del caso *Continental TV Inc. Vs Sylvania Inc.*,¹¹⁹ que ya hemos tenido oportunidad de mencionar líneas arriba, donde se mantuvo una posición menos defensiva frente a los

¹¹⁹ Caso *Continental T.V., vs. GTE Sylvania*, sentencia del 23 de junio de 1977 (433 U.S. 36). Disponible aquí: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/case.html>

distribuidores-revendedores que aceptaban algunas restricciones por parte de los fabricantes en el marco de una integración vertical.

Actualmente, tal como lo señalan los profesores ABBOTT & WRIGHT¹²⁰, *“la jurisprudencia en materia de libre competencia ha interiorizado que la competencia por contratar (con los distribuidores) es una forma vital de rivalidad que las leyes antitrust prefieren fomentar antes que suprimir. Teniendo en cuenta los potenciales beneficios para el consumidor que se desprenden de la exclusividad, el análisis anticompetitivo moderno insiste en que los demandantes hagan un reconocimiento “prima facie” de algunas condiciones necesarias para que se perpetre daño al consumidor antes de pasarle la carga de la prueba al demandado, quien deberá establecer las justificaciones de eficiencia para su conducta”*.

En ese sentido, resulta importante analizar los contratos de distribución exclusiva a la luz de muchos factores, tal como lo vienen haciendo las Cortes norteamericanas. Así, en palabras de los autores mencionados precedentemente, *“un moderno análisis en base a la regla de la razón, que evalúa un contrato de distribución exclusiva, se centra en una serie de factores, incluyendo: el poder de mercado del demandado, las condiciones de entrada, la duración de los contratos objeto de reclamo, si la exclusividad podría ocasionar el aumento en los precios del rival, la presencia actual o potencial de efectos anticompetitivos y las justificaciones en base al negocio”*.

En el ámbito latinoamericano, Chile fue uno de los primeros países en desprenderse de las posiciones extremas donde todos los acuerdos de exclusividad eran considerados

¹²⁰ ABBOTT, ALDEN & WRIGHT JOSHUA (2009). *“Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing”*. George Mason University - Law and Economics Research Papers, pág. 19. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, el día 27/01/2015. Disponible solo para descarga personal.

anticompetitivos. El profesor chileno PAULO MONTT¹²¹ alaba el cambio de criterio jurisprudencial que tuvo el Tribunal de Libre Competencia Chileno (TDLC) respecto de las cláusulas de exclusividad en contratos de distribución y deja clara su posición a favor de dicho cambio y la pertinencia del mismo en el contexto actual, donde los países han conseguido atraer a un buen número de empresas extranjeras y destrabar los procesos para importar productos de todo tipo.

El referido profesor señala que: *“un acuerdo de tal naturaleza sería razonable, por ejemplo, en el caso de empresas pequeñas o medianas que por razones de costos no pueden contar con una red de distribución propia, para lo cual se unen a fin de que los costos fijos sean repartidos entre sí de manera eficiente y así competir con las empresas más grandes del mercado que gozan de una ventaja competitiva en razón de su tamaño. También podría ser el caso de empresas que deseen penetrar un nuevo mercado y esta estructura de distribución conjunta sea indispensable para entrar en forma competitiva, mientras no se cuente con un sistema de distribución propia”*. No obstante, dicho académico hace la salvedad de que no podría considerarse válido un contrato de distribución exclusiva si el mismo es utilizado para fijar los precios mínimos de venta al distribuidor o para atar las ventas a los establecimientos comerciales que sólo estarían dispuestos a comprar bienes de algunos de esos fabricantes.

En el Perú, han existido algunos pronunciamientos que han dejado entrever la sumisión a los razonamientos de las cortes norteamericanas, por lo que se podría afirmar (al menos parcialmente) que INDECOPI ha adoptado la posición flexible que mantiene la FTC respecto a este tipo de conductas, así como la lógica economicista que ha trascendido en los últimos años a raíz de las ideas difundidas por la Escuela de Chicago.

¹²¹ MONTT RETTIG, PAULO (2010). *“Validez de la cláusulas de no competir”*. En Revista de Derecho Económico de la Universidad de Chile. Edición N° 75. Pág. 72 y ss.

Entre las más recientes se encuentran la Resolución N° 005-2008/CLC-INDECOPI¹²² cuyo fundamento 36 demuestra un total acoplamiento con las ideas más vanguardistas de la Escuela de Chicago, aventurándose incluso a sugerir una legalidad implícita de cualquier restricción vertical:

“Las restricciones verticales tienen efectos directos que no se aprecian en el mismo mercado relevante donde se configuran, sino más bien se observan en el mercado al cual se abastece (mercado aguas abajo, downstream), o en el mercado de los insumos (aguas arriba, upstream). Dichas prácticas no tienen necesariamente efectos dañinos sobre la competencia. De hecho, ellas pueden promover la eficiencia generando beneficios claramente perceptibles para los consumidores en términos de calidad y/o precios. Por ello, por regla general, las restricciones verticales son lícitas. (subrayado nuestro).

De igual forma en un pronunciamiento posterior, se hace hincapié en la idea que los contratos de exclusividad sólo podrán ser sancionados cuando se haya comprobado el actual y/o potencial daño anticompetitivo al mercado. Así, la Comisión resalta en la Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI¹²³, lo siguiente:

¹²² Caso *Group Multipurpose S.R.L. y Dispra S.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A.* Resolución N° 005-2008/CLC-INDECOPI del 22 de febrero del 2008. Disponible aquí: <http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RESCLC2008/Res005-2008.pdf>

¹²³ Caso *Arcos Dorados de Perú S.A. contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A. y otros.* Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre del 2011. Disponible en el siguiente enlace: http://base.crcal.org/documentos/22695e37-b345-49f0-ba04-66fd3ce36708/Peru-Negativa_conjunta_a_contratar-Centros_Comerciales.pdf

Caso referido a una presunta negativa injustificada a contratar. En dicho proceso Arcos Dorados de Perú S.A. (licenciataria de Mc Donald's en el Perú) cuestionaba el contrato de exclusividad que ligaba a Sigdelo S.A. (licenciataria de Burger King y Kentucky Fried Chicken en el Perú) y a Administradora Jockey Plaza S.A. (quien se encargaba de celebrar los contratos de arrendamiento con las empresas que quisieran obtener un espacio en el Centro Comercial Jockey Plaza).

“Como se puede apreciar, la doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera, sólo consideran sancionables las conductas de naturaleza vertical –prácticas colusorias verticales o abusos de posición de dominio- cuando afectan el proceso competitivo como un todo. Ello implica que, si estas conductas no generan una afectación al proceso competitivo, no serán consideradas ilícitas y, en consecuencia, no serán sancionables”. (subrayado nuestro).

Claramente, a pesar que en ambos pronunciamientos lo que se analiza es una negativa injustificada a contratar que viene como consecuencia del acuerdo de distribución exclusiva previo, la Comisión ha dejado sentada la línea jurisprudencial que podría abordar para futuros casos de distribución exclusiva en mercados conectados verticalmente¹²⁴. Ello implica que podamos afirmar sin miedo a equivocarnos, que actualmente en el país, tienen en consideración la doctrina norteamericana de la eficiencia económica como criterio de evaluación de este tipo de prácticas restrictivas.

c) Los contratos de manejo de categorías (*category management*)

El manejo de categoría de productos es una práctica usual en distribuidores que implica seleccionar productos para posicionarlos, exhibirlos, promocionarlos y ponerle precios dentro de una categoría de productos. Este tipo de contratos involucra que el distribuidor designe a un fabricante como su “capitán de categoría”, el mismo que poseerá una serie de facultades, entre las cuales están: sugerir las marcas de productos a ser mostrados en *stock*; diseñar la estrategia de

¹²⁴ No obstante que en ambas resoluciones mencionadas existe una aproximación respecto al tratamiento de la Comisión sobre las cláusulas de exclusividad en el sector *retail* con la cual coincidimos, las razones finales que se adujeron para desestimar los contratos de exclusividad revisados no nos convencen, pero por no ser un tema propio de esta tesis, no nos pronunciaremos sobre ello. Sin embargo, el lector interesado puede consultar las referidas resoluciones, a fin de entender de lo que hablamos.

promoción de dichos productos e incluso sugerir el precio a que deberían ser vendidos al público¹²⁵.

Este tipo de prácticas se ha vuelto usual en casi todos los supermercados y tiendas por departamento, quienes ven con buenos ojos sistematizar sus productos y colocarlos bajo un orden que tiene un razonamiento económico detrás. Ello ha provocado que se encuentren bajo el escrutinio de las agencias de competencia, por tratarse de comportamientos que podrían provocar exclusiones entre competidores.

En principio, la razón principal para que un fabricante sea designado como “capitán de categoría”, será el poder de mercado y el volumen de ventas que tenga, por lo que la mayoría de ocasiones, serán las empresas dominantes quienes asuman este rol, generando aún más desconfianza en las agencias de competencia.

Una de las decisiones más importantes para el análisis de este tipo de conductas se dio en Estados Unidos, en el caso *Conwood vs. United States Tobacco Company*¹²⁶ donde se decretó que la *United States Tobacco Company* habría abusado de su posición como “capitán de categoría”, logrando excluir a sus rivales de los canales de distribución.

Han existido algunos autores¹²⁷ que han sugerido que este tipo de prácticas podrían considerarse como *per se* ilegales por tratarse de una “exclusión barata”, es decir de una práctica de bajo costo que termina siendo exclusoria y que no tiene ningún mérito competitivo, por lo que, de presentarse

¹²⁵ WRIGHT, JOSHUA (2009). “*Antitrust Analysis of Category Management: Conwood vs. United States Tobacco Co.*”, George Mason University – Law and Economics Research Papers, pág. 311. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, el día 18/01/2015. Disponible solo para descarga personal.

¹²⁶ Caso *Conwood Company vs United States Tobacco Company*. (290 F.3d 768), sentencia del 15 de mayo del 2002. Disponible aquí: <http://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1355899.html>

¹²⁷ Veáse: CREIGHTON, SUSAN (2005). “*Cheap Exclusion*”. *Antitrust Law Journal* N° 72, págs. 989-990

un caso de este tipo, podría decidirse sumariamente en contra de quienes participen del mencionado contrato.

No obstante, si bien el caso de la compañía tabacalera sí podía ser considerado casi unánimemente como restrictivo (durante la investigación se comprobó que se habían destruido productos y estanterías de los competidores), la práctica del *category management* se ha prestado para un análisis económico más pormenorizado que ha develado ciertas eficiencias que podrían contrarrestar el peligro que genera.

El profesor WRIGHT¹²⁸ señala que al margen que la gran mayoría de contratos de *category management* tienen la misma naturaleza y una redacción bastante similar, ello no impide que existan variaciones significativas en las relaciones contractuales que entablan distribuidores y fabricantes cuando toman decisiones sobre las categorías de productos.

Por ejemplo, los capitanes de categoría podrían tener un nivel distinto de influencia sobre los distribuidores, o tener delegadas responsabilidades distintas, como entregar análisis de mercado sobre la categoría en cuestión, sugerir la distribución de productos en las estanterías a través de los *plan-o-grams* o hacer recomendaciones –en base a su experiencia- sobre las promociones, precios e ingreso de productos complementarios. Sin embargo, el distribuidor retendrá la última decisión e incluso la potestad de resolver el contrato de considerarlo conveniente¹²⁹.

La *Federal Trade Commission* ha elaborado informes preventivos¹³⁰ que han detectado circunstancias que podrían

¹²⁸ WRIGHT, JOSHUA. “*Antitrust Analysis...*” Óp. Cit. pág. 314.

¹²⁹ CREIGHTON, SUSAN. Loc. Cit.

¹³⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION STAFF STUDY (2001). “*Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry*”, págs. 46-55. Consultado en la web oficial de la Federal Trade Commission, el día 21/01/2015. Disponible aquí: http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/report-federal-trade-commission-workshop-slotting-allowances-and-other-marketing-practices-grocery/slottingallowancesreportfinal_0.pdf

hacer que este tipo de contratos levanten sospechas de las agencias de competencia, tales como: a) que el capitán de categoría designado sea el mismo para un grupo numeroso de distribuidores; y b) que un número importante de fabricantes actúen como “co-capitanes” para un solo distribuidor.

En ambos casos, el riesgo recae en que se facilite el intercambio de información y, por ende, la posible colusión entre distribuidores o fabricantes, según sea el caso, a través de la figura del *category management*. En razón de ello es que se recomienda a los distribuidores abstenerse de designar como capitán de categoría al mismo que ha designado su competidor; y de igual forma, para el caso del fabricante, se recomienda usar distintos grupos de empleados para cada distribuidor, vigilando que no exista un intercambio de información entre ellos.

Adicionalmente, el tiempo de duración del contrato, será un factor importante en la determinación de una infracción a la normativa de competencia, en cuanto resulta poco probable que se produzca un daño concurrencial ilícito cuando el contrato estipulado no supera el año de vigencia. Por ejemplo, esta valla es utilizada por la Comisión Europea, que señala en su Guía sobre Restricciones Verticales¹³¹, que todos los acuerdos con un tiempo estipulado menor a un año y que hayan sido dispuestas por un agente no dominante, podrán ser exentos en bloque del escrutinio de la normativa *antitrust*.

Por otro lado, las eficiencias que generan estos contratos tienen un impacto positivo y directo en los consumidores, quienes se ven beneficiados con una selección certera de productos y precios, propiciando una experiencia de compra más placentera y accesible.

A través de los contratos de *category management* los distribuidores tienen una mayor predisposición a tener en sus

¹³¹ Véase: COMISIÓN EUROPEA. “*European Community Guidelines on Vertical Restraints*” (versión en español). Consultado en la web oficial de la Unión Europea el día 21/01/2015. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC0411&from=ES>

estanterías las marcas de productos preferidas por los consumidores. De igual forma, con la información recabada por sus proveedores, los distribuidores podrán ubicar los productos en el lugar más adecuado, usando las estanterías de una forma más efectiva y conveniente¹³².

Cabe agregar que han existido estudios realizados en Europa¹³³ que indican que la práctica habitual de los contratos de *category management* ha llevado a un ahorro de costos importante en los distribuidores, lo que finalmente redundará en el precio final cobrado a los consumidores. Esto se da porque dichas prácticas sólo son posibles de la mano de estudios de mercado especializados que ayudan a aumentar la oferta de productos requeridos, evitando el agotamiento del *stock*, recortando los números de referencia (SKU por sus siglas en inglés) y mejorando los sistemas de *delivery* de cada producto¹³⁴.

Si bien se ha discutido sobre la pertinencia del uso de “capitanes de categoría” que tengan a cargo el manejo de las categorías de productos, sería complicado que dicha función sea ejercida por los propios distribuidores, por la complejidad de la información que se requiere para ello. Tal como lo señala la propia *Federal Trade Commission* en su reporte¹³⁵: “*El fabricante puede saber cosas como las temporadas del año en que se vende mejor un producto, el tipo de promociones más efectivas para dar a conocer la marca y los tipos de productos complementarios que pueden ser ubicados más ventajosamente en las estanterías adyacentes*”.

¹³² LORDEN, BRADLEY (2011). “*Category Management: The Antitrust Implications in the United States and Europe*”. *Loyola Consumer Law Review* N° 541, págs. 561-564. Artículo consultado en la web de la Universidad de Loyola, Chicago, el día 24/01/2015. Disponible aquí:

<http://lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lclr>

¹³³ Ídem.

¹³⁴ *Ibidem*. Pág. 564.

¹³⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION STAFF STUDY, “*Report on the Federal Trade...*” Óp. Cit. pág. 48.

Los distribuidores suelen poseer información de una categoría en conjunto, pero para cumplir correctamente el rol de “capitán de categoría”, hace falta información profunda sobre el comportamiento del consumidor en cuestión, que difícilmente tendrán al alcance. Ello genera la necesidad de contar con el apoyo de los fabricantes, quienes estarán más capacitados para asumir la función de “capitán de categoría” sobre algún producto que comercializan.

2.3.2. Cláusulas anticompetitivas en los mercados de alta tecnología

a) Los contratos de licencia de patente (*patent pools*)

En los mercados de alta tecnología, uno de los activos más importantes son los derechos de propiedad intelectual, más específicamente, las patentes de invención. En muchas ocasiones, las empresas con un portafolio amplio de patentes suelen plantear acciones legales contra sus rivales o terceros por violación en los usos de éstas, impidiéndoles disfrutar de una ventaja competitiva o generarse alguna por medio de un desarrollo posterior y complementario de alguna patente suya.

El uso indiscriminado de estas potenciales demandas responde a una estrategia usada por empresas en este rubro con la finalidad de detener el crecimiento competitivo de sus rivales, en cuanto los mercados de alta tecnología suelen tener como una de sus principales características la obsolescencia de sus productos, lo que implica, buscar la innovación y mejoramiento de sus productos siempre, incluso si esto supone el uso de tecnologías ajenas.

No obstante, ninguna empresa desea verse inmersa en una retahíla de procesos que pueden generar altos costos administrativos y sociales, por lo que, de manera general, suelen ejecutarse acuerdos de conciliación (*settlements*) entre las empresas para ponerse de acuerdo y otorgarse licencias de uso de patente a cambio del pago de una regalía. Dichos acuerdos han tomado un inusitado protagonismo en las

últimas décadas, adoptando distintas formas, las cuales han llamado la atención de las agencias de competencia alrededor del mundo por tratarse de arreglos sobre activos esenciales en empresas de gran envergadura.

En la práctica, las empresas o personas dueñas de una patente suelen ponerse de acuerdo para formar un *pool*¹³⁶ de patentes, donde se designa a una empresa (puede ser una que forme parte del acuerdo o una entidad independiente) que se encargue de licenciar en forma de “paquetes” las patentes de las empresas que conformen el *pool*, ya sea unos a otros o a terceros intervinientes. Por un lado, para los licenciarios, esta práctica facilita la compra de todas las patentes necesarias para crear un nuevo producto en una sola ronda de negociación (*one-stop shopping*), reduciendo los costos de transacción que implicarían las negociaciones separadas con cada uno de los dueños

Por otro lado, para los licenciantes, resulta más práctico que obtener un sinnúmero de pronunciamientos judiciales que sancionen a los infractores e implica un ahorro de tiempo y dinero, sin tomar en cuenta que un acuerdo resulta más tangible que una potencial resolución favorable, ya que se elimina el riesgo de una denegatoria parcial o total de las pretensiones.

En concreto, los *patent pools* vienen a ser fórmulas más baratas para arreglar un conflicto sobre los derechos de uso de una patente inscrita y así evitar incurrir en costos desmedidos para obtener las compensaciones establecidas por ley. El profesor SHAPIRO incluso llega a asegurar que: *“virtualmente, cada licencia de patente obtenida puede ser vista como un acuerdo sobre una disputa de patente: presumiblemente, el precio de la regalía fijado refleja las fortalezas y debilidades de ambas partes en el litigio, en*

¹³⁶ En el idioma inglés, y más concretamente, en el ámbito del derecho de la competencia, un *pool* significa un acuerdo entre empresas competidoras, concerniente al control sobre la producción, el mercado y los precios a fin de obtener beneficios mutuos. En el presente caso, el acuerdo versará sobre las patentes que cada uno detente, las regalías a pagar por su uso y otras condiciones de empleo.

conjunción con la habilidad del licenciante para extender la memoria descriptiva de su patente”¹³⁷.

El uso de esta clase de contratos también ha estado sujeto a debate por existir indicios de que constituirían prácticas que facilitan la colusión entre empresas del mismo nivel. Ello se agravaría por el hecho que este tipo de acuerdos suele presentarse en sectores de mercado muy concentrados, como por ejemplo los mercados de software, biotecnología o redes de interconexión.

Es fácil imaginar un acuerdo donde dos empresas del mismo rubro y que están disputándose una patente de invención, decidan fusionarse con la finalidad de superar dicho conflicto, o que con ocasión de un acuerdo de esta clase, dos empresas decidan efectuarse pagos por regalías lo suficientemente altos como para que repliquen ingresos monopólicos, que finalmente sean trasladados al consumidor final.

Todo ello ha sido objeto de discusión por la *Federal Trade Commission* norteamericana, que en 1995 lanzó una “Guía para el tratamiento de los contratos de licencia de patentes”¹³⁸, donde provee una serie de directrices usadas para el análisis de este tipo de contratos y las posibles implicancias anticompetitivas que podrían presentar. Incluso ya se han presentado casos donde la FTC ha investigado y cuestionado algunos acuerdos de licenciamiento de patentes por considerarlos anticompetitivos¹³⁹, o han expresado su

¹³⁷ SHAPIRO, CARL (2001). “*Antitrust Limits to Patent Settlements*”. RAND Journal of Economics, N° 2, Vol. 34, pág. 3. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, el día 27/01/2015. Disponible solo para descarga personal.

¹³⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION & THE DEPARTMENT OF JUSTICE, “*Antitrust Guideline for the Licensing of Intellectual Property*”. Documento de trabajo consultado en la web oficial de la *Federal Trade Commission*. Visitado el 04/03/2015. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/competition-policy-guidance/0558.pdf>

¹³⁹ Vid. Pronunciamiento de la *Federal Trade Commission* en el asunto *Digital Equipment Corporation / Intel Corporation*. Doc. N° C-3818, donde se sugirieron cambios en el acuerdo al que habían llegado Intel y Digital Equipment. Consultado en la web oficial de la *Federal Trade Commission*. Disponible en el siguiente enlace:

punto de vista respecto a los límites que deben respetarse para que dicho acuerdo no infrinja las leyes *antitrust*.

Sin embargo, de manera general, el tratamiento actual que se le brinda a estos acuerdos es benigno, en cuanto se reconocen los méritos pro-competitivos que este tipo de prácticas pueden traer, por considerar que las eficiencias generadas por los *patent pools* son de vital importancia para los mercados tecnológicos, que por su vertiginosidad y tendencia al cambio innovativo, requieren de un mayor nivel de cooperación entre sus empresas. Dichas eficiencias han sido reconocidas tanto en el ámbito doctrinario¹⁴⁰ como en el gubernamental¹⁴¹ donde existe un consenso sobre la ventaja de presumir *prima facie* como válidos este tipo de acuerdos.

Ciertamente, los acuerdos sobre uso de patentes pueden lograr que las empresas que los firman compitan de manera más vigorosa, como cuando dos empresas con patentes complementarias acceden a licenciarse mutuamente el uso de ambas, ganando de esa forma la posibilidad de elaborar productos de mejor calidad o reducir sus costos de producción¹⁴². No obstante, eso no significa que dichos contratos no puedan incluir cláusulas anticompetitivas, en cuanto la tentación de tomar ventaja de las negociaciones para abarcar aspectos como adquisición de activos, acuerdos de suministro y/o coordinación de planes de marketing suele darse con no poca frecuencia.

Haciendo esa salvedad, generalmente los acuerdos de *patent pool*, bien estructurados, tienen importantes ventajas pro-competitivas que han sido reconocidas por varios autores,

<http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/1998/07/9810040cmp.htm>

¹⁴⁰ Vid. SHAPIRO, CARL (2001). “*Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools and Standard-Setting*”. Haas School of Business, University of California at Berkeley, págs. 17-19. Cfr. TIROLE, JEAN & LERNER, JOSH (2002). “*Efficient Patent Pools*”. Harvard Business School, pág. 3. Artículos consultados en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, visitado el día 16/03/2015. Disponibles solo para descarga personal.

¹⁴¹ FEDERAL TRADE COMMISSION & THE DEPARTMENT OF JUSTICE. “*Antitrust Guidelines for the Licensing...*” Óp. Cit., págs. 18-22.

¹⁴² SHAPIRO, CARL. “*Antitrust Limits...*” pág. 7.

entre ellos el reciente premio nobel de economía JEAN TIROLE¹⁴³, quien señala que “*existe actualmente un acuerdo global entre legisladores y economistas sobre el hecho que los patent pools pueden beneficiar tanto a los propietarios de derechos de propiedad intelectual como a los consumidores, en cuanto dichos pools contienen patentes que bien se bloquean mutuamente o se complementan*”

Se ha dejado establecido que existen una serie de criterios que indican cuándo un acuerdo de este tipo genera eficiencias tangibles en el mercado. En principio, se ha señalado que un *patent pool* es eficiente cuando reúne dentro del paquete licenciado a patentes que sean complementarias, mientras que dicha eficiencia se pierde completamente cuando contiene patentes que sean sustitutas¹⁴⁴.

La explicación es simple: los terceros que busquen licenciar los paquetes de patentes serán por lo general empresas dedicadas al mismo rubro comercial que aquellas empresas que forman el *pool* o también empresas que se encuentran en un sector distinto de la cadena productiva, pero que requieren de dicha tecnología para ofrecer sus productos. Por ello, si lo que se busca es licenciar dos patentes esenciales para el desarrollo posterior de un nuevo producto, acudir a un *pool* donde se ofrezcan ambas patentes será un excelente negocio. Por lo contrario, en cuanto la licencia en los *pools* es siempre en “paquetes”, adquirir el derecho de uso de patentes que no tienen una utilidad clara en el proceso de desarrollo de un producto o que son reemplazables por otra patente al interior del *pool*, sería una pérdida de tiempo y recursos.

En atención a ello, se considera una cláusula sospechosa aquella que no permita el licenciamiento individual de una patente que forme parte de un *patent pool*, o que incluyan patentes no esenciales dentro del contrato. La esencialidad o no de una patente estará determinado por su sustituibilidad,

¹⁴³ TIROLE, JEAN & LERNER, JOSH. “*Efficient Patent Pools*”. Óp. Cit. pág. 2.

¹⁴⁴ SHAPIRO, CARL. “*Antitrust Limits...*” Óp. Cit. pág. 7.

es decir, si existe una patente alternativa que cumpla con el estándar de calidad requerido en el campo de desarrollo¹⁴⁵.

Desde el punto de vista del derecho de la competencia, si bien los *patent pools* han sido acusados de facilitar el comportamiento anticompetitivo de empresas dentro de mercados de alta tecnología, las autoridades regulatorias han reconocido sus potenciales virtudes¹⁴⁶, entre las cuales destacan:

- a) Integración de tecnologías complementarias: Lo que genera una sinergia de activos con baja o nula sustituibilidad, permitiendo el desarrollo de proyectos de I+D en nichos de mercado poco explorados. Esto es especialmente beneficioso para los consumidores en algunas industrias con un alto índice de impacto social, como es el caso de las industrias farmacéuticas.¹⁴⁷
- b) Reducción de costos de transacción: Que beneficia en primera instancia a las empresas, porque les permite un ahorro sustancial de recursos destinados a entablar negociaciones, contratar abogados, etc. En segunda instancia, eso acarrearía una reducción en los costos administrativos y, por ende, en los costos totales del producto ofertado por la empresa.

¹⁴⁵ La definición del término “esencialidad” descrita fue hecha por el Asistente General en la división Antitrust del Departamento de Justicia norteamericano JOEL KLEIN a través de una Declaración sobre el acuerdo establecido entre Hitachi Ltd., Matsushita Electric Industrial Corporation, Time Warner Inc., Toshiba Corporation y Victoria Company of Japan, para ofrecer un paquete de licencias “esenciales” a empresas productoras de formatos de DVD-ROM y DVD-Video. Disponible en idioma inglés aquí: <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/2485.htm>

¹⁴⁶ DEQUIEDT, VIANNEY & VERSAEVEL, BRUNO (2012). “*Patent Pools and Dynamic R & D Incentives*”. Documents de Travail Working Paper N° 07, pág. 1. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, visitado el día 01/04/2015. Disponible solo para descarga personal.

¹⁴⁷ Por ejemplo, entre el 2009 y 2010, se cerraron acuerdos como el Pool por la Innovación Abierta en Enfermedades Tropicales Desatentadas o POINT por sus siglas en inglés y la Medicine Patent Pool. Ambas, han tenido un enorme impacto en el uso compartido de patentes farmacológicas sobre medicinas para el tratamiento de enfermedades tropicales y el VIH-SIDA respectivamente, trayendo consigo una reducción en el precio y mejores condiciones de distribución de las medicinas.

- c) Destruir posiciones de bloqueo entre empresas: Como mencionamos anteriormente, la estrategia de futuras demandas por infringir patentes de invención registradas suele ser un común denominador entre empresas que actúan en un nivel alto de tecnología. En muchas ocasiones, estas demandas son usadas para detener el uso o desarrollo de un nuevo producto, causando serios daños no sólo a las empresas, sino también a los consumidores. Como sabemos, en los mercados de alta tecnología, la obsolescencia de un producto suele ser alta, por lo que el tiempo que tarda una empresa para la renovación o mejoramiento de su producto se constituye como un factor importante, no solo para mantener su posición en el mercado, sino incluso para asegurar su continuidad en el mismo.

- d) Promueve la disseminación de tecnología: Esta ventaja es un complemento de las anteriores. El hecho que existan *patent pools* permite universalizar las patentes con mucho tiempo de anticipación a su fecha de caducidad. Esto trae como última consecuencia el aligeramiento en la entrada de nuevos participantes, ya que tienen acceso a las tecnologías esenciales para ingresar a un mercado sin necesidad de desgastar capital y recursos en conseguirlos, como una especie de otorgamiento voluntario de *essential facilities* a todos aquellos que así lo requieran.

Todas las ventajas mencionadas inclinan la balanza a favor de la permisibilidad de este tipo de contratos. Las autoridades regulatorias, por ende, deberán delinear un marco legal flexible que promueva la formación de colaboraciones entre empresas según su criterio y voluntad, sin dejar de mencionar las circunstancias que podrían llevar a un procedimiento sancionador por parte de la agencia de competencia.

Todos los contratos que hemos mencionado en los acápites anteriores han sido materia de regulación por parte de la Comisión Europea y la FTC norteamericana, por tratarse de fenómenos regulares en la vida económica de ambos bloques. En el Perú, actualmente, no existen leyes o reglamentos que entren al detalle sobre este tipo de contratos u otras prácticas comerciales que puedan significar una afectación a la libre competencia, por lo que puede entenderse que están sujetos, de manera general, a lo dispuesto en el DL 1034, que permite el uso de cláusulas de fijación de precios o distribución de mercados siempre que sean “complementarias” o “acesorias” a un contrato principal y cuyo objeto no sea anticompetitivo.

La razones para aceptar e incluso promover este tipo de contratos ya las hemos expuesto, por considerar que podrían traer consigo resultados positivos para el mercado en general y los consumidores en particular. En el Perú, quizá sea más latente la necesidad de promover esta clase de colaboraciones entre empresas del mismo o diferente nivel productivo, por tratarse de un país donde el 80% del empleo es generado por las micro, pequeña y mediana empresas¹⁴⁸, que por lo general, son empresas no tienen un poder de mercado alto.

Sin embargo, hasta aquí sólo hemos repasado los contratos y colaboraciones empresariales que tienen como característica principal la “temporalidad” de su duración, lo que facilita una decisión de parte de la agencia de competencia, en cuanto se presupone que los daños ocasionados por las cláusulas restrictivas no podrán perpetuarse en el tiempo y serán rápidamente compensados por los efectos positivos que se generen.

¹⁴⁸ Dato extraído de: VILLARÁN, FERNANDO (2007). “*El mundo de la pequeña empresa*”. Editado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y COPEME, pág. 11.

Por ello, en el siguiente capítulo entramos a una zona más gris aún, en cuanto pretendemos analizar ciertas cooperaciones empresariales que no sólo tienen tendencia a perdurar en el tiempo, sino que incluso se les ha confundido en alguna ocasión con cárteles, pero sobre los que consideramos, también es posible una justificación de eficiencia, por el especial marco económico en que se dan.

CAPÍTULO III:

CARTELIZACIÓN Y COOPERACIÓN EMPRESARIAL: ¿DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA?

3.1. Los cárteles: principales cuestiones en torno a su existencia

Durante la segunda parte del siglo XVIII y todo el siglo XIX, se vivió en Europa y Estados Unidos un crecimiento económico sin precedentes, que marcó un período histórico conocido como la Revolución Industrial¹⁴⁹, básicamente impulsado por las innovaciones tecnológicas y sociales que experimentaron dichos países. Este importante crecimiento económico en las empresas generó también que su nivel de competencia internacional creciera enormemente, llevándolos a conquistar mercados de países vecinos, enfrascándose en la lucha por la captación de mercados externos al suyo, un período que llegó a ser conocido como el “imperialismo competitivo”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Se puede decir que la palabra “revolución” se usa para significar la aceleración en la vida económica de las empresas, que pasaron “de los talleres a las fábricas” en poco tiempo, dinamizadas por factores como la utilización de máquinas, la innovación en el transporte y la acumulación de capitales, lo que dio en último término que el proceso productivo se hiciera más simple y rápido.

¹⁵⁰ FEDERICO PACE, LORENZO (2007). *“Derecho Europeo de la Competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación”*. Madrid, Marcial Pons, pág. 25.

Las primeras reacciones al crecimiento de las exportaciones entre las empresas de países industrializados fueron hostiles, adoptándose así medidas proteccionistas que asegurasen que las empresas de los países emblema no fuesen derrocadas por las de otras potencias que llevaban la delantera, como Gran Bretaña o Alemania, creándose barreras al comercio exterior¹⁵¹.

El respaldo gubernamental a las empresas nacionales a lo largo de toda Europa les brindó una mayor fuerza competitiva, con la cual salieron a librar una ardua batalla de precios frente a sus similares. La encarnizada guerra de precios ocasionó que muchas empresas se vieran forzadas a aumentar su tamaño a través de concentraciones y a mejorar su proceso productivo en pos de mantener su cuota de mercado intacta, destinando una importante fuente de recursos a la consecución de dichos objetivos.

Más adelante, las empresas se percataron que, tarde o temprano, la agresiva competencia que se procuraban terminaría por destruirlos, por lo que decidieron reunirse a discutir la forma más benéfica de conservar su participación en el mercado y no perder utilidades al mismo tiempo. Es así que alrededor de 1870 se empezó a crear una ola de cárteles en muchos de los sectores productivos entre empresas de países desarrollados (Alemania, Francia, Gran Bretaña) quienes buscaban, bajo la óptica de un ideal imperialista, hacer crecer su participación en el mercado europeo y transnacional, incluso en detrimento de las empresas de países vecinos menos poderosos.

El fenómeno de cartelización tuvo un mayor arraigo en Alemania, donde casi todos los sectores industriales formaron un cártel que controlaba y fijaba (o debería decir regulaba)¹⁵² las fluctuaciones de precios tanto para el mercado nacional como para el internacional. La crucial experiencia en la cartelización alemana se vio reflejada años más tarde cuando fueron los mismos quienes lideraron los cárteles europeos

¹⁵¹ No obstante, el ritmo de exportación se mantuvo estable hasta la primera parte del siglo XX, que finalmente se vio detenido por el inicio de las guerras mundiales.

¹⁵² Más adelante explicaré la relación entre los cárteles formados a nivel europeo y la formación de la futura Unión Europea, su función auto regulatoria de las condiciones del mercado y la vital importancia que tuvieron para el impulso del crecimiento económico en Europa.

que se formaron, incluso con la venia de todos los Estados Miembros de la futura Unión Europea.

La inicial aceptación de los cárteles tuvo lugar por razones de tipo político económico, tal como nos explica NORR¹⁵³, quien señala que “*el Estado alemán necesitaba una economía fuerte, que no podía prescindir del apoyo de los cárteles. Los cárteles eran elementos de un nuevo mercantilismo. Sin ellos, el Estado no podía expandir su esfera de poder económico. En la competencia entre naciones en el mercado mundial, los cárteles desempeñaban el papel de organizaciones industriales de lucha contra la competencia extranjera y, en concreto, contra los trusts trasatlánticos: habría sido inconcebible la represión de los cárteles que se limitaban al territorio alemán*”.

A diferencia de lo sucedido en Estados Unidos, país pionero en la legislación *antitrust*, en Alemania y el resto de Europa la concepción benigna de los cárteles como motor de las economías nacionales, propició su propagación a lo largo de la primera parte del siglo XX, donde a pesar de existir reclamos por parte de los consumidores (sobre todo en Alemania) no se tomaron medidas para la efectiva abolición de los mismos. Para 1931, la propalación de los cárteles en importantes sectores de manufactura y materias primas había alcanzado su mayor apogeo, lo que se desprende de los datos que nos brinda PACE¹⁵⁴:

Cárteles en el sector de la química:

- Cártel del carburo
- Cártel europeo de la cola (donde participaban Inglaterra, Italia, Francia, Alemania; Austria, Bélgica, España, Países Bajos, Hungría, Polonia, Rumania, Suiza, Checoslovaquia, Dinamarca, Suiza, Suecia, Letonia).
- Cártel del ácido sulfúrico – Polonia y Alemania.
- Cártel de los superfosfatos – Bélgica, Holanda, Inglaterra, Alemania, Checoslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Polonia, Suecia, Francia).

¹⁵³ NORR, KNUT (1994). *Die Leiden des Privatrechts*. Tübingen, J.C.B. Mohr, pág. 28. Consultado en la página web de GoogleBooks el día 15/02/2015. Disponible aquí: http://books.google.com.pe/books?id=AGga1Ydh7McC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹⁵⁴ FEDERICO PACE, LORENZO. “*Derecho Europeo...*” Óp. Cit. pág. 28.

- Convenio relativo a las sales de Glauber – Inglaterra y Alemania.
- Convenio sobre las pinturas de anilina – Alemania, Francia, Suiza.
- Acuerdo sobre el bismuto – Alemania, Inglaterra, Francia, Italia.

Cárteles en el sector electricidad

- Acuerdo internacional relativo a las bombillas eléctricas – Inglaterra, Austria, Alemania, Suiza, Holanda, Hungría, Checoslovaquia, Francia, Suecia, Italia, Japón.
- Convenio entre productores franceses y alemanes sobre materias primas para la industria eléctrica, con la participación de productores suizos.

Cárteles en hierro y acero

- Cártel internacional del acero – Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo, Sarre, Checoslovaquia, Austria, Hungría.
- Cártel internacional del alambre de hierro – Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo.
- Cártel internacional de la hojalata – Alemania, Austria, Sarre, Checoslovaquia, Hungría.
- Cártel internacional de los vagones – Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo, Sarre, Checoslovaquia, Italia, Suiza, Austria, Hungría.

Cárteles en minerales y metales

- Cártel del aluminio – Francia, Alemania, Inglaterra, Italia, Suiza, Austria.
- Cártel del cobre – Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, España, Yugoslavia.
- Cártel del estaño – Inglaterra y Estados Unidos.
- Cártel del titanio – Alemania, Noruega, Francia, América.
- *Pool* financiero internacional del plomo – Inglaterra y Estados Unidos.

- Cártel del cinc – Bélgica, Holanda, Alemania, Francia, Polonia.
- Acuerdo sobre los diamantes – Europa y el Gobierno de Sudáfrica.

Cárteles en la empresa textil

- Cártel de la lana – Bélgica, Francia, Inglaterra.
- Cártel de la seda artificial – Inglaterra, Alemania, Italia.

Cárteles en otros mercados

- Cártel del papel de embalar – Checoslovaquia, Austria, Hungría, Yugoslavia.
- Cártel del cemento – Francia, Bélgica, Polonia, Alemania, Escandinavia.
- Acuerdo internacional de los clavos – Alemania, Holanda, Dinamarca.
- Acuerdo internacional de los neumáticos – Alemania, Inglaterra, Francia, Bélgica, Estados Unidos.
- Cártel de la margarina y las materias grasas – A nivel mundial.

Sin ser exhaustivos, los datos expuestos previamente eran el reflejo de las políticas proteccionistas de los cárteles en toda Europa antes de la entrada en vigencia del Tratado Constitutivo de la Unión Europea en 1957, que trajo consigo la primera legislación *antitrust*, promulgada mucho después de su par norteamericana, la *Sherman Act* de 1890. Muchos estudiosos del derecho de la competencia atribuyen este retraso en la promulgación de una ley *antitrust* en Europa al hecho de que los mercados norteamericanos no necesitaron en ningún momento del proceso de integración regional por el que debió pasar Europa, siendo que ya se encontraban plenamente liberados¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Es así que después de la guerra entre el norte industrial y el sur agrícola, las trabas al comercio entre los Estados fueron prácticamente eliminadas, lo que en adición a la rápida implantación de las mejoras tecnológicas y el auge del tren ocasionó que se forme una extensa zona libre de aduanas, que propició el rápido crecimiento norteamericano. No existían razones para proteger a los cárteles tanto como en Europa, en tanto éstos, en lugar de generar un beneficio, perjudicaban la libre disposición de bienes a lo largo de todo el territorio estadounidense.

La idea de los cárteles como mecanismos de regulación del mercado tuvo una extensa aceptación en toda Europa – incluso después de la dación de la normativa *antitrust*- forzando cambios legislativos lentos que pasaron primero por un “control” de los cárteles, que promovía una especie de regulación bilateral entre Estado y Cártel sobre el mercado en concreto, para finalmente ser abolidos, con ciertas excepciones.¹⁵⁶ Para bien o para mal, la legislación *antitrust* europea ha sufrido diversos cambios desde 1957 hasta la actualidad, cambios estructurales, no solamente en cuanto a la forma de aprensión y punición de los cárteles, sino también en cuanto a su concepción como fenómeno económico, pasando por un período de alta reticencia a la conformación de cualquier tipo de acuerdo inter empresarial como a su –hoy en día- cada vez más flexible tratamiento.

Es menester de este trabajo entender más profundamente las razones de la cartelización en sí, en cuanto resulta mezquino, a efectos del mismo, no ponderar la potencialidad de los contratos de colaboración para formar futuros cárteles. Para ello comenzaremos con un breve análisis de las razones que se tienen para formar un cártel.

3.2. ¿Por qué existen los cárteles?

El Comisario MARIO MONTI sostuvo en una conferencia en Suecia que los cárteles son, esencialmente: *“acuerdos para limitar la producción con el fin de subir los precios y aumentar las ganancias de las empresas”*. Por su parte, el profesor CONRATH sostiene que: *“La mayor amenaza a la competencia proviene de los acuerdos de cártel entre competidores. Si las empresas que deberían estar compitiendo una contra otra, en lugar de eso, acuerdan no competir, tendrán la posibilidad de subirle los precios a los consumidores y reducir la producción de venta, para con ello generarse mayores ganancias, actuando como si fuesen un monopolio”*¹⁵⁷. Estas afirmaciones, dejan entrever que la formación de cárteles se limita a la consecución de dos

¹⁵⁶ Las conferencias marítimas por ejemplo, fueron parte de una extensión del privilegio de inmunidad a la normativa *antitrust* que recibieron ciertas industrias consideradas vitales para el desarrollo nacional. Más adelante, hemos de analizar este interesante caso.

¹⁵⁷ CONRATH, CRAIG (1995). *“Practical Handbook of Antimonopoly Law...”* Óp. Cit. pág. 12.

objetivos centrales: aumentar los precios y reducir la producción, lo que a mi parecer es una explicación demasiado simple de porqué existen los cárteles.

Estudiar a los cárteles bajo el inflexible lente de la teoría conspiracionista no nos deja descubrir las verdaderas razones de su nacimiento, ni tampoco el cambio productivo que puede llegar a generar su correcto despliegue. En palabras de FEAR¹⁵⁸ “*los cárteles no desaparecen la competencia, sino la regulan*”, por ello simplificar a tal punto los posibles motivos que tengan las empresas para la conformación de acuerdos de cártel resulta un obstáculo para el buen entendimiento del fenómeno cartelístico que ha sido, para pesar de muchos de sus más fervientes detractores, de suma importancia en la vida económica europea y norteamericana.

Es importante dejar en claro que no pretendemos aquí negar de manera categórica que dichos objetivos no puedan, y en ocasiones sean, los principales móviles para la propalación del movimiento cartelista, sino simplemente apuntar el hecho de que no se constituyen exclusivamente como las únicas razones que pueden tener las empresas para cooperar entre sí. Dicha afirmación es, en nuestra opinión, herencia del ya trasnochado postulado liberal de ADAM SMITH cuando afirmaba que “*las personas dedicadas al mismo rubro comercial raramente se juntan, incluso por motivos de festejo o diversión, pero –cuando lo hacen- la conversación termina siempre en una conspiración contra los consumidores, o en un plan para aumentar los precios*”¹⁵⁹.

Los razonamientos jurisprudenciales europeos tuvieron durante una época un tinte muy agresivo contra los cárteles que reflejaba en mayor o menor medida este pensamiento como una de sus líneas bases, apoyándose en la asunción –ligera y no meditada- de que la única finalidad perseguida por los cárteles era subir los precios y repartir el mercado.

¹⁵⁸ FEAR, JEFFREY (2006). “*Cartels and Competition: Neither markets nor hierarchies*”. Harvard Business School, pág. 2. Artículo consultado en la web oficial de la Harvard Business School el día 07/04/2015. Disponible aquí: <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/07-011.pdf>

¹⁵⁹ SMITH, ADAM (1776). “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*”. Londres, W. Strahan & T. Cadell, pág. 278.

Sin embargo, actualmente se ha podido constatar el florecimiento de una literatura económica que analiza más detalladamente los factores que influyen en la conformación de un cártel y que desdibuja los grandes enigmas sobre la verdadera naturaleza de los mismos, por lo que nos avocaremos a ella para discutir, brevemente al menos, las posibles razones que puedan tener las empresas y/o empresarios para conformar un cártel.

La experiencia nos ha demostrado que la existencia de cierto tipo de acuerdos, típicamente calificados como acuerdos de cártel, pueden ser vistos como “beneficiosos” a pesar de constituirse como barreras de entrada a nuevos competidores. Piénsese por ejemplo, en el caso de los acuerdos de estandarización, donde se registran ciertos estándares de calidad para los productos, códigos de comportamiento, mínima labor medioambiental o de seguridad, que efectivamente podrían convertirse en barreras infranqueables para potenciales productores que no tengan posibilidad de igualar dichas condiciones.

Lo mismo se puede decir de los acuerdos de cártel sobre “condiciones contractuales con proveedores o distribuidores”, en cuanto dichos acuerdos podrían establecer procedimientos deseables de transacción en el mercado. Sería por ello interesante hablar de cárteles “malignos” (*hard core cartels*) que perseguirán solamente la limitación de la producción y el aumento de precios y de cárteles “benignos” (*soft cartels*) que son aquellos que propiciarán la colusión con la intención de perseguir un interés común empresarial, que tenga beneficios palpables en el mercado, sin dejar de lado, que de una manera u otra se restringirá la competencia en el mercado, sólo que los efectos en un caso serán enteramente ilegítimos y en otros no.

Un gran número de autores coinciden en que existen ciertas circunstancias que propician la formación de cárteles malignos, como por ejemplo el hecho de existir un reducido número de competidores; producción homogénea; demanda inelástica; información contable disponible; etc. Sin embargo, de no existir dichas condiciones, el aliciente para la conformación de *hard core cartels* difícilmente tendrá lugar, creándose incluso una plataforma para cooperaciones empresariales óptimas para el mercado.

Es bueno saber también que la semilla de la discordia está sembrada desde el inicio del acuerdo para falsear la competencia, en cuanto el principal problema de los cárteles “malignos” es su inestabilidad estructural inherente, la cual brinda espacios para la traición entre empresas rivales. Las conductas oportunistas de algunas empresas que intentan maximizar sus beneficios por cauces distintos a la rebaja de precios (en los cárteles que los fijan) se erigen como la primera causa de su desestabilización y que en algunos casos consigue romper la confianza de los miembros y acabar con el acuerdo. A ello, se suman los esfuerzos de las agencias de competencia para combatir este tipo de cárteles malignos. Es así que, conscientes del defecto estructural que enfrentan esta clase de cárteles, se han propuesto, en varios países con legislación antimonopolio, los llamados “programas de clemencia”¹⁶⁰ (*leniency programmes*) sin ser el nuestro una excepción¹⁶¹.

¹⁶⁰ Los programas de clemencia se usan con la intención de debilitar el secretismo que informa a todos los cárteles malignos. Así, el referido programa ofrece un trato “clemente” (se le absuelve de cualquier multa e incluso en algunas ocasiones de cualquier cargo) a aquella empresa que brinde información sobre algún cártel que integre y colabore continuamente con material probatorio o declaraciones a fin de desbaratar el acuerdo. Todo ello, además, bajo la protección de la agencia de competencia y con un acuerdo de confidencialidad que dure mientras se siga el procedimiento sancionador. De esta manera, los integrantes no sólo están incentivados por la absolución de la multa, sino también por la ventaja competitiva que podría generarle el desenmascarar a sus rivales directos (quienes tendrán daños a su reputación y a su economía debido a la sanción)

¹⁶¹ En el Perú, el artículo 26 del DL 1034 establece lo siguiente:

Artículo 26.- Exoneración de sanción.-

26.1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento.

26.2. El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el interesado y la Secretaría Técnica y contendrá la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado, lo exonera de sanción respecto de la conducta llevada a cabo, no pudiendo la Comisión, ni ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional, seguirle o iniciarle procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos.

Sobre el particular, es muy anecdótico el caso de la “*Sandwich War*” ocurrido en el campo de los vuelos trasatlánticos en Estados Unidos, donde el mercado aeronáutico -que se encontraba altamente cartelizado- había impuesto los precios máximos que cobrarían las aerolíneas en todos los vuelos de cada clase -precios monopólicos por supuesto- siendo apoyados incluso por el gobierno que supervisaba el cumplimiento de los mismos a través de tarifas.

Siendo que existía un fuerte impulso competitivo aún¹⁶², en cuanto los precios se mantenían muy por encima del costo marginal, las aerolíneas intentaron ganar nuevos clientes a través de la prestación de servicios accesorios, sobretudo la mejora del servicio de comida durante el vuelo. Es así que empezaron a servir comidas lujosas (*steak dinners*) con la finalidad de captar nueva clientela, lo que funcionó y fue copiado por el resto de empresas. Más adelante las empresas se dieron cuenta que todas sus ganancias monopólicas se estaban yendo en el ofrecimiento de este tipo de comidas, por lo que pactaron que en ciertas clases de vuelos sólo se sirviesen sándwiches simples.

Sin embargo, en cuanto la ganancia se mantenía aún por encima de los costos marginales, muchas empresas tuvieron incentivo para mantener la competencia, por lo que no tardaron en servir nuevamente carnes al jugo, sólo que en esta ocasión lo hacían entre dos rodajas de pan, para cumplir con la condición pactada del “sándwich”.

Éste tipo de acuerdos (*hard core cartels*) que restringen la competencia han sido objeto de justificaciones en los tribunales y

26.3. Si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información es distinta a la que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa.

26.4. La aprobación de exoneración de sanción no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso».

¹⁶² Debe asumirse que cualquier empresa perseguirá siempre una finalidad individual, la cual será incrementar sus ganancias. Por ello el impulso competitivo es medido en cuanto subsista el incentivo para competir, es decir que los ingresos totales sean mayores a los costos totales.

también a nivel doctrinal. Aunque ya han quedado desfasados dichos argumentos, no está de más analizarlos.

3.3. Típicas defensas para legitimar los cárteles

3.3.1. Competencia destructiva (Cutthroat competition)

Es quizá el argumento más común para justificar la fijación de precios. Las empresas sostienen que las ganancias obtenidas son normalmente destinadas a procurarse una competencia que termina por destruirlas, siendo que cada vez se acorta más la diferencia entre el costo marginal y el ingreso patrimonial, lo que generaría con el pasar del tiempo que sólo una empresa pueda sobrevivir, haciéndose con el monopolio del mercado.

Aunque efectivamente se pueda hablar en algunos casos - hipotéticos- de monopolios naturales que llegan a concretarse a través de la “supervivencia” de una empresa a la competencia de sus rivales, dicho argumento no tendría sentido, básicamente por una razón: el hecho que olvida por completo la principal finalidad de la competencia en el mercado, que es procurar cambios en la asignación de los recursos e inducir mejoras en los procesos productivos de las empresas.

Quien sostenga que la competencia le resulta destructiva es básicamente porque no entiende el dinamismo al que está sujeto el mercado, que encuentra justamente su razón de ser en el progreso de las empresas conforme pasa el tiempo. En palabras de AREEDA Y KAPLOW¹⁶³, quien sostenga dicha justificación, básicamente es porque “*prefiere ganancias altas y una vida tranquila a los rigores de la competencia*”.

Dichos autores ponen como ejemplo el caso de los ferrocarriles, que es un mercado donde los costos fijos suponen un fuerte porcentaje del total de costos. El costo de construir las vías férreas es bastante alto y sólo será asumido en caso que los empresarios puedan prever que con la administración del ferrocarril puedan recuperar no sólo dichos costos fijos, sino también los

¹⁶³ AREEDA, PHILLIP & KAPLOW, LOUIS. “*Antitrust Analysis...*” Óp. Cit. pág. 190.

costos variables que implican la administración y puesta en funcionamiento del ferrocarril.

Si existiesen numerosos sistemas de ferrocarriles en competencia, los precios tenderían a bajar cerca al límite del costo variable, en cuanto las empresas los rebajarían por necesidad de recuperar sus inversiones a costa del resto. Esto generaría que la competencia lleve los precios siempre cerca al costo variable, sin oportunidad de recuperar los costos fijos, lo que a largo plazo resultaría perjudicial y desincentivaría el arreglo de las vías malogradas o inclusive la entrada a la industria. Por ello la fijación de los precios tendría lugar en estos mercados.

Se ha rebatido esta afirmación sosteniendo que sólo se produciría la referida situación cuando la capacidad excediera a la demanda, esto es que los competidores mantendrían el incentivo de bajar los precios siempre que tuviesen suficiente capacidad para servir a los clientes adicionales. Si la capacidad total fuese sólo lo suficiente como para cubrir la demanda del servicio al precio que cubriese todos los costos, la competencia no forzaría la rebaja de los precios. En todo caso, los autores sostienen que el ejemplo de los ferrocarriles, propuesto por los defensores del cártel, es un caso sumamente excepcional, en cuanto la construcción de una o dos líneas ferroviarias sería suficiente como para cubrir la demanda de una ciudad entera.

Los mercados pasan constantemente por procesos dinámicos de cambio, al cual los competidores actuales y potenciales deben atenerse. Es decir, si se introduce una nueva tecnología, ésta le brindará una ventaja competitiva a la empresa que la posea, lo que a su vez generará una presión sobre el resto de empresas para superar la valla competitiva. Si después de dicho proceso dinámico las empresas no consiguen ser eficientes (sortear las vallas establecidas por su competencia) entonces la competencia está cumpliendo con su finalidad, que es inducir un cambio en la asignación de recursos y ser un aliciente para la innovación competitiva, eliminando a quienes no puedan mantenerse a flote. Los defensores del argumento de la “competencia ruinosa o destructiva” no toman en cuenta esta situación, que resulta

deseable, en cuanto constituye uno de los postulados principales del derecho de competencia¹⁶⁴.

3.4. Competencia en torno a la calidad de los servicios

Otra tradicional justificación en torno a la práctica cartelística es aquella brindada por las empresas que prestan servicios complementarios al principal, en cuanto sostienen que fijando un precio alto para el (servicio) principal, las empresas tendrán un fuerte incentivo para competir respecto de los (servicios) complementarios.

Si bien es cierto dicha situación resulta deseable, no pondera la valoración que tienen los consumidores respecto de los servicios principales y complementarios, ya que siendo cierto que algunos consumidores pagarían más por un mejor servicio complementario, como por ejemplo asientos más cómodos en el avión o atención especializada en un restaurante, existen millones de personas más que preferirían vuelos más baratos o comida menos costosa.

En todo caso, un mercado lo suficientemente competitivo brindaría esta opción a los consumidores, lo que no se lograría a través del cártel, ya que impidiendo la batalla de precios sólo se ofrecerían servicios de excelente calidad pero inasequibles para ciertos consumidores. Finalmente, y recordando el caso del mercado aeronáutico norteamericano, las empresas podrían percatarse que sus ganancias monopólicas se estarían gastando en brindar dichos servicios complementarios, por lo que pronto se aprestarían a regularlos de igual forma. Básicamente se constituirían trabas para la obtención de ciertos servicios por parte de consumidores con poco poder adquisitivo.

Es evidente que aquellas personas que defienden este argumento, no toman en cuenta la función social que cumple la defensa de la competencia, que es la “inclusión social”¹⁶⁵ de los consumidores menos

¹⁶⁴ Véase *supra* el capítulo dedicado a las finalidades del derecho de competencia. Págs. 1-11 del presente trabajo.

¹⁶⁵ El término “inclusión social” ha venido siendo objeto de constante mención, haciendo alusión a la compenetración de las clases más bajas al disfrute del boom económico por el que pasa el país. En este caso, sin embargo, he usado el término de manera análoga para explicar que la lucha por los precios permite la reducción de los

poderosos respecto a ciertos bienes que en una situación de monopolio no podrían adquirir. La libertad de los consumidores se vería restringida para tomar una decisión de consumo respecto a bienes que, aunque inferiores en calidad, sean más atractivos por contar con precios más bajos.

3.5. Competencia “confusa”, “injusta” y “riesgosa”

Aunque menos escuchados en tribunales, existen otros argumentos para justificar la fijación de precios. Muchas empresas han establecido que la competencia a través de los precios podría degenerar en una prestación deficiente de productos que no reunirían las condiciones mínimas de seguridad para ser distribuidos. Por ejemplo en el caso de las medicinas o farmacéuticos, donde la fuerte competencia para reducir los precios podría tener un impacto negativo en la elaboración de estos, descuidando el aspecto de la seguridad, siendo especialmente dañino en cuanto poquísimos son los consumidores que podrían dilucidar si lo que están comprando es de buena o mala calidad.

Igualmente el caso de las comidas, donde la utilización de insumos más baratos o con propiedades más perjudiciales para los consumidores serían usados con la finalidad de ahorrar costos y así mitigar la competencia en los precios, sobretodo en los mercados de comidas rápidas.

Según dicho argumento la formación de cárteles con fijación de precios constituiría un medio adecuado para asegurar una rentabilidad mínima a los productores, con lo que se verían incentivados a realizar mayores inversiones en seguridad e higiene. Éste argumento se condice con aquél otro que sostiene que de ganarse una cantidad fija de ingresos por ventas, las empresas, con rentabilidad asegurada tendrían más incentivos para invertir en proyectos “socialmente deseables” como la mejora técnica de su producto o modernización de sus establecimientos, al igual que el desarrollo de nuevas tecnologías para los sectores que lo requieran. Si el margen de ganancia se mantiene apenas por encima de los costos marginales –sostienen- nunca se creará un capital lo suficientemente grande como para destinarlo a dichas actividades.

mismos, lo que a su vez, genera que consumidores menos poderosos tengan acceso a nuevos bienes.

Estos argumentos, felizmente, son de fácil rebatimiento, en cuanto la creación de un cártel no podría considerarse la solución socialmente menos dañina. Para el caso de los estándares en productos médicos o comidas, la regulación sanitaria dada por el Estado cumpliría eficazmente la tarea de obligar a los productores a llevar productos de calidad al mercado, aunque esto signifique un aumento de los precios.

Por otro lado, para el caso de los incentivos a invertir en actividades “socialmente deseables”, tampoco se puede considerar que los cárteles incluirían la solución más apta para el mercado. Si bien es cierto que los monopolistas y cartelistas generan mayores ganancias que las empresas que compiten directamente, esto no es garantía de que dicho capital será destinado efectivamente a la consecución de una mejora en la calidad del producto o servicio. Es el caso de las tiendas de libros, donde ciertas casas editoras señalan que la fijación de precios en los libros calificados como *best sellers* asegurarían un margen de ganancia alto que serviría como fondo para la promoción en la venta de libros nuevos o de autores menos conocidos, que para el común de las gentes no se consideren libros indispensables, trayendo consigo que las tiendas distribuidoras tengan un amplio catálogo de libros y de esta forma el consumidor tenga varias opciones.

Sin embargo, tal como lo señalan AREEDA & KAPLOW, aquellos servicios que los consumidores consideran valiosos suelen ser traídos siempre en mercados competitivos. Sin embargo aquellos negocios que no estén justificados por su costo, no serán rentables ni en condiciones monopolísticas ni en condiciones de mercado, por lo que de igual forma resultarán abandonados.

Otra típica forma de justificar la imposición de precios en el mercado viene dada por ciertas empresas que sostienen que muchas veces los consumidores se confundirán con la larga lista de productos y la variada gama de precios que éstos tengan, por lo que la simplificación a través de la fijación de un precio los beneficiaría. Además de sumamente débil, éste argumento trata de ejecutar una decisión que no le corresponde, en cuanto es potestad del consumidor decidir con qué producto tendrá una mayor afinidad y qué otro probará y luego desechará.

Es muy probable que muchos ni siquiera lleguen a probar todos los productos sino ejecuten su decisión de compra a través de otros medios. En todo caso, aquellas empresas que no consigan satisfacer a los consumidores seguramente quebrarán y el mercado volverá a tener un número limitado de participantes. Recordemos que el juego de la competencia siempre implica que el triunfo de uno resulta en la pérdida de otro.

Finalmente están aquellos argumentos que indican que en algunos mercados donde de manera natural existan monopolios o monopsonios en una de las cadenas productivas, la única manera de contrarrestar el poder otorgado a la persona/empresa que lo tenga es la formación de cárteles. De esta manera la fuerza negociadora de ambas partes podrá igualarse. Por ejemplo, en aquellos mercados donde exista, por autorización administrativa, un solo comprador del producto para varios vendedores¹⁶⁶ se podría prestar para el aprovechamiento indebido de dicha empresa que goza del monopsonio, por lo que sería un riesgo para las empresas que compiten por venderle el producto.

A pesar de ser fundado este argumento y de encontrarse quizá entre los mejores elaborados para la justificación de la fijación de precios, sigue siendo una solución que ponderada con otras, no supera un test de necesidad, en cuanto la intervención de un organismo regulador en estos casos siempre resulta más ventajosa.

Incluso en los casos donde la regulación no esté permitida sobre el monopolio/ monopsonio, la creación de un cártel tendría el riesgo de generar un poder muy fuerte que exceda el buscado balance para negociar entre las partes, por lo que terminaría inclinando la balanza en sentido contrario y no necesariamente reflejar los precios que se hubiesen obtenido como producto de un mercado competitivo.

¹⁶⁶ Se me ocurre el caso de la hoja de coca en el Perú, donde ENACO goza de un monopsonio para la compra de dicho insumo. Al margen de las razones que existan para el otorgamiento de dicho poder, la empresa podría actuar en detrimento de los productores locales que pueden resultar explotados. Es importante señalar que si ENACO quisiera reducir el volumen de compra de manera progresiva, lo podría hacer, generando que los vendedores locales terminen reduciendo su precio muy por debajo de su verdadero valor con tal de deshacerse de la producción en exceso. Sin embargo, si se unieran y actuaran como cártel, lo más probable es que tengan la posibilidad de combatir la práctica explotativa de ENACO.

Todos los argumentos esgrimidos aquí como posibles defensas de una fijación de precios entre empresas rivales, no son necesariamente desechados en otras ocasiones, como el caso de integraciones a nivel vertical e imposición de precios de reventa. Lo que hemos tratado de demostrar aquí es que los cárteles malignos suelen tener este tipo de justificaciones, por lo que después de un análisis económico de sus efectos, podemos llegar a la conclusión de que no deben ser permitidos por restringir la competencia y procurar beneficios que no recaen finalmente en los consumidores.

Según lo mencionado *supra* las deficiencias endémicas que afectan a los cárteles “malignos” son suficientes como para acabar con el acuerdo, es por ello que a lo largo de los años, se han venido usando ciertas prácticas para el control del buen funcionamiento del cártel. A pesar de que éste tipo de prácticas resultan accesorias respecto al objetivo principal del cártel, ayudan a la consecución del mismo, por lo que se enmarcan dentro de las prácticas restrictivas de la competencia. Con mero afán didáctico, hemos de explicar más detalladamente dichas prácticas¹⁶⁷.

3.6. Acuerdos que facilitan la formación de un cártel

Hemos dejado claro que para la formación de un cártel no es suficiente la voluntad de sus miembros. Ciertamente, hacen falta una serie de condiciones de mercado congénitas o la recreación de dichas condiciones a través de estrategias pensadas con tiempo de anticipación. Es justamente la razón de ser de los acuerdos facilitadores, que actúan como un catalizador frente a las desfavorables circunstancias que pueden rodear al mercado que ahuyenten la cooperación entre las empresas.

Normalmente dichas prácticas se presentan como benignas, haciendo difícil la tarea de los jueces en el ámbito probatorio, en cuanto muchas de ellas no se muestran como prácticas ilegales *per se*. Otras pocas resultan a todas luces restrictivas, por lo que se simplifica el trabajo procesal para poder encauzarlas correctamente bajo la normativa

¹⁶⁷ La referencia al capítulo anterior resulta necesaria, en cuanto en muchas ocasiones algunas de estas prácticas pueden darse en el marco de cooperación entre empresas que resulte beneficioso (cártel benigno). Pedimos al lector ir con cierto cuidado y hasta extrañeza en esta parte del capítulo, en cuanto podría generar la impresión equivocada de nuestra opinión general sobre el tema.

antitrust. Los intercambios de información son la principal práctica facilitadora de cárteles. Dependiendo del contenido de la información diseminada, pasan por ser más proclives a crear sospecha de encubrir un cártel a ser prácticas que siempre tienen luz verde en los tribunales.

3.7. Los intercambios de información

Los intercambios de información son acuerdos mediante los cuales las empresas conocen datos del resto de empresas, rivales o no, que en buena medida los ayudan a tomar decisiones sobre el siguiente movimiento a ejecutar. Se entiende que la revelación de cierta información a través de los portales web o algún otro medio idóneo para ello por un tema de transparencia no forma parte de éstos acuerdos. Más bien en estos casos se consignan datos referentes a operaciones importantes y/o decisiones empresariales, que en principio no están al alcance del público.

En la práctica jurisprudencial europea, se ha visto con mucho recelo el develamiento de cierta información (costos de producción, políticas de descuentos, aumentos en el precio, destinos de inversión), en el cual el resto de empresas puede tener un especial interés para concertar prácticas de *líder-seguidor*¹⁶⁸, mientras el conocimiento de otra data (volúmenes de compra y venta) por parte de empresas rivales ha generado menos preocupación y por ende no se le ha castigado.

Según lo establecido por el Séptimo Informe sobre la Política de Competencia, elaborado en 1978¹⁶⁹, existen una serie de criterios generales para diferenciar aquellos intercambios de información que no están sancionados como prácticas restrictivas de aquellos que sí lo están. Dichos criterios siguen vigentes aún. A continuación los citamos brevemente:

¹⁶⁸ Esto ocurre en mercados donde existe una empresa con un poder de dominio fuerte o una cuota alta, imponiendo a través de sus decisiones los pasos a seguir por el resto de empresas, quienes lo copian para así evitar que la misma acapare su porción del mercado, sobretodo en cuanto a las políticas de descuentos.

¹⁶⁹ COMISIÓN EUROPEA. VII Informe Anual sobre las Políticas de Competencia de abril de 1978. Se encuentra disponible en línea:http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1977_en.pdf.

- El tipo de información compartida es el primer punto que debe analizarse: La información estadística no contraviene en ningún caso la normativa *antitrust* si los datos vertidos representan la producción o las ventas de una industria como un todo. Esto es que no se identifiquen individualidades. La Comisión no objetará el intercambio de información, ya sea a través de asociaciones de empresas o agencias de reportes, si dicha información no contiene data perteneciente a una empresa en particular. Por el contrario, la revelación organizada de información individual por empresas individuales se entenderá como una restricción a la libre competencia. Asimismo, una circunstancia que podría hacer dudar a la Comisión, sería el hecho que se cursen comunicaciones regulares por parte de una empresa del rubro a una agencia de reportes en que se adjunten las facturas de la empresa. Esta información se asume es de corte secreto, por lo que su divulgación no tiene una razón de ser que no involucre una práctica cartelística.
- La estructura del mercado donde se realiza el intercambio de información: La Comisión analiza preferentemente las condiciones que tiene el mercado donde los agentes económicos prestan sus servicios. En caso de existir un mercado oligopolístico o altamente concentrado, el intercambio de información se verá con mucho mayor recelo que en un mercado atomizado. Esto en cuanto este recíproco traspaso de información refuerza la conexión entre las empresas que tendrán la posibilidad de reaccionar más rápidamente ante los cambios que se produzcan en el mercado.
- Finalmente, la Comisión toma en cuenta también si es que este tipo de cooperación entre las empresas mejora sólo el conocimiento de los vendedores sobre el mercado y no el de los compradores, a quienes no permite conocer de la “competencia oculta” que aún se mantiene intacta entre los vendedores. De ser así, lo más probable es que dichos acuerdos sean declarados como ilegales.

3.8. Tipología de acuerdos de información

3.8.1. Acuerdos de información sobre precios

Considerado casi un sustituto del acuerdo de fijación de precios, es, básicamente, el más dañino de los acuerdos de información. En el asunto *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) vs. Comisión*¹⁷⁰, se deja establecido la peligrosidad de estos acuerdos para generar importantes aumentos progresivos en el índice de precios. En esta sentencia se establece que para restringir la competencia entre productores no es necesario mantener un plan común elaborado con miras a determinar el comportamiento de cada uno, sino que basta con que, por anticipado, se pongan recíprocamente al corriente de la actitud que tienen intención de adoptar, de modo que cada uno de ellos pueda organizar su actuación teniendo en cuenta el comportamiento paralelo de sus competidores.

En la citada sentencia se pretende justificar el aumento en los índices de precios entre empresas del mercado común durante 3 años consecutivos, donde las condiciones oligopolísticas del mismo no podían justificar por sí solas la homogeneización de las conductas entre empresas rivales, quienes no compartían una estructura similar, ni producían exactamente los mismos productos, por lo que se debía entender que existía previamente un acuerdo de repartir información referente a los futuros movimientos que ejecutarían cada una de las empresas que informaban el mercado de los productos colorantes en este caso.

La defensa que proponía ICI iba encaminada por el lado de la falta de credibilidad en las acusaciones de la Comisión, que no se encontraban plenamente probadas. La Comisión respondió de manera clara a estos argumentos sosteniendo que *“si bien un paralelismo en el comportamiento no puede identificarse por sí solo con una práctica concertada, puede ser sin embargo un indicio serio de ésta, cuando aboca a condiciones de competencia*

¹⁷⁰ Caso *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comisión*. C 48-69 del 14 de agosto de 1972. Consultado en la web oficial de la Unión Europea el día 16/11/2014. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=EN>

que no corresponden a las condiciones normales del mercado, en atención al tipo de productos, a la importancia y al número de empresas y al volumen de dicho mercado.”

3.8.2. Acuerdos de información sobre los costes

Este tipo de acuerdos tienen la capacidad de restringir la competencia según lo establecido en el Tratado, siempre que oculten un objetivo subyacente que sea reducir la competencia respecto a los precios. Así fue establecido en el asunto *IFTRA Glass Containers*¹⁷¹, donde se impuso un método único para calcular precios en los mercados de vidrios, a través de operaciones de comparación entre los costos de las empresas nacionales y los costos de las empresas extranjeras, adaptándose las primeras a la estructura interna de las segundas. Los costos podían ser solicitados a la asociación (IFTRA) quien tenía reglas que debían ser acatadas por todas las empresas que formaban parte del acuerdo.

3.8.3. Acuerdos de información sobre las inversiones

Es muy posible que los acuerdos que involucran el intercambio de información de futuras inversiones sea marcado como anticompetitivo en aquellos casos donde sea una técnica utilizada para controlar a las empresas que puedan desestabilizar los precios fijados en un mercado. Tal como sucedió en la sentencia *Zinc Producer Group*¹⁷², donde se sancionó a las empresas por mantener un control de las inversiones en nuevas instalaciones productoras de zinc, que debían ser sometidas a la aprobación del grupo antes de ser ejecutadas. Dicho control tenía como objetivo evitar la sobreproducción de zinc por parte una empresa del grupo, que tuviese así incentivo para vender los excedentes a un precio menor al establecido por el ZPG.

¹⁷¹ Caso *IFTRA Glass Containers vs. Commission*. L-160/1, sentencia del 15 de mayo de 1974. Consultado en la web oficial de la Unión Europea el día 16/11/2014. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31974D0292&from=EN>

¹⁷² Caso *Zinc Producer Group vs. Commission*. L-220/27, sentencia del 06 de Agosto de 1984. Consultado en la web oficial de la Unión Europea el día 16/11/2014. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31984D0405&from=EN>

3.8.4. Acuerdos de información sobre producción y ventas

Finalmente nos encontramos ante la figura menos peligrosa de los acuerdos para intercambiar información. La centralización de los datos estadísticos para obtener unas cifras agregadas de la producción o ventas de la industria que se trate, siempre que sea de manera colectiva, está permitida. Sin embargo, aquellos acuerdos que involucren el traspaso individual de información entre una y otra empresa sí estarán sancionados de acuerdo a la normativa *antitrust* europea, sobretodo tratándose de información confidencial.

Esto ha quedado bastante claro luego de una serie de pronunciamientos por parte de la Comisión en los casos *Pergamino Vegetal*¹⁷³ y *Cobelpa/ VNP*¹⁷⁴, donde se tiene por sentado lo siguiente: “la recolección y el análisis de datos con el objeto de preparar estadísticas sobre la venta y producción en una industria es una tarea correctamente asignada a las asociaciones de comercio que trabajan conjuntamente con las empresas (...) en el presente caso donde el sistema de intercambio recíproco de datos estadísticos, incluye las comunicaciones a competidores sobre empresas individuales, tal sistema es suficientemente caracterizado como una práctica concertada prohibida por el artículo 85 (1) del Tratado. Este tipo de acuerdo, que brinda los números de exportación de cada empresa miembro, hace posible establecer qué tipo de conducta las empresas relevantes están practicando en mercados individuales, e instalar un sistema de solidaridad e influencia recíproca entre los participantes llevándolos a la coordinación de sus actividades económicas”.

Tal como se puede observar, todos los acuerdos fueron juzgados en el marco de una práctica concertada, que llegó a

¹⁷³ Caso *Vegetable Parchment vs. Comission*. L-70/54, sentencia del 23 de diciembre de 1977. Consultado en la web oficial de la Unión Europea el día 18/11/2014. Disponible en: <http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1978:070:0054:0068:EN:PDF>

¹⁷⁴ Caso *COBELPA/VNP vs. Comission*. L-242/10, sentencia del 08 de septiembre de 1977. Consultado en la web oficial de la Unión Europea el día 19/11/2014. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31977D0592&from=EN>

reconocerse como tal en vista de los acuerdos de información que llevaban a cabo las empresas sancionadas, en cuanto los mismos daban indicio de un comportamiento contrario a la libre competencia.

De la misma forma existen otros acuerdos a través de los cuales también se puede inferir que protegen o facilitan la formación de cárteles malignos, se trata de los “*acuerdos para vigilar el correcto funcionamiento de un cartel*” o “*cartel policing agreements*”.

3.8.5. Acuerdos para vigilar el buen funcionamiento de un cartel (*cartel policing*)¹⁷⁵

Como hemos tenido oportunidad de mencionar líneas arriba, los cárteles padecen de ciertos defectos inherentes que lo desestabilizan, tales como la propensión a incumplir las reglas y mandatos del mismo por parte de sus miembros. Dichos defectos, de no ser combatidos con prácticas disuasivas, podrían generar su destrucción. Ante el inminente peligro que representan, muchos cárteles previenen su aparición estableciendo sanciones a los posibles desórdenes que puedan presentarse una vez formado, para que de esta manera resulte fructífero el acuerdo y el riesgo de caer en manos de las agencias de competencia no resulte en vano. Existen numerosas prácticas accesorias que permiten la vigilancia de los cárteles y su puesta en escena. Dichos acuerdos son también sancionados en la normativa *antitrust* por considerarse altamente perjudiciales, en cuanto crean un ambiente de estabilidad en el cartel y desincentivan el abandono de la práctica cartelista.

3.9. Acuerdos para presionar a las empresas no miembros u *outsiders*

Es importante para los miembros de un cartel que las empresas que acaparan la mayor cuota del mercado formen parte del acuerdo, de otra forma los precios monopólicos que se puedan fijar, no podrán

¹⁷⁵ Para el presente subcapítulo se han usado como referencia el libro del profesor CRAIG CONRATH. Vid. CONRATH, CRAIG. “*Practical Handbook...*”. Óp. Cit. págs. 10-13.

mantenerse, en cuanto habrá espacio para la competencia entre el cártel y la empresa con poder económico. Por esta razón es fácil advertir que muchos miembros del cártel buscarán convencer a los *outsiders* de entrar al cártel y disfrutar de sus beneficios.

Si dichas empresas deciden no formar parte del cártel, es posible que los miembros los presionen a través de prácticas mercantiles desleales para forzar su entrada. Por ejemplo, los cárteles pueden pactar la progresiva reducción de precios en la zona de influencia de la empresa no miembro, que sea compensado con la conformación de un mutuo cartelista.

De la misma forma, es posible encontrar que en el caso de un cártel integrado verticalmente, se le deniegue acceso a la red de distribuidores a aquellas empresas que no estén dispuestas a formar parte del acuerdo ni a acatar sus reglas o bien que no puedan disfrutar de los descuentos ofrecidos a aquellos distribuidores que sí forman parte de un cártel. Asimismo, las empresas miembros del cártel podrían restringirles a los *outsiders* el acceso a las asociaciones gremiales u obstruir su libre participación en ellas, provocando su distanciamiento e incluso aislamiento del resto del grupo, lo que, recordemos, resulta muy importante en ciertos sectores cuyas asociaciones suelen implementar continuamente políticas de desarrollo y bienestar común, siendo también el medio que las comunica con otras industrias¹⁷⁶.

Sin embargo en la mayoría de los casos, los cárteles siempre preferirán reunirse con la empresa no miembro primero y ofrecerle fuertes incentivos para que se una al cártel, como una mayor participación en el acuerdo o -en caso de distribución de territorios- una zona de importante movimiento económico, para evitar de esta forma dejar rastros de un comportamiento monopolista que puedan usar las agencias de competencia como prueba de su ilícito.

¹⁷⁶ Piénsese en el sector pesquero o en el minero, donde las actividades de promoción y la ayuda del gremio para la correcta planificación, ejecución y control del servicio resulta de una vital importancia. De igual forma, la canalización de los problemas a través de la asociación gremial siempre será más beneficiosa para una empresa, por lo que su no pertenencia a ella puede traer pasivos inesperados.

Es muy común también que los cárteles tengan sus propios medios de detección y punición de comportamientos oportunistas, elaborando para ello documentos que contengan su “estatuto de funcionamiento”, donde se encuentren las sanciones que enfrentarán aquellas empresas que no actúen de acuerdo a lo establecido. Las sanciones pueden variar extensamente dependiendo del sector de que se trate, pasando de simples reproches, hasta multas económicas que se deben pagar en compensación a las empresas perjudicadas.

Las prácticas que facilitan la colusión suelen observar, antes de ponerse en práctica, las condiciones del mercado en concreto donde quieran implementarse. Esto con la finalidad de evaluar su viabilidad, ya que no todos los mercados son susceptibles de tener un cártel. Las agencias de competencia suelen fiscalizar aquellos sectores que presentan características que facilitan naturalmente las prácticas cartelistas. Enumeramos y explicamos brevemente a qué características nos referimos¹⁷⁷:

- Concentración en el mercado: cuando existen pocas empresas en un mercado, los costos de transacción¹⁷⁸ siempre serán menores, por lo que las empresas tendrán mayor predisposición a reunirse y concretar acuerdos que les sean beneficiosos. Esta es justamente la razón por la que existen regulaciones que prohíben las operaciones de fusión, adquisición y o reorganización empresarial entre rivales que tengan un fuerte poder económico o representen una alta cuota de mercado.
- Homogeneidad en el producto: cuando los productos ofertados por las empresas tengan características similares o un proceso de manufactura muy parecido, las decisiones sobre los precios a

¹⁷⁷ AREEDA, PHILLIP & KAPLOW, LOUIS. “*Antitrust Analysis...*” Óp. Cit. págs. 278-283.

¹⁷⁸ Costos de transacción según la teoría económica son aquellos costos que afrontan las empresas o personas al momento de ponerse de acuerdo sobre un tema que les compete a ambos. Por ejemplo, los costos de transacción entre dos personas para la venta de un auto resulta menor al que tendrán una serie de empresas para la toma de decisión de una inversión común. Esto en cuanto los recursos destinados por uno y otro respectivamente difieren. En el primer caso, las personas dedicarán quizá un par de días y dinero a investigar los antecedentes de su contraparte a fin de estar seguro del negocio, mientras en el otro, debido a la envergadura de la decisión, los recursos destinados a la operación total resultarán mayores, en cuanto los perjuicios de no hacerlo también son mayores.

imponer son mucho más simples. Distinta sería la circunstancia en que productos que sirven para lo mismo y por ende sean sustitutos, tengan un proceso distinto de elaboración o su calidad sea muy desigual. Esto ocasionaría que sea más difícil la toma de decisión respecto al precio, en cuanto los costos de cada empresario serían variados.

- Similitud entre las empresas rivales: implica que las empresas tengan procesos similares de elaboración del producto/servicio, incluyendo el acceso a tecnologías. Si las empresas tienen costos relativamente iguales o han creado economías de escala (grado de integración vertical) que se asemejan será más fácil acordar el precio a imponer. En caso exista una diferencia importante entre el tamaño de las empresas que quieren coludirse, resultaría más difícil que éstas se pongan de acuerdo, ya que las empresas de gran envergadura suelen tener la capacidad de producir más con menos recursos, a diferencia de las empresas pequeñas cuya limitación financiera no le permite innovar tal como lo hace la empresa grande, decayendo el incentivo a que las inviten a participar de los acuerdos.
- Demanda inelástica: Esto significa que los consumidores no puedan tener una influencia en el precio del producto, ya sea porque el mismo no tenga sustitutos directos/indirectos o porque el producto sea considerado uno indispensable. Esto genera que los productores puedan aumentar el precio a un nivel monopólico sin miedo a que se reduzca la demanda.
- Información disponible: Ya nos hemos pronunciado sobre los acuerdos de información entre empresas y como dijimos suele contribuir en gran medida a que los cárteles sean estables y tengan mayor facilidad para la formación de precios.

Si bien es cierto, las citadas condiciones constituyen un incentivo para un comportamiento restrictivo de la competencia, muchas veces dependerá más de la voluntad de las empresas que informen el mercado que de las concretas circunstancias que lo rodeen. En todo caso el siguiente capítulo que presentamos, nos presenta la otra perspectiva de los cárteles, aquellos que se pueden catalogar como “benignos” y que en ciertas ocasiones –como en el de las

conferencias marítimas- han sido objeto de arduas defensas por parte de numerosos estudiosos del derecho de la competencia en atención a sus ya tan mencionados efectos benéficos sobre el mercado, que terminan implementando una mejora en las condiciones del servicio/producto que se brinda.

3.10. El caso de las eficiencias derivadas de cárteles

Existen casos en los que el gobierno crea políticas que se podrían considerar como restrictivas de la competencia o avala comportamientos del sector privado que fácilmente serían sancionados por la normativa *antitrust*, pero que sin embargo reciben una exención directa que le permite sobrevivir y ser aplicadas, en atención a razones de interés público. Por citar unas cuantas, tenemos¹⁷⁹:

- Monopolios legales para las patentes: La invención juega un papel importantísimo en el desarrollo de las industrias, al otorgar ventajas a las empresas que dedican tiempo, recursos y esfuerzo a encontrar nuevas herramientas para la mejora técnica de su producto. El usufructo legal de manera ilimitada -o al menos por un período de tiempo- de dicha invención constituye la recompensa al esfuerzo desplegado.
- La seguridad e interés nacional pueden ser causas del otorgamiento de monopolios legales en ciertas industrias, como por ejemplo el caso de las armas nucleares o las sustancias radioactivas que tengan un fin bélico. Resultaría una incoherencia aberrante permitir la manipulación, fabricación o adquisición de dichos productos por personas y/o compañías que no gocen de la confianza total del gobierno, por razones que creemos saltan a la vista.
- En otros mercados, existe una convicción bastante extendida de que la competencia resulta muy dura para los productores, por lo que el gobierno deberá permitirles actuar de manera colectiva u otorgarles subsidios que los equilibren respecto a otros productores en el mercado externo. Es el caso de la industria agrícola o las industrias en declive, en las cuales los trabajadores difícilmente podrán dedicarse a actividades alternativas, lo que significa que necesitarán del asesoramiento gubernamental o al menos de su

¹⁷⁹ AREEDA, PHILLIP & KAPLOW, LOUIS. “*Antitrust Analysis...*” Óp. Cit. págs. 30-36.

venia para la conformación de cárteles que les permitan mantener ganancias, cárteles que a primera vista atentarían contra la legislación *antitrust*.

Existen muchos otros casos de acciones del gobierno que terminan violando las prohibiciones de monopolio, sin embargo, en cuanto a lo que nos concierne aquí, procuraremos ubicar aquellos casos donde la principal justificación de la permisividad del gobierno se encuentre en las eficiencias que genera la práctica cartelista.

Las eficiencias han sido la piedra angular de la política de exenciones que posee actualmente la Unión Europea. Se han dispuesto varios Reglamentos que no castigan como restrictivas ciertas conductas, que en principio abarcan un comportamiento anticompetitivo, entre ellas los Reglamentos de exención por categorías de acuerdos de investigación + desarrollo, especialización, franquicia, distribución exclusiva, entre otros.

Las exenciones también pueden ser otorgadas de manera individual, a ciertos acuerdos que, aunque no se encuentran incluidos en las categorías exentas en bloque, presentan eficiencias que contrarrestan sus externalidades negativas y crean condiciones más beneficiosas para los consumidores. Normalmente se exige que los acuerdos revistan ciertas características o mejor dicho produzcan ciertos efectos para que puedan ser considerados como susceptibles de recibir una exención. Brevemente pasamos a describir lo que la doctrina y jurisprudencia europea han impuesto como condiciones, ya que tendremos la oportunidad de regresar sobre ello más adelante¹⁸⁰:

¹⁸⁰ El artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene la siguiente redacción:

101.1. 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:

(..)

101.3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- _ cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,*
- _ cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,*
- _ cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,*

- Los acuerdos deberán contribuir a mejorar la producción o distribución de productos y/o fomentar el progreso técnico.
- Los acuerdos deberán tener un efecto palpable sobre los usuarios, es decir que el beneficio se perciba claramente.
- Los acuerdos no deberán imponer restricciones a las empresas interesadas, salvo que dichas restricciones sean “indispensables”.
- Los acuerdos no deberán eliminar la competencia respecto a una parte sustancial del mercado europeo.

El cumplimiento de estos cuatro requisitos resulta vital para el otorgamiento de una exención individual en el ámbito europeo, lo que significa que de no cumplirse alguna de estas cuatro condiciones, la práctica será tomada por anticompetitiva y, por ende, recibirá la sanción respectiva.

Bajo el mismo razonamiento, algunos acuerdos de cártel, que describiremos a continuación, han recibido férreas defensas e incluso han alcanzado un grado superior de adaptación y aceptación en el mercado, existiendo una viva continuidad en la puesta en práctica de los mismos.

Por tratarse de cárteles que trascienden a la simple cooperación de empresas para simular un monopolio, es importante que se los estudie de manera separada, en cuanto todos ellos representan convenios y/o acuerdos de colaboración empresarial que se han perpetrado en el tiempo como cárteles.

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.*

3.11. Las conferencias marítimas

En los tiempos de los barcos de madera y de vela, las fechas de arribo de un puerto hacia otro debían ser establecidas con parámetros porque la incertidumbre que rodeaba a los navegantes respecto al clima y a la condición del mar no les permitía saber con certeza cuándo llegarían a su destino final. Con la creación de los barcos a vapor, se vivió un gran cambio en el mundo de los viajes marítimos, pues se redujeron notablemente los conflictos legales que se generaban por la falta programación y distribución de itinerarios.¹⁸¹¹⁸²

Esto propició un mejor control sobre los horarios de salida y llegada de los buques y el establecimiento de programas de navegación fija, permitiendo a los propietarios aumentar la intensidad de viajes por año que debía tener cada nave. Sin embargo, pronto la propagación de los buques de vapor ocasionó que los buques de madera se vieran relegados, no sólo por su falta de exactitud en el tiempo de viaje y por su propensión a sufrir los vaivenes y caprichos del clima, sino también porque su capacidad para almacenar resultaba menor respecto a su mejorada versión, lo que, no obstante, no generó su salida del mar durante mucho tiempo después, compitiendo aún en condiciones desiguales, frente a los buques de acero y, por lo general, de forma irregular.

A pesar del rápido avance por el que había pasado el mercado marítimo de transporte, el comercio mundial no tuvo un crecimiento proporcional, ocasionando que alrededor de 1900, la oferta superara en casi el doble a la demanda¹⁸³. Esto tuvo, por supuesto, un efecto directo

¹⁸¹. En aquél tiempo era usual que se descompongan cargamentos de mercancía perecible, por el retraso en el viaje y/o sucedieran siniestros que destruyeran la carga, lo que obligaba a las navieras a enfrascarse en juicios interminables que sólo podían resolverse fuera de las cortes por medio de transacciones entre comerciantes. La llegada del hierro y acero para desplazar a la madera y el del vapor que sustituyó a la vela eliminó todas estas vicisitudes por las que tenían que pasar los cargueros, brindándoles estabilidad en el mercado de transporte de mercancías.

¹⁸² ORTIZ BLANCO, LUIS (2007). *“Las conferencias marítimas frente al derecho antitrust de la Comunidad Europea. Crítica de una paradoja jurídica”*. Madrid, Marcial Pons, pág. 25

¹⁸³ SECRETARIA DE LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (1969). *“Level and Structure of freight rates, conference, practices and adequacy of shipping services”*. Documento de las Naciones Unidas TD/B/C. 4/30/Rev., pág. 5. Disponible para descarga sólo para usuarios de JSTOR.

en los fletes cobrados por las empresas navieras, quienes se vieron obligadas a reducirlos hasta márgenes no remunerativos.

Este fenómeno de competencia ardua tuvo sus consecuencias, sacando del mercado a los competidores menos expertos y forzando la absorción y/o fusión de algunas navieras por otras. Aunado a esto, la construcción del Canal de Suez que intensificó los viajes entre Europa, la India y el Extremo Oriente, permitía ejecutar los viajes en un tiempo mucho menor al convencional, por lo que el transporte de cargas pasó por un período de sofisticación que incluyó fuertes inversiones por parte de las navieras, y por ende, el declive de otras que no tuvieron las posibilidades de ofrecer mejora en sus servicios.

Las conspiraciones para la formación de un cártel del mar no se hicieron esperar luego que las navieras sintieran el peso de la competencia. La primera conferencia marítima se formó en 1868, entre los representantes de navieras que cubrían el comercio entre Estados Unidos y Europa, a la cual llamaron la “*Transatlantic Shipping Conference*”, aunque no tuvieron una incidencia directa sobre el control de fletes hasta 1902. La primera conferencia marítima en acordar los precios mínimos de fleteo fue la Conferencia de Calcuta en 1875, mediante la cual se nivelaron los precios de flete en atención al volumen de carga comprometido, estipulando que serían los mismos para cualquier naviera que transporte mercancías de Reino Unido a Calcuta, sin importar el puerto de salida. Dichos niveles aseguraban, como era obvio, los márgenes de ganancia y repartían las salidas asignadas a cada buque¹⁸⁴.

Lo que en principio fue una práctica británica, rápidamente fue calcada alrededor del resto de naciones industrializadas, volviéndose una práctica usual que tendría un crecimiento elevado durante el último siglo. De hecho, para el año 2002, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha contabilizado que existe un aproximado de 150 conferencias marítimas en todo el mundo, que cuenta con entre 2 a 40 miembros participantes.¹⁸⁵

¹⁸⁴ ORTIZ BLANCO, LUIS. Óp. Cit. págs. 28-30.

¹⁸⁵ Para la observación de data estadística sobre las conferencias marítimas en el último siglo, véase: OECD ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2002). “*Competition Policy in Liner Shipping. Final Report*”. pág. 19 y ss. Disponible

Entre 1970 y 1990 llega otro evento importante en la historia del transporte marítimo mundial, con el período que ORTIZ BLANCO llama “la revolución de los contenedores”. El transporte a través de contenedores es aquél mediante el cual los productos son llevados dentro de cajas metálicas selladas de tamaño uniforme que tienen una capacidad que varía entre veinte a cuarenta pies cúbicos, cuyas especificaciones son objeto de convenios internacionales en la materia¹⁸⁶.

La introducción de los contenedores en el mercado marítimo tuvo un fuerte impacto en las finanzas de las empresas navieras, quienes tuvieron que desembolsar fuertes cantidades de dinero para que sus buques puedan ser portacontenedores. Sin embargo, la adaptación de los buques convencionales a portacontenedores fue inaccesible para algunas líneas de navieras que no tenían el capital necesario para igualar las innovaciones practicadas por sus rivales más poderosos.

La concentración económica del mercado marítimo se hizo más notoria en este período de tiempo, ya que nuevamente se percibió una ola de fusiones y adquisiciones entre navieras, que decantó en la tenencia del mercado de transporte marítimo en un número reducido de manos. Asimismo, se crearon nuevas formas de cooperación que trascendieron y han sido objeto de estudio personalizado como la creación de alianzas globales y consorcios, que tuvieron como principal fin la homogeneización de los costes (sin tener un influjo directo sobre los precios) y que constituyen hoy en día la base sobre la cual se explota el mercado de buques contenedores, ante la progresiva eliminación de los cárteles marítimos que ya eran (y son aún) objeto de persecución tanto en Estados Unidos como en Europa¹⁸⁷.

La eliminación de las exenciones otorgadas a las conferencias marítimas, a través del Reglamento de la Comunidad Europea 1419/2006 nos brinda un último y radical cambio de escenario en el ámbito de las conferencias marítimas, resquebrajando los antiguos círculos de poder que mantenían las líneas navieras respecto a la política exterior de la UE. La norma, dada en medio de un fuerte rechazo doctrinal, tuvo que soportar de igual forma las críticas de orden político que se le hicieron,

en la web (en idioma inglés): <http://www.oecd.org/sti/transport/maritimetransport/2553902.pdf>

¹⁸⁶ ORTIZ BLANCO, LUIS. Óp., Cit. pág. 36.

¹⁸⁷ *Ibíd.* Págs. 37 y ss.

como la que adujo el Consejo Económico Social Europeo en su momento.¹⁸⁸ No obstante, la medida persistió y hoy en día las conferencias marítimas ya no gozan del superprivilegio de la exención directa en bloque, por lo que se entiende que el mercado marítimo ya opera plenamente como uno competitivo.

A raíz de ello, la cartelización del mar se ha vuelto más latente, al punto que los integrantes de las conferencias se han visto en la obligación de implementar métodos igualmente satisfactorios de control del mercado marítimo, pero que no puedan ser fácilmente caracterizados como restrictivos de la competencia. Esto se ha evidenciado en las nuevas estrategias que se han adoptado a nivel de conferencia o incluso de alianzas globales, extendiendo el dominio de las tarifas en el ámbito marítimo al terrestre y mediante las nuevas formas de trato con líneas independientes que han traído consigo los llamados “acuerdos de discusión” y los “acuerdos de estabilización”¹⁸⁹.

Sin embargo, tal como nos lo señala ESTEPA¹⁹⁰ esto no implica un punto de inflexión en la historia de las conferencias marítimas, sino un nuevo giro a nuevas formas de cartelización del mar a través de la propalación de los consorcios y alianzas globales como fórmula para conseguir una coordinación plena entre las navieras que operan una misma ruta. En palabras del citado autor: *“a la restricción de la competencia que suponen las conferencias, le seguiría, casi con toda probabilidad, el oligopolio formal de las grandes empresas que, de esta manera, conseguirían, en la práctica, un panorama bastante parecido al preexistente, en cuanto al número de competidores reales y los desafíos a los que deben hacer frente”*.

¹⁸⁸ Principalmente, respecto al tema de la ventaja competitiva que tendrían las conferencias extra –comunitarias respecto a las que desaparecerían dentro de la UE. Dicho organismo plantea que la CEE no se vería perjudicada siempre que se tomen medidas para globalizar la prohibición, llegando a acuerdos de “aguas abiertas –no aceptación de conferencias- a nivel global”.

¹⁸⁹ Al respecto pueden verse las definiciones establecidas en el Libro Blanco sobre la Revisión del Reglamento (CEE) 4056/86. Disponible en el siguiente enlace : http://www.uaipit.com/files/documentos/1314785874_428.White_Paper.ES.pdf

¹⁹⁰ ESTEPA MONTERO, MANUEL (2010). *“Las conferencias marítimas en el ámbito de la Unión Europea: el final de una exención a la libre competencia”*. En Anuario Jurídico Económico Escorialense, XLIII págs. 59-82.

Las conferencias marítimas son un caso representativo de acuerdos de colaboración entre empresas que atenta directamente contra las legislaciones *antitrust* pero que presentan una serie de eficiencias que justifican su existencia, a tal punto que han existido por más de 100 años lícitamente y bajo un consenso general entre navieras con sistemas de transporte en línea regular. A tal punto se han normalizado esta clase de cooperaciones en el sector marítimo, que incluso se ha creado un Código de Conductas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés)¹⁹¹, donde han participado tanto países desarrollados (miembros de la OCDE), países en vías de desarrollo y del tercer mundo para entrar a discutir la pertinencia de regular (con un alcance mundial) la necesidad de este tipo de cooperación-¹⁹² Lo que nos lleva a pensar en las razones que llevaron a las naciones alrededor del mundo (un aproximado de 90 países firmaron el Código de Conducta de la UNCTAD sobre las prácticas en las conferencias marítimas internacionales) a sumarse a la idea de que este tipo de acuerdos no debían ser perseguidos por la normativa *antitrust*.

3.11.1. Características básicas de las conferencias marítimas

Una definición primaria de lo que es una conferencia marítima nos la da ORTIZ, cuando sostiene que son: *“cárteles de empresas navieras individuales que deciden dejar de ser independientes sólo a efectos de fijación de precios y regulación de la oferta, pero que por lo demás son tan independientes como las navieras no*

¹⁹¹ Véase: NACIONES UNIDAS (1975). *Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas*. Nueva York. Disponible en la web oficial de la UNCTAD:

http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/tdcode13add.1_es.pdf

¹⁹² Resulta interesante saber que los Países en Vías de Desarrollo (PVD) durante la toma de decisión para la creación de un Código de Conducta en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, fueron los propulsores de un sistema abierto de conferencias donde cada línea naviera tuviese la posibilidad de ingresar. Era obvio que la medida buscaba darle mayor protagonismo a las líneas navieras de los PVD y otorgarles parte del mercado trasnacional. Sobre el particular, véase: ORTIZ BLANCO, LUIS. *“Las conferencias marítimas...”* Óp. Cit. págs. 137- 180. Asimismo, se pueden consultar los buenos resultados que de la negociación de los llamados PVD se tienen en la actualidad, en especial el caso chileno: Véase CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (2011). *“El Transporte Marítimo”*. Documento de trabajo, págs. 160-180. Disponible en la web oficial de la UNCTAD: http://unctad.org/es/Docs/rmt2011_sp.pdf

conferenciadas o independientes contra las que compiten”¹⁹³. Digo que resulta una definición primaria, en cuanto más adelante, con el pasar del tiempo, la depuración del concepto alcanzó un grado de claridad más alto respecto a los tipos de acuerdos que conformaban propiamente una conferencia marítima, diferenciándolos de otros acuerdos entre navieras de menor calibre, aunque igualmente restrictivos de la competencia.

Los caracteres que delinear la práctica cartelística en el mercado marítimo son básicamente tres¹⁹⁴:

- Los acuerdos relativos a los fletes y ventas, que cuentan con un sistema de tarificación discriminatoria en función de los productos a cargar.
- Los acuerdos para repartir el mercado.
- Los acuerdos de distribución de cargas y/o ingresos, comúnmente conocidos como “*pools*”.

Asimismo, existen ciertos acuerdos complementarios que, en mayor o menor medida, también pueden formar parte de una conferencia, aunque no formen parte de su naturaleza constitutiva, entre otros:

- Los acuerdos de fidelización de clientes, tales como las rebajas diferidas y otros acuerdos vinculatorios.
- Los buques de lucha.
- Las normas de carácter interno, con finalidad disciplinaria y reglamentaria. Al igual que la elaboración de mecanismos de solución alterna de conflictos¹⁹⁵.

Los caracteres que definen a las conferencias han sido tipificados en el Código de Conducta de la UNCTAD¹⁹⁶ donde se

¹⁹³ ORTIZ BLANCO, LUIS. Óp. Cit. pág. 45.

¹⁹⁴ *Ibidem*. págs. 47-48.

¹⁹⁵ *Ídem*.

¹⁹⁶ El Perú firmó el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, aceptando su vinculación positiva a lo establecido en dicho Código. Para su revisión, se puede entrar

avalan las prácticas tomadas al interior con ciertas especificaciones para su correcto funcionamiento.

En principio, impone algunas reglas para la fijación de los fletes, tarifas y recargos, teniendo como horizonte la formación de un precio no gravoso para los cargadores, pero que sin embargo otorgue un “beneficio razonable” a las navieras. Esto se puede desprender fácilmente de los artículos 12.a), 12.b) y 13.1 del Código, de los cuales se deduce que el precio deseado por las conferencias es el más bajo posible comercialmente hablando, que tenga en consideración todos los factores que influyen en su formación.

Por otro lado, el Código también obliga a mantener un alto grado de sencillez y transparencia al momento de la elaboración de las tarifas de la conferencia. Para ello, si bien acepta el sistema discriminatorio de tarificación, el artículo 13.2 C.U. recomienda que se mantengan en un número corto las clases o categorías de productos susceptibles de diversificación tarifaria. De igual forma, el Código representa un límite para el abuso de las potestades de la conferencia sobre la actualización de precios. Es así que el artículo 14.1 establece un período mínimo de preaviso ante un eventual aumento en las tarifas.

El segundo de los criterios que caracterizan a las conferencias, es una consecuencia directa de la fijación de los fletes a un nivel estándar. En ese sentido, de no encontrarse la forma de asignar las rutas entre las empresas conferenciadas, el incentivo para robarse la clientela sobrevivirá, lo que implicará que las empresas navieras con menos capacidad y cuyos viajes tengan menor frecuencia se verán perjudicadas o su terreno se verá asediado por las grandes navieras que posean mayor número de salidas que sus competidores. Sobre ello, los defensores de las conferencias, sostenían que el reparto del mercado y la “racionalización” celebrados en el seno de estos acuerdos permitía llegar a todos los puertos de su área geográfica, incluidos los menos ricos, en las distintas temporadas del año, altas o bajas, con los

a la página oficial de la UNCTAD. Disponible aquí en idioma español: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/tdcode13add.1_es.pdf

recursos justos, esto es, sin exceso o despilfarro¹⁹⁷. Ésta sería justamente, , una de las ventajas de las conferencias marítimas, aunado al hecho que en un ámbito de ausencia competitiva sobre los fletes, el reparto permitirá a las líneas navieras reducir sus costos y en definitiva reducir también los fletes.

El Código es consciente de esta práctica y entra a regularla también. En su artículo 19.1 deja los lineamientos base que deben primar para el reparto del mercado entre las líneas navieras. Así, pide se ejecute un reparto que cubra adecuadamente el mercado para que las compañías miembros proporcionen servicios regulares, adecuados y eficientes con la frecuencia requerida.

Finalmente, el tercer acuerdo base de las conferencias marítimas tiene su punto de partida en el de reparto de rutas. Las líneas navieras tenderán a proyectar esquemáticamente las rutas a cubrirse durante el período que dure la cooperación, abarcando todos los servicios de transporte de carga teniendo en cuenta los factores geográficos, temporales y estacionales. Por ende, resulta fácil deducir que la intensificación de las relaciones entre navieras miembros pueda llegar al punto de crearse un *pool* común que reasigne equitativamente las cargas e ingresos que obtenga la conferencia.

El Código no es ajeno a esta situación, por ello en el artículo 19.2 señala que las conferencias y demás partes que tengan derecho a participar en las consultas, incluidas las autoridades competentes, deberán mantener en constante examen la demanda del espacio de carga, la adecuación e idoneidad de los servicios y, en particular, las posibilidades de racionalizar los servicios y aumentar su eficiencia, aconsejando para ello una estrecha cooperación entre las empresas.

Además, el Código regula también parte de las prácticas accesorias que hemos mencionado, tales como los acuerdos de fidelización y la solución alternativa de conflictos, reglamentando las garantías que deben entregarse a los usuarios que contratan con las compañías miembros de la conferencia.

¹⁹⁷ ORTIZ BLANCO, LUIS. Óp. Cit. pág. 559.

3.11.2. Las ventajas en las conferencias marítimas. Razones de un largo privilegio.

El argumento estrella para retener la inmunidad en el caso de las conferencias marítimas, ha sido el de sostener que no existe un equilibrio natural en el mercado del servicio de línea regular en el transporte internacional, ya sea en el corto o largo plazo, lo que significa que sin la cooperación existente para regular el mercado podría generarse un decaimiento en las líneas que cubren las rutas comerciales a nivel mundial. La “competencia destructiva” que afectaría a las navieras tendría un efecto negativo en la certeza y predictibilidad que caracterizan este mercado, reduciendo la oferta y desestabilizando el programa que se haya acordado seguir.

El ya derogado Reglamento 4056/86 justificaba su puesta en vigencia, sosteniendo que la inmunidad de las conferencias frente a las leyes de competencia era necesaria porque procuraba la “estabilización de los servicios”¹⁹⁸ en el mercado marítimo de línea regular. Aunado a ello se encontraban el resto de ventajas secundarias que han sido señaladas por la Comisión¹⁹⁹, tales como la regularidad, fiabilidad, suficiencia y eficiencia de los servicios. Dichos argumentos fueron esgrimidos cuando empezaron a criticarse la formación de conferencias, como una suerte de contraargumento que fue moldeándose, con el pasar de los años, a las necesidades ideológicas de las navieras.

¹⁹⁸ Así el octavo considerando del citado Reglamento rezaba lo siguiente:

*“Considerando que procede prever una exención por categoría para las conferencias marítimas; que, dichas conferencias **desempeñan un papel estabilizador tendente a garantizar servicios fiables a los cargadores**; que en general contribuyen a garantizar una oferta de transportes marítimos regulares, suficientes y eficaces, ello tomando en consideración de forma equitativa los intereses de los usuarios; **que tales resultados no pueden alcanzarse sin la colaboración que las compañías navieras desarrollan en el seno de la citadas conferencias en materia de tarifas y, en ocasiones, de oferta de capacidad o de repartición de tonelajes por transporte, e incluso de los ingresos**” (negritas nuestras).*

¹⁹⁹ Véase: *TAA (Trans-Atlantic Agreement) vs. Commission*. L-376/1, sentencia del 19 de octubre de 1994. Disponible en la web Oficial de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994D0980&from=EN>. Ver a partir del acápite 314.

A continuación pasaremos a revisar brevemente los puntos clave de las ventajas que proclamaron durante muchos años estudiosos del derecho del mar, economistas y cabezas de compañías navieras para la abstracción de las conferencias de la dura mano de la legislación *antitrust*:

a) Estabilidad en el transporte marítimo regular²⁰⁰

Los defensores de las conferencias, no consideran posible que el proceso natural de competencia pueda tener lugar en el mercado marítimo de línea regular. Esto porque el transporte marítimo de línea es un mercado comparable al de los “servicios públicos” en el cual existen ciertas economías de escala que no son accesibles a todos los competidores por igual, sino sólo a uno de ellos, que será la empresa de mayor tamaño en el mercado. La nocividad que traería consigo un estado de competencia se acentuaría por la naturaleza capitalista del transporte marítimo, produciendo serios desfalcos en la economía. Además de lo anteriormente señalado, están de por medio los intereses estatales en las líneas navieras de bandera, que no podrían ser dejadas de lado, al punto de quebrar y desaparecer, por un tema de interés nacional en mantener una flota mercante propia. Todo ello generaría ineficiencias en el mercado que sólo podrían ser socavadas mediante la cooperación del sector a través de las conferencias.

La competencia en el sector de transporte marítimo de línea regular es, entonces, siempre una competencia destructiva, ya que afectan la estabilidad del mercado creando exceso de capacidad de transporte no usado que será subastada a precios no rentables y generará un inmediato y fluctuante cambio en los precios de fletes. La guerra de fletes forzará cambios estructurales en los participantes del mercado, quienes a través de continuas concentraciones buscarán sobrevivir y terminarán monopolizando el mercado. La única solución

²⁰⁰ El presente acápite fue elaborado tomando en cuenta el trabajo del profesor ORTIZ BLANCO. El lector interesado puede consultar el referido trabajo. ORTIZ BLANCO, LUIS. Óp. Cit. págs. 444 – 477.

será entonces la regulación, en cualquiera de sus dos formas (regulación estatal y autorregulación), y siendo que la primera no puede darse en el contexto internacional en que está envuelto el tráfico marítimo, sólo cabe la segunda.

Como dije previamente, dicho circuito de causa y efecto ha sido repetido hasta el cansancio por los defensores de las conferencias, llegando al nivel de lo que ORTIZ conoce como “dogma de la inestabilidad inherente”.

b) Adecuación y Eficiencia en los servicios²⁰¹

La adecuación está ligada a la calidad en la prestación del servicio por parte de las navieras, quienes deberán proveer a los cargadores (usuarios) de las exigencias propias de la demanda del mercado. Es así que los índices para medir la mayor o menor “adecuación” de los servicios, tendrán en cuenta muchos factores que inciden en la percepción de satisfacción del usuario como el tiempo de tránsito, la respuesta a la variación estacional de la demanda, tratamiento del cargamento, capacidad y número de los buques, etc. En definitiva, la adecuación vendría medida en función de la mayor o menor cobertura de las exigencias de los usuarios, en el ámbito temporal y espacial.

La “eficiencia”, por otro lado está referida a la adaptación de los servicios a las necesidades, esto es a una correcta organización y control del mercado marítimo que evite el exceso de capacidad y permita la calendarización de los servicios de las empresas navieras. En un mercado como el de línea regular, donde los altos costos fijos y bajos costos marginales, en conjunción con la inestabilidad de la demanda crean una situación de incertidumbre respecto a la recuperación de las altas inversiones que son necesarias en dicho mercado, la no administración de los ingresos (*revenue management*) ocasionaría finalmente el colapso de muchas navieras y el fortalecimiento de otras, quienes aprovecharían

²⁰¹ Nuevamente nos basamos en lo establecido por: ORTIZ BLANCO. Óp. Cit. págs. 478-497.

el oligopolio para imponer precios aún más altos de los que se conseguirían en un sector coordinado por las conferencias.

La adecuación y eficiencia, además, están unidas por un lazo de interdependencia, en cuanto la adecuación constituye un límite para la eficiencia, al no permitirse que la racionalización extrema pudiese chocar directamente con las aspiraciones reales de los cargadores sobre el servicio ofrecido. Los estándares mínimos esperados por los cargadores, en cuanto al tiempo, capacidad y frecuencia representarían el muro que detendría cualquier búsqueda de “eficiencia”²⁰² que pudiese finalmente afectar sus intereses.

Los defensores de las conferencias reconocen que la adecuación y eficiencia son consecuencias “naturales” de la estabilización del mercado a través de la fijación de los fletes, pero que sólo se pueden conseguir a través de acuerdos de *pools* que coordinen el movimiento y fluctuación de oferta y demanda en atención a las necesidades de las navieras y para beneficio del sector en general. Esto justifica la existencia de aquellos acuerdos accesorios al de fijación de fletes, que estarán anclados en la consecución de los objetivos ya señalados.

En la actualidad, como hemos mencionado, las conferencias han perdido su privilegio y ya no están más bajo la exención en bloque otorgada por el Reglamento 4056/86, sin embargo, aún se mantiene una política permisiva de los acuerdos que se establecen entre navieras que se dedican al transporte marítimo regular. Es el caso del Reglamento (CE) 246/2009 sobre la aplicación de exenciones a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea que se organicen a través de consorcios²⁰³.

²⁰² El término eficiencia en este caso debe ser entendido como la búsqueda de parte de los proveedores de un ahorro sistemático en sus costes fijos y variables. Para ello, es posible que se busque, como en cualquier otro sector, la mecanización de operaciones o la reducción de estándares que permitan ofrecer, por ejemplo, viajes más rápidos, pero quizá un menor control en la carga.

²⁰³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento (CE) 246/2009 del 26 de febrero del 2009 sobre la aplicación del artículo 81, apartado 3 del Tratado a determinadas

En la parte considerativa de dicho reglamento, podemos observar que las razones que se aducen para su aplicación, no difieren mucho del que en su momento se establecieron para justificar la implementación de las conferencias. Así por ejemplo, se señala la naturaleza capitalista del mercado marítimo de transporte y su necesidad de “cooperación y racionalización”. En ese sentido, si bien las conferencias ya no son vistas como instrumentos jurídicos y mercantiles válidos, aún se mantiene el incentivo de parte de los países europeos de otorgarles ventajas competitivas a sus líneas navieras de transporte regular, en cuanto saben del clima desestabilizador que se ha generado en este mercado²⁰⁴.

Por ello, coincidimos con la idea que los acuerdos entre navieras de transporte marítimo regular, aún no han encontrado una estabilidad estructural suficiente como para adentrarse en el mundo de la libre competencia, no teniendo indicios claros de si la decisión de la Comunidad respecto a la eliminación de la exención a las conferencias ha generado mejoras en la formación de los precios de fletes. Actualmente las empresas navieras mantienen aún una estrecha cooperación y, como hemos tenido oportunidad de señalar, han buscado nuevas formas de colaboración que les permitan mantener sus posiciones y no perder campo frente a las líneas independientes. En ese sentido, consideramos que el trato dispensado por la Comunidad es aún muy reservado, en cuanto todavía se mantiene la convicción que el mercado de transporte marítimo regular no es un mercado con características tradicionales, sino que en función de su especialidad, han de concederse ciertas “facilidades” a fin de regularizar el servicio y tener un número de ofertantes mínimo.

categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios). Disponible en la web oficial de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0246&from=EN>

²⁰⁴ Así, por ejemplo, se ha señalado que desde el fenómeno de “containerización” de los buques de transporte, la necesidad de ser parte de acuerdo de consorcio se ha incrementado. Véase: SALES PALLARÉS, LORENA (1998). “*Las Conferencias y los Consorcios Marítimos en el Marco Comunitario*”. Derecho & Opinión N° 6. Artículo descargado de la web de la Universidad de Helvia. Disponible aquí: http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/7366/dyo6_12.pdf?sequence=1

3.12. El caso de los *clusters*

Otro de los fenómenos asociacionistas que llaman la atención del derecho de competencia es el de los *clusters*, que pueden definirse, según PORTER²⁰⁵ como un “*grupo geográficamente próximo de compañías interconectadas e instituciones asociadas en un campo particular, vinculadas por características comunes y complementarias*”. BECATTINI y BELLANDI por su lado, sostienen que los *clusters* (ellos los llaman distritos industriales) son “*entidades socio-geográficas que desarrollan una actividad típica e ideal de una localidad, consistentes con sus características socio-económicas estructurales definidas históricamente*”²⁰⁶.

Al margen de las distinciones terminológicas, todos los estudiosos del fenómeno del *cluster* admiten que dichas asociaciones generan una serie de ventajas para las empresas miembros, que si bien no pueden considerarse, *prima facie* como restrictivas de la competencia, luego de un análisis más sesudo, se evidencia que sí traen consigo prácticas que se orientan a la cerrazón *intra-cluster*, que finalmente puede aparejar desventajas en el ámbito de la competitividad regional y exclusión de las empresas que no se encuentren naturalmente ubicadas en el espacio en que se desarrolla el *cluster*.

La proliferación de los *cluster* como mecanismos para la obtención de mejoras en sectores estratégicos ha calado hondo en la conciencia política nacional, al punto que el Consejo Nacional de Competitividad se ha planteado como meta en la Agenda de Competitividad 2012-2013 la identificación de “*clusters*” con el fin de potenciar su desarrollo y promocionar sus ventajas²⁰⁷. La facilidad que tienen los “*clusters*” para

²⁰⁵ PORTER, MICHAEL (1998). “*Clusters and the New Economics of Competition*”. Harvard Business Review, pág. 78. Artículo consultado en la web de la Universidad de Harvard el día 10/04/2015. Disponible aquí: <https://hbr.org/1998/11/clusters-and-the-new-economics-of-competition>

²⁰⁶ BECATTINI, GIACOMO & BELLANDI, MARCO (2009). “*A Handbook of Industrial Districts*”. Edward Elgar Publishing Inc., pág. 8. Consultado en la página web de GoogleBooks el día 16/02/2015. Disponible aquí:

<https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=2qPu1W5ViEAC&oi=fnd&pg=PR1&dq=Becattini+on+cluster&ots=BCaJn0qp3r&sig=Xdg5QPFe3zZzkPUaoR5g6hlHQI#v=onepage&q=Becattini%20on%20cluster&f=false>

²⁰⁷ CONSEJO NACIONAL DE COMPETITIVIDAD. “*Agenda de Competitividad 2012-2013*”. Documento de trabajo elaborado en conjunción con los Ministerios de Economía y

disminuir costos de transacción y generar eficiencias en la producción, innovación y especialización ha llevado a los gobiernos a impulsar su propagación. El problema se presenta cuando los acuerdos tomados al interior de un *cluster* crean lo que LANG²⁰⁸ conoce como la “*macrocultura homogénea de los clusters*” que en última instancia traería consigo una retracción en la competitividad general del *cluster* y un aislamiento respecto a las empresas que se encuentren fuera del círculo empresarial que lo conforman. Resulta importante ahondar un poco más sobre los referidos acuerdos que se toman al interior de un *cluster* con la intención de ensayar un análisis jurídico, que pueda ponderar cuán dañino resulta la organización de este tipo de asociaciones en cuanto a la protección del ambiente competitivo.

3.12.1. La fisonomía del *cluster*

Como cualquier conglomerado de empresas, la unión de las empresas materializada en *clusters* persigue el aumento de producción y la reducción de costes. A diferencia de lo que sucede en las conferencias marítimas, donde la presencia del cártel se circunscribe al mercado marítimo de línea regular, los *clusters* tienen infinidad de espacios para el desarrollo, siendo común encontrarlos en sectores tan diversos como el de computadoras o el textil, pesquero y/o agroindustrial. Dicha diversificación puede ser la causa de su aún débil conocimiento de parte de las agencias de competencia en el Perú²⁰⁹, aunque el Gobierno ya tenga una clara percepción de ellos, que, a todas luces, resulta positiva.

Sin embargo, el tipo de acuerdos que se ponen en boga con ocasión de estas asociaciones suelen tener un parecido a las que se ponen en práctica cuando se forman consorcios y/o *joint ventures*

Comercio Exterior. Disponible en la web oficial del Consejo Nacional de la Competitividad (Meta 12) :

http://www.cnc.gob.pe/images/upload/paginaweb/archivo/25/AGENDA_PAGINA.pdf

²⁰⁸ LANG, JOSEPHINE (2009). “*Cluster Competitiveness: The Six Negative Forces*”. En “*Journal of Business and Management*”, Vol. 15 N° 1, pág. 77. Artículo consultado en la web. Disponible aquí: http://192.77.116.204/business/_files/journals-and-essays/jbm-editions/jbm-vol-15-01.pdf#page=75

²⁰⁹ Aunque existan ciertos estudios que ubiquen el inicio de la evolución histórica de los *clusters* en el Perú alrededor de los años 50, después de la segunda guerra mundial. Nos referimos sobre todo a la creación de sinergias en el sector pesquero, alrededor de los puertos de Chimbote y Paita.

en un sector específico de producción, por lo que varias de las cláusulas encierran unas obligaciones al interior del *cluster* que podrían resultar lesivas de la competencia. Por ejemplo, en el desenvolvimiento normal de un *cluster* se suelen disponer una serie de medidas de intercambio de conocimiento técnico y contable (*knowledge spillover*)²¹⁰ sobre el sector, que fácilmente podrían ser catalogados como acuerdos de información prohibidos según la normativa de competencia. Por otro lado, existen algunos acuerdos de especialización previstos entre empresas que pertenecen a una misma cadena de producción, donde se estipula claramente el abandono voluntario de una de ellas sobre el resto de actividades que involucra la cadena productiva. Por ejemplo, en el caso del sector pesquero, es posible que las empresas dedicadas a la extracción (quienes serán los que deban solicitar los permisos administrativos y velar por el cumplimiento de las reglamentaciones pesqueras sobre explotación máxima, estándares medioambientales, etc.) no puedan dedicarse al sector de la conservación y refrigeración y/o a la producción de harina de pescado por un acuerdo previo *intra-cluster*.

En un estudio bastante completo sobre los 6 factores que podrían tener una incidencia en la pérdida de competitividad en un *cluster* ya consolidado, LANG²¹¹ establece que al margen de las posibles ventajas que encierran los *cluster* como agrupación en sí, de no tomarse medidas respecto a la flexibilidad que deben tener los mismos para con empresas fuera del *cluster*, también se podrían encubrir prácticas exclusorias que terminen por separar del mercado aquellas empresas que por no ubicarse en el ámbito geográfico del *cluster* no puedan disfrutar del intercambio de tecnologías y *know how* tan necesario en algunos sectores sujetos - ya irremediadamente- a las constantes innovaciones técnicas.

A *contrario sensu* dentro de un *cluster* con lazos fuertes que crean obligaciones y expectativas fuertes entre sus miembros, es muy probable que las relaciones con empresas fuera del *cluster* se

²¹⁰ Que en su mayoría son considerados como externalidades positivas del *cluster*, en cuanto permiten tomar decisiones conjuntas más fácilmente. En cualquier agrupación empresarial, la disminución de los costos de transacción son vistos como un beneficio directo de la unión, que reforzará la estructura unitaria.

²¹¹ LANG, JOSEPHINE. “*Cluster Competitiveness...*” Óp. Cit. pág. 85.

debilite, lo que ocasionaría un aislamiento que degenera en una falta de intercambio de ideas que sean innovadoras. Es decir, no sólo podrían excluir de las innovaciones a empresas que quieran participar de la red social que crea el *cluster*, sino también podrían sufrir de una autocensura respecto a las innovaciones que se creen fuera del ámbito del *cluster*.

3.12.2. Las ventajas competitivas generadas por los *clusters*

Una serie de motivaciones básicas se encuentran detrás del apoyo público a la promoción de los *clusters* por parte del gobierno, que muchas veces incluye beneficios fiscales, apoyo financiero e incluso provisión de infraestructura pública. Una de ellas es que son organizaciones convenientes y pragmáticas bajo las cuales se pueden enfocar recursos y crear asociaciones que tengan un impacto positivo en el desarrollo de una industria. Muchos países –sobre todo aquellos en vías de desarrollo- buscan reforzar los incentivos para la concentración de empresas innovadoras, que están asociadas a las nuevas economías, en la búsqueda por mantener un nivel de empleabilidad alto y promover la adaptación de estas empresas a otros sectores industriales.

Los *clusters* se muestran como medios idóneos para coordinar el desarrollo común en un distrito industrial, sobre todo por la proximidad que caracteriza a las empresas que los integran. Los “encadenamientos productivos” de los que hablaba HIRSCHMANN²¹² para referirse a los efectos indirectos positivos que se generan en una industria por los cambios exógenos en ella, se dan justamente en la organización de un *cluster*.

Es así que la interconexión que existe entre las empresas que conforman un *cluster*, la estrecha relación entre empresas fabricantes, proveedores, comercializadores y demás, que aúnan esfuerzos para trabajar en la confección de un mismo bien característico de la zona generan lo que el citado autor alemán

²¹² HIRSCHMAN, ALBERT (1959). “*The Strategy of Economic Development*”. Yale University Press, New Heaven. Citado por TORRES ZORRILLA, JORGE (2003). “*Clusters de la industria en el Perú*”. Documentos PUCP, pág. 3 Disponible en línea: <http://departamento.pucp.edu.pe/economia/images/documentos/DDD228.pdf>

conocía como “eslabonamientos hacia atrás y hacia adelante”²¹³ creando un efecto dominó de inversiones. Así, las inversiones productivas, actúan como factores que atraen inversiones en sectores relacionados, todo ello, fruto de las relaciones entre empresas de la cadena productiva, que deberán mantener un nivel óptimo de innovación que exige el mercado.

Se ha llegado a hablar de los *clusters* como organizaciones “inmejorables”, que conjugan la complementariedad y la competencia, desligándose así, de las posibles sospechas de comportamientos colusivos que quieran manipular el mercado. Así lo afirma el economista JORGE TORRES²¹⁴ al decir que en los *clusters* “*La producción es el resultado de la cooperación entre las diferentes partes del sistema: los productores del bien final y de sus componentes, los proveedores de materiales y fabricantes de maquinarias, y los comercializadores. Aunque todos se complementan, el resultado también depende de la competencia entre las firmas en las varias fases, competencia que contribuye a producir mejores bienes de una forma más eficiente*”.

De opinión parecida es LANG²¹⁵, quien sostiene que “*para asegurarse un ingreso sostenible de recursos, los clusters compiten uno contra otro para atraer financiamiento, talento empresarial y capacidades para el manejo administrativo, a través del desarrollo de conocimientos específicos de los activos del cluster, creando de esta manera un valor superior del mercado, ofreciendo promisorias capacidades innovativas e infraestructura de último nivel. Los clusters no se mantienen en un espléndido aislamiento, por el contrario, son movidos por las fuerzas competitivas dinámicas a una batalla permanente por los escasos recursos*”.

No obstante, aunque todo esto es suficiente para justificar la activa presencia de organismos gubernamentales en la promoción de los *clusters*, como ya he tenido oportunidad de mencionar, es posible encontrarnos con ciertos acuerdos que podrían acarrear

²¹³ Ídem.

²¹⁴ Ibídem. Pág. 5.

²¹⁵ LANG, JOSEPHINE. “*Cluster Competitiveness...*” Óp. Cit. pág. 74.

desventajas en la competitividad de los *clusters*, por lo que se nos hace necesario pronunciarnos sobre ellos aquí también.

3.12.3. Desventajas que puede encerrar un *cluster*

a) Exclusión y autocensura

Tal como lo señala PORTER²¹⁶ los *clusters* tienen su principal fortaleza en la “calidad de su ambiente local de negocios” que influye fuertemente en la manera como compiten las empresas que lo componen. En ese sentido, como señala el referido autor, si bien los *clusters* podrían no estar necesariamente limitados a una delimitación geopolítica, se podría decir que la “proximidad geográfica” que tienen las empresas que conforman un *cluster*, es una de sus principales características.

Dicha proximidad es fuente de una importante concentración entre empresas ubicadas en una misma zona de producción comercial, por ejemplo, todas las empresas harineras, de conserva y de pesca que se encuentran en el muelle de Chimbote y zonas aledañas. Es justamente el concepto que en Italia se maneja, y que es susceptible de analogía aquí, sobre los “*distretti industriali*”.

La territorialidad característica de un *cluster* es el germen de una de sus principales debilidades, esto es, la posible rigidez estatutaria del *cluster* que pueda impedir una relación contractual entre una de las empresas integrantes y otra empresa perteneciente a otro conglomerado.

De hecho, según lo he adelantado líneas arriba, la creación de fuertes relaciones al interior del *cluster* puede, por un lado, facilitar la cooperación y reducir notablemente los costos de transacción, pero a su vez

²¹⁶ PORTER, MICHAEL. “*Clusters and the New...*” Óp. Cit. pág. 80.

puede también generar obligaciones recíprocas que se extiendan en el tiempo y eliminen la flexibilidad con la que puedan actuar sus miembros. Un ejemplo de ello sería la relación entre proveedores y comercializadores en la misma cadena productiva, donde la relación tan próxima que tienen, en cuanto el suministro de uno al otro es constante, puede verse reforzada por la integración vertical que es típica del *cluster*, pero a su vez ser fruto de futuras riñas cuando algunos de ellos encuentre condiciones más favorables en otros *clusters* y pretenda cambiar los términos del contrato.

Dependiendo de cuán fuertes sean los lazos que los unen, habrá una actitud expectante del resto del *cluster* para que ninguno de ellos pretenda abandonar el acuerdo cooperativo o cambiar la situación actual. Eso definitivamente debilitaría las relaciones con empresas fuera del *cluster*, excluyéndolas.

Parte de las consecuencias más nefastas de estos comportamientos se darán si las empresas están unidas por estrechos lazos de intercambio de información tecnológica, donde dicha práctica sea esencial para mantenerse a flote en el mercado. Si existen cambios radicales en la tecnología, entonces las empresas buscarán reasignar sus recursos en aquellos *clusters* donde el conocimiento de las trayectorias y paradigmas de tecnología alternativa residan. Aquellos *clusters* cuya política organizacional dificulte dichas reasignaciones sufrirán graves daños que incluso podrían poner en riesgo su presencia en el mercado.

b) Desbalance de poder

Como hice notar previamente, los *clusters* crean estructuras organizativas que se caracterizan por ser relacionales, al punto que, en muchas ocasiones se crean dependencias entre empresas. La dependencia

es una fuente de poder para aquellos que la generan. La dependencia se puede medir teniendo en consideración el valor y la disponibilidad de los recursos. De existir pocas alternativas a un recurso que brinda una empresa, éste tendrá más valor, por ende, existirá una mayor dependencia hacia él. Lo normal en la cadena productiva es que las empresas que ocupan posiciones medianeras concentren un mayor poder y puedan influir determinantemente sobre el resto de las empresas que ocupan segmentos anteriores o posteriores.

La agrupación empresarial que se consigue a través de un *cluster* puede brindar un halo de legitimidad a algunas prácticas jerárquicas que se introducen en él. La asimetría de poder que alcanza al *cluster* puede provocar que las decisiones “grupales” no sean tales y que una empresa decida unilateralmente sobre los lineamientos a seguir.

De igual forma, dicha empresa podría actuar en detrimento del resto de empresas dependientes, cuando esto le procure beneficios, con prácticas explotativas. Un ejemplo claro de esto se da en los sectores agroindustriales, donde las multinacionales tienen una clara posición de dominio frente a los productores locales. La creación de un *cluster* puede, por un lado, incrementar la competitividad local mediante la cesión de nuevas tecnologías y la actualización de procesos productivos que traigan consigo mejoras en los bienes que ofrecen los productores locales, pero también podría existir un encubrimiento de prácticas explotativas al interior del *cluster* que no puedan ser descubiertas, en tanto la “globalización” de las decisiones no lo permita²¹⁷.

²¹⁷ Para mayor información al respecto, véase: WANG, HAN (2010). “*Hi-Tech Industrial Cluster in China. Based on the case of Zhongguancun Science Park*”. Tesis para obtener el máster en Planeamiento espacial y desarrollo regional europeo, Blekinge Institute of Technology. Disponible en la web en idioma inglés:

c) Externalidades negativas del *cluster*

Finalmente, es importante anotar también que los *clusters* traen consigo ciertas externalidades negativas que pueden afectar la competencia *intra* y *extra cluster*. La sobre concentración de empresas²¹⁸, que es un efecto típico en *clusters* que se encuentran plenamente consolidados, podría traer consigo una congestión en las transacciones entre sus diferentes cadenas productivas, ocasionando el aumento de costos, reducción de nivel productivo y disminución en las cantidades destinadas a proyectos de I+D, lo que traería finalmente un aumento generalizado de los precios. Aunque se pueda asegurar que este es un efecto meramente económico, por lo que su trascendencia jurídica es nula, sí es posible de tener una solución de carácter legal.

Entonces, es también posible que los *clusters* se comporten monopólicamente cuando detentan una posición de dominio conjunta. La integración vertical y horizontal propia de *clusters*, que suelen involucrar en sus estados más avanzados la concentración del poder de gestión del sector por un número reducido de empresas, justificaría en muchas ocasiones la dación de una normativa que prevea en algunos casos la desconcentración de empresas al interior de un

[http://www.bth.se/fou/cuppsats.nsf/all/1d8470c68a7293bac1257746001b59df/\\$file/MasterThesisHanWang.pdf](http://www.bth.se/fou/cuppsats.nsf/all/1d8470c68a7293bac1257746001b59df/$file/MasterThesisHanWang.pdf)

En la referida tesis, el autor nos habla sobre el caso de los *clusters* en Zhongguancun, Beijing, uno de los mayores parques tecnológicos del mundo. Estos se mantienen todavía bastante atractivos en cuanto son parte de un proceso arduo de innovación en alta tecnología, todo ello motivado por el gran empeño de los empresarios locales, quienes a pesar de sufrir una fuerte dependencia respecto a las plantas productivas multinacionales (quienes son sus principales y más importantes compradores), han sabido pasar por un continuo proceso de auto superación, en cuanto a material de alta tecnología se refiere.

²¹⁸ Aunque este fenómeno en el Perú es poco dable aún, por el estado embrionario en el que se encuentran la gran mayoría de *clusters* acá, incluso algunos que ya han venido recibiendo ayuda estatal, como los de explotación pesquera y minera.

cluster. Ello podría contrarrestar acuerdos que sean peligrosos y/o tengan una intención de monopolizar el mercado.

3.12.4. Conclusiones en torno a la viabilidad de los *clusters* en el Perú

He dejado anotado previamente que la implementación de *clusters* en el Perú tiene apenas un corto tiempo de vida, lo que nos permite deducir que aún se encuentran en un estado primario de desarrollo. Normalmente las prácticas de colaboración entre empresas de una zona o distrito industrial en el Perú son informales y se circunscriben a la venta de excedentes de suministro; compras y ventas conjuntas aleatorias; creación de organismos gremiales y otras actividades, que si bien son ya reflejo de una política cooperacionista fuerte, no forman parte aún del conjunto de medidas que se podrían considerar “inciertas” en cuanto a su beneficio para el mercado²¹⁹.

Claro ejemplo de esto son los proyectos implementados en el sector pesquero, donde –dicho sea de paso- la política gubernamental ha brindado un marco regulatorio e indicativo que ha permitido un ambiente favorable para la concertación de agentes privados e instituciones públicas, dejando de lado la actitud asistencialista de las últimas durante las pasadas décadas²²⁰. Todo ello no ha creado suspicacias por parte del INDECOPI ni de otros gremios productivos, en cuanto las prácticas al interior de este *cluster* -respaldadas por el Ministerio de Economía y Finanzas- no se ven como infractoras de las leyes de competencia, sino todo lo contrario, son vistas con buenos ojos por el dinamismo que inyectan al mercado pesquero. Entre ellas podemos encontrar:

- La especialización de algunas empresas harineras para la producción de harina *prime*, dejando de lado la producción de harina estándar para otras empresas del rubro.

²¹⁹ KURAMOTO, JUANA (2005). “*El cluster pesquero de Chimbote: Acción conjunta limitada y la tragedia de los recursos colectivos*”. Lima, Biblioteca GRADE (Grupo de Análisis para el Desarrollo), pág. 62

²²⁰Idem. .

- La coordinación de misiones, que incluyeron empresarios chilenos, para aclarar a las autoridades europeas que la harina de pescado no contenía ningún tipo de bacteria que produjese la enfermedad de las vacas locas, que ocasionó la prohibición de importación de esta harina.
- La extensión de una línea crediticia común para los armadores que abastecen a las grandes empresas harineras, que les permita disponer de dinero para mejorar su capacidad de captura.

Esto conculca con la idea sugerida párrafos arriba, donde pretendo afirmar, siguiendo en esto a LANG, que los *clusters* son inicialmente favorables para el proceso competitivo, pero es la extremada rigidez de su organización, lo que podría enervar sus fortalezas y crear sospechas de prácticas anticompetitivas. El hecho de verse inmerso en un proceso de integración horizontal y/o vertical muy sólido siempre engendrará desconfianza en las agencias de competencia, las cuales mirarán con recelo tales lazos.

En cualquier caso me atrevo a decir que los *clusters* del Perú, hoy por hoy, pasarían con bastante facilidad los exámenes de razonabilidad dispuestos en la LRCA (*rule of reason*) para ser acreedores de una exención en función de su utilidad para la promoción de las industrias en el país, en cuanto, vuelvo a repetir, los acuerdos y prácticas que los caracterizan no se pueden considerar nocivos para la competencia.

3.13. El caso de los sectores regulados (Explotación coordinada del sector)

Como todos sabemos, existen algunos mercados que se encuentran regulados por la singularidad de sus características. La importancia social que revisten ciertos sectores como el eléctrico, gasífero, petrolero y de las telecomunicaciones obliga la intervención del Estado para re-crear condiciones de mercado que de otra manera no se hallarían. La gran asimetría de posiciones que existen entre empresa y usuarios, la

dificultad para crear un mercado abierto y transparente, las limitaciones técnicas y otros factores así lo exigen.

El Estado entonces se encarga de la supervisión y -en los casos que se requiera- sanción²²¹ de las empresas que proporcionan dichos servicios. Estos mercados regulados, además de estar sujetos a las condiciones establecidas a las normas comunes de competencia, son sometidos a una serie de leyes especiales que dictan líneas programáticas a seguir por las empresas. La tendencia actual es que dichas regulaciones sectoriales se reduzcan y sean reemplazadas por decisiones empresariales libres, sin que ello implique una reducción del bienestar general de los consumidores.

Es común en la literatura jurídica de la última década, la elaboración de propuestas para enervar la llamada “regulación económica”²²² en el mercado de sectores regulados, criticando los fines que con ésta se persiguen y replanteando los segmentos sometidos a regulación, instando a que se busquen nuevas formas de liberarlo de las decisiones administrativas. Tal como nos señala ARIÑO²²³, *“la regulación –en especial la regulación económica- es por definición un sustitutivo del mercado. Por lo mismo, las características que debe reunir están orientadas a obtener los efectos beneficiosos y estimulantes que aquél produce: debe definir pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de los agentes y el cumplimiento de los objetivos políticos que se busquen, exigir estándares de calidad y seguridad y, en la medida que sea necesario, fijar los*

²²¹ En el Perú, existen varios organismos reguladores en distintos sectores (Por ejemplo, OSINERGMIN, OEFA, OSIPTEL, INDECOPI) que se encargan de supervisar y fiscalizar que las actuaciones empresariales se adecúen a lo establecido en el marco sectorial, sin embargo para efectos de conductas que puedan afectar el proceso competitivo, sólo son reconocidas dos agencias de competencia: INDECOPI para el mercado en general y OSIPTEL para el mercado de telecomunicaciones. Esto se encuentra establecido en el artículo 17 del DL 1034.

²²² La regulación económica es un concepto que se utiliza como contraparte de lo que se conoce como regulación social. La regulación económica centra su objetivo en hacer cumplir las obligaciones jurídicas de las empresas privadas, con la finalidad de asegurar la satisfacción del interés general. Vid. ZEGARRA VALDIVIA, DIEGO (2009). *“La regulación como técnica de intervención administrativa”*. En Blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en la web: <http://blog.pucp.edu.pe/item/30045/la-regulacion-como-tecnica-de-intervencion-administrativa>

²²³ ARIÑO, GASPAR Y LÓPEZ DE CASTRO, LUCÍA. *“Derecho de la Competencia...”* Óp. Cit. pág. 7.

precios; en todo lo demás, lo conveniente era y es abrir vías y cauces a la libertad empresarial y crear incentivos –como hace el mercado- para una más eficiente gestión de las empresas” (negritas mías).

La implementación de estas medidas trae consigo la consecución de una serie de libertades que antes no detentaban los empresarios, como la libertad de contratación y formación competitiva de los precios, siendo ésta, uno de los últimos eslabones por alcanzar para la plena liberalización de un sector económico regulado. El traspaso del poder de decisión sobre la fijación en los precios del servicio, de la entidad reguladora a los empresarios, constituye una de las principales características de la *neoregulación*, cuya introducción ha sido tildada de indispensable tanto en Europa como en Latinoamérica, para la correcta inserción de un régimen competitivo en los sectores que históricamente han tenido un operador dominante o han sido sometidos a un régimen monopólico, ya sea estatal o privado.

Sin embargo, dichas libertades contractuales poseen límites naturales, que son inescindibles del mercado en concreto, por ejemplo en el caso del mercado eléctrico, donde los operadores se ven obligados a actuar por medio de entidades centralizadoras, quienes controlan el acceso a la infraestructura necesaria para prestar el servicio, en cuanto la imposibilidad de almacenar energía eléctrica en grandes cantidades, implica que la demanda del sector sea satisfecha en tiempo real, a cada momento.

Esto hace necesario la creación de un sistema con alta capacidad, que esté en posibilidad de ofrecer la energía suficiente como para acaparar toda la demanda nacional, además de una reserva para eventos fortuitos o inesperados. Sumado a ello, la inyección de energía en el sistema no permite distinguir ni su origen ni su destino, haciendo imposible el conocimiento de las cantidades entregadas y recibidas, lo cual dificulta el cumplimiento de los contratos bilaterales entre empresas proveedoras y distribuidoras²²⁴. Ello se soluciona asignando un operador que resuelva los problemas económicos que estas operaciones generan, actuando como un intermediario independiente que se encargue de

²²⁴ Para mayor información respecto a las características tecnológicas y económicas de la industria eléctrica, véase: DAMMERT, ALFREDO, GARCÍA, RAÚL & GALLARDO, JOSÉ. “*Reformas Estructurales en el Sector Eléctrico Peruano*”. Documento de Trabajo N° 5, Oficina de Estudios Económicos del OSINERG (Ahora actual OSINERGMIN).

centralizar todas las operaciones de provisión y distribución que se efectúen dentro del sector.

Que un operador independiente determine la programación factible y económica de la central y controle el balance entre la oferta y demanda en tiempo real, es una cualidad atribuible a un mercado organizado o *pool*, que no resulta incompatible con las libertades previamente mencionadas, sino que forman parte de una explotación técnicamente coordinada del sector, para la obtención de una seguridad en la correcta dispensación de la energía y la optimización de los procesos de distribución a usuarios finales.

Las condiciones inherentes del mercado eléctrico justifican, hasta cierto punto, el mantenimiento del este tipo de prácticas organizacionales, sin que por ello se pueda hablar de monopolización del mercado o control del sistema de energía eléctrica en una sola empresa.

Tal es el caso del mercado eléctrico peruano, donde el mercado mayorista de generación está sometido al COES (Comité de Operación Económica del Sistema) conformado por las empresas transmisoras y generadoras, que es por donde pasan todos los contratos bilaterales entre generadores y distribuidores, teniendo como principal función minimizar el costo de abastecimiento.

Es por esta razón que al interior del diseño del mercado mayorista eléctrico no se puedan hablar de “contratos bilaterales físicos”, aunque sí se pueda introducir el concepto de “contratos financieros” entre empresas de generación y transmisión. Según la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE), en su artículo 41, señala que el COES tiene la obligación de: a) planificar las operaciones del sistema interconectado; b) calcular los costes marginales del sistema eléctrico en el corto plazo; c) calcular la potencia y energía firme de un generador; d) garantizar a los integrantes la venta de su potencia contratada hasta el límite de su potencia firme.

Como puede apreciarse, la gama de funciones otorgadas al Comité es amplia, estableciendo incluso la independencia entre el cumplimiento de los “contratos financieros” y el despacho a mínimo costo del sistema, lo que alarga su poder de decisión al momento de sopesar uno y otro. Los ingresos que percibirán los generadores sobre la cantidad contractualmente pactada de suministro eléctrico se establecerá, en

principio, sobre el precio pactado en el contrato, y aquel margen de electricidad no usado, pero que sin embargo se puso a disposición del COES, será calculado en base a los costos marginales de la barra de entregas, costos instantáneos y energía retirada por sus clientes, configurando lo que se conoce como “contratos por diferencias”²²⁵.

No huelga decir, sin embargo, que ya se han alzado voces de crítica respecto a este tipo de organización sectorial que involucra la planificación conjunta de las instalaciones entre las empresas, sobretudo en los mercados europeos (Inglaterra y Gales) donde el mayor protagonismo de los contratos bilaterales ha sido sugerido. Esto tiene su justificación en lo que se conoce como “la reforma de la reforma”²²⁶, añadiendo a los programas de liberalización de sectores estratégicos, algunas medidas que ayudarán a reducir significativamente los precios y amainar la incertidumbre en el mercado.

Entre estos mecanismos, encontramos a los *New Electric Trading Arrangements* (NETA) que son instrumentos que no buscan “organizar” el mercado eléctrico, sino más bien brindarle herramientas para corregir los desequilibrios que puedan presentarse. Es así que el “*Balancing Mechanism*” y el “*Energy Imbalance Settlement*” existen para permitir la modificación de los flujos de oferta y demanda que se pactan en los contratos bilaterales y liquidar las diferencias entre lo efectivamente consumido y lo contratado. Dichos mecanismos, vale decirlo, no requieren la erradicación del ente centralizador, aunque sí buscan un mayor protagonismo de los demandantes de electricidad, que puedan entrar a influir en la formación del precio al que se vende en el *pool*. Gran parte de los consumidores obtiene su energía a través de intermediarios comercializadores, lo que encarece su distribución. Un mayor protagonismo de la demanda consistiría en que los consumidores

²²⁵ Tal como lo hemos anotado previamente, la energía eléctrica es difícil de almacenar en grandes cantidades a costos razonables y su depósito en un centro de almacenaje imposibilita distinguir la fuente que lo generó, por lo que las centrales de generación no tienen más remedio que vender todo su suministro a la entidad centralizadora. Esto genera que las cantidades que se esperan utilizar sean calculadas en base a proyecciones de oferta y demanda que finalmente no puedan ser ciertas. Ahí descansa la indispensabilidad de este tipo de entes.

²²⁶ CALERO, PEDRO (2000). “Regulación en el sector eléctrico. Evolución reciente y pautas para el futuro”. En: Boletín Económico de ICE, N° 2669, pág. 34.

puedan presentar ofertas sobre la cantidad que están dispuestos a adquirir a cada precio²²⁷.

No obstante ello, las eficiencias generadas por la organización coordinada del sector son prueba que también en el caso de mercados regulados, es necesario un nivel de cooperación entre empresas que facilite la entrega del producto/servicio o mejore la calidad en que éste llega al consumidor final. Si bien este tipo de prácticas también podrían cuestionarse –según lo señalado líneas arriba- su natural indispensabilidad no permite que sean evaluados desde el punto de vista del derecho de la competencia.

²²⁷ *Ibíd.* Pág. 31.

CONCLUSIONES

1. El actual marco normativo de libre competencia en el Perú ha establecido, en concordancia con lo dispuesto a nivel mundial, que la finalidad de la norma es fomentar el proceso competitivo, a fin de que se incentive a las empresas a prestar mejores servicios o elaborar mejores productos. Esto tiene a su vez un fin ulterior, que es el bienestar general del consumidor, quien es, finalmente, el destinatario de dichos productos o servicios.

La norma se ha encargado de establecer que el bienestar de los consumidores está relacionado directamente con la eficiencia que alcance el mercado en cuestión, tanto productiva como asignativa. Dicha eficiencia puede ser alcanzada de diversas formas, incluso a través de colaboraciones entre agentes económicos que participen en el mismo mercado o en algún mercado conexo.

2. El desarrollo tecnológico, logístico y organizacional que deben mantener las empresas a fin de competir vigorosamente en un mercado cada día más globalizado, las obliga a buscar alternativas con las cuales hacer frente a una progresiva exigencia de parte de la sociedad civil. Entre dichas alternativas, se encuentran los convenios o acuerdos de colaboración empresarial, que pueden ser usados como herramientas jurídico-económicas para maximizar el rendimiento de las empresas en conjunto sobre aspectos específicos que interesan a quienes componen el acuerdo. Dichas cooperaciones se encuentran, en muchos casos, bajo sospecha de ser meros medios para alcanzar acuerdos anticompetitivos que

terminen otorgándole ventajas a las empresas que los ponen en práctica.

En vista de ello, se deben ejecutar análisis técnico-económicos que puedan echar luces sobre los pros y contras que encierran este tipo de acuerdos, bajo un marco que premie el aumento de la eficiencia en el mercado en sus dos vertientes: asignativa y productiva. En muchos casos, se pueden identificar algunos tipos de acuerdos que han probado ser de utilidad para mejorar las condiciones en que se fabrica un producto o se presta un servicio, los cuales han sido sujetos a revisión y estudio en el presente trabajo.

3. Existen ciertos sectores de mercado en los que se hace necesaria una estrecha cooperación entre las empresas que lo componen, toda vez que las características especiales que informan a estos mercados hacen que sólo sea posible operar en ellos a través de alianzas entre empresas o contratos que otorgan exclusividad u otro tipo de condiciones favorables. Es el caso del mercado de distribución en tiendas por departamento o supermercados, donde se pueden corroborar la existencia de contratos de exclusividad (*exclusive dealings*), pago por entrada de productos (*slotting allowances*) y manejo de categoría de productos (*category management*), los cuales han sido objeto de estudio y hasta rechazo por algunas agencias de competencia alrededor del mundo (en especial la FTC norteamericana).

De la misma forma, en el caso de los mercados de alta tecnología, debido al alto grado de obsolescencia que padecen sus productos, se ha tornado necesario crear alianzas entre competidores respecto a los activos intangibles más importantes en esta clase de industrias, es decir, los derechos de propiedad intelectual. Es así que se han vuelto usuales, las prácticas de licenciamiento de patentes cruzadas y *pools* que reúnen varios derechos de patente que son ofertadas a empresas del mismo sector y sectores conexos en forma de paquetes, a fin de facilitar su uso a cambio del pago de regalías. Dichas prácticas también han sido observadas y cuestionadas por considerarse peligrosas para mercados tan concentrados como los de alta tecnología (piénsese en los mercados de farmacéuticos o de telecomunicaciones).

No obstante, los estudios realizados acerca de este tipo de prácticas, también han reconocido que bajo ciertas circunstancias y condiciones, estos contratos pueden mejorar de manera importante el servicio ofrecido al consumidor o facilitar la creación de nuevos productos, por lo que se ha llegado hasta a promover su estandarización a través de una regulación benigna que otorga exenciones en bloque o individuales a estos contratos, dándoles una carta de legitimidad, a fin que las empresas se atrevan a contratar bajo estos esquemas sin miedo a que las agencias de competencia los persigan y sancionen posteriormente.

4. Existen, por otro lado, acuerdos que superan la valla de mera colaboración empresarial temporal, para pasar a ser acuerdos estables donde existe una permanente colaboración y retroalimentación entre un grupo de empresas, que incluso llegan a tomar decisiones de producción, fijación de precios, estandarización de calidad y/o especialización de manera conjunta.

Este tipo de acuerdos se diferencian de los anteriores en que tienden a crear alianzas que perduran en el tiempo y se vuelven indispensables para las empresas que forman parte de las mismas, ya sea porque son esenciales para el mantenimiento de su posición en el mercado o incluso para su supervivencia dentro del mismo (caso de las conferencias marítimas o consorcios marítimos)²²⁸, o porque sólo a través de dichos acuerdos se pueden llegar a alcanzar las eficiencias productivas que hagan a un grupo industrial competitivo en un entorno libre de trabas arancelarias y globalizado (caso de los clúster).

Al respecto, este tipo de acuerdos también han sido objeto de estudio y análisis por parte de algunas agencias de competencia, las cuales han deducido que –mal concebidos– podrían dar lugar a

²²⁸ El lector podría no estar de acuerdo en el tema de la indispensabilidad de las conferencias marítimas en el mercado de línea regular de transporte marítimo, cuyo privilegio ha sido retirado ya en la Comunidad Europea, sin embargo, de concentrarnos en nuestro país, podríamos encontrar que la idea de establecer una legislación flexible sobre las mismas podría ayudar a levantar nuestra alicaída Marina Mercante y reforzar su competitividad frente a líneas navieras extranjeras. Sobre el particular, véase: INSTITUTO DE ESTUDIOS HISTÓRICO MARÍTIMO DEL PERÚ (2012). “*Separata de Enseñanza sobre Comercio Marítimo*”. Comisión de Estudios Estratégicos Marítimos., págs. 6-8. Disponible en la web: http://www.iehmp.org.pe/pages/qotrasp/Comercio_Maritimo.pdf

cárteles desnudos que sólo encubren prácticas restrictivas que aumentan indebidamente sus ganancias en detrimento de los consumidores.

Sin embargo, también se ha encontrado que dichos acuerdos se dan como una forma de contrarrestar las especiales condiciones que reviste un mercado en concreto o como una fase inherente al proceso evolutivo de una industria que pretende ser competitiva frente a sus pares nacionales o extranjeros. En ese sentido, se consideran justificados estos acuerdos cuando sus efectos positivos superan a los negativos, creando la convicción que los comportamientos colusivos se encuentran validados por el fin ulterior que se consigue a través de los mismos, llámese: aumento en la capacidad productiva de las empresas, reducción de los precios, mejor calidad del servicio o producto, celeridad y expansión en la distribución y reparto del producto a zonas desabastecidas, aumento de la variedad e innovación de productos, etc.

5. Actualmente, en el Perú, la normativa de competencia mantiene una posición relativamente abierta a la aceptación de este tipo de acuerdos, en cuanto establece de manera explícita que, a pesar de que algunas conductas consideradas graves están sometidos a la regla de prohibición absoluta, no serán castigadas por la Comisión de Libre Competencia siempre que sean acuerdos “accesorios” o “complementarios” de otro acuerdo principal lícito.

En nuestra consideración, la redacción de la salvedad que hace la normativa peruana no es lo suficientemente certera –en cuanto su simplicidad podría ser malinterpretada por los actores de la ley– considerando que sería mejor adoptar una redacción como la establecida en la normativa de la Unión Europea²²⁹, la cual dedica

²²⁹ **Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE)**

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:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

un artículo aparte al tema de las conductas sujetas a exención o que pueden ser consideradas como prácticas restrictivas que causan un impacto positivo en el mercado, sin necesariamente ligarlas a que sean acuerdos “accesorios” o “complementarios”.

6. En ese sentido, bajo la actual redacción de la ley de competencia sería impensada la autorización de acuerdos de fijación de precios o condiciones de contratación comerciales a un nivel horizontal, que sean en sí mismas beneficiosas para el proceso competitivo. Por ello, es posible que algunas de las conductas mencionadas en el presente trabajo sean calificadas como anticompetitivas, cuando no lo son. O que aquellas conductas que han sido calificadas como *per se* anticompetitivas por las agencias de competencia en el mundo, sin ser la nuestra una excepción²³⁰, mantengan el estigma de ser restrictivas cuando ya se han descubierto razones para creer que podrían beneficiar el proceso competitivo.

(...)

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
 - _ cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
 - _ cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
 - _ cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

²³⁰ Véase: Caso *Asociación Unificada de Transportistas Interprovincial en Camionetas Rurales (AUTICAR) & Asociación Regional de Transportistas Interprovinciales en Camionetas Rurales (ARETICAR) vs. Comisión*. Resolución N° 017-2013/CLC-INDECOPI del 19 de marzo del 2013. Disponible aquí: http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RES_017_2013_CLC/Res017-2013.pdf

En dicha resolución se castiga la fijación de precios entre empresas de transporte interprovincial en las rutas Puno - Juliaca, Sin embargo, en el punto 79 se menciona que el alza de precios sólo se percibió en dos de los terminales que existían en la ciudad (en otros dos se mantuvo como estaba), lo que hace cuestionarse si se tomó en cuenta la doctrina de las restricciones accesorias al momento de dictarse la resolución o se castigó la conducta de manera directa a través de la prohibición absoluta.

Es el caso de la fijación de precios de reventa entre distribuidores minoristas, que ha sido una práctica largamente prohibida tanto en Europa como en Estados Unidos, pero que sin embargo ha adoptado una nueva óptica en la actual doctrina del derecho de la competencia a raíz del asunto *Leegin*²³¹ donde se dejó establecido que los precios de reventa se establecen en un mercado *inter marca* con la finalidad de:

“Dar a los minoristas un margen suficiente como para proporcionar a sus clientes el servicio inherente a su estrategia de distribución.”

En ese mismo sentido, ORTEGA menciona que *“es un hecho confirmado que la competencia entre productos o servicios no se centra exclusivamente en los precios de éstos. Según el tipo de productos de que se trate, el precio es sólo uno de los elementos que el consumidor toma en consideración junto con otros tan relevantes como la posibilidad de examinar o probar el producto, la amplitud de stock de productos así como su estabilidad, localización y horarios de los minoristas o tiendas que lo distribuyen o la preparación y disponibilidad del personal de las tiendas”*²³².

En consecuencia, el análisis de conductas en el mercado siempre debería estar sujeto a un análisis pormenorizado que vislumbre los beneficios que algún acuerdo pueda generar en el mercado. En atención a ello, consideramos que es mejor manejar un artículo que sirva como salvavidas directo de esta clase de acuerdos, en cuanto la aplicación severa de la legislación de competencia podría traer consigo –según lo expuesto en el presente trabajo– más daños irreversibles de los que tomamos en cuenta y evitar la ganancia de eficiencia productiva y asignativa vital para el desarrollo de proveedores y para el bienestar de consumidores.

²³¹ Caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. vs. PSKS, Inc.* (551 US), sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América del 28 de junio del 2007. Disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/>

²³² ORTEGA BUENO, RAIMUNDO (2008). *“Breve análisis de la fijación de precios mínimos de reventa a propósito de los asuntos KOIPE y LEEGIN”*. En ORTIZ BLANCO, LUIS; COHEN, SIMÓN & SEQUEROS, ADRIANA (Coordinadores). *“Derecho de la Competencia europeo y español: curso de iniciación”*, Vol. 8, pág. 31.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- AREEDA, PHILLIP & KAPLOW, LOUIS. *“Antitrust Analysis”*. Boston, Aspen Publishers, 4ta. Edición, 1988.
- ARIÑO, GASPAR y LÓPEZ DE CASTRO, LUCÍA. *“Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político”*. Granada, Editorial Comares, 2001.
- BECATTINI, GIACOMO & BELLANDI, MARCO. *“A Handbook of Industrial Districts”*. Gran Bretaña, Edward Elgar Publishing Inc., 2009.
- BELLAMY, CHRISTOPHER & CHILD, GRAHAM. *“Derecho de la Competencia en el Mercado Común”*. Edición en español a cargo de ENRIC PICAÑOL. Madrid, Editorial Civitas, 1992.
- BENEYTO, JOSÉ MARÍA (compilador) *“Tratado de Derecho de la Competencia”*. Barcelona, Editorial Bosch, 2005.
- BENEYTO, JOSÉ MARÍA (Director) y MAILLO, JERÓNIMO (Coordinador). *“El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia”*. Barcelona, Editorial Bosch, 2002.
- BORK, ROBERT. *“The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself”*. Nueva York, Free Press, 1983.

- BULLARD, ALFREDO. *“Derecho y Economía. El análisis jurídico de las instituciones legales”* Lima, Palestra Editores, 2da. edición, 2006.
- CABANELLAS, GUILLERMO. *“Contratos de Colaboración Empresaria. Agrupaciones de Colaboración, Uniones Transitorias de Empresas y Joint Ventures”*. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2007.
- CONRATH, CRAIG. *“Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition”*. Washington D.C. Sin editorial, 1995.
- DE LA ROSA, FERNANDO. *“El joint venture en el comercio internacional”*. Granada, Editorial Comares, 1999.
- ETCHEVERRY, RAÚL. *“Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios”*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.
- FEDERICO PACE, LORENZO. *“Derecho Europeo de la Competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación”*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- FERNÁNDEZ-LERGA, CARLOS. *“Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España”*. Navarra, Editorial Aranzadi, 1994.
- FONT GALÁN, JUAN IGNACIO & PINO ABAD, MANUEL (coordinadores) *“Estudios de Derecho de la Competencia”*. Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GARRIGUES, JOAQUÍN. *“La defensa de la competencia mercantil”*, Madrid, Sociedad de estudios y publicaciones, 1964.
- GUARDIOLA, ENRIQUE. *“Contratos de colaboración en el comercio internacional”*. Barcelona Editorial Bosch, 2da. Edición, 2004.
- KURAMOTO, JUANA. *“El clúster pesquero de Chimbote: Acción conjunta limitada y la tragedia de los recursos colectivos”*. Lima, Biblioteca GRADE (Grupo de Análisis para el Desarrollo), 2005.
- MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO y PETITBÓ, AMADEO (Directores). *“Modernización del Derecho de la Competencia en España y la*

- Unión Europea*”, Madrid, Fundación Rafael Del Pino, Marcial Pons, 2005.
- NORR, KNUT. *Die Leiden des Privatrechts*. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994.
- ORTIZ BLANCO, LUIS. *“Las conferencias marítimas frente al derecho antitrust de la Comunidad Europea. Crítica de una paradoja jurídica”*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- ORTIZ BLANCO, LUIS; COHEN, SIMÓN & SEQUEROS, ADRIANA (Coordinadores). *“Derecho de la Competencia europeo y español: curso de iniciación”*, Vol. 8, 2008.
- ROMAN SAAVEDRA, JORGE. *“Aspectos Jurídicos y Económicos del delito de abuso de posición económica”*. Tesis para obtener el título profesional de abogado (pro-manuscripto). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2004.
- SMITH, ADAM. *“An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations”*. Londres, W. Strahan & T. Cadell, 1776.
- TORRES LÓPEZ, JUAN. *“Análisis Económico del Derecho”*. Madrid, Editorial Tecnos, 1987.
- VILLARÁN, FERNANDO. *“El mundo de la pequeña empresa”*. Editado a cargo de Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y Consorcio de Organizaciones Privadas de Promoción al Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (COPEME), 2007.
- WANG, HAN. *“Hi-Tech Industrial Cluster in China. Based on the case of Zhongguancun Science Park”*. Tesis para obtener el máster en Planeamiento espacial y desarrollo regional europeo, Blekinge Institute of Technology, 2010.
- WISH, RICHARD. *“Competition Law”*. Gran Bretaña, Bath Press, 4ta. Edición, 2003.

Artículos, Documentos de Trabajo, Publicaciones Institucionales y Notas Académicas:

ABBOTT, ALDEN & WRIGHT JOSHUA. *“Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing”*. En George Mason University Law and Economics Research Papers, 2009.

BACA CALDERÓN, MARCO & SAAVEDRA PALACIOS, HERMES. *“Competencia de INDECOPI para conocer barreras burocráticas que limitan la inversión de servicios públicos y la inversión en obras públicas”*. En Revista de estudiantes ITA IUS ESTO N°3, Universidad de Piura, 2012.

BORK, ROBERT. *“The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division”*. En Yale Law Journal, Volumen 75 N° 3, Universidad de Yale, 1966.

BORK, ROBERT. *“Ancillary Restraints and the Sherman Act.”* En Antitrust Law Section of the American Bar Association, 1959.

CALERO, PEDRO. *“Regulación en el sector eléctrico. Evolución reciente y pautas para el futuro”*. En Boletín Económico de ICE, N° 2669, 2000.

COMISIÓN EUROPEA. IV Informe Anual sobre las Políticas de Competencia de abril de 1975.

COMISIÓN EUROPEA. V Informe Anual sobre las Políticas de Competencia de abril de 1977.

COMISIÓN EUROPEA. VII Informe Anual sobre las Políticas de Competencia de abril de 1978.

COMISIÓN EUROPEA. *“European Community Guidelines on Vertical Restraints”*, 2010.

CORTÁZAR, JAVIER. *“Decisión 608 de la Comunidad Andina: Un paso adelante para el Sistema Antimonopolios de la Región”*. En Revista de Derecho de la Competencia de la Universidad Javeriana, N° 02, Vol. 2, 2008.

- CREIGHTON, SUSAN. “*Cheap Exclusion*”. *Antitrust Law Journal* N° 72, 2005.
- DAMMERT, ALFREDO, GARCÍA, RAÚL & GALLARDO, JOSÉ. “*Reformas Estructurales en el Sector Eléctrico Peruano*”. Documento de Trabajo N° 5, Oficina de Estudios Económicos del OSINERGMIN, 2005.
- DEQUIEDT, VIANNEY & VERSAEVEL, BRUNO. “*Patent Pools and Dynamic R & D Incentives*”. *Documents de Travail Working Paper* N° 07, 2012.
- DEZA SANDOVAL, TOMMY. “*Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de conductas anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia Europea*”. En *Revista de Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual* N° 09, 2009.
- ESTEPA MONTERO, MANUEL. “*Las conferencias marítimas en el ámbito de la Unión Europea: el final de una exención a la libre competencia*”. En *Anuario Jurídico Económico Escorialense*, XLIII, 2010.
- FALLA, ALEJANDRO & DRAGO, MARIO. “*Unas de cal y otras de arena: aplicación de la ley de competencia durante el 2011*”. En *Revista IUS ET VERITAS*, edición N° 44, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
- FEAR, JEFFREY. “*Cartels and Competition: Neither markets nor hierarchies*”. Harvard Business School, Universidad de Harvard, 2006.
- FEDERAL TRADE COMMISSION & THE DEPARTMENT OF JUSTICE, “*Antitrust Guideline for the Licensing of Intellectual Property*”, (1995).
- FEDERAL TRADE COMMISSION STAFF STUDY. “*Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories*”, 2003.

- FEDERAL TRADE COMMISSION STAFF STUDY. *“Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry”*, 2001.
- FEDERAL TRADE COMMISSION & U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *“Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors”*, 2000.
- GUTIÉRREZ, WALTER. *“El contrato de consorcio”*. En *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I Gaceta Jurídica, 2008.
- HOVENKAMP, HERBERT. *“Implementing Antitrust Welfare Goals”*. University of Iowa, College of Law Legal Studies Research Paper, 2013.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS HISTÓRICO MARÍTIMO DEL PERÚ. *“Separata de Enseñanza sobre Comercio Marítimo”*. Comisión de Estudios Estratégicos Marítimos, 2012.
- LANG, JOSEPHINE. *“Cluster Competitiveness: The Six Negative Forces”*. En *“Journal of Business and Management”*, Vol. 15 N° 1, 2009.
- LORDEN, BRADLEY. *“Category Management: The Antitrust Implications in the United States and Europe”*. Loyola Consumer Law Review N° 541, Universidad de Loyola, 2011.
- MONTT RETTIG, PAULO. *“Validez de la cláusulas de no competir”*. En *Revista de Derecho Económico de la Universidad de Chile*. Edición N° 75.
- NACIONES UNIDAS. *Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas*. Nueva York, 1975
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *“Competition Policy in Liner Shipping. Final Report”*, 2002.
- PAGE, WILLIAM. *“The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury and Evidentiary Sufficiency”*. En *Virginia Law Review*, Volumen 75 N° 7, Universidad de Virginia, 2009.

- PASCUAL Y VICENTE, JULIO. “*Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia*”. En Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. N° 205, 2000.
- PASCUAL Y VICENTE, JULIO. “*Fundamentos del Derecho de la Competencia en una economía de mercado*”. Notas tomadas del Curso de Derecho de la Competencia de Wolters Kluwer Formación (pro-manuscripto), 2013.
- PAU PEDRÓN, ANTONIO. “*Las agrupación europea de interés económico, entre la cooperación y la concentración empresarial*”. En Boletín del Círculo Empresario N° 43, 1988.
- PEÑA ROMERO, KAREN. “*Los pactos restrictivos en el derecho europeo de la competencia*”. En Revista de Estudiantes ITA IUS ESTO, N° 06, Universidad de Piura, 2012.
- PORTER, MICHAEL. “*Clusters and the New Economics of Competition*”. Harvard Business Review, Universidad de Harvard, 1998.
- POSNER, RICHARD. “*The Next Step In The Antitrust Treatment on Restricted Distribution: The Per Se Legality*”. En University of Chicago Law Review N° 6, Universidad de Chicago, 1981.
- QUINTANA, EDUARDO. “*El objetivo de la Ley de Competencia Peruana y la interpretación de las conductas prohibidas*”. En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, edición N° 12, 2011
- SALES PALLARÉS, LORENA. “*Las Conferencias y los Consorcios Marítimos en el Marco Comunitario*”. En Derecho & Opinión N° 6, 1998.
- SECRETARIA DE LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. “*Level and Structure of freight rates, conference, practices and adequacy of shipping services*”. Documento de las Naciones Unidas TD/B/C. 4/30/Rev., 1969.
- SHAPIRO, CARL. “*Antitrust Limits to Patent Settlements*”. RAND Journal of Economics, N° 2, Vol. 34, 2001.

- SHAPIRO, CARL (2001). *“Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools and Standard-Setting”*. Haas School of Business, Universidad de Berkeley, 2001.
- SUDHIR, K. & VITALA, RAO. *“Are slotting allowances efficiency-enhancing or anti-competitive?”* Journal of Marketing Research, Universidad de Yale, 2005.
- TIOLE, JEAN & LERNER, JOSH. *“Efficient Patent Pools”*. En Harvard Business School, Universidad de Harvard, 2002.
- YBAR, MARIO. *“De qué hablamos, cuando hablamos de competencia”*. 2009.
- WERDEN, GREGORY. *“The Ancillary Restraints Doctrine”*. En Antitrust Law Section of the American Bar Association, 2006.
- WERDEN, GREGORY. *“Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview”*. Antitrust Law Journal of the University of Berkeley, Vol. 66, Universidad de Berkeley, 1998.
- WRIGHT, JOSHUA. *“Antitrust Law and Competition for Distribution”*. Yale Journal on Regulation, N° 2, Vol. 23, Universidad de Yale, 2006.
- WRIGHT, JOSHUA. *“Antitrust Analysis of Category Management: Conwood vs. United States Tobacco Co.”*, George Mason University – Law and Economics Research Papers, 2009.
- ZEGARRA MULÁNOVICH, ÁLVARO. *“Notas de Contratos Mercantiles”*. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (pro-manuscripto) versión de setiembre del 2011.
- ZEGARRA VALDIVIA, DIEGO. *“La regulación como técnica de intervención administrativa”*. En Blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

Jurisprudencia:

Nacionales:

Caso *Motta Wendell vs. PROQUINSA*. Resolución N° 070-96/CLC-INDECOPI del 17 de setiembre de 1996.

Caso *Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.* Resolución N° 206-97-TDC de fecha 13 de agosto de 1997.

Caso *Intradevco S.A. vs. Reckitt & Colman del Perú S.A.* Resolución N° 003-98/CLC-INDECOPI del 26 de agosto de 1998.

Asociación Peruana de Empresas de Seguros vs. Comisión. Resolución 224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio del 2003.

Caso *Asociación de Agencias de Turismo del Cusco vs. Consorcio de Servicios de Transporte Machu Picchu S.A.C.* Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de setiembre del 2007.

Caso *Group Multipurpose S.R.L. y Dispra S.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A.* Resolución N° 005-2008/CLC-INDECOPI del 22 de febrero del 2008.

Caso *Arcos Dorados de Perú S.A. contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A. y otros*. Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre del 2011.

Caso *Sociedad Nacional de Industrias vs. Importadores de vino*. Resolución N° 002-2013/ST-CLC-INDECOPI del 04 de marzo del 2013.

Asociación Unificada de Transportistas Interprovincial en Camionetas Rurales (AUTICAR) & Asociación Regional de Transportistas Interprovinciales en Camionetas Rurales (ARETICAR) vs. Comisión. Resolución N° 017-2013/CLC-INDECOPI del 19 de marzo del 2013

Internacionales:

United States v. Addyston Pipe & Steel Corporation. (175 U.S. 211) del 4 de diciembre de 1899.

United States v. Aluminium Co. of America. (377 U.S. 271) del 12 de marzo de 1945.

Morton Salt vs United States of America. (338. U.S. 662) del 6 de febrero de 1950.

Christiani & Nielsen vs. Comission. Asunto IV/22548 del 19 de junio de 1969.

Caso Kodak vs. Comission. Asunto IV/24055 del 30 de junio 1970.

United States v. Imperial Chemical Industries Ltd. (105. F. Supp. 102) del 22 de marzo de 1972.

Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comission. C 48-69 del 14 de agosto de 1972.

IFTRA Glass Containers vs. Commission. L-160/1, sentencia del 15 de mayo de 1974.

Centrafarm BV & Adriaan De Peijper vs. Sterling Drug Inc. Asunto 15-74, sentencia del 31 de octubre de 1974.

Frubo vs. Comission. Asunto C-71/74, sentencia del 15 de mayo de 1975.

Continental T.V., vs. GTE Sylvania. (433 U.S. 36) del 23 de junio de 1977.

COBELPA/VNP vs. Comission. L-242/10, sentencia del 08 de septiembre de 1977

Vegetable Parchment vs. Comission. L-70/54, sentencia del 23 de diciembre de 1977.

Heintz van Landewyck vs. Comisión. Asunto 209/78, sentencia del 29 de octubre de 1980.

Pioneer vs. Comisión. Asunto C-103/80, sentencia de 07 de junio de 1983.

Hasselblad vs. Comisión, Asunto 86/82 sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 21 de febrero de 1984.

Copperweld Corporation. Vs. Independence Tube Corporation. (467 U.S. 752) del 19 de junio de 1984.

Zinc Producer Group vs. Commission. L-220/27, sentencia del 06 de Agosto de 1984.

Rothery Storage & Van Co. vs. Atlas Van Lines, Inc., (792 F.2d 210) del 3 de junio de 1986.

Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA. vs. Comisión. Asunto 277/87, sentencia del 11 de enero de 1990.

Petrofina vs. Comisión, Asunto T-2/89, sentencia del 24 de octubre de 1991.

Rhone Poulenc S.A. vs. Comisión, Asunto T-1/89, sentencia del 24 de octubre de 1991.

TAA (Trans-Atlantic Agreement) vs. Commission. L-376/1, sentencia del 19 de octubre de 1994.

Tréfileurope Sales S.A.R.L. vs. Comisión, Asunto T-141/89, sentencia del 6 de abril de 1995.

Anic Partecipazioni SpA vs. Comisión, Asunto C-49/92, sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 8 de julio de 1999.

Conwood Company vs United States Tobacco Company. (290 F.3d 768) del 15 de mayo del 2002.

Leegin Creative Leather Products, Inc. vs. PSKS, Inc. (U.S. 551),
sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos del 28 de junio
de 2007.