

Por:
Miguel
Eduardo
Sotomayor Flores*

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

Resumen

La vertiginosidad con la que se dan cambios en la industria de hoy, aunado a la aparición de una masa de consumidores más exigente, ha generado que las empresas busquen aliarse y cooperar con la intención de superar sus falencias técnicas, financieras, organizativas y/o estructurales. La mayoría de veces, estas alianzas incluyen acuerdos o cláusulas que podrían considerarse anticompetitivas, al tratarse de prácticas comerciales castigadas como prohibiciones per se. Sin embargo, el tiempo ha probado que muchas de estas prácticas son benignas e incluso procompetitivas, lo que obliga a que las agencias de competencia sean más flexibles en sus análisis, evitando sesgos ideológicos, a fin de promover colaboraciones positivas para el mercado. En el presente trabajo, en base a un análisis más profundo del razonamiento económico detrás de algunas prácticas comerciales y el estudio de la doctrina y jurisprudencia comparada, describimos algunos comportamientos, en ciertos nichos de mercado, que resultan eficientes y beneficiosos para los consumidores. En base a eso, concluimos que no sólo debe permitirse este tipo de conductas, sino incluso promoverse a nivel institucional.

Palabras clave: competencia; restricciones; contratos; colaboración; eficiencia

Abstract

The vertiginous changes taking place in the industry, alongside the appearance of a much more demanding consumer, had created the necessity for corporations to establish alliances in order to overcome their lack on technical, financial, organizational or structural capabilities. Most of the times, these alliances include an agreement or clause that could be deemed to be anticompetitive or signaled as a per se prohibition. Nevertheless, time has proved that these agreements are usually harmless and even able to be procompetitive, forcing competition agencies to be more flexible in their analysis, avoiding ideological bias, thus promoting positive collaborations for the market. In this article, we describe collusive behavior, specifically on technological and retail markets, that is efficient and has positive con-

* Abogado por la Universidad de Piura. Correo electrónico: miguel.sotomayor.udep@gmail.com

sequences on the welfare of consumers. We intend to understand the economic reasons behind and study the foreign jurisprudence that addresses them. That on mind, we conclude that we should not only allow these type of alliances, but encourage them through the government.

Keys word: competition; restraints; contracts, joint ventures; efficiency.

Sumario

I. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA PRIVADA EN EL MERCADO. 1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. SOBRE SU FINALIDAD E IMPORTANCIA . 2. LA REGULACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA COMPETENCIA EN EL PERÚ. A) Tipos de restricciones a la competencia. B) Sobre las restricciones accesorias (ancillary restraints). **II. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL Y LA VALIDEZ DE CLÁUSULAS RESTRICTIVAS.** 1. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS Y DE AGRUPACIÓN: SU POTENCIALIDAD PRO Y ANTI COMPETITIVA. A) Contratos de joint venture: características, objetivos, fortalezas y debilidades. B) Otros contratos asociativos: los contratos de agrupación. 2. LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS: DE SU VALIDEZ Y CONVENIENCIA EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL. A) Cláusulas restrictivas en los mercados de distribución de productos o servicios. a) Los pagos por entrada de productos (slotting allowances). b) Las cláusulas de exclusividad (exclusive dealing). B) Cláusulas restrictivas en los mercados de alta tecnología. a) Los contratos de licencia de patente (patent pools). 3. EL CASO DE LAS EFICIENCIAS DERIVADAS DE CARTELES. A) Las conferencias marítimas. **III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA**

I. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA PRIVADA EN EL MERCADO

1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. SOBRE SU FINALIDAD E IMPORTANCIA

El Derecho de la competencia ha cobrado un protagonismo inusitado en la región durante las últimas décadas¹, encausado a través de reformas legislativas que promueven una mayor libertad empresarial y apertura comercial al exterior, siendo

¹ En las últimas décadas, varios países latinos han actualizado o creado leyes de competencia como: 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.

parte esencial del modelo económico liberal al repeler toda concentración de poder y/o administrativización de decisiones empresariales.

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”².

Ahora bien, para que exista un ambiente competitivo es necesario que, a nivel gubernamental, se desarrolle una serie de Políticas de Competencia a fin que favorezcan el mantenimiento de un mercado saludable, lo que implica que se tenga un concepto claro del objetivo o finalidad que se persigue con dichas políticas públicas. De lo contrario, se correría el riesgo de que las resoluciones y decisiones sean arbitrarias, al no estar sujetas a una línea de dirección establecida. En ese sentido, “*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*”³.

Los fines perseguidos por las Políticas de Competencia no siempre han sido uniformes, sino que han sufrido un cambio de perspectiva a lo largo de su historia. De hecho, En Estados Unidos, país pionero en la materia, es muy conocida la decisión judicial en el caso United States of America vs. Aluminium Company of America (ALCOA)⁴, donde el juez LEARNED HAND señaló lo siguiente:

“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

² 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

³ YBAR, Mario. “De qué hablamos, cuando hablamos de competencia”. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. Artículo disponible sólo para descarga personal.

⁴ United States v. Aluminium Company of America. 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) Sentencia del 12 de marzo de 1945.

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".⁵

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 entre monopolios "buenos" o "malos" aunque los efectos de uno y otro en el mercado resultaban, paradójicamente, contrarios.

Posteriormente, a través de los aportes de economistas de la Universidad de Chicago como Richard POSNER⁶ y Robert BORK se empezaron a cuestionar las concepciones formalistas previamente descritas creándose nuevos paradigmas a través de los cuales debían analizarse las prácticas comerciales de las empresas, a fin de que no se desincentiven conductas que puedan traer un resultado positivo para el bienestar de los consumidores.

Básicamente, los cuestionamientos estuvieron dirigidos al objetivo que cumplía la normativa y políticas de competencia, el cual debía ser la maximización del bienestar del consumidor, es decir, eficiencia económica que nos lleve a un nivel de mayor riqueza y no la distribución de dicha riqueza o la consecución de objetivos de índole no económica⁷.

La literatura económica de aquellos años floreció rápidamente, trasladándose de las discusiones doctrinales a las decisiones judiciales⁸ rompiendo con la visión formalista de analizar algunas prácticas empresariales, predominante hasta aquél tiempo. 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"*.⁹

⁵ Véase: 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

⁶ Con su ensayo titulado "The Rule of Reason and The Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision" el autor sostuvo que la regla de prohibición per se debía ser abandonada o al menos puesta en duda por traer consigo un alto riesgo de error en su aplicación, siendo aplicable la rule o reason a las prácticas comerciales restrictivas.

⁷ BORK, Robert (1983). "The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself". Nueva York, Free Press, pág. 427.

⁸ 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.

⁹ ARRUÑADA, Benito (2002). "Economía y Derecho en la Nueva Política Comunitaria de Com-

Actualmente esta tendencia es global, buscando la despolitización de la normativa de defensa de la competencia a fin 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 normativa de competencia.¹⁰

2. LA REGULACIÓN DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN EL PERÚ.

Actualmente en el Perú se encuentra vigente el Decreto Legislativo N° 1034, recientemente modificado por el Decreto Legislativo 1205, Ley sobre la Represión de Conductas Anticompetitivas y la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones a la cual pertenece nuestro país. En ambas normas, se deja explícitamente establecido el objetivo que persiguen, el mismo que se condice con lo estipulado tanto a nivel europeo como norteamericano¹¹.

La redacción de ambas normas es afortunada, porque los artículos que definen su objetivo están al inicio y se mencionan específicamente a los consumidores como receptores finales y centrales del beneficio que acarree la ley.

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”.

El hecho que en ambos artículos se enlace el concepto de “eficiencia económica” con el de “bienestar del consumidor” nos grafica la relación directamente proporcional que existe entre ambos.

petencia”. En BENEYTO, José María (Director) Y MAILLO, Jerónimo (Coordinador). “El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia”. Barcelona, Editorial Bosch, pág.134.

¹⁰ MONTI, Giorgio. “EC Competition Law”. Cambridge. Cambridge University Press. Citado por QUINTANA, Eduardo en “El objetivo de la Ley de Competencia Peruana y la interpretación de las conductas prohibidas”, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, edición N° 12, pág.30.

¹¹ Dicha semejanza no es gratuita, se debe al convenio de cooperación celebrado entre la Comunidad Europea y la Secretaría General de la CAN 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).

Además, la inclusión explícita de este objetivo en la norma, reafirma la convicción que, en todos los casos, los criterios bajo los cuales se determina si una práctica comercial es anticompetitiva deben considerar la incidencia que dichas prácticas tienen sobre la vida económica y bienestar general de los consumidores, ya sea en el corto, mediano o largo plazo.

A) *Tipos de restricciones a la competencia*

La implementación de Políticas de Competencia implica la fiscalización, represión y punición de conductas que puedan llevar directa o indirectamente a la restricción de la competencia entre las empresas. En doctrina, se suele hablar de tres tipos de prácticas: el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias de tipo horizontal y vertical; siendo éstas últimas las más peligrosas ya que “*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.*”¹²

En los artículos 11 y 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA en adelante) peruana, se definen las prácticas colusorias horizontales y verticales como “*los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos (...) que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia*”. La diferencia radica en el nivel de la cadena de producción en que se dan.

Se ha escrito mucho sobre la delimitación entre los conceptos de acuerdo, decisión, recomendación y práctica concertada,¹³ y dado que no es parte de este trabajo detallar esas diferencias, sólo basta decir que la normativa peruana reconoce, a través de la redacción explícita de todos los tipos de conductas mencionados, que la forma de actuar de las empresas se ha sofisticado con el pasar del tiempo, por lo que engloba todas las formas de comportamientos colusivos que existen.

Ahora bien, estos comportamientos son castigados siempre que tengan un objeto o efecto anticompetitivo. En primer lugar, es preciso señalar que dicha enunciación debe ser tomada como una disyuntiva, es decir que si se prueba que hay un objeto anticompetitivo, no es necesario analizar si hay un efecto anticompetitivo.

¹² 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.

¹³ Para el lector interesado, véase: BELLAMY, Christopher & CHILD, Graham (1992). “Derecho de la Competencia en el Mercado Común”. Edición en español a cargo de PICAÑOL, Enric. Madrid, Editorial Civitas.

Existe un objeto anticompetitivo dentro de una práctica comercial cuando pueda afectar o impedir el funcionamiento fluido de los mercados o la libre y eficaz asignación de recursos. 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 empresas¹⁴.

Cuando la agencia de competencia no pueda probar el objeto anticompetitivo o éste sea incierto, tendrá que hacer una evaluación del efecto de la conducta en el mercado, en base a data relevante, utilizando fórmulas económicas, aproximaciones estadísticas y/o casuística legal nacional o internacional.

Existe un consenso tanto en doctrina como en jurisprudencia que ciertas prácticas son calificadas como especialmente dañinas para la competencia por lo que deben ser castigadas automáticamente sin entrar a discutir las consecuencias que tengan para el mercado,¹⁵ mientras que existen otro grupo de prácticas comerciales (en su mayoría) que deben ser sometidos a una evaluación rigurosa en base a cada caso concreto, por cuanto sus consecuencias pueden ser ambivalentes en el mercado.

No obstante, todas estas prácticas deberán tener una presencia sensible o apreciable en el mercado, es decir, tener una significancia económica e influencia sobre las condiciones del mercado en función de la “Regla de Minimis”. En sí, esta regla es una de las varias tesis cuya aplicación permite reducir el alcance de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia, y en esta medida compatibilizar la aplicación de las disposiciones antitrust con el desarrollo de la libertad de empresa, la libertad de contratación y la autonomía privada⁵⁹.

¹⁴ Así ha sido establecido por el Tribunal Europeo en el Asunto Sandoz 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 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”. Caso Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA. vs. Comisión. Asunto 277/87. Sentencia del 11 de enero de 1990. Consultado en la web Oficial de la Unión Europea.

¹⁵ El artículo 11.2 de nuestra LRCA, enuncia entre los incisos a) al d) las prácticas comerciales que considera especialmente dañinas, por lo que deben ser proscritas sin entrar a detalle sobre las consecuencias que tengan en el mercado, siempre que se den un ámbito de práctica restrictiva horizontal. Dicha lista es taxativa, ya que se trata de prácticas comerciales sobre las que no cabe una justificación razonable de eficiencia.

⁵⁹ ORTIZ BAQUERO, Soraya (2009). “La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”. En Revista e-mercatoria, Vol. 8, N° 2, pág. 1.

Tal como lo señala PEÑA ROMERO¹⁷ “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”.

Ahora bien, en la normativa peruana no existe un artículo que mencione la regla de *minimis*, por cuanto es posible –bajo una interpretación literal o incluso sistemática– concluir que cualquier tipo de acuerdo que tenga un objeto anticompetitivo debe ser cuestionado en instancia administrativa por el INDECOPI, a pesar de ser insignificante económicamente.

Nosotros preferimos pensar que, bajo una interpretación teleológica de la LRCA y en concordancia con el principio general del derecho *minimis non curat lex* (la ley no está interesada en asuntos menores) es posible aplicar la regla de *minimis* a ciertos acuerdos entre pequeñas y medianas empresas en base a la poca significancia económica que tienen. De hecho, en el Perú, sería más latente la necesidad de promover esta regla por ser un país donde el 80% del empleo es generado por las micro, pequeña y mediana empresa¹⁸, que por lo general, son empresas que no tienen un poder de mercado alto, dándoles oportunidad de tener un contrapeso cuando compiten contra empresas de gran tamaño.

B) Sobre las restricciones accesorias (*ancillary restraints*)

El artículo 11.2 de la LRCA peruana guarda una salvedad cuando establece que “*constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos*” (subrayado nuestro). 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. Esto es conocido como la doctrina de las restricciones accesorias, que fuera inicialmente planteada por el ex Presidente de los Estados Unidos de América, WILLIAM HOWARD TAFT, en su época como Juez de la Corte de Apelaciones del

¹⁷ 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.

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.

¹⁸ 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.

Sexto Circuito para el caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Corporation*¹⁹. Posteriormente, el juez BORK determinó que una restricción, para ser accesoria, debía ser subordinada y colateral,²⁰ donde ser colateral 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 principal²¹ y ser subordinada se predica respecto al acuerdo principal, con el cual deberá tener una suerte de “conexión orgánica”²², siendo razonable su inclusión a fin que consiga efectividad.

La importancia de lo estipulado en la norma peruana es bastante grande, ya que su aplicación material suele darse en los contratos de colaboración empresarial, que casi siempre traen consigo estipulaciones que podrían considerarse anticompetitivas aunque su naturaleza sea meramente accesoria.

El verdadero reto que enfrenta la normativa de competencia es descifrar, en base a estimaciones, cálculos e interpretaciones tanto económicas como jurídicas, si dichas estipulaciones tendrán un efecto positivo en el mercado y, por ende, merecen ser eximidas de sanción (y en algunos casos incluso ser promovidas a nivel institucional) o, por el contrario, sólo esconden detrás un objetivo meramente monopolista y/o colusorio.

II. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL Y LA VALIDEZ DE CLÁUSULAS RESTRICTIVAS

1. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS: POTENCIALIDAD PRO Y ANTICOMPETITIVA

Los contratos asociativos son una forma de colaboración empresarial que implica una integración entre empresas, con mayor o menor intensidad, a fin de unir esfuerzos para un proyecto en común. En el Perú, el artículo 438 de la Ley General de Sociedades (LGS en adelante), regula a los contratos asociativos de la siguiente manera:

¹⁹ Caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Corporation*. 175 U.S. 211 del 4 de diciembre de 1899. En la referida sentencia el juez TAFT señala que sería imposible que la Sherman Act prohibiera todas las restricciones al comercio, en cuanto eso implicaría a los contratos de los trabajadores, que por naturaleza, restringen al trabajador de prestar servicios a competidores mientras sean asalariados de una empresa. Por tanto, señala que algunas restricciones al comercio podrían ser permitidas siempre que sean accesorias al acuerdo principal.

²⁰ Caso *Rothery Storage & Van Corporation vs. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, del 3 de junio de 1986.

²¹ Un ejemplo típico de esto es la cláusula de no competencia que se le exige al vendedor de un fondo empresarial, a fin que no pueda entrar a competir directamente con el comprador durante un tiempo determinado, y así evitar un indebido aprovechamiento de su posición precedente.

²² WERDEN, Gregory (2006). “The Ancillary Restraints Doctrine”. En American Bar Association, Section of Antitrust Law, Pág. 12. Consultado en la web de la American Bar Association.

“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 independientes diferente a cualquier tipo de sociedad comercial, ya que su constitución no implica la adquisición de personalidad jurídica propia y está ausente la *affectio societatis*, ya que sólo regulan negocios o empresas determinadas.

Los contratos asociativos son entonces una categoría intermedia de interrelación empresarial, no equiparable a una sociedad propiamente dicha, pero que superan a los contratos de mero trámite que suelen entablar las empresas entre sí, por tener una integración más intensa y un objetivo en común.

La figura jurídica asociativa más conocida en el comercio mundial es la del *joint venture* llegando a denominarse así casi a cualquier tipo de acuerdo de asociación o de colaboración entre empresas cuyo objetivo sea la cooperación 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 privado²³.

A) *Contratos de joint venture*

Los empresarios norteamericanos diseñaron el contrato *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. Ello implica que la definición de lo que es un *joint venture* puede ser variable, al ser una categoría que se retroalimenta de las necesidades que se presentan en el comercio internacional a diario.

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

²³ GUARDIOLA, Enrique (2004). “Contratos de colaboración en el comercio internacional”. Barcelona Editorial Bosch, 2da. Edición, pág. 320.

la cooperación, así como por la vinculación material de la actividad a desplegar con la propia de los participantes”.²⁴

Existen innumerables necesidades que los empresarios buscan cubrir a través de la constitución de un *joint venture*, como: a) consolidar su presencia en mercados exteriores, fabricando in situ los productos, obteniendo así el consiguiente ahorro de aranceles, fletes y mano de obra; b) consolidar una red de comercialización con agentes o distribuidores independientes, integrándolos, como socios; c) aportar tecnología a empresas en desarrollo solventes, convirtiendo la aportación tecnológica exterior en participación social dentro de un proyecto común; d) Unirse para participar de una licitación nacional o internacional; entre otros²⁵.

Ahora bien, en el ámbito doctrinal, es unánimemente aceptado que los *joint venture* bien implementados tienen una gran chance de traer cambios positivos en el mercado, creando valores agregados y jugando un papel importante en la generación de eficiencia en un mercado. De hecho, el profesor WERDEN, al hablar de ellos, señala lo siguiente:

*“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”.*²⁶

La principal fortaleza de los *joint ventures* es su flexibilidad para contener proyectos empresariales de variada gama o envergadura. De hecho, a través de un *joint venture* las empresas pueden tomar decisiones conjuntas al detalle sobre los recursos que han destinado para emprender el negocio común, sin costos de transacción o de organización tan altos como los que implicaría un proceso de fusión o absorción empresarial, pero asegurándose un grado de integración, confianza y compromiso mayores a los que se requieren para entablar un mero acuerdo, sin necesidad de develar infor-

²⁴ DE LA ROSA, Fernando (1999). “El joint venture en el comercio internacional”. Granada, Editorial Comares, pág. 13.

²⁵ GUARDIOLA, Enrique. Óp. Cit. pág. 327 y 328.

²⁶ WERDEN, Gregory (1998). “Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview”. *Antitrust Law Journal of the University of Berkeley*, Volumen 66, pág. 703.

mación confidencial, como lo requieren los *due diligence* en casos de concentración de empresas. Comparados con éstos, los *joint venture* serían más simples, baratos y rápidos de arreglar, generando una unión de fuerzas eficiente.

En el Perú no existe propiamente una regulación del *joint venture* como tal, aunque sí se regula la figura del consorcio, que se encuentra en el artículo 445 de la LGS, siendo la figura que tiene mayores puntos en común con la definición que hemos venido planteando para el *joint venture* aquí.

De hecho, el mencionado artículo menciona tres características que también aparecen en la definición precedente de DE LA ROSA, a decir, el hecho que los consorcios tienen un origen negocial, que las empresas consorciadas mantienen su autonomía y que existe una organización u estructura organizativa a través de la cual se dan los aportes y se realizan las actividades propias del proyecto determinado. Por ende, a efectos prácticos, podría decirse que la figura del *joint venture* en el Perú está regulada por los preceptos referidos al consorcio.

En el caso peruano, los consorcios han ganado una aceptación y reconocimiento especiales, sobretudo aquellos que suelen formarse para competir en una licitación nacional. En el artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado, recientemente modificada por el Decreto Legislativo 1341, se reconoce como una forma de participar en los procedimientos de selección, a la “participación en consorcio”, variando sólo la regla respecto a la responsabilidad durante la ejecución del contrato, que será solidaria, frente a la regla general establecida en el artículo 447 LGS, donde los consorciados tienen una responsabilidad a título personal frente a terceros.

De igual forma, en el artículo 33.1. del Decreto Legislativo N° 1224 que aprueba el Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, se desliza la posibilidad que las iniciativas privadas sean canalizadas a través de consorcios de personas jurídicas o naturales. Podemos concluir que la figura jurídica del consorcio es una de las más usadas por las empresas peruanas en el tráfico mercantil dado su reconocimiento a nivel legal, al menos de manera indirecta, sin embargo, no existe una Directiva o Guía determinada para el uso de este tipo de contratos de colaboración, como sí sucede en Europa o Estados Unidos para el *joint venture*, por lo que la potencialidad que tenga para crear conflictos con la normativa de competencia podría ser mayor.

B) *Otros contratos asociativos: los contratos de agrupación*

Los contratos de agrupación 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.

En el caso peruano, podríamos mencionar al contrato de asociación en participación, regulado entre los artículos 440 a 444 LGS. La diferencia principal frente al contrato de consorcio es que para el caso de las asociaciones en participación sólo existe un socio encargado del negocio (asociante), quien asume la responsabilidad frente a terceros de manera única y exclusiva, mientras que el resto sólo serían inversores (asociados) aunque su participación pueda ser distinta a la de índole económica, por lo que la pluralidad implícita de socios que se presume en el consorcio dejaría de existir en términos estrictos.

Ahora bien, no necesariamente eso implica que los llamados asociados no puedan fiscalizar las actividades del asociante o que el asociante no pueda hacerlos partícipes de las pérdidas del negocio en que hayan decidido invertir, pero la configuración del contrato termina siendo muy distinta a la de un contrato de consorcio.

Para el caso extranjero, una figura jurídica que debería llamarnos la atención es la llamada Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), que aglomera empresas que actúan en el mismo mercado o en mercados complementarios, las cuales se unen para cooperar en actividades vinculadas y auxiliares a la principal que ejerzan.

La condición de ser auxiliar reviste tal importancia que no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia, tal como nos indica el profesor PAU PEDRÓN²⁷ cuando menciona que la AEIE “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 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”.²⁸ Por ejemplo, este tipo de contratos suele usarse para la adquisición en común de materias primas, el desarrollo de actividades de publicidad común, la creación de programas de investigación tecnológica, experimentación

²⁷ PAU PEDRÓN, Antonio (1988). “Las agrupación europea de interés económico, entre la cooperación y la concentración empresarial”. En Boletín del Círculo Empresario N° 43, pág. 109.

²⁸ Reglamento Comunidad Económica Europea 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.

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.

PAU PEDRÓN 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.

Todos los contratos mencionados precedentemente son usados con frecuencia por las empresas a fin de poner en práctica acuerdos generales de Investigación + Desarrollo, Especialización y Estandarización, entre otros, que son vistos con bastante aceptación en el ámbito internacional por tratarse de acuerdos cuyos frutos redundan directamente en el bienestar de los consumidores. A tal punto son vistos con buenos ojos, que la Unión Europea trabaja en base a Reglamentos de Exención por Categorías donde se incluyen este tipo de acuerdos, los cuales no podrán ser disputados en las cortes como prácticas anticompetitivas a menos que se tenga pruebas fehacientes que la asociación sólo se da con un objeto anticompetitivo.

En ese sentido, no es poco común ver un contrato de *joint venture* entre empresas desarrolladoras de tecnología para la investigación y desarrollo de un programa, software, aplicación, patente o diseño industrial donde previamente se pacte la cesión de derechos de propiedad intelectual, explotación exclusiva conjunta entre otras restricciones anticompetitivas que sirven para llevar a cabo de manera íntegra el acuerdo.

En el entendido que este tipo de contratos asociativos casi siempre persiguen una finalidad de maximización de los recursos de ambas empresas y posterior aumento de la eficiencia productiva, es muy fácil descifrar que tendrán un efecto positivo en el bienestar del consumidor final, ya sea en cuanto a menores precios, servicios extra o aumento de oferta, entre otros. Esa es la razón por la que son tratados con benevolencia en la mayoría de casos, sin que deba ser nuestro país una excepción a la regla.

4. LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS: DE SU VALIDEZ Y CONVENIENCIA EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL

En el Título III de la Constitución Política del Perú, sobre Régimen Económico, se encuentran tanto el artículo 61 sobre la protección de la libre y leal competencia

(libertad de concurrencia) y el artículo 62 sobre libertad de contratación. En concreto, ambas libertades son protegidas a nivel constitucional, por lo que, podría asegurarse que tienen el mismo valor y nivel de importancia en la edificación del régimen económico del país.

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, e incluso, puede llegar a hablarse de una contradicción.

Esto se da porque si bien la libertad concurrencial, es decir, la libertad de iniciar actividades económicas en el mercado, se basa en la libertad contractual; es posible que ésta última sea usada para frenar o imposibilitar la competencia en el mercado. Esa es la razón de porqué el ordenamiento jurídico prohíbe todos aquellos contratos o actos que restrinjan o busquen restringir la libertad concurrencial, en el entendido 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.

Ahora bien, el valor del bien jurídico “competencia” que persigue el artículo 61 de la Constitución Política del Perú no puede ser un valor perseguido en sí mismo, sino a través del cual se consiga el mayor bienestar posible de los consumidores. Es decir, la competencia no puede verse como una situación óptima en sí misma, sino sólo en la medida que propicie el mejoramiento continuo de los productos y servicios que se ofertan en el mercado, manteniendo 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.

En ese sentido, el grado de eficiencia en un mercado podría no ser directamente proporcional a la ampliación de oferta en el mismo, sino que dichos hechos sólo estarán relacionados de manera circunstancial. Por eso, resulta importante discutir si, dadas ciertas 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 concurrencia como derecho protegido en sí mismo cuando aquéllas cláusulas ayuden a fortalecer un proyecto en común que tenga efectos positivos, 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.

El profesor HOVENKAMP²⁹ ha señalado por ejemplo, que las señales de “eficiencia” pueden variar dependiendo de la masa de consumidores que las perciban. 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 los 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 plantea 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.

A continuación, hemos de analizar algunas prácticas que se presentan en ciertos mercados y suelen implementarse a través de cláusulas restrictivas de la competencia, examinando el razonamiento económico detrás y la creación, en el mediano o largo plazo, de mejores condiciones para los consumidores en el mercado donde se dan.

A) *Cláusulas restrictivas en los mercados de distribución de productos o servicios*

La competencia por la distribución es una parte crucial en el proceso competitivo de un buen número de industrias. Los productores de 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 mejor forma de hacer llegar sus productos a los consumidores en cualquier mercado³⁰.

En la actualidad, se han identificado dos prácticas recurrentes en los mercados de distribución que han alertado a las agencias de competencia en el mundo: a) los pagos por entrada de producto (*slotting allowances*) y las b) las cláusulas de exclusividad (*exclusive dealing*). El común denominador en ambas prácticas es que han recibido críticas positivas, por parte de la doctrina especializada, dando cuenta que sus consecuencias, a mediano o largo plazo, son beneficiosas para los consumidores. Las explicamos a continuación:

²⁹ 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. Disponible sólo para descarga personal.

³⁰ WRIGHT, Joshua (2006). “Antitrust Law and Competition for Distribution”. En *Yale Journal on Regulation*, N° 2, Vol. 23, pág. 104. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. Disponible sólo para descarga personal.

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

Uno de los factores más importantes para que un producto tenga éxito recae en el nivel de publicidad que reciba. En ese sentido, los fabricantes siempre buscarán las mejores condiciones de promoción dentro de las empresas distribuidoras (*retailers*), llegando a gastar fuertes sumas de dinero subsidiando su publicidad, al beneficiarse directamente de las mayores ventas que estos 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.

Se han discutido este tipo de pagos en los contratos de distribución, aduciendo que podrían ser exclusorios o facilitadores de una práctica anticompetitiva, en tanto refuerza la posición de dominio de algún agente económico en el mercado -que serán siempre los que puedan pagar más por la entrada de un producto- y prácticamente decide los productos con los que contará el distribuidor en stock,³¹ anulando la posibilidad de acceder a los canales de distribución más importantes para algunos fabricantes.

Sin embargo, han existido algunos autores³² que afirman la existencia de consecuencias positivas en el marco donde suelen darse este tipo de cláusulas, las cuales no sólo compensan los efectos anticompetitivos que tienen, sino también ayudan a solucionar muchos problemas inherentes a los mercados de distribución:

1) Es una manera eficiente de utilizar el limitado espacio que tienen los distribuidores en sus estanterías: Dado que la oferta de espacios es realmente limitada para la cantidad de productos que se comercializan,³³ éstos suelen tener un alto costo de oportunidad, por lo que los distribuidores sólo aceptan distribuir nuevos productos cuando media un pago por entrada.

³¹ FEDERAL TRADE COMMISSION STAFF STUDY (2003). "Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories" páginas. 14 y 15. Artículo consultado en la web oficial de la FTC: <https://www.ftc.gov/>

³² SUDHIR, K & VITALA, Rao (2005). "Are slotting allowances efficiency enhancing or anti-competitive?" *Journal of Marketing Research*, Universidad de Yale. Consultado en la web oficial de la Universidad de Yale.

³³ Según un estudio realizado en 2003 por el Instituto de Marketing Alimenticio de Estados Unidos, en el país norteamericano se suelen introducir entre 10,000 a 16,000 nuevos productos por año siendo que la capacidad que alcanza un supermercado grande es de 35,000 como máximo, contando a los productos que ya se comercializan.

2) Ayuda a balancear el riesgo de entrada de un nuevo producto entre distribuidor y fabricante: la posibilidad que un producto nuevo fracase es relativamente alta, por lo que los distribuidores suelen enfrentar altos costos operacionales cuando eso sucede (mercadería no vendida o fallada, costos de retiro de productos, publicidad). De ahí que el pago por entradas efectuado por los fabricantes sea una manera de diversificar el riesgo entre los fabricantes y distribuidores, quienes se ven provistos de una garantía que quizá mitigue o elimine los riesgos de fracaso inherentes al nuevo producto.

3) 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 un test 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.

b) Las cláusulas de exclusividad (*exclusive dealing*)

Es una de las prácticas más comunes en el sector retail, y es definida como la obligación de un distribuidor(es) frente al fabricante de comercializar sus productos de manera exclusiva, ergo, dejando de lado las ofertas de otro fabricante rival. O en su forma inversa, la obligación de un fabricante(es) de comercializar sus productos únicamente a través de una red de distribución específica.

La aceptación de este tipo de prácticas ha ido variando, ganando terreno conforme ha ido demostrando que en sí mismas no pueden ser consideradas anticompetitivas. De hecho en Estados Unidos estas cláusulas fueron prohibidas en su totalidad hasta la decisión recaída en el caso *Continental Television vs. GTE Sylvania Inc*³⁴.

Actualmente, tal como lo señalan los profesores ABBOTT & WRIGHT³⁵, “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 pre-

³⁴ El caso *Continental Television., vs. GTE Sylvania*, sentencia del 23 de junio de 1977 (433 U.S. 36) cambió el criterio seguido por la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta ese entonces con la decisión *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967) abriendo la posibilidad de que los contratos de exclusividad sean analizados bajo la regla de la razón y ya no bajo la regla per se.

³⁵ ABBOTT, Alden & WRIGHT Joshua (2009). “Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing”. Universidad George Mason - Law and Economics Research Papers, pág. 19. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. Disponible sólo para descarga personal.

fieren 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”.

La mayoría de acuerdos de exclusividad son beneficiosos porque incentivan la promoción de la marca del fabricante: Cuando existe una distribución exclusiva, el distribuidor se vuelve un experto en la marca del fabricante, especializándose en ella. Eso conlleva que pueda ofrecer servicios extra, no incluidos en el precio de venta a los consumidores, tales como un diseño de la tienda en base al producto, vendedores entrenados, un gran inventario de productos a la mano o una cobertura por garantía mucho más rápida y eficiente (post venta).

Por ello, de no existir un acuerdo de exclusividad de por medio, los consumidores podrían ser una suerte de *free riders* en cuanto harían uso gratuito de estos conocimientos y/o información especializada, para luego ir y comprar el producto de un distribuidor que los ofrezca a menor precio, como una tienda por departamento o servicio online. Si eso sucediese con mucha frecuencia, los incentivos para los *retailers* exclusivos de proveer dichos servicios dejarían de existir, ahorrándose los costos que ello implica, impactando negativamente en los consumidores finales³⁶.

Asimismo, tal como lo señala el profesor MONTT, *“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”*.³⁷

En el Perú, ha existido un pronunciamiento que ha tocado el tema de manera circunstancial, en cuanto está referida a una negativa a contratar con ocasión de una cláusula de exclusividad. Nos referimos al caso recaído en la Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI³⁸, sobre el cual ya se han escrito varios columnas de opinión

³⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. “Guide to Antitrust Laws: Dealing in the Supply Chain. Disponible en la página web de la FTC: www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealing-supply-chain/exclusive-dealing-or

³⁷ MONTT RETTIG, Paulo (2010). “Validez de la cláusulas de no competir”. En Revista de Derecho Económico de la Universidad de Chile. Edición N° 75, páginas. 72 y ss.

³⁸ 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 sobre una presunta negativa a contratar de parte de Administradora Jockey Plaza S.A. con el grupo Arcos Dorados Perú S.A. franquicia de la reconocida tienda Mc'Donalds, aduciendo un contrato de exclusividad con Sigdelo S.A. licenciatario de las

y artículos³⁹, cuyo pronunciamiento contraviene directamente el Informe de la Secretaría Técnica previo, sancionado la práctica como anticompetitiva en base a una delimitación del mercado relevante bastante estricta.

No obstante no es objetivo del presente artículo adentrarse al detalle de esta resolución, si es importante resaltar algunos pasajes de la misma que tratan el tema de las cláusulas exclusivas (restricciones verticales), aunque no sean propiamente las prácticas que tenemos en mente en este acápite, por tratarse de un importante aporte en la jurisprudencia nacional:

Así, la citada Resolución señala que “*cabe señalar que las restricciones verticales pueden generar eficiencias en beneficio de los consumidores. En efecto, pueden promover la eficiencia generando beneficios claramente perceptibles para los consumidores en términos de provisión, calidad o precios. Por ello, en principio, las restricciones verticales son lícitas*”.

(...)

La existencia de efectos anticompetitivos en el caso de las negativas concertadas e injustificadas, como en cualquier práctica restrictiva de tipo vertical, se refiere a la generación –real o potencial– de efectos exclusorios en los competidores de alguno de los agentes involucrados en la conducta, con la consecuente afectación al funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. Por otro lado, una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Así, por ejemplo, se han aceptado como justificaciones comerciales válidas la prevención del free riding, la reducción de costos o la provisión de productos de mejor calidad para los consumidores” (subrayado nuestro).

Como se puede observar, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi mantiene la misma línea de pensamiento de la FTC norteamericana respecto a las restricciones verticales y sus justificaciones de eficiencia, siendo que una de las más comunes son las cláusulas de exclusividad.

B) Cláusulas restrictivas 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 plan-

franquicias de Pizza Hut, Burger King y Kentucky Fried Chicken en el Perú. Disponible en la página web del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual.

³⁹ Véase por ejemplo: RODRÍGUEZ LOBATÓN, Antonio (2012). “Arcos Dorados, Hamburguesas Rey y mercados de dos caras (I). En Blawyer.org – Un blog sobre Derecho y Tecnología escrito desde Perú. Disponible en: www.blawyer.org y FALLA JARA, Alejandro & DRAGO ALFARO, Mario (2012). “Unas de cal y otras de arena: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011”. En Revista Ius et Veritas, N° 44, Pontificia Universidad Católica del Perú.

tear 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 los últimos años, 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* 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.

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, sus potenciales virtudes ya han sido reconocidas⁴⁰, entre las cuales destacan:

⁴⁰ DEQUIEDT, VIANNEY & VERSAEVEL, BRUNO (2012). “Patent Pools and Dynamic R & D Incentives”. En Documents de Travail Working Paper N° 07, pág. 1. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. Disponible sólo para descarga personal.

1) 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 farmacéuticas⁴¹.

2) 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.

3) 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 tarde 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.

4) Promueve la diseminación 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.

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 producción⁴².

⁴¹ Por ejemplo, entre el 2009 y 2010, se cerraron acuerdos como el Pool por la Innovación Abierta en Enfermedades Tropicales Desatendidas y la Medicine Patent Pool, teniendo un enorme impacto en el uso compartido de patentes farmacológicas sobre medicinas para el tratamiento de enfermedades tropicales y el VIH-SIDA.

⁴² SHAPIRO, Carl (2001). "Antitrust Limits to Patent Settlements". *RAND Journal of Economics*, N° 2, Vol. 34, pág. 7. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. Disponible sólo para descarga personal.

Sin embargo, el uso de esta clase de contratos también ha estado sujeto a debate por existir indicios de que podrían facilitar 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. Previendo eso, la *Federal Trade Commission* y el *Department of Justice* norteamericanos han emitido tanto una guía⁴³ como un reporte⁴⁴ donde proveen una serie de directrices usadas para el análisis de este tipo de contratos y detallan las características que encierran algunos de estos acuerdos y que podrían hacerlos anticompetitivos.

En resumen, podría decirse que ambas instituciones llegan a la conclusión que este tipo de acuerdos son procompetitivos siempre que las licencias patentadas en paquetes sean complementarias, mas en los casos donde se traten de patentes sustitutas y donde además exista una prohibición o negativa al licenciamiento individual de las mismas tienden a ser anticompetitivas. Además, mencionan que la fijación de precios en las regalías en este tipo de contratos suele ser muy común, lo que no implica que sea materia de evaluación por parte de la agencia de competencia, quien deberá concentrarse en el análisis de la estructura y formación del *pool* y su potencialidad de perjudicar la competencia.

5. EL CASO DE LAS EFICIENCIAS DERIVADAS DE CÁRTELES

Los cárteles, casi en su totalidad, son concebidos, tanto por la doctrina especializada como por las agencias de competencia, como acuerdos ilícitos y sumamente peligrosos para el mantenimiento de un ambiente competitivo, por lo que su proscripción es absoluta en casi todas las legislaciones del mundo.

Sin embargo, existen algunos acuerdos, que a pesar de ser considerados como cárteles, han recibido una larga exención en base a la importancia que tienen para el comercio mundial, como es el caso de las conferencias marítimas, sobre las cuales se han escrito ríos de tinta tanto a favor como en contra. A continuación analizamos estos acuerdos de manera más detallada.

A) *Las conferencias marítimas*

⁴³FEDERAL TRADE COMMISSION & THE DEPARTMENT OF JUSTICE: "Antitrust Guideline for the Licensing of Intellectual Property". 1995, Documento de trabajo consultado en la web oficial de la FTC: www.ftc.gov

⁴⁴U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION: "Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition". 2007. Documento de trabajo consultado en la web oficial de la FTC: www.ftc.gov

Una definición de lo que es una conferencia marítima sería la siguiente: “*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 conferenciadas o independientes contra las que compiten*”⁴⁵.

Este tipo de acuerdos existen hace más de 100 años y han estado sujetos a una inmunidad frente a las leyes antitrust alrededor del mundo durante mucho tiempo. El largo privilegio del que han gozado estos acuerdos ha sido sustentado en base a 2 razonamientos básicos:

(i) Estabilidad en el transporte marítimo regular

Según los defensores de este tipo de acuerdos, el proceso natural de competencia no puede tener lugar en el mercado marítimo de línea regular porque es un mercado comparable al de los servicios públicos donde existen ciertas economías de escala que no son accesibles a todos los competidores por igual, sino sólo a algunos de ellos, que serán las empresas de mayor tamaño. En base a ello, un estado de competencia produciría serios desfalcos en la economía de las empresas navieras, lo que podría chocar con los intereses estatales de algunos países que quieran conservar líneas navieras de bandera, a fin de mantener una flota mercante propia. Todo ello generaría ineficiencias en el mercado que sólo podrían ser socavadas mediante la cooperación dentro 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 forzaría cambios estructurales en los participantes del mercado, quienes a través de continuas concentraciones buscarán sobrevivir y terminarán monopolizando el mercado.

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

(ii) Adecuación y Eficiencia en los servicios

La adecuación está ligada a la calidad en la prestación del servicio por

⁴⁵ ORTIZ BLANCO, Luis (2007). “Las conferencias marítimas frente al derecho antitrust de la Comunidad Europea. Crítica de una paradoja jurídica”. Madrid, Marcial Pons, pág. 45.

parte de las navieras, quienes deberán respetar exigencias propias de la demanda del mercado y de los cargadores. Es así que los índices para medir la mayor o menor “adecuación” de los servicios, tendrá en cuenta factores como la percepción de satisfacción del usuario según 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, la no administración de los ingresos (revenue management) ocasionaría finalmente el colapso de muchas navieras y el fortalecimiento de otras, quienes aprovecharían 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” que pudiese finalmente afectar sus intereses.

Si bien actualmente las conferencias marítimas han perdido peso y han sido reemplazadas por contratos o acuerdos de consorcio, las prácticas que suelen considerarse como plenamente anticompetitivas aún persisten y son permitidas tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea. Es el caso de la fijación del precio de los fletes y reparto de mercado para una correcta implementación de salidas regulares de navíos, que aún están sujetos a acuerdos por parte de las navieras que cubren los mercados más importantes en el mundo (China, Europa, Estados Unidos). De hecho en la parte considerativa del Reglamento

de la Comunidad Europea 246/2009 sobre la exención que se le brinda a los acuerdos de las compañías de transporte marítimo de línea se menciona la naturaleza “capitalista” del mercado marítimo de transporte y de cómo esto requiere que dichas compañías se presten ayuda mutua para la “cooperación y racionalización”.

De igual forma, en Estados Unidos, varios economistas⁴⁶ han sugerido que desde la implementación de la Ocean Shipping Reform Act de 1998, que tuvo un tremendo impacto en el comercio con el lejano Este y Europa, trayendo consigo la desaparición de la Conferencia entre navieras que cubrían dichas rutas, el análisis de la variabilidad en el precio de los fletes no ha disminuido, lo que indica que las prácticas restrictivas al estilo de las conferencias marítimas se van naturalizando al margen de la regulación estatal que se imponga, por tratarse de una consecuencia natural del mercado.

En consecuencia, las eficiencias generadas por la organización coordinada del sector son prueba que siempre es necesario un nivel de cooperación entre navieras que facilite la entrega del producto o mejore la calidad en que éste llega al consumidor final. Si bien este podría ser cuestionable el otorgamiento de esta inmunidad (ya sea parcial o total) a las conferencias marítimas, su natural indispensabilidad no permite que sean evaluados desde el punto de vista del derecho de la competencia sin que se genere un problema estructural en el mercado.

III. CONCLUSIONES

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.

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

⁴⁶ WONG, Peter & BAMFORD, Collin. “A Study of Market Structure in Liner Shipping under the influence of Government Policies”. Artículo dado en el marco de la 19ª Conferencia Internacional de Investigación para el Negocio, 2012. Artículo consultado en la web del SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. Disponible sólo para descarga personal.

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. La tarea de las agencias de competencia es fomentar el uso de estas herramientas cuando su puesta en escena involucre un aumento de eficiencia general en el mercado, eximiéndolos de sanción en los casos donde se hayan estipulado una cláusula anticompetitiva o se haya dado una práctica exclusoria.

Bajo el actual marco normativo de competencia peruano 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 mercado. 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 excepción, mantengan el estigma de ser restrictivas cuando ya se han descubierto razones para creer que podrían beneficiar el proceso competitivo o mantener la supervivencia de los actores principales sin dañar la estructura del mercado, en el mediano o largo plazo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, Alden & WRIGHT Joshua. “Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing”. En George Mason University Law and Economics Research Papers, 2009.
- AREEDA, Phillip & KAPLOW, Louis. “Antitrust Analysis”. Boston, Aspen Publishers, 4ta. Edición, 1988.
- 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.
- 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.

- DE LA ROSA, Fernando. “El joint venture en el comercio internacional”. Granada, Editorial Comares, 1999.
- DEQUIEDT, Vianney & VERSAEVEL, Bruno. “Patent Pools and Dynamic R & D Incentives”. En Documents de Travail Working Paper N° 07, 2012
- ETCHEVERRY, Raúl. “Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.
- 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.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio & PINO ABAD, Manuel (coordinadores) “Estudios de Derecho de la Competencia”. Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GUARDIOLA, Enrique. “Contratos de colaboración en el comercio internacional”. Barcelona Editorial Bosch, 2da. Edición, 2004.
- HOVENKAMP, Herbert “Implementing Antitrust Welfare Goals”. University of Iowa, College of Law Legal Studies Research Paper, 2013.
- 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.
- MONTT RETTIG, Paulo. “Validez de la cláusulas de no competir”. En Revista de Derecho Económico de la Universidad de Chile. Edición N° 75.
- ORTIZ BLANCO, Luis. “Las conferencias marítimas frente al derecho antitrust de la Comunidad Europea. Crítica de una paradoja jurídica”. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- 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.
- 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.
- SHAPIRO, Carl. “Antitrust Limits to Patent Settlements”. RAND Journal of Economics, N° 2, Vol. 34, 2001.
- SUDHIR, Ki & VITALA, Rao. “Are slotting allowances efficiency enhancing or anti-competitive?” Journal of Marketing Research, Universidad de Yale, 2005.

- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION: “Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition”, 2007.
- WERDEN, Gregory. “Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview”. Antitrust Law Journal of the University of Berkeley, Vol. 66, Universidad de Berkeley, 1998.
- WISH, Richard. “Competition Law”. Gran Bretaña, Bath Press, 4ta. Edición, 2003
- WONG, Peter & BAMFORD, Collin. “A Study of Market Structure in Liner Shipping under the influence of Government Policies”. 19º Conferencia Internacional de Investigación para el Negocio, 2012.
- WRIGHT, Joshua. “Antitrust Law and Competition for Distribution”. Yale Journal on Regulation, N° 2, Vol. 23, Universidad de Yale, 2006.
- YBAR, Mario. “De qué hablamos, cuando hablamos de competencia”, 2009.