

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

**LOS CONTRATOS VINCULADOS
(TYING AGREEMENTS) EN EL DERECHO DE LA
COMPETENCIA CARMEN HERRERO SUÁREZ
EDITORIAL LA LEY MADRID 2006¹**

Reseña por Carlos Andrés Uribe-Piedrahíta^()*

Este libro, como la mayoría de textos que son relevantes en el trabajo del derecho de la libre competencia, parte de la base de un derecho muy diferente al común de nuestros textos de tradición legalista (civil law), concibiendo esta materia como el fruto del trabajo de los casos que por años han desarrollado los tribunales y los académicos para desplegar sus teorías, pues como apenas es lógico las normas que consagran esta materia se pueden transcribir en muy pocos folios dado que su fundamento siempre ha sido la configuración de cláusulas generales.

Fecha de recepción: Noviembre 22 de 2007
Fecha de aceptación: Octubre 30 de 2007

La obra a la que hacemos esta reseña acomete un trabajo muy interesante de la casuística norteamericana y europea, pero no con una simple descripción de los casos, sino con el abordaje profundo de sus problemáticas y discusiones que dialécticamente intervienen en la construcción de un derecho como este, de mercados más globales y con efectos muy difusos en diferentes países. También es importante reconocer el trabajo que se hace desde el derecho económico, utilizando herramientas e instituciones propias del análisis económico del derecho, pero sin descuidar la tarea de jurista que un abogado académico no puede relegar a otras materias, apoyándose sí, pero matizando sus inconvenientes.

El libro plantea un interesante análisis, como trataremos de explicarlo más adelante, sobre la problemática figura de las prácticas vinculadas, es decir, de aquellas que consisten esencialmente en subordinar la adquisición de un bien o la prestación de un servicio, a la adquisición o prestación de otros bienes y servicios.

1 ISBN-10: 84-9725-691-3
ISBN-13: 978-84-9725.691-9

(*) Profesor investigador del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: uribecarlos@javeriana.edu.co

Como es conocido por todos aquellos que se dedican a estas letras del derecho de la competencia, desde la sección 3ª de la *Clayton Act* (1914) de los Estados Unidos, que los prohibió expresamente, hasta la normativa europea (artículos 81.1.d; y 82.2.d) que los considera como posibles supuestos de hecho de acuerdos y abusos que restringen la competencia, su entendimiento ha sido una valoración negativa y casi indiscriminada de estas conductas². Sin embargo, la autora nos plantea una visión estructurada de la naturaleza de estas conductas, de sus efectos, y especialmente, de cómo estas deben ser valoradas desde los fines del derecho de la libre competencia. Desde ahora es importante decir que la obra desarrolla de forma preponderante los casos que se han adelantado contra *Microsoft* y que envuelven unas problemáticas muy interesantes de los conflictos, frente a los que se encuentra el derecho de cara a las formas y comportamientos de la nueva economía.

La obra se divide en dos partes y cinco capítulos. Las dos partes de este libro están construidas en forma de infraestructura y de estructura. La primera parte, se dedica al estudio de los objetivos del derecho de la competencia, bajo un marco de discusión de las funciones de este, concentrándose en los objetivos que esta disciplina abarca, sus discusiones, su contenido histórico y la importancia del carácter económico, bajo estudios eficientistas de lo que se espera del derecho de la libre competencia. La segunda parte, construida en cuatro capítulos, se concentra en el estudio de los contratos vinculados en el derecho de la competencia, comenzando con el concepto y sus características, para darle paso a la evolución de la figura de la vinculación en el derecho antimonopolio, para terminar con los efectos de esta figura, evaluados desde dos perspectivas: estudiando sus efectos anticompetitivos y las justificaciones procompetitivas de la figura.

La primera parte de este libro plantea de una forma muy concreta el problema actual (que viene de años atrás) de división de los académicos (jueces, profesores, abogados, economistas, etc.) en esta materia, unos orientados por el contenido puramente económico de esta disciplina y otros que ven en esta área del derecho una positivización de valores distintos a los puramente económicos. El debate es claro, el derecho de la competencia debe perseguir valores de corte *populista* (en un sentido no peyorativo) o se debe concentrar en la búsqueda de un único objetivo como lo es la consecución de la eficiencia en la asignación de los recursos escasos. Sin embargo, la autora nos muestra que este punto sigue sin una solución esclarecedora, pues el desarrollo de la interpretación por objetivos del derecho de la libre competencia, principalmente en los Estados Unidos, nos lleva a la conclusión de que el debate político con la consecución del poder a través de elecciones democráticas, es el que ha establecido la dirección a las políticas estrictas de eficiencia o moderadas, dándole oportunidad al encuentro de

2 En Colombia, el Decreto 2153, artículo 47, numeral 7º y el artículo 50, numeral 3º, también consagra la vinculación como supuesto de hecho para la violación de las normas de la libre competencia.

la economía con otros valores positivizados en los ordenamientos jurídicos de forma general. El caso europeo es aún más complejo, pues el derecho de la competencia tiene una función instrumental para la consecución de la integración europea, por ello esta política debe consagrar dentro de su funcionamiento unos objetivos que no se pueden concentrar solo en la eficiencia económica, sino que pretende un equilibrio entre la eficiencia y los otros valores que los tratados de la Unión Europea consagran.

La segunda parte del libro, en el capítulo segundo, comienza describiendo la dificultad para los académicos del derecho de la competencia de poder limitar lo anticompetitivo y procompetitivo de la vinculación contractual (*tying arrangements*). Es decir, de aquellas prácticas que vinculan acuerdos en los que se requiere a una de las partes la aceptación de una obligación suplementaria (*tied product*) que no tiene conexión con la obligación principal (*tying product*), bien sea en la forma de *tie-ins* o de *tie-out*, haciendo referencia a la vinculación de productos en la primera o de la vinculación de exclusividades en la segunda. En otras palabras, lo que se requiere para que sea aplicada la normativa *antitrust* es que existan dos productos diferenciados y una vinculación o unión entre ellos, y que la causalidad de esa vinculación obedezca a una coerción o limitación de la autonomía empresarial. Esta división consagra una problemática muy concreta y de difícil determinación en la práctica, pues la separabilidad de productos (*single product issue*) debe diferenciarse del producto compuesto. La autora argumenta de forma muy ejemplificada el nudo gordiano que mantiene esta dicotomía, centrándose en que al final la solución no está en la separación material de los bienes, sino en reconocer el potencial lesivo de la práctica si de ella no se puede desprender que la vinculación concibe una justificación económica, en otras palabras, de la posibilidad de disociación económica. Para desarrollar este apartado, nos presenta los diferentes tipos de test que se han aplicado a la vinculación, comenzando por el test desde la perspectiva de los consumidores o test de la demanda diferenciada, que indaga fundamentalmente por la demanda independiente de los bienes y la preferencia de los consumidores sobre la aceptación del producto vinculado, y también nos presenta el test desde la perspectiva de los productores, que se fundamenta en la estructura y características de la oferta, es decir, que se concentra en la visión que tienen los empresarios y competidores que operan en ese mercado, pudiendo realizar dos tipos de análisis, uno desde la conducta de los competidores y dos, desde la conducta de la propia empresa que realiza la vinculación. Otros test que trabajan esta problemática y que son desarrollados en el libro se concentran en el producto mismo, en la justificación empresarial y en la mediación de derechos de propiedad intelectual.

El capítulo tercero, al trabajar el desarrollo de la política de la libre competencia en materia de vinculación, nos introduce con la incertidumbre frente a la que se encuentra esta figura, pues sus análisis van desde llamados por reglas que sancionen drásticamente estos comportamientos, hasta visiones de la completa neutralidad

como máximo en sus efectos. El punto es bastante ilustrativo, pues el marco en el que se debate esta conducta no se encuentra en el de las normales discrepancias jurídicas sino en el de las contradicciones. Para ahondar más en esta cuestión, el capítulo desarrolla los casos más relevantes, con una importante descripción y análisis, tanto en Estados Unidos, como en Europa, no solo por los tribunales más altos, sino también por tribunales de menor envergadura, desde la perspectiva del abuso de la posición dominante y desde las concentraciones empresariales (la teoría del efecto cartera o *portafolio effect*). En pocas palabras, este capítulo nos deja una idea muy clara del desarrollo jurisprudencial de la vinculación, las diferentes aproximaciones que han realizado los tribunales y los problemas que aún la figura presenta, sobre todo cuando se relaciona con algunos aspectos de la propiedad intelectual, especialmente con derechos de autor.

El cuarto capítulo, concentrándose en los efectos anticompetitivos de la conducta de vinculación y como resultado del análisis de lo trabajado en el capítulo tercero, se pueden describir tres tipos de infracciones que esta conducta puede llegar a manifestar en contra de la libre competencia: falseamiento de la competencia sobre la base de los méritos empresariales, exclusión de competidores en el mercado del producto vinculado y/o extensiones de posiciones de poder económico en mercados conexos. Estos casos son analizados a través de la teoría del apalancamiento, palanca o *leverage*, que fundamentalmente nos dice que los agentes económicos pretenden extender a través del poder que tienen en un mercado, ese poder a otro mercado cercano. El problema, téngase claro, no siempre es alcanzar un poder en el otro mercado, porque en definitiva, una empresa que tiene poder de mercado ya es dominante en uno, si el segundo mercado o mercado cercano es un mercado concurrido, la infracción podría llegar a no tener los efectos de apoderarse del mismo, sino de restringir la libertad de algunos consumidores para tomar sus propias elecciones, hecho que por sí solo podría dar lugar a sanciones dependiendo del objetivo que se persiga con la política de competencia. Sin embargo, el problema más grave y que de forma incuestionable ha sido penalizado en Estados Unidos y Europa, se ha desarrollado por el establecimiento de dos monopolios, cuando en principio solo se tenía uno, con el efecto evidente de restringir la producción y por ello incrementar los precios de los bienes o servicios. Frente a estos comentarios, es importante reconocer que para la escuela de Chicago, cuando un monopolista utiliza la vinculación para obtener la maximización de su beneficio (*revenue maximizing device*) y no para la expansión del poder de mercado, es decir, como contrato vinculado para la creación de un monopolio (*monopoly creating device*), estaría actuando legítimamente, pues lo que se rechaza es la no adquisición del poder de mercado por medios legítimos, que sería el segundo caso.

Por último, el capítulo cinco sobre los efectos procompetitivos de la vinculación, reconociendo primero la posibilidad tanto en el ordenamiento jurídico de

competencia de los Estados Unidos y de Europa para argumentar que los efectos positivos de una conducta están permitidos, da paso a que si bien la vinculación ha estado precedida de interpretaciones restrictivas, con los años estas posiciones hayan ido cambiando, no en una forma generalizada, pero sí importante para ser considerada, sobre todo en Estados Unidos donde se le ha dado más credibilidad a las observaciones hechas por las empresas, mientras que en Europa sigue existiendo una duda amplia sobre los presuntos beneficios que las empresas argumentan o la crítica sobre el medio utilizado (la vinculación), que pudo haberse logrado por prácticas diferentes. Sin embargo, es importante reconocer que el test de la demanda diferenciada da una luz muy importante sobre la percepción del bienestar que los consumidores le dan a este tipo de prácticas. También se pueden admitir consideraciones sobre la disminución de los costos por razones de la vinculación, sobre todo cuando intervienen economías de escala en la producción o en la distribución. Asociado a este punto se pueden encontrar justificaciones que se relacionan con la disminución de los costos de transacción, pero la prueba de estas disminuciones son muy complejas y a veces muy vagas. En la misma línea, las empresas pueden probar que a través de la vinculación se evita la doble marginalización en la determinación de los precios en productos complementarios (efecto *Cournot*), como también la utilización de la vinculación para articular políticas de precios discriminatorios eficientes.

Para concluir esta reseña, podemos decir que las tesis que sostiene la autora se encuentran sustentadas con importantes referencias doctrinales y consideraciones muy reflexionadas; si bien uno puede separarse en algunas interpretaciones de los casos analizados y reconocer que es un tema que requiere aún de mucho desarrollo por parte de los tribunales de competencia, el aporte que se realiza en este trabajo merece una consideración positiva, sobre todo para una autoridad de competencia como la nuestra, muchas veces opacada por la certidumbre que se desea obtener de la norma de competencia y dejando de lado los posibles efectos positivos de las conductas.

