

UNIVERSIDAD DE CHILE

ESCUELA DE DERECHO

Departamento de Derecho Económico.

Memoria de grado para optar al grado de licenciado en Ciencias jurídicas y sociales:

**EL CONTRATO INTERNACIONAL DE
DISTRIBUCION. ANALISIS DE LA
JURISPRIDENCIA ANTIMONOPOLIOS
ENTRE 1980 Y 2000.**

Autor:

Mauricio Loy Decebal-Cuza

Profesora Guía: Nicole Nehme Z.

Santiago 2004

INTRODUCCIÓN .	1
I.-) PRIMERA PARTE .	3
A) Contratos Internacionales . .	3
B) Contratos Internacionales de Distribución .	6
B.1) Análisis del contrato de distribución en especial. .	8
B.2) Otras formas de distribución.⁵⁹ . .	30
II-) SEGUNDA PARTE: Análisis de la jurisprudencia de las Comisiones de defensa de la libre competencia. .	35
A) Las Comisiones de defensa de la libre competencia del D.L. 211 de 1973 .	36
B) Análisis de la jurisprudencia de las Comisiones de defensa de la libre competencia. . .	38
A.-) Contratos de distribución ante el derecho antitrust de los EE.UU. .	39
B.-) Los contratos de distribución ante el derecho comunitario de la libre competencia. . .	41
II.- Contratos de distribución internacional de acuerdo a la legislación chilena	42
A.-) Cuestiones previas que implica el contrato de distribución internacional frente a la legislación Chilena. . .	43
1) Principios y legislación aplicable .	43
2) Características generales de los contratos de distribución en Chile . .	44
B) Contrato de distribución internacional frente a la legislación de defensa de la libre competencia nacional . .	45
(b.1) Problemas relativos a la obligación del fabricante de otorgar exclusivamente al distribuidor ventajas comerciales. Importaciones paralelas.	45
(b.2) En cuanto a la cláusula sobre exclusividad territorial. .	56
(b.3) Cláusulas atadas. .	77
III.-) CONCLUSIONES . .	87

⁵⁹ A este respecto ver: Martí, J. Hernández, op. cit., pág., 964 y sgtes; Giner Parreño, César, op. cit., pág., 70 y sgtes; D. García, Manuel A., op. cit., pág, 1285 y sgtes; y Puelma Accorsi, Alvaro, op. cit., pág, 68 y sgtes.

INTRODUCCIÓN

La distribución internacional se nos presenta hoy, como una necesidad fundamental dentro del comercio globalizado, porque, si bien es cierto que las distancias son cada vez menores, sigue siendo un hecho el que todavía es necesario afrontar dichas distancias, físicas o no, para la concreción de los distintos negocios que se realizan en el escenario internacional.

El contrato internacional de distribución se nos presenta, entonces, como una realidad jurídico-económica de fundamental importancia para poder desenvolverse en el cada vez más complejo mundo de los negocios internacionales. Esto, implica que el contrato internacional de distribución no está ajeno a sus propias complejidades, puesto que, al ser el instrumento jurídico que plasma esta realidad, recoge los problemas que la distribución, como fenómeno económico, plantea ante el derecho.

En este orden de ideas, la distribución se muestra especialmente problemática en sede de legislación de defensa de la libre competencia, puesto que, insertada en un mundo de reducción de costos y maximización de beneficios, la distribución tiende a las integraciones verticales, fenómenos generalmente vistos por legisladores y economistas como distorsionadores de mercado. En consecuencia, creemos que la mejor óptica para entender la verdadera problemática que genera el contrato de distribución internacional, es analizarlo en sede de legislación de defensa de la libre competencia.

Como se dijo, el contrato objeto del presente trabajo, genera preocupaciones tanto para economistas, como para legisladores y abogados; y es por esto que se ha elegido el análisis del contrato internacional de distribución como tema de la presente memoria, ya

que hoy es especialmente relevante dentro del comercio internacional, abarcando áreas tanto jurídicas como económicas.

Creemos que el presente contrato sería mejor entendido si se analiza, además, de acuerdo a la perspectiva del análisis económico del derecho. Esta nueva escuela jurídica, plantea que el derecho puede ser estudiado e interpretado en términos de estudio económico, analizando los problemas con una racionalidad más bien matemática y en términos de eficiencia como criterio rector. Dicho planteamiento nos proporcionará nuevas perspectivas sobre el contrato en estudio, y esperemos, nuevas conclusiones.

Para la realización del presente trabajo se ha analizado doctrina, tanto nacional como comparada sobre el contrato internacional de distribución, libre competencia y contratación; y se ha utilizado el análisis práctico de formularios de contratos internacionales de distribución, los cuales se citan, en parte, a través del desarrollo de la primera parte del trabajo. Además, se ha analizado jurisprudencia de nuestras comisiones antimonopolio, como también jurisprudencia de nuestros tribunales ordinarios y jurisprudencia comparada.

El trabajo se ha dividido en dos grandes partes. La primera parte, esta dedicada al estudio del problema de la contratación internacional y de los contratos de distribución en general, para después enfocarse sobre el contrato internacional de distribución en particular. Dentro del análisis del contrato internacional de distribución en particular se ha analizado su concepto, naturaleza jurídica, características, elementos distintivos, efectos, terminación, indemnizaciones, normas de confidencialidad, y por último, se han examinado someramente las otras formas jurídicas de distribución, como la agencia y el "franchising". La segunda parte consiste en estudiar el contrato internacional de distribución frente a la legislación de defensa de la libre competencia. Esta parte consiste en: una parte introductoria sobre las Comisiones antimonopolio reguladas en el D.L. 211 de 1973¹; para después pasar a analizar el contrato internacional de distribución frente a la legislación de defensa de la libre competencia extranjera; el contrato internacional de distribución frente a la legislación civil-constitucional Chilena; y, finalmente el contrato internacional de distribución frente a la jurisprudencia de las Comisiones antimonopolios reguladas en el D.L. 211 de 1973.

¹ Hay que tener presente que el trabajo se realizó antes de la entrada en vigencia del Tribunal de defensa de la libre competencia, de manera que el estudio se refiere a la institucionalidad antimonopolios compuesta por la Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas.

I.-) PRIMERA PARTE

A) Contratos Internacionales

Es indudable que, durante los tiempos actuales, nos vemos cada día más, en la necesidad de la comprensión del fenómeno de la contratación internacional, dada la creciente internacionalización de la sociedad contemporánea en todos sus aspectos; cultural, social, económico y político. Estamos frente al fenómeno conocido como “globalización”, un fenómeno cada día más polémico en cuanto a los verdaderos beneficios que produce, pero que hoy es una realidad, guste o no.

Habiendo visto lo anterior, tenemos que tener claro, en primer lugar, qué se entiende por “contrato internacional”, para así poder enfrentar el problema de acuerdo a su real dimensión, tanto económica-social, como jurídica.

El concepto de contrato internacional, no ha sido un unánime dentro de la doctrina. Así, a principios del siglo XX, ésta tendía generalmente a prescindir de un concepto de contrato internacional, refiriéndose al problema como un conflicto de leyes relativos a contratos.²

² En este sentido Rodrigo Maluenda Parraguez, citando a José Clemente Fabres, Robustiano Vera y Laurent. Maluenda, Rodrigo. “Contratos Internacionales en el Derecho Chileno”, Memoria de prueba. U. de Chile, 1995, pág. 9.

En doctrina extranjera el contrato internacional ha sido objeto de una multiplicidad de conceptualizaciones. Existen, por una parte, conceptos bastante amplios de lo que es un contrato internacional, como lo es el de Strenger, quien plantea que los contratos internacionales son “todas las manifestaciones bi o plurilaterales de la voluntad libre de las partes, objetivando relaciones patrimoniales o de servicios, cuyos elementos se vinculan con dos o más sistemas jurídicos, por fuerza del domicilio, nacionalidad, sede principal de los negocios, lugar del contrato, lugar de ejecución o cualquier otra circunstancia que exprese un nexo indicativo del Derecho aplicable”³; mientras que, por otro lado, tenemos conceptos más restringidos como el de la autora argentina Berta Kaller de Orchansky, quien plantea que el contrato internacional o “extranacional” es “...aquel destinado a ser cumplido en un lugar distinto a aquel en que fue celebrado”.⁴

Por su parte la doctrina nacional ha recogido la expresión del contrato internacional, pero no ha existido una preocupación detallada por definirlo. Como plantea Rodrigo Maluenda en su memoria, citando al profesor Avelino León Steffens “la doctrina nacional es renuente a dar un concepto de contrato internacional, quizás porque su calificación no resulta difícil en los hechos.”⁵ Sin embargo, en doctrina nacional no hay una ausencia total de definiciones acerca de lo que es un contrato internacional. En este sentido tenemos la posición del mismo profesor Avelino León, quien nos dice que “...en una perspectiva formal, el contrato es internacional cuando se somete a la ley aplicable mediante una regla de conflicto que así lo permita. En cambio, desde un punto de vista sustantivo, el contrato es internacional en la medida que, por su carácter peculiar, esté regulado por normas específicas, distintas de aquellas que se contemplan para los contratos internos”.⁶ Por su parte, Rodrigo Maluenda plantea que el contrato internacional se refiere a “...a aquellos acuerdos bilaterales generadores de obligaciones que son celebrados en un país para tener efectos total, o parcialmente, en otro distinto.”⁷

Habiendo visto algunas de las posiciones doctrinales con respecto a lo que es un contrato internacional, hay que tener claro que éste se inserta en una realidad contemporánea que traspasa todo tipo de límites, tanto reales (fronteras físicas), como ideales (fronteras ideológicas); realidad que busca una regulación efectiva y eficiente, para que de esta manera las distintas culturas que interactúan dentro de este nuevo esquema puedan llegar a buen puerto, y así, lograr un beneficio para todos. Este fenómeno, que en su aspecto comercial, es cada día más grande (en términos de volúmenes transados a nivel internacional); nos afecta directamente en nuestra diaria cadena de actuaciones jurídico-económicas, puesto que implica darle un nueva

³ Sternger, Irineu. “Contratos Internacionais do Comercio”. Sao Paulo, 1986, pág. 92.

⁴ Kaller de Orchansky, Berta. “Derecho Internacional Privado”. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 399 y 400.

⁵ Maluenda, Rodrigo., op. cit., pág., 20

⁶ León Steffens, Avelino. “El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional”. En Contratos. Coordinación Enrique Barros Burrié, Editorial Jurídica, 1991., pág., 98.

⁷ Maluenda, Rodrigo., op. cit., pág. 22

complejidad al mundo jurídico de los negocios. En el fondo, el problema consiste en que la sustancia del contrato internacional, aquello que busca regular, está hoy definido por una creciente complejidad, y por tanto, al ser el contrato internacional el instrumento jurídico que recoge esta realidad comercial, no puede estar ajeno, el propio contrato, a una construcción compleja.

Como reconoce el profesor C. Esplugues Mota, “Hoy se observa un profundo incremento en el flujo comercial entre los distintos estados, algo apoyado, en gran medida, por el enorme desarrollo tecnológico y el perfeccionamiento de los medios de transporte y comunicación acaecido en los últimos años. Este aumento radical en el volumen global de las transacciones realizadas, y en el valor de las mismas, viene acompañado de un paralelo incremento en cuanto a su complejidad.”⁸

En consecuencia, las formas contractuales “ordinarias” o “comunes”, según las cuales se realizan los negocios a nivel nacional, se ven como insuficientes para regular adecuadamente el volumen y la complejidad del comercio internacional. Esta nueva realidad comercial que se nos presenta a nivel internacional “...presenta cambios en relación con los sujetos de comercio, algo que queda de manifiesto al observar la participación directa del Estado en la actividad económica, o la creciente presencia de empresas mal llamadas “multinacionales”, que diseñan su actuación desde posiciones de universalidad. Estos cambios, empero, no se limitan a este ámbito, también los bienes susceptibles de transacción sufren alteraciones relevantes; del comercio de productos naturales se pasa a los grandes proyectos industriales, a los intercambios de *software*, a las licencias de *know-how*... Incluso la forma de realizar estas transacciones varía: frente a una contratación basada en una confrontación directa de la voluntad de las partes se generaliza, en la actualidad, una contratación entre ausentes, caracterizada por la crisis del principio de la autonomía de la voluntad y, consecuentemente, por el correlativo—y constante—incremento del uso de los contratos tipo y de las condiciones generales de contratación”⁹

En definitiva, vemos como el fenómeno de la contratación internacional se convierte en algo cada vez más complejo, cuestión que se agrava aún más si añadimos la falta de consenso de la doctrina en torno a lo que se entiende por “contrato internacional”. Sin embargo, existen aspectos transversales a todo contrato internacional, puesto que el elemento esencial que subyace a dichos contratos es el constante intercambio de bienes y servicios entre distintos mercados. Por lo tanto, lo que sí es común a todo contrato internacional, es la mayor incerteza dentro de la cual los contratantes internacionales realizan su juego cooperativo, puesto que, si el contrato es internacional, eso significa una interrelación de mercados a nivel internacional, encontrándonos frente a la complejidad que caracteriza a este tipo de comercio.

Ahora, si bien no hay un escenario de certeza como podría existir dentro de la contratación nacional, la contratación internacional no carece totalmente de regulación. Así hay que hacer mención a que, si bien no hay un cuerpo legislativo omnicompresivo

⁸ C. Esplugues Mota, “Contratación internacional”. 2ª Edición, Editorial Triant Lo Blanch, 1999., pág., 54.

⁹ C. Esplugues Mota., op. cit., pág., 54

de toda forma de contratación internacional, este tipo de contratación cuenta con una serie de principios y tratados internacionales que llenan estas lagunas, al menos en parte. Entre los primeros están, por ejemplo, los principios UNIDROIT¹⁰, los cuales tienen la calidad de ser fuerzas creadoras de derecho, y así, informan la creación de estos contratos, mientras que dentro de los segundos podemos mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

En términos más específicos, los contratos internacionales pueden ser de cuantas formas los comerciantes internacionales deseen, siendo los más usuales, los contratos de suministro, licencias de *know-how*, contratos de gestión por cuenta ajena, contrato de compraventa internacional, contratos de transporte internacional, de seguro, y los contratos internacionales de distribución, figuras estas últimas sobre las cuales centraremos nuestro trabajo.

B) Contratos Internacionales de Distribución

Antes de hablar de los contratos internacionales de distribución propiamente tales, es bueno analizar el sustrato económico de estos contratos; esto es, la distribución. La doctrina distingue entre dos conceptos de distribución; un concepto económico y un concepto jurídico.

Económicamente, la distribución puede ser definida como "...la realización de distintas actividades y operaciones de intermediación que permiten la llegada de los productos o servicios a los compradores, facilitándoles la tarea de selección, adquisición y uso".¹¹ Es importante entender que, económicamente, el proceso o fenómeno de la distribución implica una serie de pasos o etapas para que el producto llegue al consumidor final. En este sentido, como dice el profesor Giner Parreño, "...hay que entender las actividades realizadas por los fabricantes, los mayoristas y los minoristas para acercar los productos al sujeto destinatario, relativamente pasivo, de este proceso económico: el consumidor".¹²

Sin embargo, económicamente, la distribución hoy se encuentra inmersa dentro de el esquema de maximización de beneficios que toda empresa busca, lo que significa la búsqueda de economías de escala, estandarización de productos y fuertes políticas de estudio de mercado y publicidad, entre otras. En este sentido, hay que tener presente que

¹⁰ Los principios UNIDROIT son una serie de principios recopilados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, los cuales según su preámbulo tienen un carácter de criterios orientadores y declaración de principios, además de haberseles querido dar el carácter de directrices determinantes en la formulación, interpretación y aplicación del resto del texto.

¹¹ César Giner Parreño, citando a Pardolesi, Gallego Sánchez, y Baldi entre otros. Giner Parreño, Cesar. "Distribución y libre competencia", Editorial Montecorvo, 1994., pág.53.

¹² Giner Parreño, César, op. cit., pág. 53

si bien el paradigma de distribución clásico—que consiste en una serie de etapas, cada una de ellas a cargo de empresarios independientes—no ha sido desechado en todos los sectores de la economía; hoy la tendencia es a eliminar las figuras intermedias que existen entre el fabricante y el consumidor, para de esa manera lograr una reducción de costos del proceso de distribución, con la consiguiente traducción en mayores beneficios.¹³ En consecuencia, el fenómeno económico de la distribución se ha orientado hacia la consecución, por parte del fabricante principal, de agentes económicos independientes, quienes asuman por su cuenta el riesgo de la colocación de los productos dentro del mercado, pero que, a la vez se conviertan en parte integrante de la red de distribución del fabricante principal, para así mantener el control del producto hasta el consumidor final, obteniendo todo lo anterior con el mayor margen de beneficios posibles¹⁴.

Jurídicamente, el concepto de distribución puede subdividirse, de acuerdo al profesor Manuel Antonio Domínguez García, en dos “grados”. En un primer grado “...entre técnicas asociativas, cooperativas o consorciales y técnicas contractuales de recepción de la distribución simbiótica, sectores normativos de diferente naturaleza, laboral y mercantil, y dentro de las últimas entre contratos de distribución dependiente e independiente.”¹⁵ En un segundo grado, nos dice el profesor Manuel D. García, la noción jurídica de distribución puede ser disgregada en una concepción amplia o restringida. El concepto amplio implica todo contrato mercantil bilateral o sinalagmático, sea este ejecutado dentro de una estructura dependiente, como es el caso de la agencia; o sea ejecutado dentro de una estructura independiente, como sería el caso del contrato de licencia de marca, o el caso del contrato de concesión (o distribución) y franquicia en todas sus modalidades. “Se trata pues de un concepto comprensivo de las formas de revestimiento jurídico negocial de la distribución directa por órganos extraños y de la distribución indirecta”¹⁶.

El concepto restringido se refiere solamente a los contratos cuya “causa-función típica exclusiva es la distribución descendente indirecta, propia de la concesión, la *agregation* y la franquicia comercial”¹⁷. En este sentido, la distribución viene a ser entonces, la hipótesis de contratos de “cooperación económica”, mostrando una relación jurídica más íntima que la que se aprecia en la distribución en sentido jurídico amplio, puesto que generalmente hay una mayor cooperación por parte del principal hacia el distribuidor. Habiendo visto las acepciones de distribución, tanto en sus sentidos

¹³ En este sentido César Giner Parreño, quien plantea que “Indudablemente, este fenómeno económico materializado en la aspiración de las empresas a obtener una mayor rentabilidad en el proceso de comercialización de los productos o servicios ha provocado una eliminación o integración de las funciones intermedias del esquema tradicional de la distribución, permaneciendo inalteradas las figuras del fabricante y del consumidor”. Giner parreño, César, op. cit., pág., 54.

¹⁴ Para profundizar sobre los beneficios económicos que significan a las partes las nuevas tendencias económicas de integración vertical que se presentan en el plano de la distribución, ver; G. Parreño, César, op. cit., págs, 56 y sgtes.

¹⁵ Domínguez García, Manuel Antonio. “Contratos Internacionales”, Editorial Tecnos, 1997., pág., 1277

¹⁶ D. García, Manuel A., op. cit., pág., 1277

¹⁷ D. García, Manuel A., op. cit., pág., 1277

económico como jurídico, podemos entonces adentrarnos en lo que es el estudio de los contratos internacionales de distribución.

Dada la creciente internacionalización del comercio que se da dentro del marco de la globalización de la sociedad, el contrato internacional de distribución se hace indispensable para salvar las grandes distancias que existen entre los diferentes mercados en que se produce, versus los mercados en los cuales quisiera vender ¹⁸. Así también lo reconoce el profesor Manuel A. Domínguez García, quien plantea que “Los contratos de distribución...se hacen indispensables en el comercio internacional como instrumento de superación de las distancias físicas y de orden socioeconómico entre los diversos mercados y submercados geográficos nacionales, intermedios, y finales.” ¹⁹

Es así como se nos presentan los contratos de distribución; como una herramienta fundamental para la internacionalización del comercio, puesto que son el instrumento jurídico-económico adecuado para unificar las distancias físicas y no físicas, que separan los centros de producción y los centros de venta. Es por este protagonismo fundamental del contrato internacional de distribución,--como ya se dijo en la introducción-- que se le ha elegido para el presente trabajo. A continuación pasaremos a ver un análisis específico sobre las características fundamentales del contrato internacional de distribución.

B.1) Análisis del contrato de distribución en especial.

1) Concepto

Se ha definido al contrato de distribución como aquel contrato “que autoriza, habilita y concede a un distribuidor la posibilidad práctica y jurídica de adquisición, en determinadas condiciones, de los productos generalmente de marca del concedente de acuerdo con unos mínimos prefijados y a revenderlos en una determinada zona, practicando la asistencia técnica al cliente en el acto de venta y después de la misma”. ²⁰

En doctrina nacional, siguiendo al profesor Sr. Alvaro Puelma Accorsi (quien no define expresamente el contrato de distribución) el contrato de distribución se ha delineado en forma conjunta con la figura del contrato de agencia. Así, el profesor Puelma define al agente como “aquel comerciante que cuenta con un establecimiento de ventas al público o a comerciantes minoristas, a quien normalmente se le otorga la franquicia de

¹⁸ Es un principio económico básico del comercio internacional el principio de la “ventaja comparativa”. Principio según el cual cada país exportará aquella producción en la que es más eficiente e importará aquellos bienes en los cuales su producción es más ineficiente. Así, es muy normal que las empresas produzcan sus productos en mercados distintos al mercado donde pretenden vender sus productos, motivados probablemente por el hecho de que en los mercados donde deciden producir, es más eficiente hacerlo, seguramente por la presencia de economías de escala u otros motivos económicos que justifiquen un mayor beneficio. Por lo tanto no es para nada extraño que las compañías estén en constante necesidad de sistemas de distribución eficientes. Para más sobre el principio de la ventaja comparativa ver Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D. “Economía”, editorial Mcgraw Hill, 1993, págs., 802 y sgtes.

¹⁹ D. García, Manuel A., op. cit., pág., 1278

usar la marca del principal en su negocio para indicar al público su calidad de agente”, para posteriormente agregar que “...cuando los volúmenes de negocios son mayores entre el principal y el agente, se acostumbra celebrar un contrato denominado de...distribución..., que en muchas ocasiones otorga exclusividad territorial e impone al distribuidor mayores obligaciones y también le otorga mayores ventajas comerciales”.²¹ Si bien lo anterior no califica como una definición en sentido estricto—quizás por la falta de tratamiento que este tipo de contratación recibe en la doctrina nacional—se puede inferir que para el profesor Puelma, el contrato de distribución se encuentra inmerso en una relación de género-especie con el contrato de agencia, siendo la diferencia entre ambos la existencia de la exclusividad territorial, y el mayor régimen de derechos y obligaciones que existen entre las partes en el caso de la distribución.

Por su parte, la jurisprudencia española concibe al contrato de distribución internacional como una “modalidad contractual atípica, aunque de frecuente concierto en la práctica, conocida como distribución en exclusiva, en virtud de la cual se promueve por el concesionario la introducción en el mercado de un determinado producto”.²²

En general, se coincide en que el contrato de distribución tiene una definición conceptual bastante amplia, lo que deriva de la cantidad de modalidades que asume. Puede estar referido a una adquisición para la reventa de mercaderías o puede ser para el mero uso de los productos (Ej.: películas). Lo importante es la facultad de planificación comercial que otorga a las partes, pudiendo establecer la cantidad de stock que es necesario para cada mercado, la estrategia publicitaria, la fijación de precios, etc.

Naturaleza jurídica

La doctrina ha sostenido una multiplicidad de posiciones a este respecto, puesto que, como se ha visto, se trata de un contrato que no está en una situación jurídico teórica totalmente definida. Su nacimiento no es de larga data y, además, ha asumido durante su vida una serie de modalidades, según los requerimientos del negocio que se pretende implantar; cuestiones que no nos permiten dar una teoría como válida por sobre las otras en lo tocante a su naturaleza y concepto. Así, las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del contrato de distribución son:

CONTRATO ATÍPICO

²⁰ D. García, Manuel A., op. cit., pág 1344. (citando a Santini). Hay que tener presente también otras definiciones como la de J. Hernández Marti, quien define al contrato de distribución de la siguiente manera: “A partir del contrato de concesión mercantil, puede definirse al concesionario como el empresario mercantil que por su cuenta y riesgo, pone el establecimiento de que es titular al servicio de otro empresario ..., industrial o comerciante, para comercializar por tiempo indefinido o ilimitado, en una zona geográfica determinada, y bajo las directrices y supervisión de este último, aunque en nombre y por cuenta propia, los productos cuya exclusiva de reventa se le otorga en condiciones predeterminadas.” Marti, J. Hernández. “Contratación Internacional”, Editorial Triant Lo Blanch, 1999, 2º edición, pág. 962.

²¹ Puelma Accorsi, Alvaro. “Contratación Comercial Moderna”, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pág. 68.

²² D. García, Manuel A., op. cit., pág. 1344; citando entre otras, STS 30 de Septiembre de 1978, en AR 2862; 30 de Septiembre de 1978, en AR 2862, y en especial, STS 31 de Diciembre de 1970 en AR 5641.

Esta teoría se basa en la imposibilidad que existe para calificar al contrato de distribución en alguna de las categorías contractuales básicas que, desde siempre, han existido en el derecho civil. Dentro de esta teoría hay distintos criterios según los autores de que se trate.

Algunos los han situado dentro de lo que son los contratos atípicos puros, dada la dificultad para encasillarlos en las categorías contractuales básicas, a pesar de que algunos de sus elementos pueden ser encuadrados individualmente en contratos “clásicos” como la compraventa o el suministro. Entre estos autores encontramos a Manuel Antonio Domínguez García, quien después de advertir que “...las primeras orientaciones doctrinales y jurisprudenciales comparadas pretendieron una imposible reconducción unitaria del fenómeno jurídico de la concesión en particular y de los contratos de distribución en general, sobre la base de las técnicas de absorción y de la combinación de tipos preexistentes como estructura mixta de colaboración y de cambio en una confusión de los negocios instrumentales con el negocio fundamental (compraventa, suministro, arrendamiento de servicios, de obra, etc).”²³; nos señala que la única clasificación que se puede hacer del contrato internacional de distribución, desde la óptica de su naturaleza jurídica, es la de contrato “...marco...fundamental y obligatorio, caracterizado por la obligación básica del concesionario de promover y realizar autónomamente la comercialización de los productos contractuales teniendo en cuenta los intereses de la contraparte dada la naturaleza de contrato de gestión o prestación autónoma de servicios en interés ajeno.”²⁴

Otros autores que coinciden con la naturaleza de atípico, encuadran al contrato de distribución en la categoría no menos atípica de los “contratos de empresa”²⁵. Esta es la posición de parte de la doctrina argentina que identifica a los contratos de empresa como aquellos en virtud del cual, en nombre propio, se promueve por terceros la ejecución de funciones propias, como la financiación, la venta o el suministro.

Por último es útil tener presente la posición del profesor J. Hernández Marti, quien nos plantea una posición que capta la dificultad para calificar la naturaleza jurídica del contrato internacional de distribución. Este profesor, nos dice que “...el contrato...no está regulado en nuestro derecho positivo, es pues, desde esta perspectiva, atípico. Sin embargo cabe observar que se nos presenta como un fenómeno social reiterado e individualizado bajo un *nomen iuris* de general aceptación, es decir, posee tipicidad social.”²⁶

CONSIGNACIÓN DE MERCADERÍAS O COMISIÓN

Esta teoría ha tenido asidero en la jurisprudencia argentina²⁷, basándose en que, si

²³ D. García, Manuel A., op. cit., pág. 1345.

²⁴ D. García, Manuel A., op. cit., pág. 1345; apoyándose doctrinalmente en Iglesias Prada, y como “contrato-marco” en autores como Ulmer, Gierke/Sandrock y Stumpf entre otros.

²⁵ En este sentido Mazorati, Osvaldo. “Sistemas de Distribución Comercial”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, págs. 57 y sgtes.

²⁶ Marti, J. Hernández, op. cit., pág., 966-967.

bien no hay una relación en términos de definición legal de ambos contratos, igual se deben regir por las mismas normas dada la innegable analogía sustancial que existe entre ambos. Además, se ha dicho que, de aplicar uno u otro, se llegaría a la misma solución jurisprudencial.

Si bien esta teoría no es satisfactoria jurídicamente, tiene la virtud de reconocer que la solución a la problemática de la naturaleza jurídica, va por la línea de análisis de los efectos del contrato, más que por la propia “naturaleza jurídica” del contrato; cuestión que como se verá más adelante, es notable a la luz del análisis económico del derecho que anima el presente trabajo. Sin embargo, tenemos que concordar que jurídicamente esta teoría no es satisfactoria.

(C) COMPRAVENTA

Esta teoría nos dice que, si bien hay un acuerdo comercial entre el distribuidor y el productor, con las cláusulas y modalidades pertinentes (como la de exclusividad), no es menos cierto que cada una de las adquisiciones que el distribuidor hace al productor son, jurídicamente consideradas, compraventas individuales. Ahora, si bien es cierto que al considerar las relaciones que existen entre las partes podríamos identificar relaciones de compraventa, el calificar jurídicamente al contrato de distribución internacional como una compraventa, implicaría, como dice Manuel Antonio Domínguez García, “...una confusión de los negocios instrumentales con el negocio fundamental”.²⁸

Hay que tener presente también que, el considerar jurídicamente al contrato de distribución como compraventa, tampoco ha tenido una recepción favorable dentro de la doctrina nacional. Así, Alvaro Puelma ha dicho que “Consideramos a la agencia, representación y concesión como contratos preparatorios, generalmente de compraventas...de esta manera concebimos las relaciones entre ambos contratos, a nuestro entender jurídicamente diferentes.”²⁹

(D) NATURALEZA MIXTA

Estos autores sostienen que a la hora de determinar la naturaleza jurídica del contrato de distribución, hay que atender a la clase de distribución de que se trata, distinción que se debe hacer en atención a los productos que son objeto de la distribución. Así, en Argentina hay normas especiales sobre la distribución de películas y diarios. Por tanto, según se trate de la distribución de mercaderías o de estos productos especiales, la naturaleza jurídica del contrato será distinta.

Respecto de la distribución de mercaderías se trataría de un contrato normativo que

²⁷ Mazonati, Osvaldo, op. cit., pág. 57 y sgtes.

²⁸ D. García, Manuel A., op. cit., pág. 1345.

²⁹ Puelma Accorsi, Alvaro, op. cit., pág. 79. Cabe destacar también lo que el mismo autor dice a continuación en cuanto al rechazo que ha tenido dentro de la doctrina la calificación jurídica del contrato de distribución como una compraventa. “...cabe destacar que alguna vez se ha pretendido estimar la concesión mercantil como una compraventa con cargo, asimilándola a la donación en que el donante impone ciertas cargas al donatario. En este caso, el principal impondría ciertas cargas al concesionario en las ventas, tesis que no cuenta con mayor apoyo ni siquiera en Francia, donde se elaboró”. Puelma Accorsi, Alvaro, op. cit., pág. 80

determina reglas generales u operaciones de compraventa comunes posteriores que se sujetan al ordenamiento allí establecido. Con respecto, por ejemplo, a la distribución de películas cinematográficas, ésta se hace mediante un contrato tipo, que en cuanto a la naturaleza de la relación entre distribuidor y exhibidor, es “sui-generis” y no configura sociedad.³⁰

Personalmente, y sobre la base del análisis empírico que he efectuado de un conjunto de contratos internacionales de distribución, creo que es un contrato atípico dentro de las clasificaciones convencionales de los contratos. Esto, a pesar de que en la mayoría de los casos el lenguaje que se utiliza podría llevar fácilmente a la conclusión de que se trata de una compraventa, dándose también cabida a considerarlo como una relación de mandato, donde existe una subordinación a la cual el distribuidor se tiene que atener. Esta distinción—como se verá en la segunda parte del trabajo—fue adoptada por las Comisiones Preventiva y Resolutiva a principios de la década de los 1980 para explicar el contrato de distribución exclusiva.³¹

En este sentido vemos como en estos contratos se dice, por ejemplo, “...el proveedor, en este acto y de acuerdo al derecho, nombra al distribuidor como su **REVENDEDOR/DISTRIBUIDOR EXCLUSIVO...**” o que “*Por el presente contrato,...* se obliga a entregar en **VENTA** y el distribuidor se obliga a recibir y **VENDER** los productos que....*distribuye y comercializa,...*”; y así, se podría enmarcar al contrato de distribución en la estructura jurídica de una serie de compraventas que se multiplican hasta llegar al consumidor.

Sin embargo, tenemos también que estos contratos presentan estructuras de subordinación por parte del distribuidor a ciertos órdenes o planes del proveedor, lo que los aleja de la concepción tradicional de una compraventa; Así, por ejemplo, “...el distribuidor no tiene autoridad para nombrar, o intentar nombrar, cualquier subdistribuidor o agente dentro del territorio antes especificado...”; “el distribuidor deberá poner a sus empleados en conocimiento de las características de los productos...debiendo tener entrenamientos, y asistencia a talleres de marketing o de otras especialidades...en relación con los productos que fabrica el proveedor”; “...el distribuidor deberá permitir auditorías sobre sus ventas, según como lo solicite el proveedor...”. En este sentido, claramente el distribuidor está respondiendo a una relación que en nada se condice con la relación natural que existe entre un comprador y un vendedor.

Por estas razones, creo que el contrato de distribución internacional es un contrato

³⁰ Marzorati, Osvaldo, op. cit., pág. 57 y sgtes.

³¹ Fundamentalmente, esta “teoría del mandato” fue adoptada frente al problema que presentaba la exclusividad territorial frente a la legislación antimonopolios; y consistía en que se permitía el establecimiento de un distribuidor exclusivo, siempre y cuando la distribución se enmarcara dentro de la forma jurídica de un mandato, prohibiéndose si la distribución se enmarcaba dentro de la forma jurídica de una compraventa. El fundamento de esta teoría—como se verá oportunamente y en profundidad en la segunda parte del presente trabajo— radicó en que si la forma jurídica era un mandato, el distribuidor—mandatario—tenía que adecuar el cumplimiento de sus obligaciones a las instrucciones—exclusividad— del mandante—productor principal. Mientras que si la forma jurídica adoptada era una compraventa, el distribuidor representaba un ente económico independiente, quien abusaría de una posición privilegiada dentro del mercado si ejercía una exclusividad.

que podríamos clasificar, en cuanto a su naturaleza jurídica, según el momento de ejecución en que se mire. Así, durante la etapa o fase de la adquisición de las mercaderías, el contrato se encuadraría dentro del concepto de compraventa; sin embargo durante la etapa de la comercialización de las mismas, el contrato se encuadraría más bien dentro del concepto de contrato de cooperación económica. Hay que notar que no se habla de un contrato de mandato, puesto que este contrato implica un apegamiento a las instrucciones del mandante—proveedor—mucho más estricto que lo que la práctica del contrato de distribución exige, ya que “...*el presente contrato no reserva, (o) reconoce al proveedor para manejar o controlar la operación día a día del distribuidor según ésta se conduce o efectúa el negocio.*”

Desde el punto de vista del análisis económico, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato es irrelevante. Desde esta perspectiva, un contrato existe en razón de que las personas realizan intercambios. El análisis económico del derecho ha planteado bajo lo que se ha denominado la “Teoría económica del contrato” cuales son los propósitos fundamentales de todo contrato.³² Lo importante para nuestro trabajo es que resulta ajeno a un análisis económico el establecimiento de la naturaleza jurídica del contrato internacional de distribución ya que el enfoque está puesto sobre los intereses de las partes antes que sobre la dogmática jurídica.

En consecuencia, es menester tener presente que, en nuestra opinión, y en materia de contratos económicos como los que examinamos, los tribunales, enfrentados a un contrato de distribución internacional, o a cualquier contrato de esta clase, deberían evitar centrar sus esfuerzos en la calificación jurídica del contrato para atender más bien a lo fundamental que el contrato implica, esto es, los intereses de las partes; cuestión que lamentablemente no se observa en el criterio dominante en las Comisiones Preventivas y en la Comisión Resolutiva, con la adopción de la llamada “Teoría del mandato”. Dicha teoría, ampliamente difundida, principalmente durante la década de 1980, tanto por las Comisiones Preventivas, como por la Comisión Resolutiva, planteaba que para los efectos de distinguir si la exclusividad territorial³³ acordada entre el distribuidor y el productor, era aceptable desde el punto de vista del D.L. 211 de 1973, había que distinguir si el distribuidor realizaba la distribución bajo la forma de mandato o de compraventa; siendo la distribución exclusiva aceptable si se realizaba bajo la forma de mandato. La complejidad de la teoría del mandato—explicada y analizada en la segunda parte del presente trabajo—escapa sin duda al punto que se quiere plantear aquí, pero se establece como ejemplo de la insuficiencia de la lógica jurídica tradicional cuando se adopta frente a un análisis de contratos como el que nos ocupa.

Así, desde el punto de vista del análisis económico del derecho (A.E.D.), el enfoque que se debería haber puesto para solucionar problemas con respecto al contrato internacional de distribución, no debería haber pasado sólo por la lógica de la naturaleza jurídica del contrato. En consecuencia, ante una posible situación problemática que un contrato podría plantear (el contrato internacional de distribución o cualquier otro), el

³³ La exclusividad territorial ha sido sin duda uno de los problemas más grandes en lo concerniente al contrato de distribución y el contrato de distribución internacional frente a las Comisiones Preventivas y Comisión Central, razón por la cual será objeto de un análisis especial en la segunda parte del presente trabajo.

análisis económico del derecho plantea, como dice Bullard un enfoque que está en "...identificar qué remedios..... llevan a un resultado más eficiente..."³⁴; afirmación que si bien se refiere al incumplimiento contractual, ilustra la lógica que inspira al A.E.D. y la

³² Desde el punto de vista estrictamente teórico del análisis económico del derecho, la "Teoría económica del contrato", nace de la lógica del intercambio que existe en la economía. Cooter y Ulen, al explicar la teoría económica del contrato plantean que los contratos tienen los siguientes propósitos fundamentales: Permitir que los individuos conviertan los juegos de soluciones ineficientes en juegos de soluciones eficientes. Esto se explica teniendo en cuenta el juego de la agencia. Este planteamiento nos dice cuales son los posibles escenarios suponiendo que existen dos personas, con algo que invertir entre ellas dos. Suponiendo en primer lugar que no hay contrato de por medio: Si el primer jugador invierte, el segundo jugador puede apropiarse o cooperar. Si coopera significa que obtendrá la mitad de la unidad productiva, mientras que si se apropia se quedaría con la totalidad de la unidad productiva, lo que significaría que el primer jugador se quedaría sin nada y sin posibilidad de exigir la correspondiente reparación; por tanto la mejor movida es la apropiación. Esto significaría que ante la posibilidad de una futura cooperación, el primer jugador no lo hará. En consecuencia sin la existencia de un contrato legalmente exigible, la mejor movida es la apropiación y no la cooperación. Suponiendo ahora que existe un contrato legalmente exigible de por medio la solución es distinta: si el primer jugador invierte y el segundo se apropia, el primero de todas formas va a obtener lo que tenía previsto obtener y el segundo jugador quedará sin nada puesto que tendría que pagar la correspondiente indemnización. En consecuencia ante este escenario el primer jugador va a invertir siempre puesto que todas formas va a recibir, al menos, la indemnización; mientras que si no invierte recibe cero. Por su parte el segundo jugador puede no cooperar, lo que significaría para el cero ganancias más el pago de la indemnización; o puede cooperar, con lo que obtiene la mitad de la unidad cooperativa; en consecuencia coopera. Obtener el compromiso óptimo de cumplir; porque una vez establecido el primer propósito de los contratos, surge la correspondiente interrogante en orden a qué contratos deberían ser legalmente exigibles. Para determinar cuáles deberían ser los contratos legalmente exigibles, el análisis económico del derecho nos plantea que desde el punto de vista de la eficiencia lo que se requiere es el establecimiento de fórmulas que incentiven a las partes de una promesa hacia cumplir naturalmente un contrato por cuanto el cumplimiento les presenta la opción más eficiente. Desde este punto de vista el establecer la responsabilidad por incumplimiento en el mismo nivel que el beneficio que se espera obtener con la promesa genera incentivos para un cumplimiento eficiente; esto porque cualquier persona racional va a cumplir antes que incumplir si el incumplimiento le significa mayores costos. Así desde una perspectiva económica lo que hay que hacer es internalizar los costos de incumplimiento, cuestión que se logra imponiendo como responsabilidad para quien incumple la totalidad del beneficio que el receptor de la promesa espera; cuestión que se llama en análisis económico del derecho (A.E.D.); "Pago perfecto de daños de expectativa". En consecuencia mientras mayor sea el pago de los daños de expectativa, mayor va a ser el incentivo para el promitente para cumplir sus promesas. Sin embargo hay que tener presente que si el pago del daño de expectativas está por sobre el punto óptimo, no será eficiente para el promitente entrar en alguna solución cooperativa porque su eventual responsabilidad por incumplimiento va más allá del posible beneficio que espera obtener. Es aquí donde los tribunales tienen un rol fundamental puesto que al ir fijando pagos muy bajos generan incentivos al incumplimiento, mientras que con pagos muy altos se generan incentivos hacia la no cooperación; soluciones ambas ineficientes. C) Asegurar una confianza óptima. Este tercer propósito implica reconocer que cuando dos personas entran en la celebración de un contrato asumen determinadas conductas que en definitiva aumentan el beneficio del cumplimiento o aumentan la pérdida derivada del incumplimiento del contrato. En consecuencia el problema radica en obtener el grado o nivel de confianza óptima; pero ¿cómo determinarlo? La ganancia esperada por el aumento del nivel de confianza es igual al valor del cumplimiento multiplicado por la probabilidades del cumplimiento; mientras que la pérdida derivada de una confianza adicional es igual al monto de la pérdida multiplicada por la probabilidad del incumplimiento. En consecuencia si establecemos el pago perfecto de daños de expectativa, tenemos que cualquier confianza adicional que las partes pongan en la celebración del contrato será castigada como excesiva, puesto que la indemnización no debería cubrir aquel exceso de confianza ya que significaría elevar innecesariamente la responsabilidad generando incentivos no cooperativos. Cooter y Ulen. "Análisis económico del Derecho.", 1998; en Seminario "Introducción al Análisis económico del Derecho", capítulo 4, Universidad de Chile, 2001, págs., 237 y sgtes.

cual rechaza la sola calificación de los contratos dentro de “naturalezas jurídicas”.

Sin embargo, a pesar que desde la perspectiva del análisis económico del derecho, que anima el presente trabajo, el estudio de la naturaleza jurídica del contrato pierde importancia, no sería aconsejable un completo descarte de la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la figura contractual en estudio, puesto que es un elemento sin duda importante a la hora de interpretar el contrato ante cualquier tribunal o corte arbitral.

3) Características

Este contrato presenta las siguientes características:

Consensual, ya que para su perfeccionamiento se requiere el solo acuerdo de las partes contratantes.

Bilateral, ya que ambas partes resultan obligadas

Oneroso, ya que el contrato cede en utilidad de ambas partes.

Conmutativo, ya que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes

No es formal.

De tracto sucesivo, ya que implica un cumplimiento del contrato durante un tiempo prolongado, no durante espacios esporádicos en el tiempo.

“Intuito personae”, puesto que se ha tenido a la contraparte con sus características propias, como elementos esenciales a la hora de contratar³⁴. Esto tiene trascendencia jurídica respecto del error en la persona y la posibilidad de ceder el contrato.

Esta característica se ve claramente en la praxis de estos contratos, donde los contratantes internacionales establecen una serie de consideraciones en torno a las cuales lo han pactado, y que, generalmente constan en identificaciones de las partes en cuanto a sus actividades económicas, características que las hacen merecedoras de entablar una relación contractual de distribución. En los contratos analizados se ven ejemplos de lo anterior, como serían:

“Considerando que el proveedor actúa en el rubro de fabricación, venta, distribución, importación y exportación de....;”

Considerando que el proveedor desea expandir sus actividades comerciales por medio de una política de ventas en forma directa y a través de sus distribuidores;

Considerando que el distribuidor tiene interés en comercializar los productos fabricados por el proveedor, para lo cual cuenta con una organización, instalaciones y personal especializado para un almacenaje seguro, una eficiente y adecuada distribución...;”

Considerando que el proveedor desea contratar al distribuidor para comercializar los

³⁴ Bullard Gonzales, Alfredo. “Cuando es bueno incumplir un contrato”, pág., 168, 1996; en seminario “Introducción al análisis económico del derecho”, capítulo 4, Universidad de Chile, 2001.

³⁵ En este sentido, Marti, J. Hernández, op. cit., pág., 967

productos por ella fabricados...”

Incluso hay contratos donde se reconoce expresamente: “...y reconocen que el presente contrato de distribución reviste el carácter de INTUITO PERSONAE, particularmente, en cuanto a la aprobación del proveedor respecto del socio...para cuyo efecto se ha tenido en consideración entre otros antecedentes, la situación financiera y prestigio comercial de este último.”

De colaboración o cooperación, ya que hay una función de cooperación entre las partes para la realización del fin del contrato. Lo que es sin perjuicio de la independencia que plantea el contrato de distribución entre el distribuidor y el fabricante. El hecho que el contrato de distribución internacional sea de colaboración o cooperación es una característica que implica que el distribuidor, como lo plantea Manuel A. Domínguez García, “... desarrolla una actividad autónoma y colateral de prestación externa o relación con terceros, constitutiva de empresa, aunque teleológicamente orientada al fomento de la actividad comercial de la contraparte negocial”. En este sentido, el hecho que sea de colaboración implica que las partes, si bien son distintas e independientes—al menos en un sentido jurídico—no es menos cierto que sus actividades se mezclan para los fines de lograr un objetivo que es común a ambos, la conclusión de cualquier acto u operación mercantil con respecto al producto a distribuir. En otras palabras, el distribuidor trabaja en forma independiente para la conclusión de actividades comerciales que corresponden al producto del empresario principal, pero que significan beneficios para ambos.

9) Se trata de contratos “excluyentes y autosuficientes”, puesto que es común encontrar dentro de su redacción cláusulas que establecen que el contrato representa todo el acuerdo entre las partes, excluyendo cualquiera otra clase de acuerdos que pudiesen haber existido entre las partes con anterioridad.

Es interesante esta característica desde el punto de vista del A.E.D. Ella presenta dos ángulos:

a.- Significa que las negociaciones para llegar a obtener un contrato de distribución internacional tienen que abarcar la mayor cantidad de aspectos posibles, lo que supone en última instancia mayores negociaciones y, en consecuencia, mayores “costos de transacción”³⁶

b.- Si la racionalidad económica plantea que uno de los propósitos fundamentales de la teoría económica del contrato es transformar soluciones no cooperativas en soluciones cooperativas por medio del establecimiento de *contratos legalmente exigibles*³⁷; esta

³⁶ El concepto de los costos de transacción es importante dentro del análisis económico del derecho; siendo un concepto que se aplica a varios capítulos del A.E.D., como el análisis económico de los contratos y de la propiedad. Básicamente consiste que en toda negociación entre dos partes, existe una serie de elementos que significan una serie de costos para dicha negociación, como por ejemplo los honorarios de los abogados, los viajes, el tiempo invertido, las oportunidades dejadas de lado, etc; y que por tanto, la existencia de costos de transacción puede tener influencias hacia el establecimiento de soluciones cooperativas o no cooperativas. Dentro de la teoría económica del contrato se tratan como distorsiones a que se ven afectas las negociaciones contractuales; Cooter y Ulen tratan el problema fundamentalmente dentro de la posible asignación de riesgo “ex ante” que los contratantes realizan dentro del contrato. Su aplicación más conocida es dentro del “Teorema de Coase”; teorema que se desarrolla a propósito de la teoría económica de la propiedad.

característica implicaría que la exigibilidad del contrato se resume al cuerpo del contrato, en cuanto a causales, plazos y formas. En consecuencia, dentro de la negociación contractual, las partes tienen la posibilidad de encontrar ellas mismas el punto óptimo de cumplimiento mediante la asignación de pago de daños de expectativa perfecta.³⁸

Hay que tener presente que la antedicha observación es motivada más por una visión estrictamente teórica que práctica, ya que dentro de nuestra legislación civil la terminación, o mejor dicho, la exigibilidad de un contrato, se puede deber a más razones que las estipuladas en el contrato. En otras palabras, las estipulaciones de las partes no pueden ir en contra del orden público, que incluye conceptos como la nulidad o la resolución. En consecuencia, cuando se habla de la exigibilidad del contrato hay que tener presente que por muy exhaustiva que sea la regulación establecida por las partes en el contrato a este respecto siempre hay que respetar las normas de orden público; o en palabras de Coase la "regla legal".³⁹

En consecuencia, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, el hecho que el contrato sea excluyente y auto suficiente, significa que al elevar dicha característica los costos de transacción que se ven envueltos en el contrato, se pone una mayor responsabilidad en el legislador y la decisión que adopte, puesto que al ser los costos de transacción elevados, impidiendo a las partes algún tipo de solución cooperativa, o al menos generando en ellas incentivos no cooperativos, la regla legal adquiere importancia en términos de eficiencia.

Habiendo visto las características clásicas de este contrato, nos parece útil resaltar que existe otra serie de características, que denominaremos características económicas o de "fondo" de este contrato. Estas miran más al contrato en su realidad empresarial y son:

No hay una relación de empleo entre el distribuidor y el productor.

No hay sociedad entre las partes.

Generalmente el distribuidor es autónomo en la forma de distribución de los productos. Sin embargo, hay una serie de aspectos en los cuales generalmente se pacta una relativa intervención del proveedor o fabricante principal; cuestión que se vera más adelante.

Generalmente, las ganancias del distribuidor son la diferencia entre el precio de

³⁷ Ver pie de página número 32.

³⁸ Ver pie de página número 32.

³⁹ Hay que hacer notar que el "Teorema de Coase", plantea de acuerdo a lo explicado por Cooter y Ulen, que suponiendo un escenario donde los costos de transacción son nulos, no importa la regla legal que se adopte puesto que siempre la solución más eficiente va a ser la adoptada por las partes negociantes. Lo anterior se explica puesto que al no existir costos de transacción siempre las partes van a verse incentivadas para intervenir en soluciones cooperativas que incentiven la eficiencia; trasladando los recursos desde un uso ineficiente hacia uno eficiente. Sin embargo si los costos de transacción son altos, la regla legal que se adopte si tiene importancia en términos de la eficiencia social, debiendo el legislador adoptar la regla que signifique o que permita mantener la solución que las partes hubiesen adoptado, para los efectos de obtener excedentes cooperativos. Cooter y Ulen, op. cit., capítulo 3, págs, 114 y sgtes.

adquisición y el precio de reventa, aunque pueden existir pactos en cuanto a bonos o formas alternativas de remuneración.

El distribuidor actúa, en general, a nombre propio y por su propia cuenta.

Dentro de este contrato, como en todos los contratos económicos internacionales, tienen una gran importancia las costumbres mercantiles. Esto, porque al no existir normas dictadas por un organismo al cual se le reconozca una autoridad autónoma, a los comerciantes no les queda más que confiar en la “autorregulación” que las costumbres mercantiles imponen. Esto es claro al leer los distintos contratos de distribución donde se dice por ejemplo que: “...*menos el costo de los productos (de acuerdo con los principios contables generalmente aceptados en el lugar de fabricación y que sean aplicados por costumbre por el proveedor) para producir y despachar el producto que el distribuidor pida.*”; o “...*de acuerdo a lo previsto por los ICC Incoterms para las ventas FOB.*”

7) En general, dentro de estos contratos, las partes—pero en especial el proveedor—tienen un interés especial en la protección de las patentes o los derechos de propiedad industrial. Se observa el hecho que el proveedor generalmente no transfiere sus derechos adquiridos sobre las marcas y las patentes de invención que posee, cosa que dejan muy en claro y en forma bastante extensiva todos los contratos analizados, incurriendo incluso en hipótesis según las cuales se podría entender tácitamente adquirido el derecho de propiedad industrial.⁴⁰

Así vemos, por ejemplo, que “...*nada dentro de este contrato debe entenderse en el sentido que se otorga a el distribuidor cualquier derecho, título, interés o licencia (expresa o implícita) sobre cualquier marca...y el distribuidor no deberá usar las marcas, nombre o designación en cualquier forma que incite a la confusión...y solo podrá usarlas en...conexión con el material publicitario.*”; o “*El distribuidor reconoce, expresamente, que con este instrumento, adquiere solamente el derecho no exclusivo de uso de marcas del proveedor...y otras marcas a su nombre cuyo objeto haya sido autorizado por el proveedor...única y exclusivamente para los fines de la presente distribución sin adquirir el derecho de propiedad de estas marcas o nombres...*”

8) El productor mantiene en estos contratos un control del producto a través de la cadena de distribución que se sigue hasta que el producto llega al consumidor. Por ejemplo, se dice que “*El productor podrá decidir por sí solo el retiro del producto. En el evento que el productor decida que es necesario el retiro de cualquier producto o las autoridades de Salud decidan que es necesario retirar los productos del mercado, el distribuidor deberá retirar los productos a nombre del proveedor.*”

⁴⁰ Económicamente, la protección de la patente es clara. Esto porque la patente representa un activo muy valioso, ya que es un monopolio legal. Esto significa que se puede limitar la producción del producto en lo que es la igualdad del costo marginal con el precio y por tanto tener un margen de utilidad mayor por unidad. Socialmente este monopolio legal se justifica por el hecho que fomenta la invención y la creatividad de los agentes del mercado; y por el hecho que el monopolio se le promete a todos por igual ya que todos tienen creatividad. Es interesante a este respecto como hay estudios según los cuales la existencia de mercados monopólicos deberían tender a fomentar la invención, así Richard Posner ha dicho que “...no creo que dado nuestro conocimiento actual...los monopolios puedan ser condenados sobre la base de que la falta de competencia de precios diezme la capacidad de invención...” Posner, Richard. “Antitrust Law. An economic perspective”, University of Chicago Press, 1976, pág. 17

En este sentido, vemos que el productor, si bien no participa en la venta directa al consumidor, si está presente en lo que es el control del efecto que el producto podría tener sobre los consumidores. Es bastante lógico este hecho ya que, en definitiva, el perjudicado con un eventual daño al consumidor será el proveedor; pues es la reputación de su marca la que está en juego

4) Elementos distintivos del contrato

Estos son los elementos que distinguen al contrato en estudio del resto de las figuras contractuales:

Territorio:

Esta característica es, sin duda—junto con la exclusividad—la más importante del contrato internacional de distribución a la luz del presente trabajo. Lo anterior, en razón de que este aspecto ha sido la preocupación principal—junto con la exclusividad—de la mayoría de las legislaciones de defensa de la libre competencia, cuando se ven enfrentadas a cuestiones relativas a acuerdos de distribución.⁴¹

Consiste esta característica en la delimitación de un territorio físico, al cual el distribuidor tiene que limitar sus actividades, existiendo por el lado del productor la obligación de no actuar dentro del territorio al cual se limitan las actividades del distribuidor. Esto plantea la cuestión de la imposición de “cláusulas de no competir”, tema que genera gran cantidad de discusión; tanto en doctrina como en las distintas jurisprudencias de defensa de la libre competencia.

En una primera parte tenemos en el extremo más liberal de la discusión la tesis de la Escuela de Chicago. Para esta tesis el hecho de que existan acuerdos de distribución territorial exclusiva *entre empresas*, no es un hecho esencialmente distinto de las posibles políticas de distribución restringida *dentro* de una empresa.⁴² En consecuencia, para que podamos establecer que un acuerdo de distribución restringida—en este caso, territorialmente—es ilícito, y por tanto sancionable desde la perspectiva de defensa de la libre competencia, tiene que ser “...enjuiciado con base en una presunción *iuris tantum* de legalidad, siempre que el mercado responda a un conjunto de circunstancias que pueden ser apreciadas mediante una simplificación analítica del supuesto de hecho.”⁴³

Esta escuela plantea que, el establecimiento de una política de distribución restringida, es a todas luces, legítima, puesto que, para que tenga efectos de distorsión del mercado, se tienen que dar una serie de condiciones que raramente ocurren en la

⁴¹ En este sentido César Giñer Parreño, tratando el tema de la delimitación del territorio, señala que una de los problemas en sede del derecho Anti Trust, es que “...subyace a los acuerdos de distribución exclusiva la problemática del *free rider*, de esos distribuidores que no invierten recursos en la promoción, mantenimiento de stocks y publicidad de un producto nuevo beneficiándose de los esfuerzos realizados en ese sentido por otro distribuidor de la misma marca mediante la venta de los productos a un precio inferior, ya que al no incurrir en los costos aludidos mantienen un mejor margen comercial.” Giner Parreño, César, op. cit., pág. 64

⁴² En este sentido Giner Parreño, César, op. cit., pág. 229

⁴³ Giñer Parreño, César, op. cit., pág. 229,230

práctica. Así, se tendrían que verificar alguno de los siguientes supuestos: la empresa que utiliza la distribución restringida territorialmente tiene que poseer una posición de poder en el mercado; la empresa no debe emplear otros métodos de distribución; la empresa no debe reflejar aumentos o incrementos en su volumen de producción; el acuerdo de distribución exclusiva no debe haber sido empleado por un término superior a cinco años; y por último, la empresa puede incrementar sus beneficios perjudicando al público.

Por otro lado, la existencia de acuerdos de distribución restringida en la jurisprudencia Anglosajona, ha sido interpretada en forma más cautelosa. Así, jurisprudencia que analizó esta cuestión bajo la óptica de la Sección 3 de la Clayton Act, señaló que "...es necesario analizar si la práctica *puede* producir el efecto de una lesión substancial de la competencia o tiende a la creación de una posición de poder sustancial en el mercado"⁴⁴.

La discusión a este respecto es bastante amplia, por lo que escapa a la finalidad del presente apartado y las posiciones enunciadas aquí son, simplemente, a título ilustrativo de la discusión, la cual será objeto de un análisis más exhaustivo en la segunda parte del presente trabajo.

Exclusividad:

Esta característica es fundamentalmente importante dentro del contrato de distribución, tanto nacional como internacional. Fundamentalmente, consiste en aquel pacto por el cual el distribuidor se obliga a comprar en forma exclusiva las mercaderías a distribuir de parte del productor principal, estándole prohibido comprar productos de otras marcas o comercializar productos distintos a los que el productor principal quiere introducir en el mercado determinado.

Si bien la exclusividad plantea serios problemas de limitación de libertad para el distribuidor y ha sido uno de los principales problemas frente a las distintas legislaciones anti trust,⁴⁵ no es menos cierto que los acuerdos de compra exclusiva presentan ciertas ventajas, al menos desde un punto de vista económico; cuestiones que deberían ser tomadas en cuenta por cualquier legislación o tribunal que adopte una doble visión jurídico-económica para la consideración de este tipo de materias.

⁴⁴ Giñer Parreño, Cesar, op. cit., citando jurisprudencia de las Sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los casos *United Shoe Machinery Corp. V. United States*, 258 US 451, 459, 460 (1922) y *Times-Picayune Pub. Co. V. United States*, 345 US 594, 608, 609 (1953). Cabe hacer presente que la "Clayton Act" es parte de la legislación de defensa de la libre competencia que rige en Estados Unidos, la cual fue dictada después de la pionera "Sherman Act"; y vino a reforzar, y en algunos casos, a ampliar la regulación ofrecida por la "Sherman Act". La sección 3 de la Clayton Act, se refiere específicamente a aquellos contratos cuyo objeto no estriba en la prestación de servicios.

⁴⁵ Como plantea César Giñer Parreño "...Indudablemente, en materia de acuerdos de compra en exclusiva la comisión (económica europea) se encontraba especialmente preocupada por el efecto de exclusión que los acuerdos de esa naturaleza podían producir en el mercado. Existía una cierta preocupación sobre el efecto de exclusión de tales acuerdos porque su proliferación en el mercado podía provocar una ausencia de empresas distribuidoras que asumieran las tareas de comercialización de los productos." Giner Parreño, César, op. cit., pág, 65

En primer lugar, permite al fabricante principal, planificar de forma exacta la venta e introducción de sus productos en el mercado relevante, además de facilitar la promoción de la venta de un producto y permitir actuar intensivamente sobre el mercado; ya que, por regla general, el fabricante se obliga también en el sentido de ayuda y soporte a la mejora de la estructura de la red de distribución. Por último, estos acuerdos permiten aumentar la competencia entre productos de distintos fabricantes –*interbrand competition*--; además de ser el medio más eficiente para la penetración efectiva del mercado, afrontando la competencia de otros comerciantes.⁴⁶

Del análisis práctico de los contratos estudiados, vemos que la exclusividad se justifica entre los contratantes por el hecho que el distribuidor logre un mínimo de ventas, es decir, que logre una penetración en el mercado en la magnitud que las partes hayan convenido. Esto es claro del texto de los contratos, dentro de los cuales se establece, por ejemplo, *“En el caso que el distribuidor no logre alcanzar por dos períodos consecutivos las cuotas mínimas...perderá su condición de distribuidor exclusivo transformándose en distribuidor común no exclusivo, sin que ello implique derecho por parte del distribuidor a percibir cualquier especie de indemnización, compensación y/o remuneración por dicho concepto.”*; o cuando se establece que *“...el proveedor no designará otros distribuidores para los productos en el Perú siempre y cuando el distribuidor se mantenga en cumplimiento de los volúmenes mínimos de venta que se indican en el anexo 1...”*

Esto es fundamental para entender la racionalidad económica que existe detrás del contrato. El distribuidor será exclusivo en la medida que ese hecho—la exclusividad—signifique que va a cumplir con cuotas de penetración del mercado anteriormente pactadas. En este sentido se espera que la curva de beneficios, o la tasa de retorno, esté en relación con la curva de oferta del mercado específico que se espera explotar. Específicamente, esto significa que la exclusividad se otorga por parte del fabricante principal, a condición de que el distribuidor logre una determinada explotación del mercado elegido, cuestión que se traduce en lograr los montos de venta esperados por el fabricante principal.

Duración:

Este elemento no está sujeto a determinados cánones, ya que puede existir plazo, como puede que no. Es bastante conveniente para las partes el hecho que haya una libertad amplia en cuanto a pactar el plazo, puesto que permite a cada uno valorar la capacidad de trabajo y comercial que tienen y, de acuerdo a eso terminar o prorrogar el contrato.

Lo importante de distinguir aquí es que la relación de distribución está pensada para que sea permanente en el tiempo, puesto que, de lo contrario, no tiene sentido desde un punto de vista empresarial. Por ejemplo, *“El presente contrato entrará en vigencia a la fecha de su suscripción, por un plazo determinado de 3 años...Y SE ENTENDERÁ PRORROGADO POR PERIODOS IGUALES Y SUCESIVOS DE 1 AÑO...”*; o *“...si cualquier parte de este contrato se declara inválida...se acuerda mutuamente que este acuerdo seguirá vigente en la parte que no ha sido declarada inválida...”*

⁴⁶ Giñer Parreño, César, op. cit., pág. 66 y 67.

Control:

La regla general a este respecto es que el distribuidor es un empresario independiente, que asume sus costos y el riesgo de vender los productos del fabricante. Estos productos los adquiere desde el momento de la compra, momento en el cual el fabricante se desliga de los riesgos de deterioro que puede sufrir la cosa en el camino hacia el consumidor.

Ahora, desde el punto de vista del análisis práctico de los contratos estudiados, se plantea que el traspaso del dominio de los productos se realiza desde el momento de la entrega física de los productos, término que, jurídicamente, tiene un alcance distinto. Jurídicamente, la entrega física no es más que un traspaso de mano en mano, debiendo tener presente que el traspaso del dominio de las cosas se realiza mediante los modos de adquirir dicho dominio y si bien existen hipótesis en las cuales el modo de adquirirlo se confunde con la entrega material de la cosa; hay que mantener siempre presente la distinción. En consecuencia, los posibles contratos de distribución internacional que planteen regulaciones especiales en cuanto a la transferencia del dominio de los productos, pueden significar regulaciones inaplicables o inoponibles desde el punto de vista del orden público nacional. Así, por ejemplo, si se planteara en un contrato internacional de distribución que el fabricante principal (siendo extranjero, por ejemplo chino) mantendrá una bodega de su propiedad en Chile, el dominio sobre dicho inmueble lo adquirirá sólo con la tradición de dicho bien (a través de la inscripción en el respectivo registro del Conservador que corresponda), y no simplemente con la entrega física de la bodega, por más que el contrato establezca que bastará sólo la entrega.

A pesar de que el distribuidor haya adquirido el dominio de los bienes, tiene que asumir una serie de obligaciones que le impone el proveedor, las cuales tienden a limitar la libertad con la cual trabaja, ya que, como se aprecia en los contratos analizados, *“El distribuidor será una compañía independiente del proveedor y el presente contrato no confiere a el distribuidor la calidad de representante, socio o empleado del proveedor sino que es exclusivamente la de un distribuidor autorizado...”*;

Así, si bien el distribuidor es independiente, existen una serie de cláusulas que implican sin duda un control sobre el distribuidor, por ejemplo:

La obligación de vender una cantidad mínima, que autoriza al productor a terminar el contrato de no llegarse a dicha cantidad, cosa que se vio anteriormente en cuanto a la justificación de la exclusividad.

La entrega al distribuidor de las mercaderías con un descuento

El lugar y forma de entrega de las mercaderías y como deben recibirse y acopiarse, entre otras..

En la práctica vemos ejemplos de estas cláusulas como:

“... (Obligaciones del distribuidor son) ...cumplir todas las recomendaciones del distribuidor respecto a cuestiones técnicas, inherentes a los productos, administrando medidas en sus bodegas que permitan velar por la calidad de los productos se mantenga inalterable...tales como: condiciones de almacenaje, humedad, temperatura y/o exposición a la luz.”

“... El distribuidor se compromete a comunicar a el proveedor dentro de las 24 horas siguientes sobre cualquier cambio que haga dentro de sus estatutos sociales, tales como aumento de capital, cambio de accionistas, modificación de directorio o razón social. Asimismo, deberá comunicar sobre los cambios de representantes legales...y en general, sobre cualquier otro acto que afecte su constitución social, organización y/o relaciones comerciales...”

“... El distribuidor deberá...permitir audiciones sobre las ventas, según lo requiera el proveedor de tiempo en tiempo.”

“... El distribuidor deberá limitarse de vender el producto fuera del territorio, en busca de consumidores fuera del territorio o en búsqueda de una sucursal fuera del territorio o la mantención de bodegas fuera del territorio para las ventas del producto.”

Por último, hay que tener presente que estas cláusulas tienen que entenderse dentro de la característica de contrato de cooperación que anteriormente se expuso.

5) Derechos y Obligaciones de las partes

Las obligaciones de las partes son relativas a las circunstancias económicas que subyacen a cada contrato de distribución. Sin embargo, la doctrina ha identificado una serie de obligaciones que se pueden extender a la generalidad de estos contratos .

5.1 Obligaciones del proveedor o fabricante

Entregar las mercaderías a que se obligó, en tiempo, forma y cantidad convenidas.

No vender sus productos, ya sea personalmente o por medio de otro distribuidor, en el área de exclusividad.

5.2 Obligaciones del distribuidor

Vender los productos. Respecto de esta obligación hay que respetar también la cantidad mínima a vender y la exclusividad, si es que ambas estuviesen pactadas.

Promover la venta de las mercaderías y obtener la mayor presencia en el mercado posible. No basta simplemente con la obligación de vender, es necesario que se esfuerce en vender la máxima cantidad posible.

Pagar las facturas en las condiciones convenidas

Revisar el estado de las mercaderías y mantener inventario de ellas y, en su caso, de los repuestos.

Respecto al incumplimiento de las obligaciones de las partes, tenemos que decir que con su acaecimiento nace normalmente el derecho a terminar el contrato anticipadamente o a su no renovación, debiendo reconocerse este último derecho a ambas partes. Esto es una práctica común dentro de los contratos de distribución; por ejemplo, *“...el contrato puede ser terminado por una parte...(a) en el evento que la otra parte cese su actividad o se vea involucrada en un proceso de quiebra o insolvencia...(b) en el evento que la parte falle o se rehúse a cumplir a cabalidad su obligación material...(c) en el evento que una parte se retire del mercado”*.

En cuanto a la posible responsabilidad frente a terceros, el productor se desliga

totalmente, puesto que, de acuerdo a la teoría de los riesgos, estos son asumidos por el distribuidor desde el momento de la adquisición. Sin embargo, hay que tener presente que, como se vio antes, el productor igual mantiene el control en cuanto a retirar los productos del mercado y en cuanto a las patentes y derechos de propiedad industrial en general.

Es dable destacar que es una práctica común el pactar una cláusula de mantenimiento de stocks para poder afrontar determinadas épocas de mayor demanda, como por ejemplo, “... *El distribuidor se obliga a mantener un stock vendible y adecuado en orden a satisfacer las necesidades de la demanda...*”. A este respecto, la doctrina ha llamado la atención sobre la forma cómo esto limita el actuar del distribuidor⁴⁷. Ello sin perjuicio de que en el evento de que la relación terminara, el distribuidor se vería muy afectado económicamente puesto que quedaría con un stock no renovable, que no puede revender de inmediato y por tanto disminuye su margen de utilidad.

6) Terminación

En el análisis de la terminación de este contrato, la doctrina ha distinguido entre los contratos a plazo determinado y los contratos a plazo indeterminado:

(a) Contratos de plazo determinado

En este caso, la situación es clara. Ninguno de los contratantes puede dar por terminado el contrato sino hasta el vencimiento del plazo, salvo que alguna de las partes incumpla gravemente el contrato, en cuyo caso la contraparte tendrá derecho a pedir la resolución.

(b) Contratos de plazo indeterminado

En este caso, cualquiera de las partes puede pedir la terminación del contrato en cualquier tiempo. Esto es de toda lógica, ya que no es dable suponer la duración indefinida de una relación comercial, sin posibilidad de término, cuando ni del contrato, ni de la circunstancias de fondo se puede justificar la prolongación de la relación comercial.

Sin embargo, este aspecto de la terminación del contrato no es un tema pacífico. Así, Manuel Domínguez García establece que la terminación del contrato a plazo indefinido en forma unilateral era generalmente aceptado por la jurisprudencia española⁴⁸, siempre que se ejercitara el derecho de acuerdo con las exigencias de la buena fe y de la lealtad.

El mismo autor se pronuncia en contra del establecimiento de plazos fijos para la terminación del contrato ya que “...*la solución planteada (fijación de un plazo determinado)...termina...no siendo satisfactoria en particular desde la óptica del interés del agente. De una parte, la determinación de concretos plazos legales de preaviso, mínimo y máximo, aplicables a todo supuesto...sin atenerse a circunstancias concretas, cualquiera que fuera su índole, conduce irremediabilmente a la discriminación, y de otra, la relación directa entre duración efectiva de la relación y ámbito temporal del término es*

⁴⁷ Ver D. García, Manuel A., op. cit., pág. 1359.

⁴⁸ D. García, Manuel A., op. cit., pág. 1315

incongruente e igualmente discriminatoria.”

Sin embargo, en la tónica del derecho alemán, la resolución sin preaviso solo procede en las hipótesis de incumplimiento de la contraparte o de existencia de justa causa o motivo, mientras que en el derecho italiano el desistimiento sin preaviso produce efectos reales extintivos inmediatos.⁴⁹

En nuestro país sería procedente la resolución sin preaviso en la hipótesis de un contrato sin plazo prefijado, pero siempre que dicho acto sea realizado de buena fe y sin abusar del derecho a la terminación unilateral del contrato. No es menester que exista una cláusula que autorice a los contratantes a poner fin a la relación contractual, aunque sin duda, si dicha cláusula existe, la situación de poner fin a la relación contractual tendría mayores atisbos de legitimidad.⁵⁰

Teniendo claro la situación del desahucio, es importante que veamos una serie de aspectos en cuanto a la terminación de los contratos de distribución internacional.

Fuerza Mayor

La fuerza mayor ha sido definida dentro de los contratos analizados de la siguiente forma:

“... La parte no será considerada culpable del incumplimiento de su obligación...si esta se causa por circunstancias más allá de su control razonable incluyendo, pero no limitando, a los casos de acciones de Dios, explosión, incendio, inundación, guerra o insurrección, accidente, huelga...en todo caso...si la situación se extiende por más de tres meses, la otra parte podrá poner fin al contrato.”

Así definida la “fuerza mayor”, hay que entenderla como aquella situación que está más allá del “control razonable” de la parte. Resaltan aquí dos aspectos de la fuerza mayor.

Primero, desde la definición de fuerza mayor, la cual gira en torno al concepto de “control razonable”. Este, a nuestro entender, es un término de textura abierta, lo que significa que no es clara su definición ni qué significa. Dado el enfoque económico que le hemos dado al trabajo, creemos que este término debe entenderse dentro de la capacidad económica del contratante, entendiéndose por tal la capacidad de cumplir sus obligaciones en términos financieros más que estrictamente jurídicos.

En segundo término, la fuerza mayor dentro de la distribución internacional tiene efectos suspensivos y no terminales. Esto es, que la intención de los contratantes es que de acaecer la fuerza mayor, el contrato continúe su ejecución. Esto es importantísimo dentro del análisis económico, ya que nos muestra que el tribunal que analice este contrato en el evento de una fuerza mayor, tiene que apuntar con su decisión hacia la continuación de la ejecución; esto es lo que llamaremos la aceptación de la “ideología de la negociación hipotética” si es que el tribunal actúa en el sentido antes expuesto, cosa que veremos en la segunda parte del presente trabajo.

⁴⁹ D. García, Manuel A., op. cit., pág. 1316

⁵⁰ López Santa María, Jorge. “Los contratos. Parte General”. Editorial Jurídica de Chile, 1998. págs. 321 y sgtes; y pág. 405.

Mercaderías sobrantes

Al momento de la terminación, suele presentarse el problema de las mercaderías sobrantes; esto es, aquel *stock* de productos comprendidos en la representación que no alcanzaron a ser distribuidos en el mercado y que, por tanto, presentan un problema en cuanto a quién pertenece el beneficio de su venta o distribución.

Ante este problema, se observó en los contratos estudiados, que las partes son quienes resuelven la situación por medio de cláusulas como la siguiente:

“ Dentro de los 90 días que siguen a la terminación del contrato...el distribuidor tendrá derecho a, ya sea, (a) permitir al distribuidor vender su stock pendiente...o (b) comprar el inventario al distribuidor, siempre que se encuentre en condiciones de ser vendido, y se mantengan las condiciones y diseño de los productos...según se acredite en inspección del proveedor.”

En este sentido vemos que dentro de la estructura del contrato de distribución internacional, existe el derecho optativo para el proveedor a comprar las mercaderías o a permitir la venta de éstas por parte del distribuidor. Lo que se pretende es que se logre la venta de los productos en el mercado, ya sea por parte del distribuidor o del proveedor, decisión que tiene que ser tomada--en nuestra óptica—de acuerdo a una comparación entre los costos de vender en uno u otro mercado. Así, si vender en el mercado del proveedor resulta más barato, es claro que se optará por la situación (b) de la cita antes expuesta. Sin embargo, si la estructura de costos (impuestos, seguros, transporte, etc.) es mayor en el mercado del proveedor, se tendrá que optar por la situación (a) de la cita antes transcrita.

Terminación del contrato en relación con cláusulas inválidas

Esta situación se ve ejemplificada en cláusulas como la siguiente:

“... En el evento que alguna de las provisiones del presente acuerdo se declare inválida por cualquier razón...dicha inhabilidad no afectará a las otras provisiones, salvo por el hecho de la exclusión de la antedicha cláusula, y se deberá interpretar el contrato en la línea de las intenciones básicas de las partes...”

Es notable esta práctica de los contratantes internacionales por cuanto recoge toda la doctrina del análisis económico del derecho. Implica un llamado a nuestros tribunales para el análisis que se requiere ante un contrato de distribución; hay que atender hacia el flujo de bienes, servicio y capitales que existe detrás del contrato, más que a la forma jurídica que reviste. En el fondo, el “contrato de distribución”, se materializa en la intención de cooperación económica entre dos partes.

7) Indemnizaciones

Las indemnizaciones a que tiene derecho la parte diligente, en caso de incumplimiento de la otra parte, son ordinariamente por concepto de:

Pérdida de utilidades obtenidas por la privación de actividad comercial durante el periodo necesario para restablecer el ciclo de operaciones comerciales.

Indemnizaciones por despido de personal.

Gastos por reparación y pintura de los vehículos, en caso que el proveedor obligara a poner su logo en los vehículos del distribuidor.

Gastos de publicidad considerados “estériles” después de la resolución. Estos son los gastos publicitarios que no cedieron beneficios a favor del distribuidor y, por tanto, la suma de indemnizaciones no será el total de los gastos publicitarios, sino que solo una parte.

El problema de la indemnización del daño moral no es un tema pacífico en la doctrina; desde su definición doctrinal hasta su acepción práctica que se manifiesta en la procedencia del pago. Si bien el alcance del presente trabajo no nos permite extendernos sobre el tema, resulta ilustrativo exponer, al menos, un par de opiniones sobre el tema.

En doctrina nacional, Ramón Meza Barros, define al daño moral como el dolor, la aflicción, el pesar que causa a la víctima el hecho ilícito; no la lesiona en su patrimonio, sino en sus sentimientos, sus afectos o creencias. El mismo autor reconoce que el daño moral, si bien no tiene en su definición rasgos patrimoniales, tiene sin duda consecuencias patrimoniales; lo cual se ejemplifica con el caso del abogado que es dañado en su reputación, puesto que aquello generaría la consecuente deterioración de la relación con su clientela, generando sin duda perjuicios pecuniarios.⁵¹

En consecuencia el verdadero problema consiste en determinar si el daño moral es indemnizable. En doctrina nacional, es generalmente aceptado que el daño moral es indemnizable⁵². Sin embargo, cuando se trata del contrato de distribución internacional, la doctrina extranjera, fundamentalmente la española, no reconoce un derecho explícito a la indemnización por daño moral, sino que reconoce la posibilidad de las llamadas “indemnizaciones complementarias”.⁵³

Así, se establece que la jurisprudencia española ha consolidado, en el contexto de una relación indefinida, un derecho a una indemnización “por clientela”, diferente, independiente, y compatible con las eventuales indemnizaciones que procedan de la terminación unilateral, sin respetar un plazo razonable. Por su parte, el derecho alemán plantea que la indemnización por clientela se orienta preferentemente a la compensación económica⁵⁴, por la clientela aportada por el distribuidor durante la vigencia de la relación contractual, sin importar si el contrato era a plazo determinado o indefinido, en la medida que la terminación implique pérdidas para el distribuidor a favor del empresario principal; pérdidas que se derivan de posibles operaciones futuras y que no se hubiesen sufrido de no haberse extinguido el contrato.

En el derecho francés, la indemnización por clientela se orienta a la reparación del daño sufrido por el distribuidor como consecuencia del fin de la relación; en una concepción del contrato, bajo la perspectiva del contrato conferido bajo la forma de un mandato; mandato en interés de ambas partes y revocable solo en virtud de justa causa.

⁵¹ Meza Barros, Ramón. “Manual de derecho Civil”. 8ª edición, Editorial jurídica de Chile, pág. 259, tomo II

⁵² En este sentido, Meza Barros y Alessandri. Meza Barros, op. cit., pág. 260 y 261, tomo II.

⁵³ D. García, Manuel A., op. cit., pág. 1327

⁵⁵ En este sentido vemos como es diametralmente opuesta la solución del derecho francés con respecto a la solución planteada en el derecho alemán en cuanto a la indemnización por clientela, puesto que su enfoque está en las formas del contrato más que en los intereses que el contrato regula.

Una vez vistas las principales posiciones doctrinarias en cuanto a la indemnización por clientela, lo importante es destacar que la doctrina y jurisprudencia extranjera, no se pronuncia por la procedencia de una indemnización por daños “morales”, solo habla de la procedencia de indemnizaciones “complementarias”; las cuales si bien son distintas a las indemnizaciones clásicas—lucro cesante y daño emergente--, no son hipótesis que encajen doctrinalmente dentro del concepto de daño moral.

Ahora, si bien es cierto lo anteriormente anotado, hay que tener presente que como señala Alvaro Puelma Accorsi; “De acuerdo a nuestro sistema de Derecho Internacional Privado y especialmente a lo previsto en los artículos 16 del Código Civil y 113 del Código de Comercio, aunque el contrato se haya celebrado en país extranjero, si debe ejecutarse en Chile, se rige por la ley Chilena, salvo pacto en contrario.”⁵⁶

Entonces, si bien en doctrina no se acepta la indemnización por daño moral como tal a priori, no es descartable una posible indemnización a este respecto, puesto que si la indemnización se pide en sede Chilena, lo más probable es que de darse cabida a ella, se conceda también por daño moral; en concordancia con la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia nacional.⁵⁷

Por último, a este respecto hay que tener presente que también cabe la posibilidad—aunque más hipotética—de interpretar las indemnizaciones “complementarias”, como indemnizaciones que caben dentro del concepto de daño

⁵⁴ Es muy interesante desde la perspectiva de análisis económico del derecho que anima el presente trabajo, la solución que plantea el derecho alemán, puesto que desde el momento que se desliga de las formalidades del contrato para analizar la procedencia de la indemnización, se está hablando en un lenguaje que atiende más a los intereses de las partes que a las formalidades clásicas del derecho. En este sentido, Cooter y Ulen, plantean que uno de los propósitos de los contratos es obtener el compromiso óptimo de cumplir. Ahora desde la perspectiva del A.E.D.; lo importante en este sentido es obtener un sistema que permita crear incentivos para las partes en orden a cumplir sus contratos. Así, el promitente tiene incentivos eficientes para cumplir cuando su responsabilidad por incumplimiento se iguala al beneficio perdido por el beneficiario de la promesa; en otras palabras cuando se logra que quien incumple, interna liza los costos del incumplimiento. Ahora, para lograr esto, tenemos que encontrarnos en la situación en donde el monto a pagar por quien incumple sea “perfecto”, lo que Cooter y Ulen definen como “pago perfecto de los daños de expectativa”, los cuales se equiparan a los beneficios que el beneficiario puede esperar del cumplimiento de la promesa. En consecuencia el sistema alemán tiende a la creación de un sistema de compensaciones que crea incentivos eficientes para cumplir el contrato, puesto que tiende al pago de daños de expectativa perfecta.

⁵⁵ Todo lo anterior, D. García, Manuel A., op. cit., págs. 1327 y 1328.

⁵⁶ Puelma Accorsi, Alvaro, op. cit., pág. 81

⁵⁷ Hay que tener presente, que a lo que aquí se daría cabida sería, a una indemnización por daño moral en cuanto tal, y no por la vía de las indemnizaciones complementarias. Esto es, bastaría con probarse que existió un perjuicio “moral”, o extra-patrimonial de acuerdo a las reglas generales de la prueba del daño moral en Chile, para que el tribunal nacional conceda la indemnización.

moral.⁵⁸

Respecto al monto y oportunidad de la indemnización, es una cuestión de hecho. Sin embargo, el momento en torno al cual se calculan los perjuicios es aquel de la resolución, teniendo en cuenta la situación del contrato: ganancia estimada, esfuerzos realizados por la producción, gastos, etc.

En cuanto a las indemnizaciones hay que tener también presente que la práctica de estos contratos nos indica que, *“La responsabilidad del proveedor por los productos que no respondan a las especificaciones se limitará al precio definitivo que el distribuidor ponga o lo que cueste el reemplazo de una cantidad similar de producto sin carga adicional.”*

Esto es, se limita objetivamente la cantidad por la cual la parte tiene que responder. De esta forma hay una tendencia en torno a que, por ejemplo, *“...en ningún caso será responsable por daños incidentales, morales, consecuenciales o imprevistos, incluyendo pero no limitado a pérdidas de utilidades, pérdidas de capital, costos de oportunidad, prestigios, etc.”*

Desde el punto de vista económico, fijar el monto máximo a pagar es consistente, puesto que implica situar el pago de la indemnización en el “pago de daños de expectativa perfectos”. Lo anterior significa que la responsabilidad por incumplimiento, se iguala al beneficio que se pretendía con el cumplimiento, por lo que situar la indemnización en este punto, no incentiva a incumplir; hace al contrato un instrumento de maximización de los beneficios sociales (de ambas partes). Con respecto a la procedencia de los daños morales, el asunto es altamente discutible.

Por un lado se argumenta que se incentivaría el incumplimiento desde el punto de vista económico, puesto que sería “conveniente” para la parte diligente que la otra no cumpla, ya que obtendrá más que sólo el valor objetivo de la pérdida (representado por el precio de mercado, que sería su beneficio de cumplirse el contrato); obtendría además lo correspondiente al daño moral. Sin embargo, se contra argumenta en doctrina económica que la presencia de daños morales eleva el costo de incumplimiento y por tanto, desincentiva a la parte dispuesta a incumplir a realizarlo, ya que del análisis comparativo entre los costos de incumplimiento frente a los beneficios de la cooperación, ganan los beneficios de cooperación.

8) Normas de confidencialidad

“El distribuidor reconoce que el proveedor tiene un interés prioritario sobre cualquier información...proveída al distribuidor, ya sea en conexión con este contrato o no...durante y después de este contrato el distribuidor deberá mantener la información como estrictamente confidencial...”

“Las partes acuerdan que la violación (de este secreto)...implicará un daño irremediable y para el cual no existe remedio legal que sirva...”

Este ejemplo, tomado de los formularios de contratos analizados, es sumamente

⁵⁸ A este respecto ver D. García, Manuel A., op. cit., pág. 1329 y sgtes.

ilustrativo sobre las normas de protección de la información que los contratos de distribución contienen. Generalmente el proveedor tiene una serie de secretos, tanto comerciales como industriales, los cuales económicamente representan un activo sobre el cual se puede establecer una ventaja competitiva, es decir, aquello que la competencia no tiene y que hace al producto algo diferenciado y mejor que el resto de los productos. Entonces, es comprensible que en la práctica se estime como un daño irreparable la revelación de los secretos del proveedor por parte del distribuidor, ya que la antedicha conducta implicaría un daño respecto de aquello que hace al producto susceptible de atraer a un sector determinado del mercado; se asemeja en este sentido a violar una patente o una marca comercial.

Lo anterior porque aunque claramente, no es jurídicamente lo mismo, tanto en la violación de un privilegio como en la violación de un secreto profesional, hay una disminución notable en la capacidad productiva de ese activo.

B.2) Otras formas de distribución.⁵⁹

Además del contrato de distribución, existen otra multiplicidad de formas para superar las barreras entre el productor y el consumidor. Para nuestro trabajo creemos que es importante conceptualizarlas y diferenciarlas del contrato de distribución. Estas formas son varias, pero para nuestros objetivos consideraremos a la Agencia y al “franchising”.

1) La Agencia

La Agencia puede ser definida como un contrato por el cual una parte, llamada comitente, encarga a otra llamada agente, la promoción de negocios por su cuenta y orden. Dicho esto, el agente es la persona que asume de manera estable la función de promover, por cuenta de la otra parte, la conclusión de negocios en una zona determinada, mediante una compensación proporcional a la importancia de los negocios llevados a cabo. Esto es, sin perjuicio de las cláusulas accidentales que las partes pueden establecer dentro del contrato, pudiendo el agente ser incluso representante del principal.

Este contrato es la modalidad principal que utilizan los fabricantes extranjeros a la hora de querer establecerse en un determinado mercado, cuando en dicho mercado existe inestabilidad, ya sea política u económica. Esto principalmente debido a que este contrato no implica una relación muy estrecha por lo cual el empresario principal puede en cualquier momento, salir del mercado con relativa facilidad y a bajo costo.

Solamente a título enunciativo veremos cuales son los elementos esenciales del presente contrato, en lo relativo al agente:

Promoción de negocios, lo que implica una función de intermediación hacia el consumidor, la cual en ocasiones puede ir acompañada de una representación.

Independencia, lo que implica afrontar, por el agente, sus propios costos y

⁵⁹

A este respecto ver: Martí, J. Hernández, op. cit., pág., 964 y sgtes; Giner Parreño, César, op. cit., pág., 70 y sgtes; D.

García, Manuel A., op. cit., pág, 1285 y sgtes; y Puelma Accorsi, Alvaro, op. cit., pág, 68 y sgtes.

mantenimiento de su propia organización. Esto sin perjuicio de las posibles limitaciones de libertad que sufre el agente por parte del principal.

Unilateralidad, en el sentido que su acción de promoción beneficia al principal y no a su persona, puesto que es una promoción de los negocios del principal.

Estabilidad, lo que significa que la relación que aquí se entraba es de larga duración y no de negocios esporádicos.

Asignación geográfica, que implica un territorio en el que se desempeña con exclusividad y en el cual promueve los negocios del principal.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se ha presentado una gran dificultad para la doctrina debido a diversos factores. Primero, el término agente es utilizado ampliamente dentro del comercio y no siempre se identifica con el contrato de agencia. Además, se trata de un contrato que no está regulado puesto que carece de modalidades uniformes, creando en la práctica un estado amplio de categorías o formas contractuales. Se lo ha identificado con un mandato, un mandato de interés común y con la locación de obra.

Se diferencia este contrato con el contrato de distribución de acuerdo a distintos criterios. Sectores de la doctrina han visto la diferencia en criterios de volúmenes transados, y así identifican a la agencia con negocios de menor envergadura. Si bien esto puede ser cierto, opinamos que la diferencia es también cualitativa. Esto, porque el contrato de distribución, implica, por ejemplo, una bilateralidad en las prestaciones, con lo que subyace una relación comercialmente más significativa entre el distribuidor y el fabricante. Este contrato de agencia tiene un trasfondo mucho menos profundo, implica una relación donde muchas veces puede que ni siquiera exista representación, refleja una intención del principal de tener una puerta abierta para salir del mercado si es necesario. Por el contrario, el contrato de distribución conlleva una relación más importante, donde hay un apoyo a veces financiero, una intención de entrar en forma decisiva en un mercado; en fin, significa más que sólo una forma de vender a bajo costo en un mercado que no es el propio.

2) El Franchising o franquicia comercial

Este contrato es, quizás, uno de los más modernos en las prácticas de negocios del último tiempo. Tomó auge durante la década de 1950 y se vincula su aparición a Estados Unidos. Sin embargo, la franquicia no es un invento puramente norteamericano, ya que ha trascendido fronteras y se ha implementado en muchos países, debido a que las sociedades lo utilizan transnacionalmente. Basta con mirar la cantidad de productos masivos que se distribuyen por este mecanismo; Mc' Donalds, Pizza Hut u otros.

Este contrato no es dable de una clasificación por parte de la doctrina jurídica en forma relativamente uniforme, ya que casi se podría decir que existen tantos criterios como autores. Sin embargo, en doctrina económica, no hay duda en encuadrarlo dentro de los sistemas de distribución comercial, para acceder lo más rápido posible a nuevos territorios, cruzar límites estatales o políticos y aun fronteras nacionales.

Para comenzar a dibujar una definición hay que tener presente que la palabra "franquicia" ha sido históricamente sinónimo de privilegios. Con esto en mente tendríamos

que decir que la franquicia es un contrato que, en esencia, implica una distribución comercial, por el cual el franquiciante permite al franquiciado comercializar un cierto producto o servicio, bajo su marca y símbolo, contra el pago de un derecho de entrada o “regalía”, o de ambas cosas, siendo el franquiciado quien invierte lo necesario para el negocio, y por tanto, es un empresario independiente. Sin embargo esta modalidad de distribución es también una forma de enseñanza de un negocio probado.

En consecuencia, la franquicia tiene dos aspectos:

Un aspecto restringido, según el cual la franquicia es un sistema de distribución que opera en forma continua y permanente respecto de un determinado producto.

Un aspecto evolucionado, de acuerdo al cual la franquicia es un contrato de “empresa”, por el cual se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua.

Los elementos que podemos identificar en la franquicia son:

Independencia de las partes

Cooperación

Permanencia de la relación

El “formato uniforme”, que implica que funciona básicamente sobre las modalidades del contrato de adhesión.

La diferencia con el contrato de distribución la enmarcamos dentro del mismo razonamiento que utilizamos para la diferenciación de la agencia. Este contrato ahonda más en las relaciones que existen entre productor y distribuidor. Aquí, incluso el productor, le otorga al distribuidor un conocimiento del “know-how” de su negocio –lo que no debe confundirse en el sentido que este contrato importa necesariamente una licencia de know-how—con lo que claramente está otorgando una muestra de confianza extrema hacia su distribuidor, otorgándole acceso a su ventaja competitiva. Es sin duda una relación de bastante más significancia que el simple contrato de distribución.

En conclusión, hemos podido ver, a través del desarrollo de esta primera parte, cómo el contrato internacional de distribución se nos presenta hoy como una figura de indispensable comprensión. Esto, porque con la internacionalización del comercio, los contratantes internacionales están cada vez más en la necesidad de contar con instrumentos jurídicos que les permitan sortear con éxito las fronteras, físicas o no, que se interponen entre ellos.

En este escenario de creciente complejidad, aparece el contrato internacional de distribución como figura jurídica contractual esencialmente única. Única, porque desde su concepto, pasando por su naturaleza jurídica y hasta sus caracteres propios y distintivos, la figura en estudio presenta su propia identidad, separándose de las categorías jurídico-contractuales clásicas. Entre estas características especialmente distintivas y que hacen del contrato una figura única, se encuentran principalmente las cláusulas de exclusividad, tanto en su aspecto territorial como en el aspecto de la compra y

aprovisionamiento del distribuidor; cláusulas que han generado una especial polémica en sede de legislaciones de defensa de la libre competencia alrededor del mundo.

Entre estas especiales características hemos visto, además, a través del análisis empírico de formularios de contratos de distribución internacional, cómo estos contratos responden fundamentalmente a una lógica económica de reducción de costos. Proceso que se pretende lograr por la vía de la eliminación de los distintos intermediarios que existen entre el fabricante principal y el consumidor; fenómeno que se ha traducido, por ejemplo, en características como la autosuficiencia del contrato, la asignación anticipada del riesgo y regulación anticipada de las posibles lagunas contractuales, o la especial protección de las patentes y derechos de propiedad industrial e intelectual.

Así, llegamos a la segunda parte del presente trabajo, con la delimitación del contrato internacional de distribución en su aspecto teórico, cuestión que nos deja claro la especial y única naturaleza del contrato, lo cual, como vimos, responde al complejo sustrato que regula. De esta manera, nos corresponde ahora entrar en el análisis de la aplicación del contrato por parte de los contratantes y de su recepción por parte de nuestra institucionalidad antimonopolio representada por la Comisión Resolutiva y por la Comisiones Preventivas (cuyo sucesor es el reciente creado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia).

II-) SEGUNDA PARTE: Análisis de la jurisprudencia de las Comisiones de defensa de la libre competencia.

En este apartado entramos en la parte medular del presente trabajo, que consiste en analizar el criterio con el cual la Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas han interpretado el contrato internacional de distribución. En el fondo, esta es la “actualidad” sobre la cual se eligió el tema, puesto que, en base a este análisis, podemos formarnos una idea de qué esperar hoy frente a un contrato de distribución en cuanto a su aplicación práctica en Chile, las limitaciones que puede tener, o las ventajas del contrato que a la autoridad le gustaría fomentar.

Antes de comenzar el análisis propiamente tal, que corresponde a esta segunda parte del trabajo, es conveniente realizar, a modo introductorio, un somero comentario sobre las Comisiones antimonopolios reguladas en el D.L. 211, que en definitiva son los órganos administrativos de los cuales ha emanado la jurisprudencia analizada en el presente trabajo.

Cabe recordar aquí, que este trabajo sólo abarca la jurisprudencia emanada de las comisiones antimonopolios creadas por el D.L. 211 de 1973, y no es un análisis sobre la jurisprudencia del recién creado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Sin embargo, creemos que la jurisprudencia es igualmente representativa de los criterios antimonopolios imperantes en Chile, puesto que hoy no existe un historial de

jurisprudencia del TDLC. Además, las funciones de las Comisiones han sido refundidas, en lo sustancial, en las potestades del TDLC.

A) Las Comisiones de defensa de la libre competencia del D.L. 211 de 1973

A pesar de encontrarse derogadas las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva, nos parece ilustrativo dar breve cuenta de sus principales funciones, pues ellas son importantes para lograr una adecuada comprensión de la jurisprudencia sobre el contrato de distribución que se analiza más adelante. Además, como se ha dicho, parte importante de esas funciones han sido heredadas por el TDLC.

Las Comisiones Preventivas, tanto regionales como central, son los organismos encargados de recibir las consultas en materias de legislación antimonopolios y dictar los criterios preventivos en torno a los cuales, se deben ejecutar actos o contratos que pueden tener implicancias con respecto a los preceptos del D.L. 211.

Las Funciones de las Comisiones Preventivas son:⁶⁰

FUNCION DE CERTEZA:

Absolver consultas acerca de los actos o contratos existentes que podrían infringir las disposiciones del D.L. 211.

Pronunciarse respecto de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar en cuanto puedan alterar la libre competencia.

FUNCION CONSERVADORA:

Velar porque dentro de su respectiva jurisdicción se mantenga el juego de la libre competencia y no se cometan abusos de una situación monopólica, pudiendo conocer, de oficio o a petición de parte de cualquier persona, de toda situación que pudiera alterar dicho libre juego o constituir esos abusos y proponer los medios para corregirla;

FUNCION DE ORDENAR INVESTIGACIONES Y SOLICITAR COLABORACIÓN

Requerir de la Fiscalía la investigación de los actos contrarios a la libre competencia o que pudieran constituir abusos de una situación monopólica;

Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos o servicios públicos, de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado tenga directa o indirectamente, aporte, representación o participación, y de las municipalidades;

FUNCION DE REQUERIMIENTO DE EJERCICIO DE FACULTADES REGULADORES A OTROS ORGANISMOS

A requerimiento del Fiscal, solicitar al Ministerio de Economía, Fomento y

⁶⁰ La calificación aquí propuesta ha sido tomada del libro de Manuel Astudillo Astudillo; "Curso de Derecho Económico, Legislación Económica", Tomo I, Editorial Universidad Central de Chile, 1999.

Reconstrucción o de cualquier otro organismo o servicio público el ejercicio de sus facultades reguladoras de la actividad económica, con carácter preventivo, a fin de impedir los efectos perjudiciales de los actos que investigan.

Una vez vistas las principales funciones de las Comisiones Preventivas, tanto Regionales como Central, nos corresponde analizar a la Comisión Resolutiva, la cual, dentro del esquema del D.L. 211, viene a convertirse, según Manuel Astudillo Astudillo⁶¹, en el sistema sancionador de carácter jurisdiccional que contempla nuestra legislación antimonopolios.

La Comisión Resolutiva es aquel órgano de carácter jurisdiccional creado por el legislador con el objeto de supervigilar la adecuada aplicación de las normas relativas a la protección de la libre competencia mercantil, el correcto desempeño de los organismos que establece al efecto la ley, siendo sus acuerdos o resoluciones obligatorios para las comisiones preventivas. Para tales efectos, cumple las funciones de conocimiento, correctiva y sancionatoria; instructora y de opinión habilitante; requisitoria de modificaciones o derogaciones legales y reglamentarias; instancia de reclamación; y, específica, en materia de negociación laboral colectiva.⁶²

Pasemos a analizar las funciones de la Comisión Resolutiva.

FUNCION DE CONOCIMIENTO, CORRECTIVA Y SANCIONATORIA.

La Comisión Resolutiva puede conocer de oficio o a solicitud del Fiscal, cualquier tipo de conducta que pudiese ser atentatoria en contra de los preceptos establecidos en el D.L. 211, pudiendo investigar con las más amplias atribuciones, y adoptar, en cada caso, las medidas correctivas que le franquea la ley.

Entre estas medidas correctivas⁶³, la Comisión Resolutiva puede modificar o poner término a los contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de protección de la libre competencia. Además, puede ordenar la modificación o disolución de sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que se consideren contrarios a la libre competencia.

En último término la Comisión Resolutiva, en ejercicio de su función sancionatoria, puede declarar las inhabilidades e imponer las multas que se establecen en el artículo 17, inciso segundo del D.L. 211.

FUNCION INSTRUCTORA Y HABILITANTE DE OPINION CALIFICADORA

Esta función de la comisión Resolutiva consiste en la facultad que tiene la Comisión Resolutiva para dictar instrucciones de carácter general, las cuales deberán ser obedecidas por los particulares en la celebración de actos y contratos que pudiesen ser atentatorios de la libre competencia.⁶⁴

⁶¹ Manuel Astudillo Astudillo, op. cit., pág., 91

⁶² Manuel Astudillo Astudillo, op. cit., pág., 91

⁶³ artículo 17º, inciso segundo, letra a) N°s. 1 y 2; D.L. 211 de 1973.

FUNCION REQUISITORA DE MODIFICACIONES O DEROGACIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS

Esta función consiste en la facultad de la Comisión Resolutiva de solicitar la modificación de leyes y reglamentos, que sean contrarias o contrarios a la libre competencia, y siempre que dichos reglamentos o leyes sean perjudiciales para el interés común.⁶⁵

Ahora, las resoluciones de la Comisión Resolutiva solo son reclamables en cuanto dispongan la modificación de las personas jurídicas, la inhabilidad para ocupar determinados cargos en colegios profesionales o instituciones gremiales y la aplicación de multas.⁶⁶ Este recurso es interpuesto, dentro de un plazo de 10 días hábiles, contados desde la respectiva notificación, ante la misma Comisión, para ser conocido por la Corte Suprema, previa vista del Fiscal de la Corte Suprema.

Así, una vez vistos los aspectos formales –introdutorios acerca de las Comisiones de defensa de la libre competencia, pasaremos al análisis de la jurisprudencia emanada de la Comisión Resolutiva y de las Comisiones Preventivas.

B) Análisis de la jurisprudencia de las Comisiones de defensa de la libre competencia.

Como se ha venido ilustrando preliminarmente durante la primera parte del presente trabajo, el contrato de distribución internacional ha generado, fundamentalmente problemas en sede de la legislación anti-monopolios. Lo anterior, en razón de que los objetivos económicos que persigue, significan cláusulas dentro de su estructura—fundamentalmente las cláusulas de asignación territorial y exclusividad—que tienden a ser atentatorias contra el libre mercado.

Así, “...la aspiración de las empresas a obtener una mayor rentabilidad en el proceso de comercialización de los productos o servicios ha provocado una eliminación o integración de las funciones intermedias del esquema tradicional de la distribución, permaneciendo inalteradas las figuras del fabricante y del consumidor”⁶⁷

Entonces vemos como los comerciantes internacionales buscan, con el contrato internacional de distribución saltarse toda la cadena que existe entre el fabricante y el consumidor final; pasando de una cadena que incluye fabricante, mayorista, minorista, y consumidor; para quedar en fabricante, minorista y consumidor. En este sentido, lo que

⁶⁴ Artículo 17, inciso segundo, letra b); D.L. 211 de 1973.

⁶⁵ Artículo 17, inciso segundo, letra d); D.L. 211 de 1973.

⁶⁶ Artículo 19; D.L. 211 de 1973.

⁶⁷ Giñer Parreño, César, op. cit., citando a Santini, pág. 54

busca el comerciante internacional es establecer un sistema que le permita disminuir sus costos para hacer llegar sus productos en un determinado mercado con precios más competitivos. La solución significa establecer empresarios intermedios que operen en forma independiente; tanto en la asunción del riesgo, como en su estructura jurídica; siendo ellos los que se encarguen de la introducción del producto en el mercado relevante.

Desde un punto de vista jurídico, la distribución se efectúa por medio de contratos que integran al distribuidor a la red del empresario principal, limitándole, en cierto sentido, la libertad del distribuidor. Resulta especialmente importante en lo que es la integración que el contrato internacional de distribución implica la asunción del riesgo que hace el distribuidor, cuestión que se refleja en obligaciones, como aquella que prescribe la compra de un stock determinado.⁶⁸

En consecuencia vemos como los esfuerzos de integración, por parte del comerciante internacional, no se realizan dentro de un marco de atadura y limitación total de la libertad del distribuidor; sino que, si bien implican una integración a la red comercial del fabricante, ésta se realiza siempre cuidando de mantener una independencia, tanto económica como jurídica, entre ambos agentes económicos. Ahora, teniendo presente lo anteriormente apuntado, sin duda las limitaciones que implica el contrato internacional de distribución, suscitan dudas desde el punto de vista legal, en especial en cuanto a su validez frente a la legislación de defensa de la libre competencia.

En este orden de ideas es bueno estudiar las posibles implicancias de los acuerdos de distribución ante las distintas legislaciones de defensa de la libre competencia, para después analizar el contrato de distribución internacional ante la jurisprudencia de la legislación de defensa de la libre competencia nacional.

I.- Derecho Comparado

A.-) Contratos de distribución ante el derecho antitrust de los EE.UU.

En la legislación norteamericana, el primer y más famoso precepto legal al momento de analizar conductas atentatorias de la libre competencia es la sección primera de la Sherman Act, la cual condena—en forma bastante extensiva—todo acuerdo, combinación o conspiración que restrinja el comercio.⁶⁹ Al ser tan omnicompreensivo el precepto antes señalado, los jueces norteamericanos tuvieron que buscar criterios que acotaran las conductas que se podrían considerar atentatorias de la libre competencia. En este sentido la solución fue, como dice Parreño “...(buscar) un marco de análisis de lo *razonable* que era la conducta empresarial objeto del examen”.⁷⁰

⁶⁸ Giñer Parreño, César, op. cit., citando a Santini, pág. 55 y sgtes.

⁶⁹ Giñer Parreño, Cesar, op. cit., pág. 60

En este sentido la jurisprudencia norteamericana fue aplicando una serie de criterios que pretendían lograr esta mitigación de los amplísimos términos bajo las cuales se redactó la sección primera de la Sherman Act. Entre estos criterios figuran el análisis de los costos versus los beneficios; cuestión que desde la perspectiva del análisis económico del derecho significa, sin duda, la aplicación de la eficiencia como criterio rector ⁷¹ ; o el análisis económico de los efectos que genera un contrato debido a los elevados costos que genera un proceso de esta naturaleza.

Parreño ⁷² reconoce que en el último tiempo la judicatura norteamericana ha optado por aplicar el método de la “*quick rule of reason*”, método de análisis de los acuerdos de distribución exclusivo desarrollado por la Escuela de La Universidad de Chicago (criterio que será analizado con mayor profundidad cuando se trate la exclusividad más adelante), el cual supone, básicamente, que establecer condiciones de distribución exclusivas no es per se atentatorio contra la libre competencia y que, por tanto, corresponde al afectado demostrar que se dan las condiciones de mercado necesarias para condenar la distribución exclusiva. En este sentido, los acuerdos de distribución exclusiva cuentan con una presunción *iuris tantum*, que la parte afectada tiene que desvirtuar.

En consecuencia vemos que la tendencia actual de la judicatura norteamericana es a no prohibir los acuerdos de distribución, cuando existe competencia eficaz en el mercado relevante, con la excepción de acuerdos de distribución que impliquen más cláusulas restrictivas como un *tying arrangement* (contrato atado) o cláusulas de fijación de precios de reventa. Además, los tribunales norteamericanos tienden a analizar el contrato de distribución en cuanto cauce, que permite el arribo de los productos hasta los consumidores, perdiendo interés en las formas jurídicas bajo las cuales este contrato se puede presentar. Cuestión que es notable desde el punto de vista del análisis económico del derecho, puesto que implica reconocer, en un nivel práctico, las influencias del A.E.D. en cuanto a la concepción de lo que es un contrato.

⁷⁰ op. cit.

⁷¹ La eficiencia es sin duda el criterio que anima el análisis económico del derecho; criterio para el cual existen dos ópticas o tendencias. Primero, la eficiencia en el sentido de Pareto. Este criterio plantea que una transacción es eficiente si nadie pierde; esto en palabras de Posner significa que “...una transacción superior en el sentido de Pareto es aquella que mejora la situación de al menos una persona, sin empeorar la situación de nadie”. En segundo lugar la eficiencia en el sentido Kaldor-Hicks. En este sentido, la transacción es eficiente si quienes ganan, ganan más que los que perdieron, sin que haya una necesidad de compensación de los ganadores hacia los perdedores. Hay que hacer notar que entre los conceptos de eficiencia de Pareto vs. Kaldor-Hicks, la diferencia se reduce al pago efectivo que existe entre ganadores y perdedores. Si una transacción es considerada eficiente bajo el criterio de Kaldor-Hicks, necesariamente la diferencia entre ganadores y perdedores, tiene que implicar, al menos en términos nominales, que nadie perdió. Como dice Posner “... el concepto de Kaldor-Hicks también recibe el nombre de superioridad potencial de Pareto: los ganadores podrían compensar a los perdedores, aunque no lo hagan efectivamente.” Posner, Robert. “Naturaleza del Razonamiento económico”, 1998, pág. 21, en Seminario “Introducción al Análisis económico del Derecho”, capítulo 2, Universidad de Chile, 2001.

⁷² Giñer Parreño, Cesar, op. cit., pág. 61

B.-) Los contratos de distribución ante el derecho comunitario de la libre competencia.

El enfoque que el viejo continente ha dado a los acuerdos de distribución exclusiva es distinto. En lo que ha sido una probable influencia del derecho alemán ⁷³, se han elaborado “códigos” para los distintos casos de restricciones verticales de la competencia, ya sea para compras exclusivas, franquicias o distribución selectiva de automóviles. En consecuencia, tenemos que analizar la posición de la Comisión Europea para los distintos aspectos que el contrato presenta.

B.1) Distribución exclusiva

El problema fundamental para la Comisión Económica Europea es la exclusividad en cuanto a la concesión de un territorio exclusivo para el distribuidor. Esto, como se vio en la primera parte del trabajo, significa que el distribuidor puede operar dentro del territorio determinado, no pudiendo el fabricante principal comerciar dentro de aquel territorio, ni designar otros distribuidores para ese territorio.

El problema económico—como se verá con mayor profundidad más adelante en este trabajo—son los “*free riders*”. Este fenómeno es aquel que consiste en la existencia de una serie de agentes económicos, que se aprovechan de la estructura de costos que el distribuidor tiene montada con respecto al territorio exclusivo, para introducir sus productos a un precio inferior, obteniendo un mayor margen comercial. Esto, obviamente, genera una ventaja competitiva que el distribuidor exclusivo no está dispuesto a tolerar.

B.2.) Compra exclusiva.

La preocupación más importante de la Comisión Económica Europea a este respecto es la posible exclusión que se puede generar en el mercado, con el consecuente aumento del precio del producto a distribuirse. Esto porque al existir una multiplicidad de acuerdos de compra exclusiva entre los distintos distribuidores de un mercado y sus respectivas contrapartes, se produce para el fabricante, que desea entrar al mercado, una ausencia de distribuidores, teniendo que asumir él mismo el costo de la distribución. En consecuencia en la medida que la elasticidad precio del producto lo permita, ese aumento de costo debido a la distribución se ve reflejado en el precio final.

Sin embargo, lo anteriormente dicho es cierto suponiendo que no existen sistemas de distribución alternativos en el mercado, puesto que si existen otros sistemas de distribución, el fabricante no se encuentra huérfano de opciones para la introducción de sus productos. En consecuencia, los legisladores europeos reconocen que los acuerdos de compra exclusiva no son per se dañinos para la libre competencia, sino que son dañinos en la medida que se den dentro de un mercado que presente determinadas características, las cuales impliquen que el acuerdo de compra exclusiva tiene efectos contrarios a la libre competencia. ⁷⁴

⁷³ Giñer Parreño, César, op. cit., pág. 64

De hecho la Comisión Económica Europea ha reconocido abiertamente las ventajas que los acuerdos de compra exclusiva pueden tener. En primer lugar, permiten al fabricante planificar la venta de sus productos dentro del mercado relevante, asegurando el flujo de productos para los consumidores. Además, implican facilitar la venta y promoción del producto para el distribuidor, puesto que el fabricante, al tener con el distribuidor un acuerdo de compra en exclusiva, se compromete a la mejora de la red de distribución. Además, el acuerdo de compra exclusiva representa en general el medio más eficiente de entrar en un determinado mercado; pudiendo ser algunas veces el único.⁷⁵

B.3) Distribución selectiva

El problema que plantea la distribución selectiva es la discriminación que puede significar, puesto que, en virtud de esta modalidad de distribución, el fabricante procede a seleccionar un determinado grupo de distribuidores; prohibiendo para éstos la venta de los productos a distribuidores no autorizados.

Ante la Comisión Económica Europea, este tipo de distribución fue recogido por los reglamentos N° 1983/83 y 1984/84, los cuales establecieron que "...las obligaciones que se pueden imponer en un acuerdo de distribución a los distribuidores y, entre ellas, ni está prevista la obligación de no vender a distribuidores no autorizados, ni se admite la selección cuantitativa. Por estas razones, los acuerdos de distribución selectiva no pueden acogerse a las exenciones por categoría contenidas en los citados reglamentos".

⁷⁶

II.- Contratos de distribución internacional de acuerdo a la legislación chilena

Esta es la parte medular de nuestro trabajo. Si bien todo lo dicho anteriormente es fundamental, esta es la parte donde se verá como el contrato internacional de distribución se aplica ante la ley chilena, determinando el verdadero sentido y alcance que el contrato tiene ⁷⁷. En una primera instancia, es importante tener una visión de las distintas implicancias del contrato ante los distintos aspectos de legislación chilena, para después

⁷⁴ Este argumento es el que se repite—en forma más elaborada—dentro de la llamada teoría de Escuela de Chicago en cuanto a los acuerdos de distribución exclusiva; teoría que se analizará más detalladamente al tratar el problema de distribución exclusiva ante las Comisiones Preventivas y Comisión Resolutiva Central.

⁷⁵ Giñer Parreño, César, op. cit., pág. 66 y 67.

⁷⁶ Giñer Parreño, César, op. cit., pág. 69

⁷⁷ Hay que tener presente que el análisis que las Comisiones realizan es sobre la base del contrato de distribución a nivel nacional, y por tanto los análisis aquí realizados tienen que dimensionarse dentro del escenario que el contrato, en su faceta internacional representa. Así, si bien los criterios y principios que sienta nuestra jurisprudencia antimonopolio aquí analizada, es sobre la base del contrato de distribución a nivel nacional, nuestro análisis pretende matizar dichos principios y criterios a la luz del contrato de distribución en su faceta internacional.

pasar a analizar el contrato en el marco de la jurisprudencia de las Comisiones Preventivas y de la Comisión Resolutiva Central.

A.-) Cuestiones previas que implica el contrato de distribución internacional frente a la legislación Chilena.

1) Principios y legislación aplicable

En concordancia con la legislación nacional, el principio rector en materia de contratación es la libertad contractual⁷⁸. Básicamente eso significa que los contratantes son libres para determinar cuál es el contrato que desean celebrar y cuál es el contenido que tendrá dicho contrato. En consecuencia, el hecho de celebrar un contrato de distribución exclusiva es per se legal; pudiendo las partes libremente convenir las distintas cláusulas que dicho contrato tendrá.

Este principio, como todos los principios en derecho, no es absoluto, y reconoce como el profesor Santa María dice "...límites en la ley, el orden público y las buenas costumbres".⁷⁹ Por lo tanto la celebración de un contrato innominado o no reconocido por nuestra legislación expresa; como el contrato en estudio; no es contrario a nuestro ordenamiento, sino es una práctica aceptada; siempre que respete los límites impuestos por la ley, el orden público y las buenas costumbres.⁸⁰

Una vez aclarado que, desde el punto de vista de los principios que rigen la contratación en Chile, la celebración del contrato de distribución internacional está permitida, es conveniente tener presente cuál será la legislación que se le aplicará a la figura en estudio. De acuerdo a lo establecido por los artículos 16 del Código Civil y 113 del Código de Comercio, si el contrato ha de ejecutarse en Chile, se deberá sujetar a la legislación chilena.⁸¹ En consecuencia, le son plenamente aplicables las normativas

⁷⁸ Como plantea Jorge Lopez Santa María " La libertad contractual comprende la libertad de conclusión y libertad de configuración interna de los contratos. En base a la libertad de conclusión, se afirma que las partes son libres para contratar o no contratar y, en caso afirmativo, para escoger al cocontratante. En base a libertad de configuración interna, las partes pueden fijar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca." López Santa María, Jorge. "Los Contratos. Parte General". 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo I, pág. 262,

⁷⁹ López Santa María, Jorge, op. cit., Tomo I, pág. 262,

⁸⁰ Sobre el orden público y las buenas costumbres, ambos conceptos válvulas, nociones indeterminadas o en blanco, véase, por ejemplo, Fuego Laneri, Fernando. "Interpretación y juez", Santiago, 1976, pág. 117 y sgtes.

⁸¹ En este sentido, Puelma Accorsi, Alvaro, op. cit., pág. 81

chilenas, más las correspondientes convenciones internacionales que tengan cabida, como por ejemplo, la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Por último cabe tener presente que lo anterior es sin perjuicio de los pactos en contrario que las partes puedan convenir. En este orden de ideas, es perfectamente posible sustraer el contrato de alguna legislación que los contratantes estimen como perjudicial para sus intereses; debiendo tener presente que existan los correspondientes “factores de conexión” con la legislación elegida para evitar problemas de fraude a la ley.

82

2) Características generales de los contratos de distribución en Chile

La visión general que se tuvo durante mucho tiempo, y que en buena parte todavía se tiene hoy del presente contrato es que responde, en cuanto su naturaleza jurídica, a una mezcla de compraventa y mandato.⁸³ Las características que el contrato debe presentar frente a la ley chilena, serían las siguientes:

1.- No hay una vinculación de carácter empleado—empleador; no hay vinculación por medio de contrato de trabajo.

2.- No hay sociedad, puesto que las ganancias del distribuidor no tienen que ser compartidas con el fabricante.

3.- El distribuidor es, por regla general, autónomo en el marketing de los productos

4.- Generalmente, el margen comercial del distribuidor, está representado por la diferencia que obtiene entre la compra del producto al fabricante y el precio de reventa, mas los posibles bonos pactados en razón del cumplimiento de determinadas metas.

5.- El distribuidor generalmente vende a nombre propio y bajo su propio riesgo.

Finalmente, hay que tener presente que la distribución de mercaderías realizada en Chile, debe cumplir con la legislación de protección al consumidor establecida por la Ley N° 19.496⁸⁴; siendo la consecuencia de una posible violación las correspondientes multas, además de potenciales acciones de indemnización de perjuicios.

⁸² El fraude a la ley consiste en palabras de Mario Ramírez Necochea en “...el cambio de localizador que se hace con el propósito de eludir una legislación determinada, colocándose bajo el imperio de otra.” Es interesante establecer que la doctrina en general no está de acuerdo sobre la procedencia del fraude a la ley. Así hay sectores doctrinarios que derechamente rechazan el concepto de fraude a la ley por el hecho de que las partes son libres de elegir la legislación que estimen más beneficiosa, bastando el concepto de orden público para rechazar competencias atribuidas a legislaciones extranjeras que vulneren la legislación nacional. Ramírez Necochea, Mario. “Curso de Derecho Internacional Privado”. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pág. 194

⁸³ Esta distinción entre mandato y compraventa es uno de los temas que mas discusiones ha generado. Esta “Teoría del mandato” será analizada mas exhaustivamente mas adelante cuando se analice la situación del contrato de distribución ante la legislación de defensa de la libre competencia.

⁸⁴ Ley 19.496 de 1997 de defensa del consumidor.

B) Contrato de distribución internacional frente a la legislación de defensa de la libre competencia nacional

El contrato internacional de distribución ha generado, como se ha venido ilustrando en forma introductoria, desde siempre problemas en sede de legislación anti-monopolio; y Chile no es la excepción. Lo anterior debido básicamente a dos hechos.

Primero, porque en un escenario de distribución internacional el productor o principal es, generalmente, una empresa “multinacional”, en el sentido de que su estructura se extiende más allá de las fronteras de su mercado local y, por tanto, se trata de empresas con bastante poder económico; segundo, porque económicamente la distribución internacional responde a un escenario de productos inexistentes en un determinado mercado, o si existentes, con niveles y costos de producción que para el principal son ineficientes⁸⁵.

Por lo tanto, tiende a ser peligroso para productores nacionales ineficientes y pequeños, quienes se verán afectados en su participación en el mercado o, eventualmente, eliminados para así conceder al principal una posición, si no monopólica, claramente privilegiada dentro del mercado nacional.

En términos más precisos y jurídicos, el contrato de distribución internacional ha generado problemas en sede de legislación antimonopolio en cuanto al carácter de exclusivo del contrato, tanto en su aspecto de ventajas comerciales, como con respecto a la exclusividad territorial, y con respecto al problema de las llamadas “cláusulas atadas”. En razón de estos tres problemas específicos analizaremos la jurisprudencia de libre competencia existente con respecto al contrato de distribución internacional.

(b.1) Problemas relativos a la obligación del fabricante de otorgar exclusivamente al distribuidor ventajas comerciales. Importaciones paralelas.

Este es el caso en que el fabricante le otorga al distribuidor ventajas, como una rebaja en los precios de los productos que se adquieren, o una cláusula de exclusividad en virtud de la cual el fabricante se obliga a no otorgar los beneficios en términos de precios a terceros distribuidores.

El problema de la rebaja de precios por parte del fabricante, hacia su distribuidor, no debería presentar mayores problemas puesto que no es más que una manifestación de la

⁸⁵ Esta afirmación responde al principio económico de la ventaja comparativa. Principio que ya se mencionó y explicó (ver pie de página número 18) y que volverá a ser explicado oportunamente durante el posterior desarrollo del presente trabajo. (ver pie de página número 128)

libertad económica del distribuidor en cuanto a determinar su organización de negocios, siempre que respete en ello criterios generalmente aceptados, como el de no discriminación arbitraria, y siempre que la rebaja en cuestión, no constituya un medio a través del cual una empresa, con posición de dominio, materialice un abuso en perjuicio de otros. Así, es natural que el fabricante le otorgue condiciones de precios más bajos a su distribuidor ya que en definitiva, los precios que le cobra a su distribuidor son parte de la estructura de costo de este último y, por tanto, reflejan a la larga los precios de mercado de los productos del fabricante.

Lo que parece más problemático es la exclusividad por la cual el fabricante no le otorga los beneficios de precios a terceros distribuidores, lo cual implicaría que esos terceros se verán en desventaja en términos de precios, ya que al soportar un mayor costo en la adquisición, trasladarán ese costo al precio (en la medida que la elasticidad precio del producto y las condiciones del mercado lo permitan) con las funestas consecuencias que eso tiene en una economía de mercado y con la posibilidad cierta que ello supone de que esos terceros se vean a la larga expulsados de ese mercado.

Esta situación plantea, además de cuestiones económicas, lo que se conoce en el ámbito jurídico como el problema de la discriminación arbitraria⁸⁶. Aunque el problema de la discriminación arbitraria es una materia que requiere un tratamiento lato, creemos que sería ilustrativo explicarla someramente, para así poder captar en forma más completa la problemática que genera la exclusividad.

Siguiendo al profesor Domingo Valdés Prieto, entendemos por discriminación arbitraria, el quebrantamiento del principio jurídico de la igualdad, el cual, a su vez, se entiende como el tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.⁸⁷ En consecuencia tenemos que la discriminación arbitraria es aquella realizada en forma "...contraria a derecho, que desconoce los títulos jurídicos exigidos por el régimen de disparidad de que se trate."⁸⁸

Ergo, si un contratante internacional se compromete con su distribuidor a otorgarle beneficios de precios con respecto al producto a distribuir, beneficios que no son otorgados a los otros agentes distribuidores del mercado, quienes, supuestamente, se encuentran en las mismas condiciones que el distribuidor exclusivo. Entonces ese comerciante internacional estaría discriminando arbitrariamente, cuestión que lesionaría el bien jurídico protegido por la legislación antimonopolios, la libre competencia y, por tanto, generaría un ilícito contrario al D.L. 211 (siempre que el fabricante tenga una posición de dominio).

Generaría un ilícito ya que "...lo esencial del ilícito del monopolio es generar una falta de igualdad en alguno de los sujetos vinculados a un mercado relevante determinado, sean estos consumidores o competidores. Así, la igualdad se refiere al ejercicio de la

⁸⁶ Para ver más profundamente el tema de la discriminación arbitraria ver Valdés Prieto, Domingo. "Discriminación arbitraria en el Derecho Económico", Editorial jurídica Cono Sur, 1992.

⁸⁷ Valdés Prieto, Domingo, op. cit., pág. 101

⁸⁸ Valdés Prieto, Domingo, op. cit., pág. 101.

autonomía privada y la falta de igualdad a las restricciones impuestas a dicho ejercicio, restricciones que deben ser ilícitas.”⁸⁹

Hay que tener presente que el tema de la discriminación arbitraria es mucho más complicado que lo que se ha explicado aquí, puesto que es un concepto que se relaciona íntimamente con la libertad y con la igualdad en un sentido mucho más amplio; abarcando casi todo aspecto del derecho. Se ha mencionado aquí para ilustrar cómo la exclusividad que un contratante internacional pueda pactar con su distribuidor genera objeciones jurídicas, paralelas a las económicas, desde el punto de vista de la legislación de defensa de la libre competencia.

Prosiguiendo el estudio del problema, la Comisión Preventiva Central se pronunció, durante la década 1980-1990, en forma negativa con respecto a la exclusividad que el productor le puede dar a sus distribuidores. Así, en el dictamen N° 618/1145 del 25 de Septiembre de 1987, estableció que:

“...al constituirse en comprador único, exclusivo y permanente, contraviene las normas del señalado decreto Ley (211 de 1973) en razón de tratarse de una compra que elimina, en una de las etapas del proceso económico, la pluralidad o multiplicidad de demandantes, acarreando necesariamente una negativa de venta por parte del proveedor o fabricante a todo otro interesado en comprarle”

De la opinión de la Comisión vemos como esta última niega la posibilidad de que el fabricante otorgue los beneficios pactados en virtud del contrato a su distribuidor, y lo hace sobre la base de un número determinado de partícipes en el mercado determinado. Lo anterior, quiere decir que el pronunciamiento de la Comisión busca eliminar la aplicación de la exclusividad que se había pactado contractualmente, sobre la base de que no hay suficientes agentes en el mercado, puesto que se eliminan “...la pluralidad o multiplicidad de demandantes...”. En otras palabras, la exclusividad sería nociva económicamente, a juicio de la Comisión, porque generaría un número de demandantes (del producto fabricado por el principal) insuficiente.

Jurídicamente la situación descrita responde al razonamiento que hay detrás de la interpretación del artículo 1 de D.L. 211 que realiza la doctrina. Así, Domingo Valdés Prieto, al analizar la frase “...que tienda a impedir la libre competencia”⁹⁰, concluye que “...del texto se desprende que lo que debe tender a impedir la libre competencia es cualquier acto, hecho o convención. En consecuencia, la tendencia alude a la aptitud causal que han de tener aquellas formas jurídicas para vulnerar la libre competencia. De esta manera, para realizar el tipo en comento basta una conducta con aptitud causal para restringir la libre competencia, **aunque no se dañe realmente esta última.**”⁹¹.

En consecuencia, se ha entendido, al menos por parte de la doctrina, que cuenta con apoyo jurisprudencial⁹², que basta con que la conducta aparente, en términos formales,

⁸⁹ Valdés Prieto, Domingo, op. cit., pág. 102

⁹⁰ Artículo 1 D.L. 211 de 1973.

⁹¹ Valdés Prieto, Domingo, op. cit., pág. 88

una infracción a la libre competencia, es suficiente que haya una potencial infracción en la conducta, para que sea sancionable.

No estamos de acuerdo con esto último desde la óptica del análisis económico que anima el presente trabajo. Esto, porque la Comisión se basó en criterios puramente formales para determinar algo que, si bien en el sentido clásico de justicia parece malo⁹³, no lo es en el sentido del análisis económico necesariamente⁹⁴. No estamos diciendo que la exclusividad, y por consiguiente la negativa de venta para terceros, sea algo bueno, si no que, en el hecho, puede ser que resulte en menores precios. Esto porque, generalmente, el productor va a elegir el canal de distribución que implique un traspaso de las mercaderías en la forma más eficiente, de manera que si eligió un canal u otro lo hizo sobre la base de su estructura de costos, la cual va a estar determinada por la demanda específica del mercado que se pretende satisfacer.

De esta forma, si se le obliga a satisfacer la demanda de mercados que no tenía planeado abarcarlos, significa un aumento sustancial de su curva de costo. Si bien un aumento en la demanda es siempre deseable en teoría económica, en el corto plazo va a significar necesariamente un aumento del precio, para adecuar el desequilibrio que se produce entre las curvas de oferta y demanda. (Salvo, claro, que se trate de una economía de escala). Así, vemos como el prohibir la exclusividad que tiene un distribuidor, con respecto a terceros posibles compradores del producto, va a significar o puede significar en el corto plazo, un alza en el precio como consecuencia del aumento de la demanda. Vemos como el criterio de la Comisión no es bueno per se, porque sus acciones podrían resultar en la consecuencia que tratan de evitar.

Ahora bien, lo dicho anteriormente es sobre la base de que el mercado que se pretende explotar por parte del fabricante principal es un mercado concentrado, o no perfectamente competitivo, puesto que si fuese un mercado perfectamente competitivo el que se obliga a satisfacer, ese aumento del costo que la prohibición de la exclusividad

⁹² La Comisión Resolutiva ha dicho que “Los organismos antimonopólicos pueden corregir y sancionar, administrativamente, cualquier conducta que sea apta para producir un resultado lesivo de la competencia, aún independientemente de que así ocurra...” Valdés Prieto, Domingo, op. cit., citando jurisprudencia, pág. 88

⁹³ Fundamentalmente en el sentido de una posible discriminación arbitraria que el resto de los agentes económicos—distribuidores—podrían sufrir.

⁹⁴ Así, el análisis que realiza la Comisión se asemeja a una aplicación de lo que en el derecho Anjlosajón se conoce como la regla *per se*, según la cual el contrato de distribución—o mejor dicho la aplicación de la exclusividad que contiene— debería ser prohibida por el solo hecho de ser atentatoria de la libre competencia en cuanto al número de oferentes del mercado. Creemos que el análisis debería haberse realizado sobre la base de atender a los efectos económicos que la aplicación de la exclusividad significan; cuestión que en el derecho norteamericano se conoce como *rule of reason*, o regla de la razón. Así, este método implica que “...para determinar si un acuerdo promueve o suprime la competencia resulta necesario considerar los hechos relativos al sector donde se aplica la restricción; el estado en que se encontraba (el sector) antes y después de que se aplicase la restricción; la naturaleza de la práctica y sus efectos, actuales o probables; la historia de la restricción, el daño que existe, la razón para acordar un remedio particular y el propósito o finalidad que se pretende alcanzar”. Giner Parreño, César, op. cit., citando ideas de “*Chicago Board of Trade vs. United States*”, 246 US 231, 238 (1918).

significa, compensaría en algún grado el menor precio que la ventaja comparativa implica para el principal y, por tanto, sus productos entrarían a competir a un nivel de precios más alto, el cual debería ser suficientemente elevado como para no destruir al productor nacional pero, a la vez, no tan bajo como para significar que el productor nacional margine al principal.

En consecuencia, creemos que la hipótesis propuesta a continuación, es sólo válida si la nueva demanda que se obliga a satisfacer al principal corresponde a un mercado concentrado, puesto que, en el caso de un mercado competitivo, el aumento del costo estaría compensado con la disminución del precio que la ventaja comparativa significa y, por tanto, habría una equiparación en el nivel de precio del productor nacional y del productor extranjero (principal), permitiéndose en este sentido que el libre juego del mercado prevalezca.⁹⁵

En este escenario, lo conveniente podría ser permitir la exclusividad por una ventana de tiempo restringida, que permita al fabricante penetrar el mercado, para luego tener que extender sus beneficios a terceros que quieran distribuir el producto. Esto permitiría que el fabricante se haya adecuado al mercado relevante y así, al momento de extender su producto a terceros, habría preparado su estructura productiva de modo que no haya un alza de precios. Además, daría tiempo a la industria nacional a adecuarse al nuevo producto para poder desarrollar ventajas competitivas verdaderamente eficientes, que permitan al productor nacional competir de la mejor manera con el producto que se pretende distribuir.

La Comisión Resolutiva ya se había pronunciado de igual manera con respecto al problema aludido, al decir en la resolución N° 90 del 28 de Febrero de 1981 que:

“3.3 No es admisible la existencia de sistemas de distribución comercial que excluyan la posibilidad de terceros de concurrir y de competir en la adquisición y reventa...en este sentido las empresas deben fijar condiciones objetivas, de general aplicación que permitan a cualquier comerciante ...tener acceso a las mercaderías ofrecidas.”

Este criterio se volvió a repetir en la resolución N° 246 del 13 de Enero de 1987, donde se estableció que:

“7. ...esta Comisión cree necesario dejar en claro que las situaciones a que se refiere la denuncia...son contrarias a la libre competencia, ya que el proveedor no puede prohibir al comprador...negar la venta en las condiciones generalmente ofrecidas...”

Hacemos extensivas las observaciones a las resoluciones de la Comisión Resolutiva por contener el mismo criterio que sostuvo la Comisión Preventiva.

Ahora, durante los años que siguieron, nuestras Comisiones antimonopolio mantuvieron este criterio de prohibición con respecto a las posibles exclusividades o privilegios que los productores o fabricantes acordaran con sus distribuidores; así, la Comisión Preventiva Central en su dictamen N° 808/443 del 11 de Junio de 1992,

⁹⁵ Hay que tener presente que esta hipótesis es sólo un escenario para ejemplificar la lógica detrás del argumento, puesto que se requiere de un análisis técnico y caso a caso según cada mercado para poder concluir si la exclusividad y su prohibición generan efectivamente un aumento del precio final de mercado.

estableció:

“...en consecuencia si el proveedor quiere dar el título de distribuidor exclusivo a quien le compra, mediante un pacto, convención o contrato de tal especie, ello en ningún caso puede ser motivo para a quienes no haya otorgado dicha calidad o título ya que, siendo la compraventa el acto típico y esencial de comercio, toda discriminación subjetiva que la haga diferente para uno y otro interesado, atenta contra las normas que protegen la libre competencia.”

Nuevamente tenemos que discrepar, pero no por los argumentos dados anteriormente, en el sentido de alejarnos del criterio de la Comisión por la posibilidad de generar exactamente lo que quiere evitar, esto es, que sus acciones en pro de asegurar más y mejores bienes a menores precios, resulta en mayores precios; sino porque este fallo plantea que la discriminación es lo que atenta contra las normas de la libre competencia⁹⁶, lo que probablemente supone la idea subyacente de que necesariamente, una cantidad mayor de oferentes va a significar un menor precio.

Esta premisa ya estaba en el criterio de la Comisión Resolutiva, quien en su resolución N° 90 del 28 de Enero de 1981, establecía que **“... existiendo libertad de acceso...necesariamente ha de verse reflejado en menores precios...”**

Como vimos anteriormente, si bien en el largo plazo, y en condiciones de competencia perfecta esto puede ser cierto, la verdad es que en la práctica la distribución obedece a la necesidad de introducir productos que aún no existen en un determinado mercado, o que, si existen, se producen a niveles que para el principal son ineficientes en términos de costos y, por tanto, el tener que obligar al productor a satisfacer a toda la demanda agregada de un mercado, sacándolo de sus proyecciones para una parte específica de un mercado o para un mercado específico, podría conllevar necesariamente a un aumento del precio por tener que responder a una demanda aumentada en relación con su curva de oferta⁹⁷.

De esto se concluye que lo que atenta contra la libre competencia son aquellos actos que tienen efectos reflejados en un aumento en los precios finales y no simplemente la cantidad de oferentes⁹⁸. Lamentablemente este criterio se ha mantenido hasta hoy, y por lo tanto el contrato de distribución exclusiva, solo podrá ser exclusivo en Chile en la medida que los privilegios que implica la exclusividad, sean planteados con caracteres objetivos y generales, de manera que cualquier agente pueda acceder a ellos.

⁹⁶ Básicamente, como ya se ha explicado, constituye un problema de discriminación arbitraria, cuestión que es la base del ilícito del monopolio en opinión del profesor Domingo Valdés, quien ha dicho que “...lo esencial del ilícito del monopolio es generar una falta de igualdad en alguno de los sujetos vinculados a un mercado relevante determinado, sean estos competidores o consumidores.” Valdés Prieto, Domingo, op. cit., pág. 102

⁹⁷ Esto, porque como plantean los economistas Samuelson y Nordhaus, “...la producción eficiente exige tiempo...” “...a corto plazo no es posible ajustar o modificar totalmente los factores fijos, como la planta o el equipo.” Por lo tanto si el distribuidor es obligado a satisfacer una curva de demanda mucho mayor que la presupuestada, en el corto plazo, **no tiene otra opción que subir los precios** para obtener el equilibrio de mercado. Se recomienda a este respecto ver Samuelson, Paul y Nordhaus, William, op. cit., pág. 137 y sgtes.

Sin embargo, hay que tener presente que el criterio anterior es sólo mantenido hoy para el caso de mercados que no sean efectivamente competitivos, puesto que en el caso de que del análisis del mercado se determine que un mercado es competitivo, la exclusividad es permitida. En consecuencia, el establecimiento de una exclusividad es hoy analizado a la luz de las condiciones competitivas del mercado relevante.

Este problema que hemos analizado hasta aquí, se relaciona con otro problema que ha motivado a los tribunales de defensa de la libre competencia a conocer del contrato de distribución: las importaciones paralelas. Este fenómeno consiste en que existe un distribuidor exclusivo de un producto que existe en un mercado externo, cuya única vía de entrada al mercado nacional es el contrato de distribución, y existe un tercero, ajeno al contrato de distribución que, como privado, concurre al mercado externo para adquirir el producto y venderlo en el mercado nacional.

Las importaciones paralelas responden al mismo problema—la exclusividad que un fabricante ha otorgado a un distribuidor y no a todos los agentes de un mercado— pero con una diferencia formal. En las importaciones paralelas es el distribuidor el que se siente afectado y, por tanto, es él quien toma la acción de denunciar la conducta ante los tribunales de defensa de la libre competencia para que se respete el acuerdo de exclusividad. No se trata de que el tercero busque que le reconozcan su derecho; simplemente lo ejercita.

Con respecto a este problema la Comisión Preventiva Central se pronunció en los siguientes términos en el dictamen N° 310/76 de 1982:

“el simple hecho de no constarle la procedencia de un filtro marca..., no es óbice para que (el distribuidor)...no preste el respectivo servicio técnico o de garantía que se le requiere...y la garantía y la asistencia técnica son servicios que debe acompañar al producto sin importar su procedencia comercial...”

Vemos cómo la Comisión planteó que la importación paralela es perfectamente válida en el sentido que cualquiera puede traer los productos que están siendo introducidos a través del canal de distribución exclusiva, en forma individual, y exigir al

⁹⁸ Es interesante destacar que incluso hay autores, como Robert Posner, que plantean que aunque un monopolio signifique un alza del precio del producto en cuestión, esta alza de precio no fundamenta una prohibición del monopolio sobre la base de que el monopolio significará peor calidad y mayores costos para la sociedad, puesto, que si bien está generalmente aceptado que un mercado competitivo incentiva la constante mejora del producto con la consiguiente reducción del precio, existen una serie de estudios que enfatizan el hecho de que el monopolista no elimina la competencia en forma completa y sigue creando mejoras de su producto, aunque dentro de su mercado objetivo no haya más oferentes. Así “...el monopolista tiene incentivos para estimular la competencia para así obtener una reducción de sus costos y obtener una maximización de sus ganancias....el monopolista racional elimina la competencia en el nivel que dicha competencia es perjudicial para su firma....la competencia es retenida en aquellas áreas donde puede incrementar las ganancias”. “Como hemos visto, el efecto de la fijación de precios por el monopolista, cuando la competencia no está prohibida sino solo en cuanto al precio, es el de canalizar las ganancias “monopólicas” hacia ventajas competitivas distintas del precio como todo tipo de mejoras al producto y servicio al cliente”. Todo esto porque como explica el mismo profesor Posner, el monopolista opera dentro del margen elástico de su curva de demanda; y en consecuencia la reducción en la cantidad del producto, y el consiguiente aumento en el precio es limitado por el precio de equilibrio del monopolista. Posner, Robert. “Anitrust Law. An Economic Perspective”. The University of Chicago Press”, 1976, pág. 16 y sgtes.

distribuidor exclusivo una respuesta por productos que él no ha internado y que pueden corresponder a un stock distinto o a productos defectuosos o imitados.

Este problema de las importaciones paralelas es un asunto que no ha pasado inadvertido dentro de la legislación antimonopolio. Así, en el derecho comunitario se ha hecho presente por la propia Comisión Europea, cómo, en casos en que existen escenarios de distribución exclusiva, se presenta el problema de los “free riders”. César Giñer Parreño, plantea que “Subyace a los acuerdos de distribución exclusiva la problemática del *free rider*, de esos distribuidores que no invierten recursos en la promoción, mantenimiento de stocks y publicidad de un producto nuevo, beneficiándose de los esfuerzos realizados en ese sentido por otro distribuidor de la misma marca mediante la venta de productos a un precio inferior, ya que al no incurrir en los aludidos costos mantienen un mejor margen comercial.”⁹⁹

Desde una perspectiva estrictamente legal, las importaciones paralelas y restricciones en general que plantea el contrato de distribución, generan necesariamente dudas desde el punto de vista constitucional. Así, desde esta perspectiva, el restringir las facultades que tiene cualquier persona en orden a traer cualquier mercadería, implica

necesariamente privar o desconocer el derecho constitucional que toda persona tiene en orden a desarrollar cualquier actividad económica; derecho consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución de 1980.¹⁰⁰

Esta libertad, cuya consagración parece un poco excesiva a los profesores Verdugo y Pfeffer, debido a que bastaba con la consagración de la libertad en un sentido general (art. 19 N°3), más la consagración de la libertad de trabajo (art. 19 N° 16), para colegir la libertad a desarrollar cualquier actividad económica¹⁰¹; representó para el constituyente de 1980 una declaración de principios muy fuerte puesto que a pesar de estar perfectamente protegida por el recurso de protección se la dota de una acción constitucional especial—el amparo económico. En consecuencia las trasgresiones a este precepto son doblemente protegidas, lo que demuestra la especial preocupación que para la constitución de 1980 tiene la libertad a desarrollar cualquier actividad económica.

Esta libertad que se consagró en términos amplios, siendo una declaración de principios además de la consagración de una garantía constitucional, como se dijo en el párrafo anterior; probablemente como una reacción ante el excesivo intervencionismo estatal desarrollado durante el gobierno de Salvador Allende; consiste en que cualquiera puede desarrollar la actividad económica que desee, sin más límites que la moral, el

⁹⁹ Giñer Parreño, César, op. cit., pág. 64 y 65.

¹⁰⁰ El derecho a realizar cualquier actividad económica se enmarca dentro de lo que es el concepto del orden público económico. Como reconocen Mario Verdugo y Emilio Pfeffer es un concepto altamente conceptual, siendo materia de discusión constante. Estos autores citan al profesor Jose Luis Cea Egaña, quien define al orden público económico como “...el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Carta Fundamental.” Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio; y Nogueira Alcalá, Humberto. “Derecho Constitucional”. Editorial Jurídica de Chile, 2002, Tomo I, pág. 296.

¹⁰¹ Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto, op. cit., pág. 296 y 297, tomo I.

orden público o la seguridad nacional.

En consecuencia, al plantear que por la vía del ejercicio de un derecho emanado de un contrato—derecho del distribuidor exclusivo a que se respete su exclusividad—se limite un derecho protegido por nuestra carta fundamental resulta, al menos, cuestionable. En este sentido, vemos entonces como la labor realizada por las Comisiones Preventivas y por la Comisión Resolutiva tienen un carácter protector del orden público más que una regulación de simples intereses privados.¹⁰²

Una vez visto el razonamiento clásico, de corte legal-constitucional que existe detrás de la fundamentación que permite las importaciones paralelas, es pertinente analizar el problema de la importación paralela desde la perspectiva económica que anima el presente trabajo

Este criterio genera, económicamente hablando, una externalidad que en definitiva va a tener que ser absorbida por alguien.

Esto, porque al permitir un canal de distribución “no oficial”, la curva de costos que soporta el distribuidor exclusivo se equipara o genera una curva de beneficios “social”, que es aprovechada por los terceros que realizan la importación paralela. Sin una regulación legal eficiente, que plantee una internalización de dicha externalidad, como por ejemplo, un impuesto (por ejemplo una sobre tasa de IVA no recuperable), que obligue a los importadores a un pago de daños de expectativa perfectos al distribuidor, (esto significaría en la práctica un pago de una cantidad tal que el importador soporte también la parte del costo que afecta a el distribuidor debido a la exclusividad; cantidad que sería equivalente a la diferencia entre el costo del distribuidor exclusivo y el beneficio del importador), el efecto sería que el distribuidor va a desistir de su calidad. Esto implicaría que habría una interferencia con el canal de distribución que las partes libremente

¹⁰² En este sentido nuestra doctrina, citando jurisprudencia ha dicho que “...la legislación antimonopólica no solo cautela el interés de los consumidores, sino que también salvaguarda la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, para beneficiar de este modo, a toda la colectividad, pues el interés de ésta es que produzcan más y mejores bienes y servicios, a precios mas reducidos , lo que asegura, entre otras circunstancias, la libertad de todos los participantes en la actividad económica para dar o requerir servicios, dentro de un esquema de libre competencia.” Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, op. cit., pag. 299 citando C.S., 25-3-1986, R., t. 83, sec., 6, p.26. Es interesante tener presente también la opinión del profesor Robert Posner quien nos plantea que “...la legislación antimonopolios es un método inapropiado para promover los intereses de los pequeños empresarios”. El profesor Posner nos explica que al generar el monopolio una cuña en la relación entre el precio y el costo de las firmas más grandes del mercado, esto genera una posibilidad de sobre vivencia para las firmas mas pequeñas, aunque sus costos sean mayores que los costos de las firmas más grandes. En consecuencia no sería la legislación antimonopolio algo que necesariamente beneficie al pequeño empresario y por tanto se cuestionaría la finalidad protectora del orden público que se le atribuye a dicha legislación. Lo anterior dado que si la finalidad protectora del orden público que se le atribuye a la legislación de defensa de la libre competencia significa que “... (se) produzcan mas y mejores bienes y servicios, a precios mas reducidos...” (C.S. 25-3-1986, R., t. 83, sec., 6, p.26) ; lo cual se logra supuestamente—al menos en el razonamiento de la Comisión Preventiva y Resolutiva—por un determinado número de oferentes; y basta con la sola racionalidad económica del monopolio para salvaguardar a los pequeños empresarios; entonces la legislación de defensa de la libre competencia no salvaguarda el orden público, (puesto que el numero de oferentes se salvaguarda con el libre juego de los agentes del mercado); apareciendo más como una herramienta restrictiva de la libertad a desarrollar cualquier actividad económica,(libertad garantizada por nuestra Constitución Política en su artículo 19 N° 21), que una herramienta protectora del orden público. Posner, Robert, op. cit., pág. 19

pactaron, y por tanto se frustraría el objeto, tanto jurídico como económico, del contrato de distribución.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que si el precio de la importación paralela es significativamente menor, entonces el precio del canal de distribución pactado sobre la base de la distribución exclusiva, es ineficiente, y, por tanto, las partes buscarán por sí solas los mecanismos que mejor se acoplen a sus intereses para solucionar el problema, como por ejemplo, optando por terminar con la exclusividad.

La afirmación anterior se explica porque dentro de lo que es la “Teoría Económica de la propiedad” se establece como premisa que, como dice Cooter y Ulen “...al negociar en conjunto, los individuos convienen con frecuencia las condiciones para interactuar y cooperar. Pero a veces las condiciones de la interacción y la cooperación se imponen a los individuos desde afuera, por ejemplo, por la ley. Las condiciones son a menudo más eficientes cuando los individuos convienen en ellas que cuando la ley se las impone.”¹⁰³

En consecuencia, si hay un escenario de distribución internacional donde los costos de dicha distribución son más altos para las partes que la opción de las importaciones paralelas, naturalmente las partes van a tender a desligarse del vínculo contractual para introducir las mercaderías de modo más eficiente. Es importante esta visión fundamentalmente para el organismo encargado de solucionar el problema que a este respecto se genera (léase Comisiones Preventivas y Comisión Resolutiva). Esto, porque el organismo tiene que estar atento, en aras de la eficiencia social, a permitir que los agentes económicos pacten la solución cooperativa más eficiente; y si no lo hacen, tienen que estar dispuestos a solucionar la laguna con “términos de omisión eficientes”.¹⁰⁴

De lo anterior se colige que la Comisión debió haber realizado un análisis en términos de precios finales para determinar si se debiera autorizar mantener o no autorizar mantener las importaciones paralelas. Así, si el precio final es menor con la presencia de las importaciones paralelas, entonces el acuerdo de exclusividad va a dejar de existir por motivaciones propias, pero si el precio de la importación paralela resulta mayor que el del distribuidor exclusivo, la Comisión no debería soportar dicha conducta (la importación paralela), aunque implique la marginación de agentes de una oferta determinada, porque lo que las Comisiones tienen que cuidar es que los precios sean los

¹⁰³ Cooter y Ulen, “Teoría económica de la propiedad”, 1998, pág. 113; en Seminario “Introducción al Análisis económico del derecho”, capítulo 3, Universidad de Chile, 2001.

¹⁰⁴ Dentro de la teoría económica del contrato, es de fundamental importancia el determinar como los tribunales van a subsanar aquellas “lagunas” que las partes dejan en el contrato. Cuando se produce alguna convergencia en torno a un aspecto no regulado dentro de la solución cooperativa, nos encontramos frente a un “laguna contractual”. Ahora, para la solución de dicha laguna, los tribunales asignan un término que usualmente representa lo que hubiesen acordado las partes para tal evento de haberlo negociado con anterioridad. En este sentido, como plantean Cooter y Ulen, el tribunal debería buscar que dicho término sea “eficiente” puesto que “...las partes de un contrato pueden ahorrar con frecuencia costos de transacción dejando en el contrato algunas lagunas. Cuando así ocurre, el tribunal subsanará la laguna con un término de omisión. Los términos de omisión eficientes maximizan el excedente de las partes, mientras que los términos de omisión ineficientes reducen el excedente. En general, las dos partes de un contrato pueden beneficiarse cuando los legisladores reemplazan los términos de omisión ineficientes por términos de omisión eficientes.” Cooter y Ulen, op. cit., capítulo 4, pág. 259

más bajos posibles y que los productos sean de la mejor calidad posible , para así beneficiar a la masa de consumidores. En eso consiste, en opinión de nuestra Corte Suprema, la finalidad protectora del orden público que tiene el D.L. 211¹⁰⁵ , no en velar por la libertad de trabajo (Sin dejar de tener presente el artículo 2 del D.L. 211). Además, si el precio final de la importación paralela es mayor, soportarla, iría contra los principios de la libre competencia, puesto que como ha dicho la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, (ver pie de página número 103) la verdadera finalidad protectora del orden público de la legislación de la libre competencia es la de **asegurar más y mejores bienes y servicios, a menores precios** . En consecuencia, si la Comisión-actual TLDC-permite la existencia de importaciones paralelas cuando éstas significan mayores precios finales, se está atentando más que contra actitudes de hecho reguladas en la ley (como lo son el abuso de posición dominante, la colusión y la competencia desleal), se atenta, por parte de la Comisión, contra el espíritu y principio básico de toda legislación de defensa de la libre competencia; la obtención de más y mejores bienes a menores precios. Nuestra posición es que las conductas prescritas en el artículo 3 del D.L. 211 actual son sólo actitudes por las cuales se puede vulnerar el principio básico que protege la legislación de defensa de la libre competencia, pero no son el principio en sí.

Por último, el permitir la importación paralela podría implicar que se burlen los privilegios de propiedad industrial que puedan existir con respecto a la marca, y los cuales vimos, son objeto de una especial regulación y protección por parte de los contratantes internacionales. Esto, porque nada asegura dentro de la importación paralela, que el distribuidor esté adquiriendo los productos originales, y por tanto, podrían estar gozando del privilegio de una determinada marca, agentes que no han pagado por tal derecho.

Por su parte la Comisión Resolutiva, en su resolución N° 222 del 22 de Abril de 1986, planteó que:

“7....no es objetable que un proveedor establezca un distribuidor exclusivo otorgándole el correspondiente mandato para que éste vende por cuenta de aquél...”

Vemos como la Comisión resolutiva, algunos años después de la opinión de la Comisión Preventiva Central, valida los acuerdos de exclusividad con la condición que sean realizados bajo la forma jurídica de un mandato.

Si bien esta “teoría del mandato” ya se había establecido por la Comisión Preventiva, lo que hace aquí la Comisión Resolutiva es bastante más amplio. Esto, porque la Comisión Preventiva Central había planteado la aludida teoría sobre la base del problema de la exclusividad territorial en especial, y la Comisión Resolutiva no lo hace en ningún aspecto de especialidad. Por lo tanto, esta frase de la resolución N° 222 bien se podría entender en el sentido que los privados no podrán importar paralelamente, mientras haya una exclusividad pactada bajo la forma de un mandato. Es importante explicar aquí que, la “teoría del mandato”, constituye un capítulo especialmente importante dentro del análisis de la jurisprudencia antimonopolios en cuanto a los contratos de distribución exclusiva, razón por la cual será estudiada más adelante en el presente trabajo. Aquí se

¹⁰⁵ Ver pie de página 102.

menciona en relación con las importaciones paralelas para demostrar que la jurisprudencia antimonopolios ha decidido permitir la exclusividad, y no siempre se ha pronunciado a favor de las importaciones paralelas en desmedro de la exclusividad.

Hasta hoy, se ha mantenido el mismo criterio de permitir las importaciones paralelas sobre la base que impedir las sería atentatorio contra los principios de igualdad básicos que deben regir la libre competencia.

Así, el dictamen N° 1167 de 6 de Julio de 2001 falló que es legítimo el comercializar y distribuir productos de una marca que tiene un canal de distribución exclusiva, siempre que sean productos legítimos, elaborados en el extranjero y con una marca registrada y conocida en el extranjero.

Por lo tanto, mantenemos nuestras observaciones con respecto al peligro de los criterios en torno a los cuales se han pasado a llevar los acuerdos de exclusividad en "pos" de las importaciones paralelas. Decimos peligro porque, vemos que estos criterios podrían resultar en mayores precios y de esta forma, al no basarse en un análisis del real efecto económico de la importación paralela, las Comisiones podrían acabar produciendo lo que quieren evitar.

Nuevamente tenemos que hacer presente que hoy el análisis está enfocado hacia el análisis de si el mercado es competitivo o no, estando permitidas las cláusulas de exclusividad en la medida que el mercado relevante sea efectivamente competitivo. En todo caso este criterio se analizará más adelante a propósito de los otros problemas que el contrato internacional de distribución ha generado frente a la legislación antimonopolio.

(b.2) En cuanto a la cláusula sobre exclusividad territorial.

Esta es una disposición bastante común en este tipo de contratos y consiste en que el principal o fabricante se obliga a no establecer otro canal de comercialización con otros distribuidores dentro de un territorio denominado como exclusivo y, además, se obliga a no competir directamente con el distribuidor dentro del aludido terreno. Varias veces esta es una obligación correlativa, por cuanto el distribuidor se obliga también a no comercializar los productos fuera del terreno convenido como exclusivo.

Esta cláusula de exclusividad puede ser simplemente una especialidad, en razón del elemento territorio, de los privilegios que se analizaron en el punto (b.1) anterior. Sin embargo, generalmente implica una complejidad mayor, puesto que significa en la práctica una prohibición para el distribuidor de realizar sus operaciones fuera del territorio exclusivo y, por tanto, hay una mucho mayor injerencia del proveedor o fabricante dentro de las políticas empresariales del distribuidor, con la posible consecuencia constitucional en términos de libertad de trabajo, empresarial y libertad en general.

Como se planteó en el punto anterior, esta limitación de libertades que plantea el contrato internacional de distribución genera la consiguiente objeción legal-constitucional; el cual es el principal problema que se presenta bajo la lógica jurídica tradicional.

Aunque no corresponde a la temática del presente trabajo, resulta ilustrativo explicar el argumento clásico antes mencionado. En primer lugar, desde la perspectiva de la

libertad de trabajo contenida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución de 1980; la cual debe entenderse, en palabras de los profesores Verdugo y Pfeffer "...en el sentido de que se ampara el derecho de toda persona a elegir su trabajo con toda libertad y contratar servicios en la misma forma, pero todo ello sujeto a una justa retribución"¹⁰⁶; resulta claro que el establecimiento de un territorio exclusivo atenta contra ella. Esto, debido a que es de la esencia de la exclusividad territorial el limitar el ámbito de acción físico del distribuidor, lo que resulta a todas luces atentatorio contra la manifestación más básica de la libertad—de trabajo como de la libertad en general—cual es, poder elegir donde se quiere trabajar.

Lo anterior se ve reforzado por lo que nuestros tribunales superiores de justicia han precisado al respecto. Así se ha dicho que "La libertad de trabajo y su protección habilita a toda persona a buscar, obtener, **practicar, ejercer o desempeñar** cualquier actividad remunerativa, profesión u oficios lícitos."¹⁰⁷ En consecuencia, la libertad de trabajo se ve ampliamente cuestionada por el establecimiento de la exclusividad territorial, ya que se afecta su ejercicio físico, impidiendo al distribuidor, practicar, ejercer o desempeñar su trabajo fuera de lo límites establecidos.

Desde el punto de vista de la libertad empresarial, o libertad a desarrollar cualquier actividad económica, establecida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución de 1980, hacemos extensivo el análisis que se realizó a propósito de las importaciones paralelas, puesto que la problemática, desde la perspectiva jurídico-clásica, es la misma. Sin embargo, hay que tener presente que la limitación en este caso es en el sentido físico de la aludida libertad no pudiendo realizar, por ejemplo, actividades económicas que impliquen distribución a nivel nacional, excediendo el territorio convenido. Es, por tanto, igualmente objetable la exclusividad territorial desde el punto de vista de la libertad a desarrollar cualquier actividad económica, como desde el punto de vista de la libertad de trabajo.

Como se ha venido insinuando, el principal problema que plantea la exclusividad, a nivel constitucional, o por lo menos a nivel de la libertad de trabajo y libertad a desarrollar cualquier actividad económica, es la limitación de orden físico que dentro de esas libertades la exclusividad territorial significa. En consecuencia, la exclusividad territorial podría implicar también, para algunos, una limitación de la libertad de movilización, locomoción o ambulatoria, y se traduce en la posibilidad de permanecer en un lugar o desplazarse de un punto a otro, dentro o fuera del país, sin ninguna traba, salvo las limitaciones legales establecidas en tutela de intereses colectivos o particulares.¹⁰⁸

Sin embargo, hay que hacer el correspondiente alcance, puesto que la libertad de movimiento o movilización tiene una significación más política que económica. En este sentido, cuando se habla de libertad de movilización no se refiere a la posibilidad de extender la realización de un negocio hacia territorios que exceden las fronteras pactadas

¹⁰⁶ Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto, op. cit., pág. 287, tomo I.

¹⁰⁷ C. Santiago, 19-12-1986, R.G.J. N° 78, pág. 35.

¹⁰⁸ Verdugo Mario, Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto, op. cit., pág. 235, tomo I

por los contratantes, sino que a la posibilidad de salir del país o de movilizarse dentro de él con plena libertad. Así, si bien en determinados casos el distribuidor puede necesitar salir físicamente del territorio exclusivo para cumplir con su obligación o para satisfacer sus necesidades comerciales propias, y en este sentido puede la exclusividad territorial afectar su libertad de movilización, se entiende que las libertades afectadas son principalmente las reguladas en los artículos 19 N° 16 y 21 de la Carta Fundamental de 1980; siendo la libertad de movilización afectada en forma consecencial.

Todo lo anterior sugiere que el establecimiento de la exclusividad territorial plantea una problemática con la libertad en general. Así, al resguardar la Constitución la libertad en sus distintas acepciones, siendo la libertad reconocida dentro de las bases de la institucionalidad, al plantear el artículo 1 de la Constitución “los hombres nacen libres...”; las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva Central se ven casi en la obligación de pronunciarse en contra de la exclusividad territorial que se pacta dentro de la distribución internacional; ya que como ha dicho nuestra jurisprudencia ya citada anteriormente, “La legislación antimonopólica no solo cautela el interés de los consumidores, sino que también salvaguarda la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, para beneficiar, de este modo, a toda la colectividad.....”¹⁰⁹

Hay que tener presente, empero, que a pesar de las limitaciones legales-constitucionales que esta cláusula representa para el distribuidor, de todas maneras se pacta con frecuencia en la práctica. Esto, visto desde la perspectiva del análisis económico, significa que las partes están teniendo un excedente cooperativo mayor a la solución no cooperativa. Es decir, la valorización de las libertades aludidas (cuyo ejercicio sería la opción no cooperativa), es menor al posible margen cooperativo que las partes están obteniendo en la práctica. Esto significa que una solución legal o jurisprudencial que desincentive la cooperación entre las partes será socialmente ineficiente, y por tanto, no deseada.

La Comisión Resolutiva (y la Preventiva Central también) se pronunció inicialmente a este respecto en forma contraria, negando la posibilidad de pactar un territorio exclusivo de distribución sobre los criterios de la cantidad de oferentes que deben existir en un mercado y sobre la base de argumentos constitucionales como la libertad de trabajo. Así, en su resolución N° 90 del 28 de Enero de 1981, corroborada por la resolución N° 93 de 1 de Abril de 1981, se dijo que:

“3.2 Lo anterior significa que a determinados distribuidores, cuyo número y ubicación territorial es fijado por la propia compañía, se les reserva el derecho de ser los únicos compradores que pueden adquirir...y, por tanto ellos se constituyen en los únicos vendedores a nivel de los consumidores o usuarios.

“3.3 No es admisible la existencia de sistemas de distribución comercial que excluyan la posibilidad de terceros de concurrir y competir...

“9. Que la apertura del mercado que, obviamente, se produce al separar la

¹⁰⁹ Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto, op. cit., pág. 299, tomo I; citando jurisprudencia C.S., 25-3-1986, R., t. 83, sec., 6, pág. 26.

enajenación de la prestación del servicio técnico, ha de contribuir a una verdadera competencia en ambos aspectos, pues existiendo libertad de acceso...necesariamente ha de verse reflejado ello en menores precios...

“11...lo que realmente posibilita la competencia en el comercio...es la existencia de diferentes marcas...”

“13. Que de acuerdo con el régimen de libertad de trabajo...debería ser el particular interesado en la comercialización...el que decidiera dedicarse a la comercialización...”

De esta forma vemos como la Comisión decidió rechazar la exclusividad territorial por las siguientes razones:

Tiene que existir una cantidad mínima o razonable de oferentes como condición esencial y sine qua non, para que estemos en presencia de menores precios. Si bien esto es cierto en condiciones de mercado perfecto, creo que esto habría necesitado del análisis acerca de si, en este caso, se daban las condiciones de mercado competitivo; porque el hecho de que éste es solo una suposición teórica, como todos bien sabemos, no obsta al hecho de que la verdadera finalidad de la legislación de defensa de la libre competencia, son menores precios y mejor calidad de productos. Lo importante es que la negación de la exclusividad se tendría que haber hecho sobre la base de que en efecto, producía mayores precios que una introducción normal, por una vía no exclusiva. Ya vimos en el punto (b.1) anterior que la prohibición de los privilegios que el proveedor otorga a su distribuidor puede significar tener que absorber demandas inadecuadas para la estructura productiva que se tiene planeada para el mercado determinado y ,por tanto, mayores precios. Ahora, en el caso de una exclusividad territorial, su prohibición va a significar una alteración de la penetración que el fabricante desea obtener en un determinado mercado, porque como vimos, las cláusulas de exclusividad se justifican por la obtención de una parte determinada del mercado, en términos tales que, si el distribuidor no la logra, se le quita la exclusividad.

Entonces, el efecto inmediato de la prohibición de la exclusividad, sería un replanteamiento de la estrategia que el fabricante tiene para el mercado, pudiendo optar por establecer su estructura productiva como un todo, lo que significa mayores costos y, por tanto, mayores precios.

Ahora, la otra posibilidad es que se decida a no entrar al mercado relevante (al menos por un tiempo), lo que significaría una oferta igual a la que había antes, lo que en última instancia, tendería a mantener los precios de los productos sustitutos (subir a lo menos, pero no a bajar). Entonces podría ser ineficiente socialmente, porque significaría dejar de bajar un precio o privar a un mercado de determinados productos.

La exclusividad sería contraria a la libertad de trabajo. Esto es cierto en términos legales, pero desde la perspectiva del análisis económico, significa que si las partes consintieron en la exclusividad, dicho acuerdo representa una actividad más valiosa que el ejercicio de sus libertades. Por lo tanto, la autoridad no debería optar por imponer el ejercicio de dichas libertades cuando es ineficiente o socialmente no deseable. Esta conclusión es notable para efectos de autoridad pública, puesto que podría significar un replanteamiento de dichas libertades y su ejercicio, es decir del orden público.

Lo anterior se explica en análisis económico del derecho de acuerdo a la teoría económica de la propiedad. Como se ha explicado—aunque someramente—dentro del presente trabajo, cuando dos personas celebran un determinado acuerdo, ello implica que se ha materializado la transferencia de un activo o recurso cuya utilización resulta ineficiente por parte del prometiende, hacia una utilización más valiosa o eficiente para el adquirente. Esta lógica, que es la conclusión del “teorema de Coase” en un escenario de costos de transacción nulos, supone, como se acaba de insinuar, costos de transacción nulos. En consecuencia, la afirmación que estamos haciendo es mucho más teórica que práctica; puesto que como se vio en la primera parte del trabajo, al ser estos contratos “excluyentes y autosuficientes”, los costos de transacción resultan bastantes altos.

Sin embargo, una vez hecha la observación anterior, es notable la conclusión. Esto, porque, si supusiéramos un escenario de costos de transacción nulos, la solución socialmente más deseable—desde el punto de vista de eficiencia—es la negociación entre las partes y, por tanto, si las partes deciden renunciar a las libertades que tan férreamente defienden nuestros tribunales, es porque de esa manera se maximiza el excedente cooperativo que genera el contrato. Por lo tanto, con costos de transacción nulos o bajos, y, desde el punto de vista de la eficiencia, ciertas libertades constitucionales pueden no ser socialmente deseables; y considerando que vivimos en un mundo de recursos escasos y necesidades ilimitadas, la eficiencia no se presenta como un parámetro rechazable para los efectos de legislar y establecer políticas públicas.¹¹⁰

Concordando que la conclusión anterior es sostenible dentro de un plano teórico, puesto que nunca se dan escenarios de costos de transacción nulos, cabría preguntarse por qué los contratantes internacionales celebran estos contratos con cláusulas de exclusividad, con costos de transacción generalmente elevados, si de acuerdo al “Teorema de Coase” al ser los costos de transacción altos, de manera que no permitan obtener un excedente cooperativo, las partes no negociarían.¹¹¹ La respuesta es que las partes incurrir en altos costos de transacción, puesto que, en el plano de la contratación internacional, no hay con claridad una autoridad que se presente ante las partes como capaz de hacer el contrato legalmente exigible y, por tanto, si las partes no asignan, por medio de las negociaciones, los posibles riesgos de forma anticipada no verán las lagunas contractuales solucionadas en forma eficiente. Esto porque, seguramente, los tribunales de la nacionalidad de uno de los contratantes proporcionará términos de omisión distintos, a los que puede proporcionar el tribunal de la nacionalidad de la otra parte.

En consecuencia, si bien los costos de transacción son altos y por tanto debería importar e implantarse la solución legal—la defensa de las libertades constitucionales—tenemos que recordar que los costos de transacción son altos, porque

¹¹⁰ Es importante aclarar que la conclusión anterior es solo teórica; dentro del escenario específico de la distribución internacional, y no significa en absoluto que estemos propugnando la abolición de las distintas libertades constitucionales; libertades cuyo establecimiento responden a criterios bastante más complejos que la simple eficiencia.

¹¹¹ Cooter y Ulen, “Teoría económica de la propiedad”, 1998, pág. 114 y sgtes; en Seminario “Introducción al Análisis económico del Derecho”, capítulo 3, Universidad de Chile, 2001.

las mismas partes han asignado la solución a los problemas contractuales y, en consecuencia, la solución eficiente consiste en que los tribunales respeten las cláusulas contractuales, como la exclusividad, por sobre las soluciones legales, como la preeminencia de las libertades constitucionales¹¹²

Más adelante, la Comisión Resolutiva por medio de su resolución N° 147 del 15 de Junio de 1983, en relación con el dictamen de la Comisión Preventiva Central N° 278/367 de 3 de Junio de 1983, modificó su criterio en torno a la exclusividad territorial por la vía de cambiar la óptica del análisis hacia una visión más acorde con los criterios económicos que rigen el mercado. Así, dijo:

“ 2. Que para los efectos del análisis del contrato...esta Comisión Resolutiva tiene especialmente en cuenta el contexto general del mercado en que dicha convención se celebra y debe ejecutarse. Tal mercado es...cuyas características altamente competitivas constituyen un hecho notorio...”

“ 6. Que es posible, por consiguiente, estimar que la atención principal y preferente de un determinado sector territorial establecida como obligación...no ha demostrado producir resultados perturbadores de mercado...”

De esta forma, vemos cómo la Comisión Resolutiva llega a reconocer el mismo efecto que se había planteado como hipótesis anteriormente. En este sentido se ve como una exclusividad territorial no necesariamente es contraria a la libre competencia; puesto que al elegir el fabricante esta línea de penetración del mercado, significa que esa es, necesariamente, (desde el punto de vista económico al menos) la estructura más eficiente y, por tanto, no puede significar mayores precios por el solo hecho de que no haya más oferentes.

Es notable que la Comisión haya puesto su enfoque sobre la competitividad del mercado relevante antes que sobre la cantidad nominal de oferentes, puesto que significa una mayor comprensión del problema económico en sí y, consecuentemente, una mejor interpretación del contrato internacional de distribución, el cual requiere de estas cláusulas de exclusividad para lograr su objetivo, la penetración en un determinado mercado.

Ya hacia finales de la década 1980-1990, la Comisión mantuvo estos criterios que estableció en estas primeras resoluciones. Sin embargo, tenemos que advertir que no era un cambio de criterio absoluto y oficial, sino consideraciones en base a casos particulares. De esta forma se dijo en la resolución N° 222 del 22 de Abril de 1987:

“7. ...no es objetable que un proveedor establezca un distribuidor exclusivo

¹¹² La conclusión anterior es muy controversial dentro de la mentalidad jurídica tradicional, por lo que hay que tener presente que es básicamente una conclusión teórica que resulta de mirar el derecho a través de otra óptica; el análisis económico del derecho. En ningún caso se debería concluir que se está planteando que las disposiciones contractuales deberían primar por sobre las garantías constitucionales, lo único que se quiere demostrar es que desde la perspectiva de la eficiencia social, el establecimiento de las garantías constitucionales pueden no resultar eficientes frente a un escenario específico de contratación internacional, lo que en ningún aspecto significa proponer una suspensión de la vigencia de las garantías constitucionales, o cuestionar su enorme importancia política y social; repito, es simplemente plantearse el problema en un escenario teórico, analizándose a través de la óptica de la eficiencia como máxima social.

otorgándole el correspondiente mandato para que éste venda por aquél...”

Este criterio estaba presente también en la Comisión Preventiva Central, como vemos en su dictamen N° 618/1145 del 25 de Septiembre de 1987:

“...no resulta objetable que un proveedor o fabricante, mediante el otorgamiento del correspondiente mandato, designe o establezca el llamado distribuidor exclusivo....pues, entonces,...continúa actuando el mandante....en suma, sólo el que actúa por cuenta del mandante o proveedor puede tener el carácter de agente o distribuidor exclusivo, a diferencia del comprador o comerciante que actúa por cuenta propia, quien al constituirse en comprador único, exclusivo y permanente, contraviene la normas del señalado decreto Ley (211), en razón de tratarse de una compra que elimina, en una de las etapas del proceso económico, la pluralidad o multiplicidad de demandantes”.

Aquí es donde las Comisiones establecen lo que hemos llamado la “teoría del mandato”.

La Teoría del Mandato ¹¹³

Esta llamada teoría del mandato plantea que el establecimiento de un contrato de distribución exclusiva es válido, si se realiza bajo la forma jurídica de un mandato; mientras que si el acuerdo asume la forma jurídica de una compra venta, la exclusividad sería reprobable sobre la base de los argumentos jurídicos expuestos anteriormente (básicamente la defensa de las libertades constitucionales). En otras palabras, las libertades que se ven afectadas con el establecimiento de acuerdos de distribución exclusiva, estarían resguardadas si se realizan bajo la forma de un mandato.

Para entender la lógica jurídica que llevó al establecimiento de esta teoría—la cual, sin embargo, fue sostenida durante la década de 1980 para luego ser reemplazada por un análisis de competencia de mercado relevante—hay que repasar brevemente cómo nuestra doctrina entiende los contratos de compraventa y mandato.

Con respecto a la compraventa, Ramón Meza Barros, la define remitiéndose al artículo 1793 del Código Civil; estableciendo que la compraventa “...es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero.” ¹¹⁴

En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico y la mayoría de nuestra doctrina, entiende a la compraventa como un contrato donde no hay una mayor relación de partes más que la necesidad en que se encuentra una parte de desprenderse de un determinado activo, frente a la necesidad de la contraparte de adquirir dicho activo. En este orden de ideas, si entre el distribuidor y el fabricante hay una relación de compraventa, las partes se encuentran en una situación de independencia jurídica. Por

¹¹³ Hay que hacer presente que tratamos aquí la teoría del mandato puesto que fue desarrollada básicamente a la luz del análisis de casos de exclusividad territorial. Así, si bien la teoría del mandato fue una jurisprudencia utilizada por las Comisiones antimonopolios en casi todos los aspectos del análisis del contrato de distribución, preferimos tratarla a propósito de la exclusividad territorial por aspectos de referencia jurisprudencial explícita a ella dentro del análisis de la exclusividad territorial. Insistimos en que no se trata de que esta teoría sea usada sólo en casos de exclusividad territorial, consiste más bien en una óptica de análisis, usada ampliamente por las Comisiones antimonopolios frente al problema de la distribución.

¹¹⁴ Meza Barros, Ramón, op. cit., pág. 70, tomo I

tanto, la exclusividad se presenta dentro de este escenario como una interferencia del fabricante dentro de la independencia de la cual goza el distribuidor, debiendo por tanto, resguardarse las libertades constitucionalmente protegidas del distribuidor.

Por su parte, el mandato se encuentra definido en el artículo 2116 del Código Civil como "...un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera."

Como reconoce Ramón Meza Barros, "es rasgo característico y esencial del mandato que el mandatario obre por cuenta y riesgo del mandante. El mandatario gestiona el negocio encomendado como algo ajeno, de manera que serán para el mandante los beneficios que la gestión reporte y soportará las pérdidas, como si tal gestión la realizara personalmente".¹¹⁵

En consecuencia, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuando dos personas se encuentran dentro de una relación contractual definida jurídicamente como un mandato, las consecuencias de las actuaciones del mandatario se radican finalmente en el patrimonio del mandante, por lo tanto, en términos económicos-finales, podemos entender que es el mandante quien actúa, por vía del mandatario. Siguiendo la lógica anterior, entonces, tendríamos que concluir que la restricción de libertades que el distribuidor exclusivo soporta en razón de un mandato es válida por el hecho que en la praxis, al entenderse que las consecuencias del actuar del mandatario se radican en el patrimonio del mandante; sería el mandante quien se "auto-restringiría"; lo cual no es objetable, puesto que en el fondo se trataría de una restricción que obedece a prácticas internas del fabricante.

Además del argumento anterior, hay que tener presente que una de las principales obligaciones del mandatario, según lo establece el artículo 2131 del Código Civil; es "ceñirse rigurosamente a los términos del mandato...". En consecuencia, si dentro de las obligaciones o instrucciones del mandato se encuentra una cláusula de exclusividad, sería imperioso para el distribuidor cumplir dicha exclusividad, puesto que, si no, se encontraría en una situación de ilegalidad e incumplimiento contractual, dándole cabida al fabricante principal para poder exigir la consecuente resolución contractual.¹¹⁶

Es interesante analizar los argumentos que se esbozan desde las esferas jurídicas tradicionales para defender la exclusividad si se realiza bajo la forma jurídica de mandato, en especial, el argumento que plantea que no es objetable la exclusividad, porque, dentro de un esquema de mandato, esto obedece a una "auto restricción". Este argumento ciertamente evoca la recepción de la Escuela de Chicago sobre la materia.

En efecto, la Escuela de Chicago, que aparece como una visión dentro del derecho norteamericano para analizar los acuerdos de distribución exclusiva ante el derecho

¹¹⁵ Meza Barros, Ramón, op. cit., pág. 357 y sgtes., tomo I

¹¹⁶ Dentro del derecho Chileno cuando dentro de un contrato bilateral—esto es, que implica obligaciones para ambas partes—una de las partes incumple sus obligaciones; la parte diligente tiene derecho a exigir, a su elección, la resolución del contrato o el cumplimiento forzado, todo con la correspondiente indemnización. Todo lo anterior de acuerdo a lo establecido en el artículo 1489 del Código Civil.

antitrust”, plantea que un acuerdo de distribución exclusiva no es objetable per se, puesto que la exclusividad planteada entre dos empresas no difiere sustancialmente de una política empresarial que se utilice en el seno de una empresa. Así, esta tendencia estipula que los acuerdos de distribución exclusiva deben ser enjuiciados bajo una presunción “*Iuris Tantum*” de legalidad, debiendo el mercado responder a un escenario de circunstancias; siendo lícito el acuerdo de distribución exclusiva si se verifican cualquiera de estas circunstancias; como son:

La empresa que utiliza los acuerdos de distribución restringida carece de una posición de poder en el mercado

Las empresas en el mercado relevante utilizan diversos sistemas de comercialización de los productos o servicios

La empresa que utiliza el sistema de distribución restringida ha experimentado un incremento de su volumen de producción

Los acuerdos de distribución restringida han sido utilizados por un período superior a cinco años, y

La empresa que emplea un sistema de esta naturaleza no puede incrementar sus beneficios perjudicando al público de los consumidores.¹¹⁷

En consecuencia, vemos como el análisis que está detrás del razonamiento que aplican las Comisiones Preventivas y Resolutiva Central, si bien es un análisis de derecho civil y clásico en extremo, es concordante con la lógica de la Escuela de Chicago. Así, por entenderse que dentro de una estructura de mandato, la exclusividad responde a una auto limitación, a una política interna de la empresa; la exclusividad es aceptada, aunque en la praxis hay claramente dos agentes económicos.

Hay que hacer el alcance sin embargo, que, si bien la Escuela de Chicago propugna en el fondo una simplificación en el método de análisis, más que una ideología sobre el contrato de distribución exclusiva, es interesante como tanto desde la perspectiva económica—Escuela de Chicago—como desde la perspectiva jurídica—teoría del mandato—se llega a la misma conclusión; la exclusividad es válida si se da dentro de una estructura jurídica que signifique la aplicación de políticas internas de una empresa.

Entonces, hay que tener presente que, aunque se aprecia una similitud entre la lógica de la Escuela de Chicago y la teoría del mandato, estas dos escuelas o teorías son distintas. Esto, porque la Escuela de Chicago propone que el acuerdo de distribución exclusiva no es objetable a menos que el mercado observe una serie de circunstancias que implican un efecto negativo del acuerdo de distribución exclusiva. La teoría del mandato, por su parte, plantea que el acuerdo de distribución exclusiva es válido si se realiza bajo la FORMA de un mandato, sin tener importancia las condiciones del mercado. En consecuencia, la teoría del mandato no es una teoría económicamente sustentable, pero jurídicamente explicable. Esto quiere decir que, desde el punto de vista económico, el análisis es erróneo, pero es válido para sustentar jurídicamente la explicación económica

¹¹⁷ César Giñer Parreño, pág. 229 y sgtes.

Una vez visto los argumentos jurídicos sobre los cuales se prohíbe o permite la exclusividad, en base a la existencia o inexistencia de un mandato, tenemos que decir que no estamos de acuerdo con la lógica jurídica recién expuesta.

En primer lugar hay que tener presente que el argumento de la “auto-limitación”, el cual tiene por pilar fundamental la característica que consiste en que el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante; es incompleto. Es incompleto o erróneo porque supone que el hecho de que el mandatario actúe por cuenta y riesgo del mandante implica una representación, entendiéndose por tal, la situación prescrita en el artículo 1448 del Código Civil. Esto es, que para el mandante, las actuaciones del mandatario “produce(n)...iguales efectos que si hubiese contratado el mismo.”

Nuestra doctrina es clara en afirmar que el mandato no implica dentro de su estructura esencial una representación. Así, Ramón Meza Barros plantea que “la representación...no es de la esencia del mandato...el mandatario puede obrar a su propio nombre y, en tal evento, no representa al mandante...”¹¹⁸

En este orden de ideas, tenemos que tener claro que para nuestro Código Civil, cuando hay representación, y sólo cuando hay representación emanada de una fuente contractual o legal; los actos que realiza el representante “...produce(n) respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo”¹¹⁹. Por tanto, al ser la representación la única situación dentro de la cual los actos realizados por una persona se radican en el patrimonio de otra como si el representado hubiese actuado, y al no ser la representación de la esencia del mandato, es erróneo concluir que por el solo hecho de existir un mandato entre los dos agentes económicos, ambos constituyan una sola estructura económica-jurídica; siendo los actos del mandatario fiel reflejo de las actuaciones del mandante, “como si él mismo hubiese actuado.”

Son plenamente concebibles los mandatos en donde se prohíba expresamente que el mandatario represente al mandante, o donde simplemente el mandatario actúe a nombre propio.

Así, el argumento de la “auto-limitación” sería jurídicamente aceptable en casos en que, junto con el mandato, vaya aparejada una estipulación por el cual se autorice expresamente, al mandatario para representar al mandante (lo cual supone un análisis casuístico de la situación que, en caso alguno, se puede elevar a carácter de regla general) ; o si la legislación estableciera que es de la esencia del mandato que las actuaciones del mandatario representan al mandante; cuestión que no existe dentro de nuestra actual legislación civil.¹²⁰

Es claro entonces, como la problemática de la distribución internacional, y en especial el aspecto de la exclusividad, no se puede analizar con una mirada civilista, como pretendió hacerse con la “teoría del mandato”. En otras palabras, no se puede analizar la situación de la distribución internacional, un fenómeno nuevo para la mayoría

¹¹⁸ Meza Barros, Ramón, op. cit., pág. 358, tomo I. En este sentido también Víctor Vial, Stitckin, “El mandato Civil”, N° 32, pág., 60 y sgtes.

¹¹⁹ Código Civil, art. 1448

de la legislación civil, pretendiendo insertarla dentro de los cánones civiles tradicionales, puesto que el fenómeno es claramente más complejo que la identificación de si hay o no representación.

Estamos también en desacuerdo con la teoría del mandato, por razones económicas, puesto que el establecimiento de esta teoría, significaría que el mandato, como contrato, sería una forma de penetración en el mercado que no significaría mayores precios (mientras que si fuera compra venta, implicaría mayores precios finales) y, por tanto, no se vería alterada la libre competencia. Esto carece de racionalidad económica puesto que un mandato significa una mucho mayor dependencia entre las partes, significa un flujo que cuenta con apoyo entre la partes, y una mayor complejidad administrativa entre las partes a la hora de tomar decisiones.

Esto se vería reflejado en que, por ejemplo, en un mercado pequeño en que, la elasticidad precio de la demanda de los productos fuera baja (puesto que hay pocos o no hay sustitutos), el mandatario se vería en la posibilidad de trasladar los mayores costos que la estructura del mandato le signifique al precio. Así, vemos como el mandato puede resultar, en determinados escenarios, más caro en términos de precios finales que la estructura jurídica de la compra venta.

Convendría en estas materias adoptar una mentalidad más similar a la de las autoridades norteamericanas en materia de contratación, las cuales sin duda han complementado con un análisis económico del contrato, el análisis jurídico tradicional. De esta forma, han visto el sentido amplio de la distribución, entendiéndolo como un cauce o vía que permite la llegada de los productos o servicios a los distribuidores, restándole atención a la forma jurídica bajo la cual la distribución se realiza.¹²¹

Hay que tener cuidado, empero, en la interpretación del argumento anterior. No significa que el mandato sea de por sí, una estructura formal que signifique un flujo más caro, sino que eventualmente podría serlo, dadas las características del mercado y del producto, y en este sentido, la conclusión final del argumento es que, en nada importan las formas en que se realiza el flujo, lo importante es si hay o no una alteración de las condiciones que reflejan un mercado competitivo, esto es, aquel donde se obtienen menores precios, y más y mejores productos.

Además, el hecho de sólo permitir que se realice la exclusividad sobre la base de un mandato, significaría restarle opciones a las partes para determinar el contrato que mejor

¹²⁰ Hay que destacar que se puede contra argumentar, desde una perspectiva civil—como lo hicieron las Comisiones—, que basta solo con que el mandatario actúe por cuenta y riesgo del mandante para que se de el fenómeno de la “auto-regulación”. Si bien eso puede ser cierto, lo importante es que existiendo apoderamiento se entienden ambos como una sola persona, y por tanto en ese sentido se perfila el verdadero sentido de permitir la exclusividad (frente a la prohibición que la exclusividad implica cuando es pactada bajo la forma jurídica de una compraventa); ya que no hay independencia de las partes. El punto importante sin embargo, es puntualizar que los criterios civiles no pueden representar la colaboración económica que hay entre las partes y al mismo tiempo, la independencia que existe entre las partes.

¹²¹ En este sentido Cesar Giñer Parreño, plantea que “...por lo tanto, no existe una categorización en el derecho antitrust norteamericano para la aplicación de reglas de valoración distintas en función de la naturaleza que se atribuya a cada contrato de distribución”. Giner Parreño, César, op. cit., pág. 63

se acomode a sus necesidades. Hay que recordar que el contrato es, bajo la perspectiva del análisis económico del derecho, un flujo de capitales (tanto humanos como financieros) que busca certeza en la regulación contractual; fenómeno que es aún más acentuado en la contratación internacional. De esta forma hay muchos negocios donde la forma de introducirse en el mercado requiere de exclusividad y de una transferencia de tecnología que hace que las partes celebren contratos, por ejemplo, de franquicia, y donde no sería aconsejable que la penetración se realice a través de un mandato.

Pensemos en un mercado de productos alimenticios, donde la ventaja competitiva (esto es, aquello que diferencia el producto de sus competidores) es el sabor. En este tipo de productos, al ser el “sabor” (un activo esencialmente intangible) lo cual el productor principal tiene que asegurarse de traspasar al consumidor; es necesario un mayor grado de cooperación por parte del productor en la relación jurídico-económica y, por tanto, la forma jurídica de distribución más aconsejable sería la franquicia. Para “Burger King”, por ejemplo, no es eficiente introducir dos veces su marca dentro del mismo territorio, puesto que si el potencial de compra total de tal territorio es de 100, y el costo de cada local es de 20, tenemos que, con la introducción de un local habrá un retorno de 80, mientras que por cada local nuevo va a existir una disminución en el retorno según sea el costo de cada local. (Si es 20, el retorno será de 60; y con el próximo que se instale será de 40; etc.). Como vemos, para este proveedor, será eficiente el planteamiento de una exclusividad territorial para sus distribuidores, pudiendo de esta manera explotar de manera eficiente, el potencial de un determinado mercado; pero si los obligamos a utilizar el mandato para dicha operación, no se podrá llevar a cabo, de la mejor forma posible, la necesaria transferencia de ventajas competitivas que el negocio requiere.

Ahora, si bien podría replicarse que el mandato es sólo la forma jurídica bajo la cual se realiza la distribución, es erróneo suponer que un tribunal ordinario no va a interpretar el contrato de mandato, dentro del sentido y alcance que dentro de nuestra legislación tiene y que nuestra doctrina le otorga. En consecuencia, hay que tener cuidado en suponer que la distinción entre mandato y compraventa es sólo teórica, puesto que muchas veces el decir que la distribución se realiza por la vía de un mandato o de una compraventa, tiene sin dudas, consecuencias prácticas para los agentes económicos.

Así, y a modo de ejemplo solamente, si hay una estructura de compraventa, la independencia a nivel de instrucciones entre el fabricante y distribuidor es absoluta, lo cual es sin duda distinto, si la estructura jurídica de por medio es un mandato. Si la estructura se interpreta como un mandato, el fabricante está jurídicamente amparado para exigir la resolución del contrato si no se respetan sus instrucciones, mientras que dicha posibilidad no se da si el tribunal o las partes interpretan la estructura jurídica que hay de por medio como una compraventa

Por último, desde el punto de vista jurídico-constitucional, la teoría del mandato es también muy criticable. Esto, porque si concordamos en que las normas de defensa de la libre competencia son de orden público, (Nuestra corte suprema ha dicho que “...la legislación antimonopólica...salvaguarda la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica , para beneficiar, de este modo, a toda la colectividad...” C.S., 25-3-1986, R., t. 83, sec., 6, p. 26) la teoría del mandato significaría que para una misma operación de penetración en el mercado, con los mismos efectos en términos de montos

transados y efectos sobre los precios y sobre la demanda; sería calificada de legítima si es hecha bajo la forma de un mandato y sería calificada de atentatoria a la libre competencia si es sobre la base de una compra venta. Es decir, ¿Son las instrucciones del mandante obligaciones para el mandatario que se encuentran por sobre el orden público y el respeto a las regulaciones básicas de la sociedad? Claramente no. Son obligaciones simplemente contractuales que asumen las partes y, en este sentido, es un absurdo calificar el fondo de una operación como lícito o ilícito si la forma es una u otra.

Si la exclusividad es contraria a la libre competencia en su carácter de orden público, como lo reconoció el dictamen N° 618/1145 de la Comisión Preventiva Central, entonces es siempre contraria, sin importar si se realiza bajo la forma de un mandato o de una compra venta; porque lo que importa son los efectos que la conducta tiene sobre un determinado mercado, sobre el bienestar social, y no la forma en que se realizaron¹²².

Durante el mismo periodo de tiempo, las Comisiones empezaron a ser de la idea de plantear una mayor libertad para los productores nacionales en cuanto a establecer las formas de distribución que mejor estuviesen de acuerdo con sus intereses, y por tanto una posible exclusividad territorial.

Este criterio, si bien es contradictorio con la teoría del mandato, la cual es eminentemente restrictiva de la libertad del productor, apunta por lo menos en la dirección indicada, y creemos, que pudo haber sido uno de los antecedentes del cambio de criterio que observamos por parte de la comisiones durante los primeros años de la década 1990-2000.

Esta mayor libertad la vemos en el dictamen de la Comisión Preventiva Central N° 653/681 de 16 de Junio de 1988, donde dice:

“...todo productor o importador es libre para determinar la forma o el sistema más adecuado a sus intereses para comercializar sus productos...(y) como se ha dicho, corresponde a la empresa decidir la forma en que va a distribuir sus productos...lo importante será que no discrimine, es decir que su sistema sea público y de general aplicación”.

¹²² En sentido estricto importa el efecto sobre el mercado relevante más que sobre el bienestar social. Como dice Jorge Witker, la determinación del mercado relevante “...se da en dos ámbitos: 1) el mercado de productos; y 2) el mercado geográfico. Las directrices en materia de fusión del Departamento Americano de Justicia y de la Oficina Canadiense de la Política de Competencia, por ejemplo, para definir el mercado de productos y el mercado geográfico, se fundan en la probable reacción de la demanda de los consumidores ante un alza anticompetitiva de los precios. El mercado se define para un producto o grupo de productos y una zona geográfica de venta que se caracteriza por el hecho de que una empresa hipotética maximice su beneficio, que sería la única en vender estos productos en esta zona, podría aumentar allí de manera estable sus precios en un importe relativamente escaso, pero no obstante significativo. Este método permite establecer para que grupo de productos y en qué zona geográfica podrían los vendedores ejercer un poder sobre el mercado si estuviesen en condiciones de coordinar perfectamente su acción para comportarse como monopolizadores. La definición del mercado se produce a la vez desde el ángulo de la demanda y desde la oferta. En lo que se refiere a la demanda, los productos deben ser sustituibles desde el punto de vista del comprador. Desde el punto de vista de la oferta, se tendrán en cuenta los vendedores que produzcan o pudieran fácilmente producir el producto considerado o sustitutos afines.” Witker, Jorge. “Derecho de Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México”. Fondo de Cultura Económica, 2000., pág., 119-120.

Criterio que se vio confirmado por la resolución de la Comisión Resolutiva N° 287 de 28 de Junio de 1988:

“4. Las Comisiones antimonopolio...han señalado, repetidamente, que todo productor o importador es libre para comercializar los bienes o servicios comprendidos en su giro, del modo que estime conveniente a sus intereses económicos, siempre que no discrimine entre sus compradores”.

Es así como las comisiones se encaminan hacia márgenes de mayor libertad para los productores en cuanto a sus sistemas de distribución comercial. Pero, las opiniones de las comisiones fueron dadas en un contexto de la contratación nacional, y por tanto, ¿Qué pasa con el contratante internacional de productos que quieren entrar al mercado?, ¿Se les aplica también este criterio o no?

La lógica y un análisis de las opiniones de las comisiones daría para pensar que sí se les aplica este criterio, puesto que la redacción, tanto de la Comisión Resolutiva como de la Preventiva Central apunta no sólo al proveedor o productor, sino también al importador, lo que en definitiva reconoce la posibilidad de la existencia de un contratante internacional. Ahora, ¿Qué pasa con la limitación impuesta por las Comisiones, en cuanto a la imposibilidad de discriminar, analizada desde el punto de vista económico? La verdad es que nuevamente es discutible, desde el punto de vista económico, la factibilidad de la limitación que impone la Comisión.

Si bien no es discutible en el sentido clásico de justicia y en un sentido de igualdad ante la ley¹²³, en un sentido económico podría significar que el contratante internacional se viera enfrentado a una demanda mayor que la que tenía prevista, y por tanto se produciría una desadecuación entre la estructura de costos que tenía planeada (la oferta) y la demanda.

Por ejemplo, supongamos que se tenía planeado la introducción de un producto determinado, por ejemplo autos con un máximo de 120 caballos de fuerza. Supongamos

¹²³ . La igualdad ante la ley es un tema eminentemente jurídico. Su tratamiento dentro de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra establecido a partir del artículo 19 N° 2 de la Constitución de 1980. En opinión de nuestra doctrina y jurisprudencia el concepto de igualdad ante la ley es eminentemente sociológico. Así nuestra Corte Suprema ha dicho que “La igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera que sea su posición social u origen, gocen de unos mismos derechos, estos es, que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes, atendiendo a consideraciones de razas, ideologías, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal. Tal igualdad se manifiesta concretamente por la generalidad, característica que de ordinario corresponde a la naturaleza de esta norma jurídica; pero ello no significa que en absoluto no puedan dictarse leyes de carácter particular relativas a situaciones específicas y aún personales, como ocurre con frecuencia.” C.S. 25-11-1970, R.D.J., t. 67, sec., 1, pág. 530. En el mismo sentido los profesores Verdugo y Pfeiffer, analizando los cambios que existen entre la Constitución del 1925 a la del 1980, han reparado en que “La Constitución de 1980 mantuvo la principal connotación sociológica de la igualdad ante la ley al prescribir que en Chile no hay *persona ni grupo* privilegiados”. El verdadero sentido y alcance de la igualdad ante la ley para estos profesores viene a ser que “...la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares.” Verdugo, Mario, Pfeiffer, Emilio, y Nogueira., Humberto, op. cit., tomo I, pág., 215.

que el mercado “universal” de consumidores a comprar autos es de \$1000, mientras que los dispuestos a comprar autos de 120 caballos son 25% del total, por lo tanto representan un poder adquisitivo de \$250. Lo racional es que la empresa plantee una estructura de costos que permita eficientemente explotar el mercado sólo en el segmento hasta \$250, que represente a los consumidores dispuestos a comprar autos de 120 caballos. En este sentido, se introducirían autos exclusivamente para la población interesada, se plantearía una campaña publicitaria sólo para ese segmento, etc.; lo que supongamos tiene un costo de \$200.

En este caso habría una utilidad de \$50, pero si se exige que se mantenga una oferta, y por ende una estructura de costos, equivalente a toda la población tendríamos que para la empresa existiría un costo de \$800 (\$200 por cada cuarto de la población), con una utilidad máxima de \$250, puesto que ese es el potencial de compra para autos de 120 caballos, lo que significaría una pérdida de \$550. En consecuencia, vemos como si al contratante internacional le obligan a mantener una oferta equivalente a toda una población, va a significar una estructura de costos desproporcionada con relación al mercado que se pretende explotar, por que hay que recordar que generalmente un contrato internacional de distribución es para sectores de mercados respecto de los cuales hay una ventaja competitiva y comparativa, y no para un mercado en general.¹²⁴

De lo anterior se colige que una limitación en la libertad de la planificación de las estructuras de distribución (a través de una exclusividad), trae como consecuencia en el plano de la contratación internacional, una de dos:

1.- Limitación o inexistencia de la comercialización de productos específicos (como por ejemplo repuestos de autos exclusivos, o software especializado) cuya producción resulte ineficiente dentro del país, existiendo una abundancia de productos más masivos, los que se tienden a producir dentro de la economía doméstica. Existiría, por lo tanto, una escasez para el mercado de estos productos específicos, generándose el consiguiente aumento del precio.

2.- Encarecimiento de los productos específicos que trae el contratante internacional para de esta forma adecuarse a la nueva estructura de costos impuesta, con el consiguiente perjuicio social en términos de precios finales que sufriría el consumidor.

No podemos dejar de mencionar que, a pesar de la limitación antes descrita, creemos que las comisiones con este criterio adoptan, por lo menos lo que hemos llamado, la “ideología de los términos de omisión eficientes”¹²⁵. Esto significa que, ante la ausencia de una regulación por las partes, el tribunal debería adoptar la decisión que las partes hubiesen tomado y de esta forma lograr un excedente cooperativo; y esto es lo que adoptaron aquí las comisiones y nos parece que apuntaron en la dirección correcta.

¹²⁴ Ver pies de página números 127 y 128.

¹²⁵ El análisis de los términos de omisión eficiente es una parte de la teoría económica del contrato y según la cual, al dejar las partes una sección o materia del contrato sin regulación explícita los tribunales deben plantear como solución algún término que rellene la laguna dejada por las partes y en la medida que sean eficientes se creara un excedente y por lo tanto será deseable. El término será eficiente cuando reemplace lo que las partes hubiesen establecido en el contrato, y por tanto será una maximización del excedente cooperativo que el contrato significa.

Esta “ideología de los términos de omisión eficientes” siguió siendo aplicada por las comisiones como se ve en el dictamen de la Comisión preventiva central N° 666/1101 del 12 de Agosto de 1988, dictamen que es importante por el hecho de que además de consagrar la ideología antes mencionada, reconoce la idea que hemos venido expresando hasta aquí; que la presencia de un número dado de oferentes no es condición favorable o no a la competencia libre, sino que es el efecto que dicha presencia tiene sobre la calidad y los precios lo que importa, y en este sentido no habría problema en la designación por parte de un contratante internacional de un distribuidor exclusivo, siempre que dicha actuación se rija por parámetros de eficiencia y beneficio social en términos de precios, en el marco de un determinado mercado relevante. Así, este dictamen establece que es posible la existencia de “...un monoprodutor de un bien o servicio...salvo que por la ley se fije precio y otras condiciones a dichos bienes”

Este criterio que, si bien no fue oficialmente adoptado por la Comisión Resolutiva, tampoco fue revocado, es notable puesto que implica que ya no en forma de una opinión aislada, sino en forma más coherente y unitaria, las comisiones de defensa de la libre competencia comenzaron a mirar la problemática de la distribución internacional en forma más acorde con su realidad económica y sus objetivos reales.

Este análisis es lo que se ha conocido como el análisis del “mercado relevante”¹²⁶, el cual, básicamente, consiste en determinar qué nivel de competencia existe dentro del mercado en cuestión, para así poder determinar si la aplicación de un acuerdo de distribución exclusiva va a tener efectos nocivos sobre el libre juego del mercado, con el consiguiente resultado final sobre el precio y calidad del producto.

Ahora, debemos llamar la atención con respecto a esta nueva doctrina de las comisiones, nacida a partir de fines de la década de 1980, puesto que si bien no es siempre reprochable desde el punto de vista del análisis económico, la existencia de un solo productor, sino que lo reprochable sería el efecto de esa situación en los precios, hay que ser cautos para evitar que un mercado con sólo un productor, no tienda hacia el equilibrio monopólico.

A título de recapitulación podemos decir que durante la década de 1980-1990, nuestros organismos de defensa de la libre competencia tuvieron tres criterios principales con respecto a la exclusividad territorial que muchas veces implica el contrato de distribución internacional.

En una primera etapa las comisiones se pronunciaron negativamente sobre los acuerdos exclusivos sobre la base de la inoponibilidad de estos acuerdos a terceros agentes del mercado, y esto lo hicieron, permitiendo la existencia de importaciones paralelas frente a los acuerdos de exclusividad.

Luego, en una segunda, etapa vimos como las comisiones antimonopolio tomaron un paso adelante en la comprensión del fenómeno de la exclusividad, entendiendo que el contrato internacional de distribución requiere muchas veces de la exclusividad territorial para lograr los márgenes de penetración que se establecen dentro de su estructura. Sin embargo, este entendimiento adoleció de dos falencias. Uno, que la aceptación del

¹²⁶ Ver pie de página número 122.

fenómeno de la exclusividad se hizo sobre la base de criterios legalistas-formales (teoría del mandato), cuando debería haber sido sobre la base de criterios económicos-sustanciales. En este sentido, las comisiones fueron de la idea de permitir la exclusividad si se enmarcaba dentro de la naturaleza jurídica de un mandato, prohibiéndola si se pactaba bajo otras formas contractuales como la compra venta, por entender que se trataba de una prolongación de la actividad del mandante. Dos, el entendimiento de la necesidad de la exclusividad fue sobre la base de la distribución nacional, la cual si bien representa la misma necesidad económica, no comparte características de la distribución internacional que tiene especiales caracteres en cuanto a la novedad de los productos que se introducen o el tipo de demanda que se satisface.

Finalmente, las comisiones apuntaron hacia márgenes más libertarios que fueron la base del cambio de criterio en torno al cual se ha analizado la distribución, adoptando lo que hemos llamado la "ideología de los términos de omisión eficientes". Así, las comisiones estipularon que los productores e importadores serán libres de designar el medio de distribución que más se adecue a sus intereses con la sola limitación de no poder discriminar entre sus consumidores, ó sea, debiendo tener una curva de oferta suficiente para la demanda agregada de todo un mercado dado.

Durante la década de 1990-2000 observamos un cambio en el enfoque que las comisiones le dieron a la distribución. Así, el dictamen de la Comisión Preventiva Central N° 808/443 del 11 de Junio de 1992, estableció:

"Esta jurisprudencia (refiriéndose a la teoría del mandato)...sustentada desde los primeros años de dictación del D.L. 211, fue válida en su tiempo y necesaria, pues estuvo llamada a regir situaciones producidas en mercados muy poco competitivos o que recién se estaban abriendo a la competencia. Actualmente, en cambio, debería circunscribirse sólo para los casos en que no exista competencia o bienes alternativos que permitan satisfacer la misma necesidad y no para las situaciones en que la competencia se efectúa entre las marcas."

En el mismo orden de ideas, la Comisión Preventiva Central, estableció en el dictamen N° 833/993 del 6 de Noviembre de 1992:

"...la jurisprudencia hasta ahora vigente ha establecido que si el proveedor opta por un sistema de distribuidores revendedores... no es lícito al fabricante, proveedor o importador, imponer condiciones de reventa al distribuidor, como ser precios o zonas de mercado y que, en cambio, si se trata de distribuciones por mandato, que actúan a nombre y representación del mandante, éste puede designarlos y removerlos libremente... pudiendo además, fijarle condiciones de venta la público, tales como zonas de mercado u otras que estime convenientes.

Esta comisión ha estimado modificar la jurisprudencia antes mencionada en el sentido de que lo relevante es que en un determinado mercado exista competencia en la prestación o producción de bienes o servicios, toda vez que es la libre competencia en las actividades económicas el bien jurídicamente protegido por esta legislación y la finalidad última de sus normas.

En consecuencia, los diferentes sistemas de distribución comercial, sea que se trate indistintamente de distribución por medio de revendedores o distribución por medio de

mandatarios, se ajustarán a dicha legislación, principalmente en la medida que, en el mercado de que se trata existe realmente libre competencia en la comercialización de dichos bienes y servicios, independientemente de las formas jurídicas que se adopten para implementar dichos sistemas de comercialización”

La Comisión Resolutiva hizo suyo también este criterio en resoluciones como la N° 416 del 15 de Junio de 1994.

Este cambio nos parece del todo positivo. Las Comisiones establecen que lo que hay que analizar son los efectos económicos y no las formas y, en este sentido, en tanto no haya alteraciones en el precio final, por tratarse de mercados competitivos, será perfectamente válido establecer exclusividades territoriales.

Ahora, las posibles alteraciones en el precio se producen, en opinión de las Comisiones, por la presencia de una competencia mínima que asegure que los agentes del mercado no tengan una posición de poder que pueda significar alterar los objetivos de menores precios y mayor calidad para el consumidor final. Finalmente, se ha puesto el enfoque sobre el análisis de mercado relevante, abriéndose paso a un análisis económico de acuerdo a una regla de la razón, que se inició, a nuestro juicio, con la adopción a fines de la década 1980-1990, de la teoría de los términos de omisión eficientes.

Sin embargo, respecto al contrato de distribución internacional, vemos que plasma un trasfondo económico de comercio internacional, el cual, responde al principio económico de la ventaja comparativa. Esto es, un determinado agente va a exportar a otro mercado, cuando la producción del bien exportado en el mercado de origen, sea más eficiente que la producción de ese mismo bien en el mercado al cual se exporta. Por lo tanto si hay presencia de productos importados en un mercado, es porque para dichos productos no hay ventajas comparativas, o si las hay, son pocas, lo que quiere decir que en el mercado local no habrá una oferta eficiente de los productos en cuestión, porque es más caro producirlos.

Entonces, en el caso de un comerciante internacional, su oferta va a consistir, probablemente en productos para los cuales no hay competencia eficiente en la economía doméstica y por tanto va a seguir existiendo la cuestión de la exclusividad para el comerciante internacional.¹²⁷

Si bien el comentario anterior puede sonar bastante teórico, en la realidad no es tan así. Si miramos, por ejemplo, el mercado de los automóviles, es claro como la lógica de la distribución internacional responde a la existencia de ventajas comparativas por parte de un mercado e inexistencias de dichas ventajas en otro mercado. Así, claramente a los chilenos nos resulta más barato importar autos de Europa, Asia y EE.UU.¹²⁸, antes que producirlos en Chile. En consecuencia, para poder acceder a automóviles más baratos, nuestra opción más racional sería la introducción de dichos automóviles desde el exterior por distintas vías económicas, pudiendo ser una de ellas, la distribución exclusiva.

Ahora, si bien la afirmación anterior es simplemente un ejemplo, y en ningún caso se puede elevar a una regla general, hay que tener presente que, por el hecho que exista un acuerdo de distribución exclusiva dentro de un mercado competitivo, no quiere decir que la contratación internacional no responda a existencias o inexistencias de ventajas comparativas entre dos mercados, sino que bien puede ser que el producto que se quiere

distribuir responde a características únicas que lo transforman en un producto para un mercado que no goza de ventajas comparativas.

En este sentido, y considerando la falta de competencia real que muchos productos extranjeros tienen en mercados en desarrollo como el nuestro, ¿Se podría plantear hoy

¹²⁷ En teoría económica existe el comercio internacional por una serie de razones según los profesores Samuelson y Nordhaus, quienes distinguen entre tres razones de sentido común y una razón de fondo. Primero plantean que las razones de sentido común son: Diferencias respecto a las condiciones de producción: A este respecto estos académicos plantean que "...los países que tienen un clima tropical se especializan naturalmente en la producción plátanos, café y cítricos; estos bienes y servicios se intercambian por otras mercancías. Los países que tienen climas mas fríos tienen más probabilidades de producir bienes y servicios como jarabe de arce, salmón, carne de reno y esquí" Costos decrecientes: Este elemento se explica de la siguiente manera "...muchos procesos industriales disfrutan de economías de escala; es decir, tienden a tener menores costos medios de producción conforme aumenta la cantidad producida. ¿Y qué mejor manera de expandir la producción que venderla en el mercado mundial? Diferencia de gustos: Este factor es casi auto explicativo, y plantea fundamentalmente que aunque no exista diferencia alguna con respecto a los dos factores mencionados anteriormente (cosa que es imposible), siempre va a existir diferencias entre las preferencias de un país y otro, y por tanto va a ser necesario el intercambio entre los países para satisfacer todos los distintos gustos. Luego, estos profesores explican que "...las tres causas del comercio antes mencionadas son las razones de sentido común...pero hay un principio más profundo que subyace a *todo* el comercio...el principio de la *ventaja comparativa*...el principio de la ventaja comparativa establece que cada país se especializará en la producción y en la exportación de los bienes que puede producir con un costo relativamente bajo (en los cuales es relativamente más eficiente que los demás) e importará los bienes que produzca con un costo relativamente elevado (en los cuales es relativamente menos eficiente que los demás). **Este sencillo principio constituye la base inmovible del comercio internacional**" Samuelson, Nordhaus, op. cit., pág. 802 y sgtes.

¹²⁸ Más aún, vemos como dentro del mercado automotriz interno de automóviles de EE.UU., el cual es sin duda más competitivo y complejo que el nuestro, por el hecho de que EE.UU., goza de ventajas comparativas en la producción de automóviles; se da también el fenómeno de la distribución exclusiva. Quiere decir esto entonces que no se pueden dar estructuras de distribución exclusiva en mercados plenamente competitivos?, o quiere decir que las importaciones de automóviles a EE.UU., se refieren a automóviles para los cuales EE.UU. no tiene ventajas comparativas?. Si se miran los automóviles que se importan a EE.UU., desde los mercados Europeos y Asiático, claramente el producto que ofrece uno y otro son distintos. Por ejemplo, el producto Japonés generalmente responde a automóviles mas pequeños y económicos; producto para el cual el mercado norteamericano no tiene ventaja comparativa, lo que es patente por el hecho que toda la línea de automóviles más pequeños fabricados por compañías como Ford o Chevrolet, para poder competir con los autos Japoneses; son fabricados por compañías Japonesas como Izuzu o Susuki. Por su parte el mercado Europeo se concentra en la producción de automóviles mas lujosos, con tecnología generalmente adaptada a climas mas fríos , como por ejemplo el sistema de tracción permanente "Quatro" de la Compañía Audi. En conclusión cuando hablamos de ventajas comparativas hay que poner la atención en la eficiencia en cuanto a producción del producto en sí, más que a las características del mercado. Así vemos como la producción de automóviles por parte de EE.UU. responde a automóviles que presentan una menor autonomía, por el hecho que para EE.UU. las variaciones en el precio del petróleo internacional son menores así como los precios del mismo, debido a las grandes reservas de que goza. En conclusión en lo que respecta a la producción de automóviles de mayor economía EE.UU. tiende a tener menores ventajas comparativas, y por tanto se da un mercado donde otros países, como Japón, pueden introducir sus productos. Si EE.UU. fuese perfectamente competitivo dentro del mercado de los autos más pequeños y económicos, no se habrían visto las compañías norteamericanas en la necesidad de fabricar dichos automóviles por medio de compañías japonesas. "Por qué estados Unidos...exporta automóviles? Porque ha explotado las economías de escala en la producción de automóviles grandes y se ha especializado en estos, mientras que Japón disfruta de una ventaja de costos en los automóviles pequeños y tiende a especializarse y a exportar en esa parte del mercado". Samuelson, Nordhaus, op. cit., pág. 804

una exclusividad en Chile, con respecto a un contrato internacional de distribución?

Desde la perspectiva de la jurisprudencia aquí analizada y teniendo presente las normas constitucionales y el derecho nacional, las Comisiones, al no distinguir entre distribuidores nacionales versus distribuidores internacionales, y además por el hecho de que dentro de la jurisprudencia analizada dichas Comisiones se han enfrentado con situaciones en que hay presencia de importadores, podríamos hacer extensivo el criterio que éstas han sostenido en escenarios de distribución nacional, para aplicarlo a escenarios de distribución internacional. En este sentido, el comerciante internacional podría convenir un contrato internacional de distribución exclusiva, si previamente analizado el mercado relevante en que se pretende actuar, éste resulta ser suficientemente competitivo.

Sin embargo, hay que tener presente, a modo de observación, la lógica del principio de la ventaja comparativa, y en ese sentido, si dicho principio plantea que la existencia de productos importados es debido a una ineficiencia de la industria nacional en la producción de estos productos, resulta al menos cuestionable que el mercado relevante a analizarse resulte un mercado competitivo en niveles eficientes.

Desde la óptica económica en la que se ha enfocado nuestro trabajo, la cuestión debería analizarse en cuanto a si es eficiente o no la exclusividad del distribuidor internacional. La respuesta va a estar dada por una serie de factores como el tipo de mercado que se pretende penetrar, las condiciones legales de dicho mercado, la disposición de las autoridades frente al comercio internacional (política arancelaria y tributaria en general), etc. Sin embargo, a modo de regla general, podríamos decir que si el contratante internacional ha decidido plantear una distribución exclusiva es por una de dos razones:

1.- Porque significa que el acuerdo de distribución exclusiva, estando permitido, significa la maximización de sus utilidades. Esto, como vimos, puede ser el caso de la introducción de productos para sectores específicos de una demanda dada, y no para la satisfacción de la demanda agregada total. Lo anterior dado que para la satisfacción de una demanda tan grande, puede salir muy costosa la red de distribuidores, pudiendo ser mejor no distribuir oficialmente, sino que optar por no distribuir o por instalar la estructura productiva directamente en el mercado, siendo ambas hipótesis excluyentes de la necesidad del contrato internacional de distribución.

2.- Porque, estando prohibida la distribución exclusiva, al comerciante internacional igual le resulta beneficiosa, dado que, los montos de las multas por infracciones a la legislación de la libre competencia multiplicados por la probabilidad de la aplicación del castigo, sea un monto menor a la utilidad que la exclusividad territorial representa para el comerciante internacional.¹²⁹ Esto implicaría a nivel de gestión pública, que la legislación de defensa de la libre competencia debería replantearse su efectividad, o que en

¹²⁹ En el análisis económico del derecho las acciones contrarias al derecho encuentran su explicación en el cálculo que realiza el sujeto racional entre lo que puede obtener cumpliendo su conducta en forma debida, ya sea una conducta contractual o exigida por la ley, versus lo que le cuesta el incumplimiento multiplicado por la probabilidad de que el castigo sea aplicado. Es lo que el análisis económico del derecho y en economía se conoce como la "teoría de los juegos".

definitiva, el excedente cooperativo de las partes inmersas en el contrato de distribución internacional, es mayor que la valoración que ellas hacen de la protección de sus libertades, como la libertad de empresa o de trabajo.

Esto porque, si bien la exclusividad territorial le impone al distribuidor restricciones, que pueden ser bastantes serias desde el punto de vista clásico legal, las partes igual consienten en dicha restricción puesto que cooperativamente obtienen más. Esto significa, en última instancia, que la prohibición de una exclusividad, sobre la base de imposiciones de libertades “restringidas cooperativamente”, será socialmente ineficiente.

Por ejemplo, si las partes valoran sus libertades en 100 cada una, tenemos que la solución no cooperativa, ó sea, el ejercicio de estas libertades será de 200 (100 x 2). Sin embargo, si con el contrato internacional de distribución se obtiene una utilidad en cualquier grado superior a 200, significa que hay un excedente cooperativo y, por tanto, hay más para todos, lo que se convierte en la solución socialmente eficiente. Ahora, como personas racionales, es lógico suponer que si hay un contrato de distribución internacional con una restricción territorial, estamos en presencia de este escenario, en donde la solución cooperativa es socialmente eficiente. Esto porque, si la solución cooperativa (contrato) no significara valores superiores a la solución no cooperativa (ejercicio de libertades), el sujeto no se vería incentivado a cooperar. En conclusión, si hay una exclusividad territorial pactada dentro de un contrato internacional de distribución en el marco de mercado nacional no competitivo, entonces las libertades que la legislación protege están siendo ineficientes o son un escenario que no es conveniente para las partes.

En el sentido anteriormente anotado, las comisiones tendrían que tener cuidado en decidir sobre la verdadera nocividad de la exclusividad territorial y, por lo tanto, creo que es perfectamente posible el pactar una exclusividad para un contrato internacional de distribución, en donde el mercado quizás no sea altamente competitivo, porque significaría al menos económicamente, que el excedente cooperativo que las partes están obteniendo es mayor al beneficio que obtienen con respecto a la solución no cooperativa, esto es, ejercer sus derechos, lo que implicaría prohibir la exclusividad.

A pesar de lo anterior, tenemos que tener presente que si la exclusividad implica alguna infracción a los tipos establecidos en el D.L. 211, entonces dicha exclusividad necesariamente tiene que ser prohibida. En conclusión, desde la perspectiva económica que anima el presente trabajo creemos que sería posible pactar un escenario de distribución internacional exclusiva, incluso en mercados no competitivos. Sin embargo, es necesario, para poder llevar esta conclusión a la praxis, que la exclusividad no configure alguno de los tipos establecidos por el D.L. 211.

Ya hacia finales de esta década, el criterio recién analizado, esto es, la adopción de un análisis sobre la situación del mercado relevante, se convirtió en la regla en materia de exclusividad territorial. Así, este criterio se repite en dictámenes recientes como el dictamen de la Comisión Preventiva Central N° 1061 de Enero de 1999, en el cual se basó para su decisión en que “...*(una) intensa competencia entre las marcas que obliga al productor a adecuar sus políticas de comercialización, delegando atribuciones en sus distribuidores exclusivos, que se traducen tanto en obligaciones como en derechos para éstos...*”

A modo de conclusión podemos decir que el criterio que rige hoy significa un paso decisivo en la decisión correcta por parte de las Comisiones antimonopolio, sin perjuicio del cual, todavía falta un pronunciamiento específico para la distribución internacional. En este sentido, desde la interpretación económica que nos anima, la exclusividad plantea un dilema bastante interesante puesto que la existencia de la exclusividad significa que hay un excedente cooperativo mayor a lo que significa la protección de las libertades y, por tanto, no habría, al menos del punto económico, razones para limitar o prohibir la exclusividad.¹³⁰

(b.3) Cláusulas atadas.

Esta práctica ha sido definida en el Tratado de Roma de 1957, el cual, en su artículo 81, define a las cláusulas atadas como aquellas que consisten en "...subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos"¹³¹. La doctrina, sin embargo, ha sido reacia a establecer un tratamiento sistemático de las cláusulas atadas, como una cuestión en sí dentro del contrato internacional de distribución, y se le prefiere dar un tratamiento específico a cada una de las distintas cláusulas que calificarían como "atadas"¹³², mientras que otros han preferido abordar el tema como parte del problema económico-jurídico de la integración vertical¹³³.

Dicho lo anterior, presentaremos, sin embargo, unas cuantas definiciones distintas a la definición general ofrecida en el Tratado de Roma; las cuales aunque específicas, y por tanto incompletas, no dejan de ser ilustrativas sobre el tipo de cláusula atada que se conviene, en la práctica, en el contrato internacional de distribución.

Así, se han definido como "...la situación en la cual un proveedor, como condición para suministrar determinado producto, exige a un comprador adquirir un segundo producto o abstenerse de utilizar una determinada marca de producto conjuntamente con el primero."¹³⁴ También se ha dicho, citando doctrina Estadounidense que "En Estados Unidos se denomina contrato de *tying*, y mediante éste, un vendedor o arrendador conviene en vender o arrendar una mercancía sólo con la condición de que sea adquirida y usada otra mercancía junto con la primera."¹³⁵

¹³⁰ Ver nota 112.

¹³¹ R & TA política de radiodifusión (2004): www.rt-a.com/88/nota.htm, 5 de Abril

¹³² En este sentido D. García, Manuel A., op. cit., "pags"., 1352 y sgtes.; Martí, J. Hernández, op. cit., pág. 969 y sgtes.; y Guardiola Sacarrea, Enrique. "Contratos de colaboración en el Comercio Internacional". Editorial Bosch, Barcelona, 1998, pág. 116 y sgtes.; entre otros.

¹³³ En este sentido Witker, Jorge, op. cit., pág. 119 y sgtes.

¹³⁴ Jorge Witker, citando la sección 77 de la *Competition Act* de Canada, que define la situación. Witker, Jorge, op. cit., pág., 124.

Sin embargo, hay que tener presente, que del análisis práctico realizado en este trabajo y teniendo presente la anteriormente advertida limitación de las definiciones expuestas, se ha podido constatar, que el fenómeno de cláusula atada, va más allá de la simple obligatoriedad de comprar una determinada mercadería, siendo lo esencial del fenómeno, la limitación de la libertad del distribuidor. Así, el fenómeno de la cláusula atada puede consistir también en la fijación de precios o la prohibición para el distribuidor de adquirir productos no comprendidos en el marco contractual, como se verá más adelante.

En consecuencia, al distribuidor se le está obligando a observar determinadas conductas, que de no haber existido la cláusula (inmersa en la relación jurídica de distribución) no habría observado. De lo anteriormente expuesto, vemos como este tipo de cláusulas tienden a ser esencialmente restrictivas con respecto a una de las partes del contrato de distribución—el distribuidor y, por tanto, de especial preocupación para nuestras Comisiones de defensa de la libre competencia. Estas cláusulas, como vimos, pueden ser de diversa índole y pueden consistir en:

1.-) Ventas atadas o vinculadas:

Esta práctica consiste en que el distribuidor, al comprar las mercaderías a distribuirse, se ve en la obligación de comprar otras mercaderías; mercaderías cuya venta se encuentra subordinada a la compra del producto a distribuirse. Esta cláusula es lo que se conoce como *tying* dentro del derecho norteamericano.¹³⁶

Hay que tener cuidado, como dice el profesor Jorge Witker¹³⁷, en no confundir el fenómeno restrictivo del *tying* con una compra libre, que el distribuidor realiza en razón de circunstancias independientes a una cláusula contractual; como por ejemplo, la necesidad de aumentar una determinada capacidad técnica de las mercaderías a distribuirse. Es importante que para que exista el *tying*, que "...el vendedor debe tener poder económico suficiente con respecto al producto del *tying* para refrenar considerablemente la libre competencia en el producto objeto del *tying*"¹³⁸

En consecuencia, el fenómeno aquí estudiado consiste en que haya una introducción de productos que no forman parte del acuerdo cooperativo que representa el contrato, como consecuencia jurídica (léase obligación) de la adquisición de los productos a distribuirse, que sí forman parte del contrato, debiendo el principal tener un poder de mercado suficiente sobre el producto que es objeto del *tying*.

2.-) Prohibición para realizar actos sobre mercaderías no comprendidos en la representación.

Esta es calificada por la doctrina como eminentemente atentatoria de la libre

¹³⁵ Witker, Jorge, op. cit., pág., 124.

¹³⁶ Witker, Jorge, op. cit., pág., 124.

¹³⁷ Witker, Jorge, op. cit., pág., 125

¹³⁸ Witker, Jorge, op. cit., pág., 125, citando a Weber Spencer.

competencia¹³⁹. Así, Manuel A. Domínguez García nos dice que "...pese a la licitud de la obligación...ello no obsta a que el distribuidor seleccionado deba ser libre de obtener estos últimos de otras fuentes de aprovisionamiento diferentes del proveedor..."¹⁴⁰

Estamos plenamente de acuerdo con la opinión aquí expresada, por el profesor Manuel A. Domínguez García, por razones principalmente jurídicas. En primer lugar, el permitir una prohibición de adquirir mercaderías ajenas a la representación por parte del distribuidor sería contrario a la libertad de desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de 1980), pudiendo dicha cláusula ser suprimida por la vía de un recurso de protección o de amparo económico.¹⁴¹ Lo anterior, dado que el distribuidor estaría operando fuera del ámbito de regulación que el contrato implica, estaría ejerciendo sus libertades constitucionales y legales dentro de los márgenes del estado de derecho, fuera del marco cooperativo que representa el contrato; y por tanto sería censurable una cláusula que pretenda impedirle ejercer estas libertades.

Económicamente el problema es complejo y, por tanto, será analizado más adelante cuando se vea la jurisprudencia que existe al respecto.

3.-) Cláusula del precio de reventa.

Esta cláusula consiste en que el distribuidor tiene que mantener un precio de reventa, mantención que se puede hacer de dos formas; mediante la imposición de un precio determinado o mediante la fijación de precios máximos y mínimos. La doctrina extranjera se ha manifestado en forma contraria al establecimiento de esta cláusula. Así Manuel A. Domínguez García ha dicho que "Los precios impuestos, en su doble tipología, y las prácticas concertadas sobre los mismos se encuentran radicalmente prohibidos a la luz del derecho *antitrust* en cuanto eliminan la autonomía del concesionario en la comercialización de los productos contractuales y eliminan la competencia *intra-brand*...en efecto, pese a representar el sistema de precio impuesto una de las técnicas económicas más eficaz para la erección de una red de distribuidores...la imposición de un precio de reventa...para el concesionario representa el conocimiento apriorístico del margen de beneficio, facilitando la competencia en el mercado, aunque en la hipótesis de precios excesivamente elevados pueda producirse una sensible reducción de las ventas, así como para los consumidores significa una cierta homogeneidad de los precios, aunque en ocasiones sean más elevados"¹⁴²

En este sentido, aunque el autor citado reconoce las posibles ventajas económicas que se pueden dar para las partes, como puede ser la mayor planificación que ambas partes logran obtener, es claro en establecer que a la luz de la legislación antimonopolio norteamericana, son cláusulas prohibidas.

¹³⁹ En este sentido Puelma Accorsi, Alvaro, op. cit., pág. 84

¹⁴⁰ D. García, Manuel A., op. cit., pág., 1355

¹⁴¹ Ver a este respecto M. Verdugo, E. Pfeffer y Humberto Nogueira, op. cit., tomo I, pág., 296

¹⁴² D. García, Manuel A., op. cit., pág. 1357. En este sentido también Witker, Jorge, op. cit., pág., 125

Estamos de acuerdo básicamente por razones económicas, aunque hay razones de orden jurídico también para concordar. Siguiendo al profesor Domingo Valdés Prieto, la legislación antimonopolio tiene como bien jurídico a proteger la libre competencia, concepto que, a su vez, reconoce como fundamento el principio de subsidiariedad, reconocido en nuestra Constitución en su artículo 1, inciso tercero. Este principio establece básicamente que son los particulares quienes deben "...concurrir a los mercados ofertando y demandando bienes y servicios como medio de satisfacer sus necesidades, obteniendo y pagando **precios justos...**"¹⁴³.

En consecuencia, si hay una limitación para una de las partes de un contrato en orden al precio que debería tener el bien, se impide el libre juego que existe entre el oferente y demandante para llegar al precio justo, alterándose el principio jurídico básico que nuestra Constitución Política garantiza.¹⁴⁴

Económicamente, el hecho de que el productor principal imponga un precio de reventa significa que no se está permitiendo que el libre juego de oferta y demanda determine el precio a pagarse por el bien. En consecuencia, no se están maximizando las ganancias puesto que, necesariamente, al estar regulado el precio en forma externa, tendremos escenarios de abundancia o escasez, ambos no deseados por sujetos racionales que pretenden maximizar beneficios.¹⁴⁵

En nuestro país, la cuestión se resolvió en una primera instancia por la Comisión Preventiva Central en el Dictamen N° 278/367 del 3 de Junio de 1981, respecto de una consulta de la Coca-Cola Export Corporation, la cual mediante un contrato de licencia le prohibió a su sub-licenciado la reventa de la esencia. En este caso, la Comisión resolvió aprobando la restricción, expresando:

"5.- En cuanto a la prohibición de revender la esencia o que la misma pase a poder de terceros sin consentimiento escrito del licenciante, esta Comisión, tuvo la oportunidad de expresar,, que tal restricción contractual no infringe las disposiciones del D.L. 211, de 1973, pues ella tiene por objeto proteger las correspondientes marcas y el secreto de fabricación..."

Dicho criterio es concordante con el establecido anteriormente por la Comisión Resolutiva. Así la Comisión Resolutiva, ya había establecido que el distribuidor puede quedar sujeto a limitaciones contractuales dentro de su propia estructura, estableciendo además que la protección de las marcas es fundamental para la competencia en el

¹⁴³ Valdés Prieto, Domingo, op. cit., pág., 96

¹⁴⁴ No se plantea aquí que el principio de subsidiariedad se vea violado, puesto que no es así. El principio de subsidiariedad simplemente establece que son los particulares quienes tienen el impulso principal dentro de la economía, debiendo ser ellos quienes realicen la generalidad de las actividades económicas, quedando para el estado aquellas actividades que los privados no puedan o no quieran realizar. Sin embargo este principio conlleva, en nuestra opinión, en su espíritu que sea el libre juego de la oferta y demanda el que determine el precio de los bienes y servicios que se transen dentro de la economía nacional; sino todo el D.L. 211 sería inconstitucional. Es por esto que se dice que se altera el principio y no que se viola. Para profundizar sobre el principio de subsidiariedad ver M. Verdugo, E. Pfeffer y H. Nogueira., op. cit., pág., 111 y sgtes.

¹⁴⁵ Ver Samuelson y Norhaus., op. cit., pág., 44 y sgtes.

comercio. Así, en la resolución N° 90 del 28 de Enero de 1981 se estableció que:

“11.-...lo que realmente posibilita la competencia en el comercio...es la existencia de diferentes marcas....”

13.- Que de acuerdo con el régimen de libertad de trabajo...debería ser el particular interesado en la comercialización...el que decidiera dedicarse a la comercialización...(en este caso) ello debería quedar sujeto a las condiciones que el fabricante o el representante-distribuidor estimará conveniente exigir....”

De esta forma vemos como en un principio nuestros organismos de defensa de la libre competencia, aceptaron las restricciones contractuales que el fabricante conviene con el distribuidor, teniendo en cuenta que las restricciones que aquí se ven no son las de asignación territorial o el problema de las importaciones paralelas que analizamos anteriormente. Ahora, el argumento de las comisiones fue evidentemente la protección de las marcas de los fabricantes, el cual nos parece correcto, puesto que se reconoce uno de los aspectos propios del contrato internacional de distribución, el cual, como se vio anteriormente en nuestro trabajo, es la fuerte protección de la marca del fabricante o productor principal.

Desde el punto de vista del análisis económico, la existencia de una cláusula atada significa que existe un excedente cooperativo representado en la restricción contractual. En otros términos, el someterse a las restricciones del productor o fabricante, significa para el distribuidor un mayor beneficio que el ejercicio de su derecho individual. Si fuera al contrario, el distribuidor, como persona racional, no convendría en la restricción.

Ahora, con respecto a la protección de la marca, es un argumento también perfectamente válido desde el punto de vista del análisis económico puesto que reconoce la estructura de costo que significa para su propietario, permitiéndole recuperar el costo sobre la base de la exclusividad de la marca. De lo contrario hubiese significado que el propietario tendría que soportar una estructura de costo, no internalizando todo el beneficio que genera, lo que evidentemente no sería socialmente deseable, puesto que desincentiva la creación de marcas nuevas generando, a largo plazo, una posible escasez, con la consiguiente falta de adecuación de los productos en el mercado a las nuevas necesidades de la población.

Conforme avanzó el tiempo, nuestras Comisiones se mostraron más conservadoras con respecto a las restricciones que la distribución pudiese significar para el distribuidor. Así, en el dictamen N° 415/294 del 2 de Mayo de 1984 se lee:

“...En esta hipótesis, es el subdistribuidor el que contrae el compromiso con el cliente y es también el mismo el que se compromete a pagar al distribuidor....en este caso, la Comisión estima que no es lícito que el distribuidor limite de ninguna manera el campo de acción del subdistribuidor”..

Esta solución que se refiere a un caso en especial, también se observó en varias resoluciones de la Comisión Resolutiva, obedece a los comienzos de lo que hemos llamado la “teoría del mandato”, según la cual hay que distinguir entre las formas jurídicas de compra-venta y mandato para determinar la licitud de la conducta.

En otras palabras, como ya se vio, si la relación que une al distribuidor con el

fabricante es la de un mandato, el distribuidor, por encontrarse en una situación en que actúa “por cuenta y riesgo” del mandante (fabricante principal), se vería obligado a soportar las restricciones puesto que, sería el mandante quien se “auto-limitaría”. Repetimos nuestra crítica, ya que lo importante es que entre las partes exista un flujo, una solución cooperativa, por lo tanto, la validez o invalidez de las restricciones debería basarse sobre las bases de los efectos del contrato en el mercado relevante o de las alteraciones en los precios finales que se producen, y no sobre criterios legalistas-ortodoxos que apunten a la forma de la contratación.

Todo esto sin perjuicio de que, si eventualmente se interviniera, hay que hacerlo teniendo presente que se realiza para reestablecer un equilibrio cooperativo y, por consiguiente, la solución tendrá que apuntar hacia lo socialmente eficiente, que es lo que busca la solución cooperativa en último término.

Adentrándonos hacia la década de 1990, vemos como la Comisión resolutive optó por prohibir abiertamente una de las típicas cláusulas atadas. En la resolución N° 246 del 13 de Enero de 1987 se estableció que:

“ 7.- ...esta Comisión cree necesario dejar en claro que las situaciones a que se refiere la denuncia...son contrarias a la libre competencia, ya que el proveedor no puede prohibir al comprador que venda artículos de la competencia, ni negar la venta en condiciones generalmente ofrecidas, ni fijarle los precios de reventa, ni discriminar arbitrariamente entre sus compradores.”

Aquí, la comisión estableció oficialmente una posición prohibitiva con respecto a las cláusulas atadas que la distribución usualmente implica. Específicamente con respecto a la cláusula que prohíbe vender productos de la competencia y aquella que establece un precio de reventa. Analizaremos separadamente cada una de las prohibiciones.

Con respecto a la prohibición de vender productos no comprendidos en la representación, (productos de la competencia) debemos tener presente las serias observaciones legales que se han formulado al respecto; expresando nuestra adhesión, desde el punto de vista jurídico legal, a la tesis prohibitiva que las comisiones han adoptado. Sin embargo, desde la óptica económica que anima el presente trabajo, se puede argumentar en cualquiera de los dos sentidos.

En primer lugar, se podría estar en desacuerdo con la Comisión. La opinión de la Comisión obviamente está animada por la perspectiva de la teoría del mandato, lo que implica que, como en este caso, no hay mandato, sino que hay compra venta, el productor no puede restringir al distribuidor, lo que pudiese haberse realizado bajo la forma jurídica de un mandato. Para nosotros, la relación representa una solución cooperativa independiente de la forma, por lo cual, para nuestro análisis lo importante es si la venta de productos de la competencia es socialmente eficiente o no. Como hemos venido explicando, el establecer una estructura de distribución implica una estructura de costo, la cual se justifica por una determinada oferta que se desea explotar. Por lo tanto, si se permite al distribuidor vender productos de la competencia significa que hay un margen de beneficios que obtienen los productos de la competencia, sin tener que asumir la estructura de costos que el productor soporta. Esto significa económicamente que existe una externalidad negativa, representada por el margen de beneficio que la

competencia obtiene, que en última instancia la tiene que asumir el productor principal. Esto tiene como consecuencia práctica que el productor desistirá de mantener su estructura de distribución, por lo cual el producto o servicio que se pretende distribuir ya no estará disponible, significando económicamente una potencial escasez del producto determinado y, por tanto, un eventual aumento del precio del producto sustituto nacional.

En conclusión, en vez de tener más productos mejores y más baratos, la solución de la Comisión podría significar menos productos, probablemente de menor calidad y más caros.

Por otra parte, hay también razones económicas para argumentar a favor de la solución prohibitiva adoptada por la Comisión. Así el hecho de que el distribuidor esté adquiriendo mercaderías ajenas a la representación significa que está aprovechando oportunidades fuera del ámbito cooperativo que el contrato representa para él y, por tanto, está siendo un sujeto económico eficiente, puesto que el no aprovechar oportunidades productivas significa ser ineficiente, cuestión que no es aceptable dentro de la suposición económica básica, cual es que todo sujeto racional maximiza sus ganancias.¹⁴⁶

Sin embargo creemos mejor fundado el razonamiento económico que plantea que la prohibición de comprar productos ajenos a la representación debería ser permitida, y no censurada.

Con respecto a la prohibición de establecer un precio de reventa, estamos de acuerdo con la Comisión, aunque creemos que por razones distintas. Nuestra posición se basa, además de las razones doctrinales que se expusieron anteriormente (alteración del principio de subsidiariedad e interferencia del libre juego de la oferta y demanda), sobre las necesidades de adecuación del distribuidor a las necesidades del mercado local. Así, tenemos que recordar que la distribución internacional significa que el productor mantiene su centro de operaciones en países lejanos y, por tanto,--aunque cada vez menos--su velocidad de respuesta es menor. Además, si el productor extranjero es una gran empresa, la toma de decisiones con respecto a variaciones en los precios, puede ser perjudicialmente lenta. Por ejemplo, si dentro del mercado local se establece un impuesto (sin posibilidad de traslación al consumidor por cierto) el distribuidor se verá obligado a asumir el mayor costo y tener que asumir una estrategia de precios distinta, lo que significaría tener que romper su compromiso cooperativo con el fabricante, lo que, desde el punto de vista de la teoría de los juegos, significaría una apropiación en vez de cooperación, por lo que en el mediano a largo plazo podría significar menores soluciones cooperativas en el futuro.

Tenemos que tener cuidado, eso sí, con la posición de las comisiones con respecto a la prohibición de las cláusulas atadas. Esto, porque el momento histórico aún imperaba la teoría del mandato y, por tanto, las cláusulas atadas podrían haber sido válidas en tanto

¹⁴⁶ En teoría económica, es un término muy comúnmente usado el de "costo de oportunidad", el cual consiste básicamente en que toda decisión que un sujeto racional toma lleva consigo un costo, representado por el beneficio que la actividad que decidió no realizar representa. Para ahondar sobre el tema del costo de oportunidad se recomienda ver Samuelson y Norhaus, op. cit., pág., 32 y sgtes. También ver Posner, op. cit., pág., 16.

se enmarcaran dentro de la forma jurídica del mandato. Por lo tanto, en este momento histórico no sería prudente señalar que nuestros organismos de defensa de la libre competencia estaban en contra de las cláusulas atadas dentro del contrato internacional de distribución, sino que sólo en la medida que las partes se hubiesen estructurado bajo una compra venta, puesto que si había mandato las restricciones eran válidas ya que forman parte de las instrucciones del mandante, implicando además la situación de la "auto-limitación"; argumento que ya hemos criticado anteriormente. Esto se ve reflejado en el dictamen N° 618/1145 del 25 de Septiembre de 1987 donde se lee:

"...solo el que actúa por cuenta del mandante o proveedor puede tener el carácter de agente o distribuidor exclusivo..."

En 1990, sin embargo, la Comisión Preventiva Central emitió un pronunciamiento de especial relevancia para los efectos de las cláusulas atadas. En este sentido pronunciándose sobre una consulta para analizar la legalidad de un determinado contrato de distribución en el cual se prohibía al distribuidor vender productos de la competencia, la Comisión dijo en el dictamen N° 728/018 del 9 de Enero de 1990 que:

"6.1.- Específicamente, en cuanto a la exclusividad que impone a los establecimientos antes mencionados, que consiste en que sólo podrán vender productos relacionados con las marcas que promocionan, esta Comisión es de la opinión que ella no altera la libre competencia, porque....existen actualmente muchos oferentes que representan diversas marcas...."

Además, tratándose de un mercado competitivo, la exclusividad de que se trata tiende a incentivar, precisamente, la competencia entre marcas..."

Creemos que es de enorme significación este pronunciamiento de la Comisión, el cual tiene la idea subyacente de analizar las reales consecuencias que las cláusulas tienen sobre el mercado relevante. Esto nos parece notable desde la perspectiva de análisis económico que anima este trabajo, puesto que significa que se entiende que la distribución significa para el fabricante una estructura de costos, la cual se planifica para satisfacer una determinada demanda, y que si esa estructura se externaliza a los demás agentes del mercado, la distribución no se justifica económicamente.

Esto puesto que dicha externalización significaría que el productor no ingresaría a dicho mercado a través de la fórmula de la distribución, ya que sería económicamente irracional y en consecuencia, se frustra el propósito del contrato internacional de distribución.

Entonces, el criterio de la Comisión es especialmente acertado ya que al reconocer la existencia de un mercado relevante competitivo, se está reconociendo que hay agentes que van a significar para el productor una externalización de un margen de sus beneficios, y que, por tanto, la distribución no va a ser económicamente justificable y en consecuencia no deseada. Sin embargo, la Comisión va más allá, estableciendo que la cláusula atada en cuestión tiende a promover la competencia. Con respecto a esto creemos que esto es verdad en la medida que las autoridades tengan en mente que la restricción representa una solución cooperativa, que por tanto es más valiosa que el ejercicio de la libertad individual¹⁴⁷, y siempre que la restricción exista en un mercado suficientemente competitivo.

Si las partes decidieran otro tipo de restricciones, como por ejemplo, formas de contratación laboral, dentro de un mercado competitivo, la restricción debería ser también aceptada. Esto porque, si la restricción recién analizada (prohibición de vender productos de la competencia) es aceptada, el resto de las restricciones contractuales que pudiesen existir también son, al menos económicamente, soluciones cooperativas que significan para las partes opciones más valiosas que el ejercicio de sus libertades individuales.¹⁴⁸

Si nuestros organismos de defensa de la libre competencia no razonaran de la manera descrita anteriormente, entonces estaríamos ante el lamentable escenario del imperio de las formas por sobre el de los efectos. Esto es, el criterio notable que observamos en el dictamen N° 728/018 del 9 de Enero de 1990, sería sólo un argumento para decir que la única restricción que se acepta dentro de un mercado competitivo sería la de vender productos de la competencia, cosa que, económicamente, sería insostenible, puesto que cualquier convención contractual no es más que una solución cooperativa, que por tanto es, socialmente, eficiente y deseada.

En otras palabras, el efecto económico de una restricción u otra es el mismo, sin importar la forma de ella; en ambos casos hay una solución cooperativa que es más valorada por las partes que las libertades individuales de cada una.

Avanzado en el tiempo, vemos que las Comisiones no se pronunciaron específicamente sobre más problemas de “cláusulas atadas” propiamente tal, sin embargo es perfectamente posible deducir que el criterio a este respecto se ha mantenido desde principios de la década de 1990. Primero, con el dictamen N° 728, pero en forma definitiva con el ya comentado dictamen N° 808/443 de 11 de Junio de 1992, en donde se estableció oficial y definitivamente que lo que hay que analizar para la validez de una restricción territorial son las condiciones del mercado relevante y no la forma jurídica bajo la cual se realiza.

Ahora, si bien el dictamen es sobre las restricciones territoriales, creemos que es igualmente importante puesto que sienta una óptica para analizar el problema. Interpretando dicha óptica a la luz del problema de las cláusulas atadas, tenemos que concluir que, sin importar la forma que revista la restricción, económicamente significa una subvaloración de las libertades de cada uno frente a la solución cooperativa que el contrato y sus restricciones significa.

Este criterio es el que rige hoy, criterio que, por lo demás, estuvo siempre acorde con las interpretaciones de la Comisión Resolutiva como vemos en la resolución N° 416 del 15 de Junio de 1994, que viene a sentar el criterio de análisis del mercado relevante (que ya se había venido formulando), puesto que establece que lo importante al analizar un determinado caso es que haya una competencia suficiente. Así, al analizar el caso en particular, se dijo que:

¹⁴⁷ Ver pie de página número 112.

¹⁴⁸ Insistimos que la conclusión anterior hay que entenderla dentro de la mirada altamente teórica que se le ha dado al presente trabajo, representando solo una alternativa de análisis jurídico tradicional, sin pretender en caso alguno obtener consecuencias de orden público.

“La existencia de cuatro distribuidoras de...demuestra que la denunciada no tiene el dominio del mercado en la venta y distribución....”

Entonces, nuestros organismos de defensa de la libre competencia adoptaron un criterio mucho más acorde con la realidad económica que la distribución representa; criterio que se ha mantenido hasta hoy, y con el cual tenemos que estar de acuerdo, al menos en términos comparativos, con respecto a la teoría del mandato.

III.-) CONCLUSIONES

Después de haber visto los distintos criterios a través de los cuales nuestros organismos de defensa de la libre competencia interpretaron al contrato de distribución ¹⁴⁹, tenemos que concluir que el criterio final es el correcto.. El hecho que las Comisiones hayan terminado por establecer como criterio final, el análisis del mercado relevante nos parece notable puesto que significa que hay un entendimiento acerca del hecho que el monopolio o posición de dominio es económicamente perjudicial sin importar el número de oferentes, sino que lo es, en la medida que signifique un aumento del precio final de mercado con el consiguiente perjuicio para los consumidores.

En términos más jurídicos, también es una adopción positiva, puesto que significa desechar la teoría del mandato, la cual en último término suponía que, dependiendo de la forma bajo la cual se realizara la distribución, se afectaría más o menos el bien jurídicamente protegido—la libre competencia--, cuando en realidad, el bien jurídico se ve lesionado sobre la base de conductas de abuso o de colusión con consecuencias sobre el precio final, puesto que como ha dicho nuestra Corte Suprema, la finalidad protectora del orden público que cumple la legislación antimonopolio consiste en que "...se produzcan mas y mejores bienes y servicios, a precios más reducidos". Así, estas consecuencias sobre el precio final, son generalmente independientes de la forma

¹⁴⁹ Hay que tener presente que el análisis realizado por las comisiones se refiere especialmente al contrato de distribución en su faceta nacional; en otras palabras, ambas partes dentro del contrato que las Comisiones analizaron son chilenos. A pesar de lo anterior, creemos que los criterios que se han sentado, son suficiente para inferir, en forma razonablemente sustentable, como sería la posición frente a una situación contractual de distribución internacional.

jurídica que se adopte, e incluso, un mandato podría significar mayores precios.

Ahora, la conclusión importante y de fondo del presente análisis es que la distribución internacional representa una solución cooperativa, que por lo tanto, en ciertas hipótesis sería más valiosa para las partes que el ejercicio de algunas libertades individuales. En este sentido, si el distribuidor aceptó restricciones sobre su libertad de trabajo, protegida constitucionalmente, a niveles de orden público, significa que la solución cooperativa que la distribución representa, es más valiosa que su libertad laboral (por ejemplo, en la aceptación de exclusividades). Sin embargo, esto es sólo una consecuencia teórica, como se ha explicitado durante el presente trabajo. Implica solamente que en términos de análisis económico del escenario específico de la distribución internacional, la solución cooperativa que pactan las partes representa la solución más eficiente, a pesar de existir costos de transacción sustancialmente altos; cuestión debida principalmente a la acefalía que se observa en el escenario internacional con respecto a una autoridad unánimemente reconocida, con un imperio efectivo para la implementación de soluciones a los posibles conflictos o divergencias de interpretación que surjan ¹⁵⁰.

En consecuencia, sería irresponsable por nuestra parte plantear que las distintas libertades constitucionales deberían ser abolidas en pos de las posibles soluciones cooperativas que pactasen las partes. Las distintas libertades constitucionales existen no sólo por criterios de eficiencia, responden a consideraciones políticas y sociales de orden superior, y de ahí que, en ningún momento, hayamos puesto en duda su necesidad dentro del estado de derecho moderno. Simplemente esperamos que el análisis realizado en el presente trabajo demuestre que hay otras ópticas a través de las cuales se puede analizar un problema como el referido a la contratación de distribución exclusiva y, que, sin duda, plantean la posibilidad de encontrar soluciones más adecuadas al fondo de la problemática específica que aquí se ha analizado.

A este respecto hay que tener presente lo que dicen Cooter y Ulen dentro de la introducción a la teoría económica de la propiedad. “Al negociar en conjunto, los individuos convienen con frecuencia las condiciones para interactuar y cooperar. Pero a

¹⁵⁰ La situación surge del hecho de, como dice Polinsky, “...pensar como un economista respecto de las normas y a la política jurídica. Así, se han adoptado diversas hipótesis simplificadoras y se ha descrito intencionadamente el sistema jurídico de una forma un tanto abstracta.” Continúa el mismo autor, quien concluye que “...aunque este problema (refiriéndose a la imposibilidad de asignar valores económicos a criterios esencialmente jurídicos) surge con la utilización del análisis económico en general, puede ser especialmente significativo en el análisis económico del derecho porque los conflictos jurídicos suelen afectar a pérdidas o ganancias difíciles de valorar. Algunos críticos del análisis económico del derecho han alegado que el problema de la valoración puede influir negativamente en el enfoque económico propiciando el que se tienda a ignorar las categorías de costos o beneficios difíciles de cuantificar. Otros críticos han dicho que debido a lo difícil que resulta cuantificar ciertos costos o beneficios, quien emplea el análisis económico tendrá a aplicar sus propios valores subjetivos en tales casos, con lo que el análisis no hará mas que confirmar sus creencias previas. Ambos argumentos pueden tener sentido en algunos casos. Pero deberían considerarse como críticas potenciales a *quienes* usan el análisis económico más que críticas al propio análisis económico....Pese a estos problemas el análisis económico ha demostrado ser muy útil en la planificación de la política estatal en diversas áreas. **No hay ninguna razón básica por la que no pueda ser igual de útil en el análisis del sistema jurídico**”. Polinsky. “Conclusión”. 1985, pág. 141; en Seminario: “Introducción al Análisis económico del derecho”,Capítulo 7, Universidad de Chile. 2001.

veces las condiciones de la interacción y la cooperación se imponen a los individuos desde afuera, por ejemplo, por la ley. Las condiciones son a menudo más eficientes cuando los individuos convienen en ellas que cuando la ley se las impone. Se sigue de aquí que la ley es innecesaria e indeseable cuando la negociación tiene éxito, y que la ley es necesaria y deseable cuando aquella fracasa”.¹⁵¹

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-) Bullard Gonzales, Alfredo. “Cuando es bueno incumplir un contrato”, 1996; en seminario “Introducción al análisis económico del derecho”, capítulo 4, Universidad de Chile, 2001.
- 2.-) Código Civil, art., 1489, art., 1448.
- 3.-) Constitución Política de la República de Chile 1980.
- 4.-) Cooter y Ulen. “Análisis económico del Derecho.”, 1998; en Seminario “Introducción al Análisis económico del Derecho”, capítulo 4, Universidad de Chile, 2001.
- 5.-) Cooter y Ulen, “Teoría económica de la propiedad”, 1998; en Seminario “Introducción al Análisis económico del Derecho”, capítulo 3, Universidad de Chile, 2001.
- 6.-) C. Esplugues Mota, “Contratación internacional”. 2º Edición, Editorial Triant Lo Blanch, 1999.
- 7.-)D.L. 211 de 1973.
- 8.-) Domínguez García, Manuel Antonio. “Contratos Internacionales”, Editorial Tecnos, 1997.
- 9.-) Fueyo Laneri, Fernando. “*Interpretación y juez*”, Santiago, 1976.
- 10.-) Giner Parreño, Cesar. “Distribución y libre competencia”, Editorial Montecorvo, 1994.
- 11.-) Guardiola Sacarrea, Enrique. “Contratos de colaboración en el Comercio Internacional”. Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- 12.-) Kaller de Orchansky, Berta. “Derecho Internacional Privado”. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990.
- 13.-) León Steffens, Avelino. “El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil internacional”. En Contratos. Coordinación Enrique Barros Burrié, Editorial Jurídica, 1991.
- 14.-) López Santa María, Jorge. “Los Contratos. Parte General”. 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo I.
- 15.-) Maluenda, Rodrigo. “Contratos Internacionales en el Derecho Chileno”, Memoria de prueba. U. de Chile, 1995.
- 16.-) Manuel Astudillo Astudillo; “Curso de Derecho Económico, Legislación Económica”, Tomo I, Editorial Universidad Central de Chile, 1999.

¹⁵¹ Cooter y Ulen, “Teoría económica de la propiedad”, 1998 pág. 113; en Seminario “Introducción al análisis económico del derecho”, capítulo 3, Universidad de Chile, 2001.

- 17.-) Marti, J. Hernández. "Contratación Internacional", Editorial Triant Lo Blanch, 1999, 2º edición.
- 18.-) Mazarati, Osvaldo. "Sistemas de Distribución Comercial", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
- 19.-) Meza Barros, Ramón. "Manual de derecho Civil". 8º edición, Editorial jurídica de Chile.
- 20.-) Polinsky. "Conclusión". 1985; en Seminario: "Introducción al Análisis económico del derecho", Capítulo 7, Universidad de Chile. 2001.
- 21.-) Posner, Robert. "Antitrust Law. An economic perspective", University of Chicago Press, 1976.
- 22.-) Posner, Robert. "Naturaleza del Razonamiento económico", 1998; en Seminario "Introducción al Análisis económico del Derecho", capítulo 2, Universidad de Chile, 2001.
- 23.-) Puelma Accorsi, Alvaro. "Contratación Comercial Moderna", Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- 24.-) Ramirez Necochea, Mario. "Curso de Derecho Internacional Privado". Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 25.-) R & TA política de radiodifusión (2004): www.rt-a.com/88/nota.htm , 5 de Abril.
- 26.-) Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D. "Economía", editorial McGraw Hill, 1993.
- 27.-) Sternger, Irineu. "Contratos Internacionais do Comercio". Sao Paulo, 1986.
- 28.-) Valdés Prieto, Domingo. "Discriminación arbitraria en el Derecho Económico", Editorial jurídica Cono Sur, 1992.
- 29.-) Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio; y Nogueira Alcalá, Humberto. "Derecho Constitucional". Editorial Jurídica de Chile, 2002, Tomo I.
- 30.-) Witker, Jorge. "Derecho de Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México". Fondo de Cultura Económica, 2000.