



Universidad de Chile

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Económico

ACUERDOS DE EXCLUSIVIDAD Y LIBRE COMPETENCIA:

Análisis de la Competitividad de una Conducta

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CRISTÓBAL MATÍAS LEMA ABARCA

Profesor guía: Juan Francisco Reyes

Santiago, Chile

2018

*A mis padres, Mónica y Fernando,
y a mi pareja, Javiera, por su
incondicional y continuo apoyo.*

ÍNDICE

ÍNDICE	v
RESUMEN	vii
ABSTRACT.....	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: Exclusividades en Materia de Libre Competencia	5
1. Introducción	5
2. Distribución de Bienes y Exclusividades.....	6
3. Exclusividades que Limitan al Vendedor (o Proveedor).....	7
3.1 Distribución Exclusiva y Territorios Exclusivos.....	8
3.2 Asignación de Cliente Exclusivo	10
3.3 Distribución Selectiva	11
3.4 Suministro Exclusivo.....	13
4. Exclusividad(es) que Limitan al Comprador	14
4.1 ¿Qué es un Acuerdo de Exclusividad?.....	15
4.2 ¿Qué es una Marca Única?.....	17
4.3 El Concepto de Acuerdos de Exclusividad a Utilizar.....	18
CAPÍTULO II: Manifestaciones de la Conducta	21
1. Introducción	21
2. Exclusividad Convenida e Impuesta	22
3. Exclusividad Total y Parcial.....	26
4. Exclusividad De Iure, De Facto y a través de otras Conductas Anticompetitivas	30
4.1 Mecanismos Innominados	34
4.2 Negativa a Pactar	37
4.3 Pago por Espacio en Estantería.....	38
4.4 Descuentos Condicionales.....	40
CAPÍTULO III: Efectos Anticompetitivos de la Conducta	47
1. Introducción	47
2. Exclusión de Rivales Actuales y/o Potenciales	48
2.1 Clausura de Mercado	50
2.2 Aumento de los Costos de los Rivales.....	54
3. Elementos a Considerar para Evaluar una Exclusión Anticompetitiva.....	62
3.1 Posición de Mercado del Vendedor y sus Competidores.....	63
3.2 Barreras a la Entrada y Formas Alternativas de Distribución.....	65
3.3 Nivel de la Relación en la Estructura Vertical.....	68
3.4 Duración y Terminabilidad del Acuerdo.....	71
3.5 Consecuencias del Término y Costos del Cambio de Vendedor	74

3.6	Cobertura de Mercado	79
3.7	Quién Instigó la Exclusividad	86
4.	Relajación de la Competencia y Facilitación de la Colusión Aguas Arriba	88
5.	Efectos en la Elección de los Consumidores	90
CAPÍTULO IV: Eficiencias Asociadas a la Conducta		93
1.	Introducción	93
2.	Dedicación y Lealtad del Distribuidor	95
3.	Solución al Problema del Parasitismo (" <i>Free Rider</i> ")	98
4.	Solución al Problema de la Cautividad (" <i>Hold-Up</i> ")	108
5.	Protección de Propiedad Intelectual	114
6.	Competencia por la Distribución	115
7.	Reducción de Costos	121
8.	Otras Posibles Eficiencias	122
CAPÍTULO V: Evaluación de la Competitividad de la Conducta		125
1.	Introducción	125
2.	Regla de Ilegalidad <i>Quasi Per Se</i>	127
3.	Test de la Ganancia-Sacrificio o del Sin Sentido Económico	131
4.	Test del Competidor Igualmente Eficiente	134
5.	Bienestar del Consumidor-Regla de la Razón	137
CONCLUSIONES		143
BIBLIOGRAFÍA		149

RESUMEN

El objeto de estudio de esta tesis son los Acuerdos de Exclusividad —aquellos a través de los cuales se prohíbe a un comprador adquirir bienes o servicios de los competidores del vendedor exclusivo—; fenómeno común pero poco estudiado que se observa principalmente en la cadena de distribución de bienes y, en menor medida, de servicios. Normalmente, la preocupación del Derecho de la Competencia respecto a este comportamiento es que las empresas dominantes pueden emplearlos para excluir anticompetitivamente a sus rivales. Además, se plantea que cuando los Acuerdos de Exclusividad son usados por todos o la mayoría de los agentes económicos de un mercado, éstos también pueden relajar la competencia y propiciar una colusión en el mercado afectado, y, en caso de que los Acuerdos de Exclusividad sean pactados con distribuidores, perjudicar o dificultar las elecciones de los consumidores. A pesar de lo anterior, esta práctica puede ser utilizada con propósitos procompetitivos, pues es comúnmente aceptado que los Acuerdos de Exclusividad permiten disminuir los costos de transacción de las partes involucradas o solucionar un eventual problema de cautividad y, si son parte de un contrato de distribución, eliminar un posible problema de parasitismo o fomentar la competencia por la distribución. Debido a que los Acuerdos de Exclusividad tienen el potencial para ocasionar efectos anticompetitivos y procompetitivos, se propone —en línea con parte de la jurisprudencia y doctrina comparada, y con los fallos del TDLC en casos de abuso de posición dominante— que éstos se analicen conforme a la regla de la razón, test que correspondería aplicar sin importar el poder de mercado que detente el vendedor.

ABSTRACT

The subject of this thesis is the study of Exclusive Dealing Arrangements —those through which a buyer is prohibited from acquiring goods or services from competitors of the exclusive seller—; a common but poorly studied phenomenon observed mainly in the distribution chain of goods and, to a lesser extent, of services. Normally, the concern of Competition Law with this behaviour is that dominant firms can use them to anticompetitively exclude rivals. Additionally, it is proposed that when Exclusive Dealing Arrangements are used by all or most of the agents of a market, they can also relax competition and create conditions for collusion in the affected market, and, in case of Exclusive Dealing Arrangements agreed with distributors, harm or hinder consumer choices. Despite of the above, this practice can be used for procompetitive purposes, as it is commonly accepted that Exclusive Dealing Arrangements allow to reduce the transaction costs of the parties involved or allow to solve a hold-up problem and, if they are part of distribution agreement, eliminate a possible free-riding problem or encourage competition for distribution. Because Exclusive Dealing Arrangements have the potential to cause anticompetitive and pro-competitive effects, it is proposed —in line with part of comparative case law and doctrine as well as with the TDLC rulings in cases of abuse of dominant position— that they be analysed under the rule of reason, test that would apply regardless of the market power held by the seller.

INTRODUCCIÓN

En el mundo actual es habitual encontrarse en situaciones en que la libertad de las personas para relacionarse jurídica, económica o socialmente con otras está limitada de diferentes formas. Ejemplos de esto son el matrimonio, pues quienes están casados no pueden contraer otro matrimonio; el trabajo de los jueces en ejercicio, pues por regla general éstos no pueden ejercer la abogacía; y el sistema de salud, pues las personas no pueden pertenecer al mismo tiempo al sistema de Fonasa y al de Isapres ni tampoco pueden, perteneciendo a este último, estar simultáneamente afiliados a más de una aseguradora.

Los ejemplos antes señalados son evidentemente diferentes, ya que se vinculan con distintos ámbitos de la vida del ser humano. Mientras el primero tiene que ver con el aspecto afectivo y patrimonial de la vida, el segundo se relaciona con el ámbito laboral de una persona y el último se refiere principalmente a la forma en que cada sujeto accede a la salud. Sin embargo, todos los casos tienen un elemento en común: el casado, el juez o el asegurado no pueden vincularse con otra persona o institución en ese ámbito de la vida, en la medida que pretendan mantener vigente el vínculo primigenio. Dicho en otras palabras, las relaciones de esas personas son exclusivas, pues no pueden mantenerse en forma paralela a otra relación equivalente.

Los vínculos exclusivos no están circunscritos a las áreas recién mencionadas y, de hecho, son extremadamente relevantes en el ámbito económico de la sociedad, ya que puede resultar conveniente (e incluso necesario) que en determinadas circunstancias las empresas se vinculen en forma exclusiva. Por ejemplo, resulta del todo lógico que McDonald's impida que sus franquiciados vendan en sus locales productos de la competencia, como Burger King o Wendy's, y que incluso les prohíba ser franquiciados de dichas cadenas.

Las exclusividades antes mencionadas parecen ser *prima facie* legítimas, en tanto todas obedecerían a objetivos reconocidos y protegidos (o protegibles) por el ordenamiento jurídico. Parece incuestionable que cada persona tiene la facultad de decidir casarse, practicar una profesión u optar por un sistema de salud como parte del ejercicio de su autonomía de la voluntad.

La legitimidad de que *prima facie* gozan las exclusividades puede desaparecer en la medida en que el propósito perseguido por los sujetos (o por la regulación) o los efectos prácticos de dicha conducta colisionen con otros bienes protegidos por el ordenamiento jurídico. En el caso del juez, ello podría suceder si se le prohibiese absolutamente patrocinar causas, incluyendo aquellas que involucren intereses personales o de familiares cercanos. Sin embargo, el mismo Código Orgánico de Tribunales considera esta situación y permite a los jueces intervenir en este tipo de juicios, reconociendo que la incompatibilidad entre el ejercicio del rol de juez y el de abogado puede ceder excepcionalmente, cuando se vislumbran otras situaciones dignas de protección.

En el ámbito de los negocios, la tensión entre las potenciales exclusividades, acordadas por las partes o impuestas por la regulación, y otros derechos es permanente pues, por definición, al establecerse una exclusividad en beneficio de un sujeto (o una exclusividad recíproca) se está restringiendo en alguna medida la posibilidad de involucrarse con otros en relaciones de la misma índole. En otras palabras, una exclusividad en el ámbito comercial siempre limita la libertad a desarrollar cualquier actividad económica que, como es sabido, es reconocida y garantizada por la Constitución Política de la República.

Aunque esta potencial contraposición entre las exclusividades que las partes desean pactar y la libertad económica de que goza todo sujeto parece relevante, la contradicción puede solucionarse con criterios de Derecho Civil, de forma similar a cómo el Derecho Procesal Orgánico y el Derecho Laboral permiten solucionar problemas como el del juez. En este sentido, pareciera que una exclusividad libremente pactada entre las partes es una manifestación completamente válida y legítima de la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho privado, en virtud de la cual una parte ejerce su libertad contractual asumiendo una obligación de no hacer cuyo objeto es precisamente abstenerse de contratar con terceros.

Considerando todo lo anterior ¿por qué seguiría y sigue siendo relevante preguntarse por las exclusividades en el ámbito económico? La respuesta es simple: porque una exclusividad en las relaciones comerciales de los agentes económicos no solo atañe a un interés privado de los involucrados y, por ende, renunciabile en términos del artículo 12 del

Código Civil, sino que se vincula con el interés público de mantener la competitividad en los mercados. En otras palabras, la exclusividad que afecta a una o más partes en un negocio supone que éstas no pueden participar —o pueden participar en menor medida— en el mercado en que incide su negocio y, por lo tanto, que hay competidores potenciales o actuales que están quedando fuera del mercado en cuestión.

El área del Derecho llamada a solucionar este problema es el Derecho de la Libre Competencia¹, porque ésta es la rama jurídica encargada de asegurar que los mercados funcionen sin distorsiones. Tratar con las exclusividades es una tarea difícil para el Derecho de la Competencia, ya que no existe consenso sobre su licitud o ilicitud ni bajo qué circunstancias una conducta de este tipo, que inicialmente es legítima, se transforma en un atentado a la Libre Competencia. A diferencia de otros actos que pueden vulnerar la competencia en los mercados, el análisis de las exclusividades exige al adjudicador considerar los peligros que este tipo de conductas conllevan para la competencia y las eficiencias que de ellas puedan surgir. La dificultad se acrecienta aún más si consideramos la poca doctrina y jurisprudencia chilena que ha analizado las prácticas exclusorias y, particularmente, las exclusividades.

Este trabajo pretende enfrentar parcialmente este problema al analizar, desde la perspectiva del Derecho de la Libre Competencia, los Acuerdos de Exclusividad. El objetivo del trabajo es entregar elementos de juicio que permitan realizar una evaluación que logre distinguir los Acuerdos de Exclusividad que vulneran la competencia respecto de los que son procompetitivos o neutrales para la competencia. Para lograr el mentado objetivo, este trabajo se estructura de la siguiente forma:

En el primer capítulo se catalogan las diferentes conductas que, en el ámbito del Derecho de la Competencia, incluyen alguna forma de exclusividad en beneficio de una de las partes. En este sentido, la primera distinción que se introduce es entre las exclusividades conductas que restringen la libertad del vendedor y las que limitan la libertad del comprador. A través de esta categorización se esbozan los conceptos de diferentes formas de

¹ Se hablará indistintamente de “Derecho Antimonopolio” (“*Antitrust Law*”), “Derecho de la Competencia” (“*Competition Law*”) y “Derecho de la Libre Competencia”, pese a que puedan existir matices diferenciadores entre los tres conceptos. El primer concepto es el que normalmente se utiliza en Estados Unidos, el segundo suele usarse en la Unión Europea y el último es comúnmente empleado en Chile.

exclusividad tales como “distribución exclusiva” y “suministro exclusivo” y, más importante, se determina la extensión y alcance del término “Acuerdos de Exclusividad” para su posterior uso en los restantes capítulos.

El segundo capítulo desarrolla aspectos fenomenológicos y conceptuales de los Acuerdos de Exclusividad. En él se explican las diferentes formas en que este comportamiento se ha manifestado típicamente en las relaciones comerciales modernas. Con este fin, se proponen y exponen tres categorías que agrupan las diferentes prácticas que encajan en la definición de Acuerdos de Exclusividad aquí utilizada (i) Exclusividad Convenida e Impuesta; (ii) Exclusividad Total y Parcial; y (iii) Exclusividad *De Iure* y *De Facto*.

En el tercer capítulo se describen los principales riesgos competitivos que la teoría económica y jurídica han asociado a los Acuerdos de Exclusividad. El principal de estos es la exclusión de rivales, respecto del cual se desarrollan dos posturas que lo explican y los principales elementos que deben tenerse en consideración para determinar la probabilidad de su ocurrencia. Además, se identifican otros dos consecuencias negativas de los Acuerdos de Exclusividad: la relajación de la competencia y facilitación de la colusión aguas arriba, y la afectación de las elecciones de los consumidores.

En el cuarto capítulo se detallan las diversas eficiencias o beneficios que generan los Acuerdos de Exclusividad: dedicación y lealtad de los distribuidores, solución a los problemas del parasitismo y oportunismo, protección de propiedad industrial, competencia por la distribución, reducción de costos y otras eficiencias misceláneas. De cada una de estas se exponen las condiciones para su acaecimiento y la forma en que pueden ser traspasadas a los consumidores.

En el quinto y último capítulo se explican las formas en que los Acuerdos de Exclusividad pueden ser y han sido enfrentados por los organismos antimonopolios. Para ello se exponen los 5 tests que se han utilizado para evaluar la competitividad de esta práctica, las críticas que a cada uno se le han hecho y los casos en que se han aplicado.

CAPÍTULO I: Exclusividades en Materia de Libre Competencia

1. Introducción

Antes de analizar un fenómeno jurídico, es necesario que exista cierto consenso sobre el concepto o término que se utilizará. Ello porque es un requisito básico del lenguaje y de la comunicación que tanto el emisor como los destinatarios estén de acuerdo o, al menos, estén al tanto de la terminología que se utilizará.

La necesidad referida se justifica especialmente en atención a la divergencia con que se utilizan los conceptos asociados a exclusividades en Libre Competencia. En este sentido, Paredes define a la “distribución exclusiva” como “la exigencia que hace un manufacturero para que sus distribuidores no comercialicen bienes de competidores”². Dicha definición corresponde a lo que en este trabajo se denomina Acuerdos de Exclusividad en sentido restringido, y también es asociada, en la doctrina y jurisprudencia extranjera, con los conceptos de “marca única” o “compra exclusiva”. En forma similar, la jurisprudencia de la Comisión Preventiva Central calificaba de “distribución exclusiva” a las conductas que este trabajo define como suministro exclusivo³.

Contrario a lo que se podría pensar, este problema terminológico no es exclusivamente propio de nuestro país; autores estadounidenses⁴ y europeos⁵ reconocen la persistente confusión que existe al nombrar y distinguir las exclusividades que son relevantes para el Derecho de la Competencia.

Esta divergente conceptualización por la doctrina y la jurisprudencia es problemática, ya que impide otorgar claridad y certeza sobre la práctica que está siendo analizada y, en consecuencia, respecto de cómo debe aplicarse dicho análisis a conductas que son

² Paredes (1995), p. 256.

³ “Como sabemos la distribución exclusiva puede adoptar dos formas: la primera consiste en la concesión, por parte de un productor y/o proveedor, de la distribución de los productos que fabrica o distribuye a un solo vendedor. La segunda se da cuando un productor vende sus productos a varios distribuidores bajo el compromiso de que los mismos no vendan productos sustitutos de aquellos.” Dictamen N°1043 (1998) Comisión Preventiva Central, p. 6. Una confusión similar se evidencia en los conceptos empleados por Rojas, pues habla de “acuerdos de exclusividad” o “acuerdos de distribución exclusiva” para referirse indistintamente a estas dos conductas (y potencialmente a otras). Rojas (2010), pp. 185-7.

⁴ Solomon y Joffe (1984), pp. 494-5 y Steuer (1983), 102n4.

⁵ Gajin (2011), 29n123.

materialmente diferentes. Para superar esta dispersión conceptual, este capítulo se organiza de la siguiente forma: primero, se explica sucintamente por qué en el sistema económico actual la mayoría de las empresas utilizan un intermediario para desarrollar su actividad económica. Luego, se describen y clasifican las principales exclusividades que la doctrina comparada ha reconocido, dividiendo la exposición en exclusividades que limitan al vendedor y exclusividades que limitan al comprador. Finalmente, se esboza el concepto de Acuerdos de Exclusividad que será objeto de análisis en los restantes capítulos de este trabajo.

2. Distribución de Bienes y Exclusividades

Para una empresa productora⁶, tener un producto atractivo y de calidad no es suficiente para triunfar en los mercados ya que “de poco o nada sirve contar con un excelente producto si el consumidor no tiene un buen acceso al mismo, por lo que un adecuado canal de distribución o comercialización resulta indispensable para todo productor”⁷. Escoger una forma de comercialización es, entonces, el paso obligado que debe dar una empresa tras tener un producto para ofrecer.

Frente a esta situación, las empresas tienen básicamente dos opciones entre las que pueden escoger: realizar esta actividad por cuenta propia, invirtiendo y asumiendo los riesgos de esta parte del negocio; o contratar con un tercero que, con un mayor o menor grado de especialización e independencia, se encargue de entregar los productos a los destinatarios intermedios o finales⁸.

Al momento de elegir uno u otro sistema, el productor deberá tener en consideración los costos asociados a instalar o adquirir un sistema para vender y entregar los productos a

⁶ En adelante se asume que estamos frente a una relación vertical en que hay dos partes: vendedor y comprador de productos. El vendedor será, principalmente, el productor, fabricante o proveedor de los bienes o servicios y el comprador el distribuidor de éstos. Sin embargo, en el marco de este trabajo lo relevante es que las partes de la operación funcionen en diferentes niveles de la estructura vertical, pudiendo tratarse de un productor o proveedor que se relaciona con un distribuidor mayorista o minorista o con un consumidor final. Incluso podría ser una relación entre un distribuidor mayorista y uno minorista. Considerando esto, los conceptos de vendedor, productor, fabricante y proveedor; y los conceptos de comprador, distribuidor y consumidor son, para estos efectos, equivalentes. Cuando sea necesario diferenciar entre ellos, en especial entre la distribución mayorista y la minorista, será hecho en forma expresa.

⁷ Montt (2010), p. 67.

⁸ *Ibíd.* Sobre las formas de comercialización por un tercero, véase la bibliografía citada por Montt (*Ibíd.* 67n). Sobre las formas de distribución comercial en general, véase Bueso (1999), pp. 39-471.

sus a mayoristas, minoristas o al consumidor (o usuario) final⁹; el tipo de bien ofrecido en relación con la estructura actual de los mercados¹⁰; y el nivel de riesgo que desea aceptar¹¹. Considerando estas tres circunstancias, no es extraño observar que la mayoría de las grandes empresas productoras utilicen, en algún nivel de la estructura vertical, un intermediario que les permita ofrecer sus bienes al consumidor final.

Dado el imperativo de contratar con un tercero intermediador surge la consecuente necesidad de regular las relaciones que surgen entre el productor y quien se encarga de comercializar sus productos en el siguiente nivel. Aunque la relación podría manifestarse como una simple compraventa, las características de los productos a menudo exigen un tratamiento más pormenorizado, que se concreta en Acuerdos Verticales (“*Vertical Agreements*”)¹².

En el marco de estas relaciones verticales entre dos empresas se insertan los diferentes tipos de exclusividades que a continuación se analizan, clasificadas según el sujeto cuya libertad de contratación es restringida.

3. Exclusividades que Limitan al Vendedor (o Proveedor)

En primer lugar, cabe agrupar a las diferentes exclusividades en que el agente económico que dispone de su libertad para contratar es el vendedor o proveedor, restringiéndose los clientes a quienes puede ofrecer sus bienes o servicios. Estas prácticas

⁹ “Si la distribución es relativamente más barata cuando la empresa lo hace por sí misma, entonces la empresa tiende a integrarse verticalmente y ser relativamente más grande. Si la distribución es relativamente más barata cuando la empresa la contrata a otra empresa, entonces la empresa tiende a ser relativamente más pequeña y deja la distribución a otros”. Hovenkamp (2008), p. 181; traducción libre (en lo sucesivo todas las traducciones de textos en lengua inglesa son propias del autor trabajo). A pesar de lo anterior, Hovenkamp reconoce que no hay una relación necesaria entre tamaño de la empresa y costo de la distribución, ya que grandes compañías pueden contratar terceros para su distribución, al mismo tiempo que negocios pequeños pueden encargarse de entregar sus productos. *Ibíd.* Pp. 181-2.

¹⁰ Por ejemplo, “[e]l mercado de la distribución minorista de comestibles y artículos relacionados funciona de la manera más eficiente cuando se agregan los productos de muchos fabricantes en un solo lugar”. *Ibíd.* P. 182.

¹¹ Gajin (2011), p. 12.

¹² “[A]cuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”. Comisión Europea (2010b) Art. 1, 1.a. Los términos acuerdo y Restricción Vertical (“*Vertical Restraint*”) pueden ser usados en forma intercambiable, aunque el primero se empleará predominantemente para referirse a comportamientos coordinados verticales y el último cuando se trate de elementos específicos esos acuerdos que tengan potencial anticompetitivo.

tienen en común que solo impactan la competencia en el mercado de los bienes o servicios de un solo productor o proveedor que son comercializados por una o más empresas, es decir, afectan la competencia intra-marca. Estas prácticas son: distribución exclusiva, asignación de cliente exclusivo, distribución selectiva y suministro exclusivo.

3.1 Distribución Exclusiva y Territorios Exclusivos

La Distribución Exclusiva (“*Exclusive Distribution*”) ha sido definida como un acuerdo en que “el proveedor acepta vender sus productos exclusivamente a un distribuidor para su reventa en un territorio determinado. Al mismo tiempo, suele limitarse la venta activa del distribuidor en otros territorios asignados en exclusiva”¹³. Similares definiciones podemos encontrar tanto en la doctrina comunitaria¹⁴ como estadounidense¹⁵. Por su parte, la definición empleada por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”) tiene una base similar al señalar que en la distribución exclusiva “[e]l proveedor comercializa sus productos a través de un distribuidor determinado”¹⁶.

De estas definiciones se pueden extraer tres requisitos o elementos propios de una distribución exclusiva: (i) un privilegio concedido al distribuidor, que tiene como correlato una obligación de no hacer impuesta al vendedor; (ii) un elemento espacial que delimita la obligación acordada entre las partes; y (iii) una obligación (eventual) impuesta al distribuidor, consistente en la prohibición de intervenir en los territorios de otros distribuidores exclusivos.

En las definiciones transcritas es unánime la exigencia del primer elemento para configurar una distribución exclusiva, lo que contrasta con la falta de inclusión del elemento territorial en el concepto que entrega la FNE. Esto puede atribuirse a que, dentro de las restricciones verticales más comunes, la agencia nacional define los “territorios exclusivos” como aquella conducta en que “[e]l proveedor asigna al distribuidor un territorio en el cual

¹³ Comisión Europea (2010a), par. 151.

¹⁴ Gajin (2011), p. 29. La doctrina también se refiere a esta práctica como “Territorio Exclusivo” (“*Exclusive Territory*”). Korah y O’Sullivan (2002), pp. 177-183 y Motta (2009), p. 304. En este trabajo se prefiere el concepto de distribución exclusiva, por entender que esta conducta requiere el establecimiento de territorios para cada distribuidor, pero que pueden existir territorios exclusivos desvinculados de un sistema de comercialización. Para un ejemplo de esto, véase *infra* nota 18.

¹⁵ Solomon y Joffe (1984), p. 491.

¹⁶ FNE (2014), p. 5.

no enfrenta competencia intra-marca”¹⁷, concepto que se aviene con la definición de distribución exclusiva aquí utilizada. Lo anterior no implica equiparar ambos conceptos, porque nada obsta a que existan conductas que incluyan limitaciones territoriales que se establezcan con total independencia de un contrato de distribución o compraventa¹⁸.

Eventualmente, el proveedor puede agregar en este tipo de contratos una limitación de la libertad de venta del distribuidor que, aunque no es estrictamente necesaria para implementar un sistema de distribución exclusiva, parece ser indispensable para proteger en forma efectiva los derechos de cada distribuidor. En palabras de Korah y O’Sullivan: “Una promesa hecha por el proveedor de no vender por sí mismo en el área, puede ser de poco valor, a menos que además prometa no permitir a otros distribuidores vender en el territorio”¹⁹.

La obligación negativa contraída por los distribuidores puede ser más o menos amplia dependiendo del tipo de ventas que se les prohíbe realizar: activas²⁰ o pasivas²¹. En términos simples, la prohibición de “ventas activas” implica que el distribuidor no puede realizar

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Un ejemplo de ello sería la cláusula radial que fue conocida por los organismos antimonopolios en *Plaza Vespucio*. En dicha causa se cuestionó la imposición de una cláusula radial a los locatarios del mall Plaza Vespucio, que les prohibía operar locales comerciales destinados al mismo giro y con las mismas marcas comerciales y/o nombres de fantasía que en aquel entonces explotaban en el mencionado centro comercial en otro recinto equivalente ubicado dentro de un radio de cinco kilómetros. Pese a que en un primer momento se declaró válida la cláusula radial, solo reprochándose las multas asociadas al incumplimiento contractual (Resolución N°681 (2003) Comisión Resolutiva), la Corte Suprema revocó dicha decisión, dejando sin efecto la cláusula y la facultad de terminar el contrato como consecuencia de su incumplimiento (*Plaza Vespucio* (2003) Corte Suprema). Un análisis pormenorizado del caso en Bustos y Vergara (2012), *passim*.

¹⁹ Korah y O’Sullivan (2002), p. 33.

²⁰ “[S]e entiende la aproximación activa a clientes individuales por ejemplo mediante correo directo, incluidos correos electrónicos no solicitados, o visitas, o la aproximación activa a un grupo de clientes específico o a clientes en un territorio específico asignado exclusivamente a otro distribuidor mediante publicidad en medios de comunicación, en internet u otras actividades destinadas específicamente a dicho grupo de clientes o a clientes en ese territorio. La publicidad o promoción que solo es atractiva para el comprador, si (además) llega a un grupo específico de clientes o a clientes en un territorio específico, se considera venta activa a dicho grupo de clientes o clientes en ese territorio”. Comisión Europea (2010a), par. 51.

²¹ “[S]e entiende la respuesta a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes. Son consideradas ventas pasivas, las actividades de carácter general de publicidad o promoción que alcancen a clientes de los territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva a otros distribuidores pero que constituyen un medio razonable para llegar a los clientes situados fuera de esos territorios o grupos de clientes, por ejemplo, para llegar a los clientes en territorios no asignados o en el territorio propio. La promoción o la publicidad general se considera una manera razonable de llegar a tales clientes si resultara atractivo para el comprador realizar estas inversiones también en el caso de que no llegaran a clientes de los territorios (exclusivos) de otros distribuidores o a grupos de clientes”. *Ibíd.*

esfuerzos de venta en los territorios de otros distribuidores; mientras que la prohibición de “ventas pasivas” le impediría incluso responder a pedidos de clientes situados fuera de su territorio o realizar publicidad que alcanzase a sujetos ubicados en territorios distintos de aquellos que le hubieran sido asignados en exclusiva. El trato del Derecho de la Competencia a ambas prohibiciones debiese ser marcadamente diferente²², ya que sus consecuencias son muy disímiles, pues la inclusión de una cláusula que prohíba las “ventas pasivas” en un contrato de distribución impide la realización de importaciones paralelas y, en consecuencia, elimina completamente la competencia intra-marca en relación con los bienes objeto del contrato dentro del territorio asignado a un distribuidor exclusivo²³.

3.2 Asignación de Cliente Exclusivo

Otra forma en que un proveedor puede organizar la distribución sus bienes y servicios es a través de la “Asignación de Clientes Exclusivos” (*“Exclusive Customer Allocation”*), entendido como tal aquel contrato en que “el proveedor acuerda vender sus productos solamente a un distribuidor para la reventa a un grupo particular de clientes. Al mismo tiempo, el distribuidor se ve generalmente limitado en su venta activa a otros grupos de clientes (asignados en exclusiva)”²⁴.

Con la sola lectura de esta definición se hace evidente su similitud con la distribución exclusiva, pudiendo reconocerse los mismos elementos principales: (i) un privilegio concedido al distribuidor, consistente en ser el único que tiene permitido negociar con determinados clientes; (ii) un ámbito personal de extensión de la exclusividad; y (iii) una restricción de los sujetos a quienes el distribuidor puede ofrecer los productos o servicios objeto del acuerdo.

²² En virtud de la incorporación de dichas prohibiciones se distinguen *“Airtight Exclusive Territories”* (“Territorios Exclusivos Herméticos”) y *“Non-Airtight Exclusive Territories”* (“Territorios Exclusivos No Herméticos”). “Los territorios exclusivos son herméticos si el distribuidor está completamente impedido de hacer ventas fuera de su territorio. Por otra parte, en los acuerdos no herméticos, el distribuidor solo está impedido de hacer ventas activas fuera del territorio asignado...”. Gajin (2011), p. 34. Al primer tipo de cláusula también se le denomina *“Absolute Territorial Protection”* (“Protección Territorial Absoluta”) y a la segunda *“Non Absolute Territorial Protection”* (“Protección Territorial No Absoluta”). Concurrences, Antitrust Publications and Events (s.f.).

²³ Korah y O’Sullivan (2002), p. 261 y, en el mismo sentido, Gajin (2011), p. 35.

²⁴ Comisión Europea (2010a), par. 168.

La diferencia esencial entre los elementos de ambas conductas es el ámbito de protección del distribuidor. Mientras que es relativamente fácil entender la asignación de un territorio determinado (sea este una comuna, un conjunto de comunas, una provincia, una región, un país, etc.), la idea de asignar clientes a un distribuidor resulta un poco más compleja. Sin embargo, el separar los clientes que demandan un determinado producto según criterios objetivos²⁵ simplemente supone agruparlos en segmentos con necesidades similares, que permitan a cada distribuidor desarrollar estrategias de venta focalizadas. Por ejemplo, los clientes pueden categorizarse según el área de la economía en la que se desempeñan, la cantidad de productos que solicitan o la forma en que se le entregan los bienes y servicios que requieren.

3.3 Distribución Selectiva

Podemos entender esta práctica como “un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, solo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se compromet[en] a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema”²⁶, definición que se asemeja a la de la FNE, que entiende esta conducta como aquella en que “[e]l proveedor comercializa sus productos a través [...] de algunos distribuidores que cumplen ciertas características establecidas por el proveedor”²⁷. Los conceptos de ambas agencias son ratificados por similares definiciones de la doctrina comparada²⁸.

En esta conducta también podemos apreciar tres elementos: (i) un privilegio concedido al distribuidor; (ii) una obligación de no hacer impuesta al distribuidor, que evita que los bienes sean comercializados por empresas ajenas al sistema de distribución selectiva; y (iii) un conjunto de requisitos que deben ser cumplidos por los distribuidores para ser elegibles para adquirir y comercializar los productos del proveedor.

²⁵ Comisión Europea (2010a), par. 168.

²⁶ Comisión Europea (2010b), art. 1, 1.e.

²⁷ FNE (2014), p. 5.

²⁸ Whish y Bailey (2012), p. 641 y Korah y O’Sullivan (2002), pp. 7-8.

Si bien el beneficio que se le concede al distribuidor no puede ser calificado como exclusividad en sentido estricto, al exigirse a cada distribuidor el cumplimiento de determinados requisitos se les asegura a todos ellos que el nivel de competencia intra-marca que enfrentarán será menor²⁹. En este sentido, cada distribuidor seleccionado puede ser considerado como “casi” exclusivo: entre todos ellos comparten la facultad “exclusiva” de comercializar el producto del proveedor, quien no lo venderá a los distribuidores que no cumplan sus requisitos.

La limitación de los potenciales competidores de cada distribuidor es una especie de contraprestación por los gastos en que probablemente incurrió cada distribuidor para cumplir los requisitos establecidos por el proveedor³⁰. Puede considerarse que las inversiones que *ex ante* realizan los distribuidores son en cierta forma “garantizadas” por la imposibilidad de que distribuidores no autorizados vendan los bienes o servicios a un precio (mucho) menor, precio que serían capaces de ofrecer al no haber incurrido en los mismos gastos que los distribuidores seleccionados³¹. De esta forma, la distribución selectiva permite al proveedor que la competencia en el mercado en que se ofrecen sus productos se centre en elementos diferentes al precio³².

El segundo elemento a tener en cuenta es la prohibición que se le impone al distribuidor de vender los bienes objeto del contrato a distribuidores no seleccionados. En este caso es irrelevante si las ventas son activas o pasivas: ambas están prohibidas en tanto sean transacciones que se realicen en la zona en que el proveedor ha instaurado este sistema. En este sentido, la obligación de los distribuidores seleccionados es considerada fundamental para la eficacia de este método de comercialización, porque sin ella cualquier distribuidor que no cumple las exigencias del proveedor podría obtener los productos de parte de un distribuidor seleccionado³³.

²⁹ Éste es, a su vez, uno de los potenciales efectos anticompetitivos de la conducta. Comisión Europea (2010a), par. 175.

³⁰ Korah y O’Sullivan (2002), pp. 8 y 88.

³¹ Faveri (2014), p. 167.

³² Korah y O’Sullivan (2002), p. 85.

³³ Faveri (2014), p. 166.

El elemento que le da identidad propia a esta conducta es el establecimiento, por parte del proveedor, de un conjunto de requisitos a ser cumplidos por los potenciales distribuidores para que éstos puedan adquirir y posteriormente revender los bienes o servicios objeto del contrato. Dependiendo de los requerimientos que imponga el proveedor, se pueden subdistinguir dos manifestaciones de esta conducta: “Distribución Selectiva Puramente Cualitativa” (“*Purely Qualitative Selective Distribution*”) y “Distribución Selectiva Cuantitativa” (“*Quantitative Selective Distribution*”)³⁴.

En la distribución selectiva puramente cualitativa “[e]l proveedor especific[a] criterios objetivos y cualitativos para la aprobación [de los distribuidores] respecto a los locales y al personal requerido y aplic[a] los criterios objetivamente sin discriminación”³⁵. La consecuencia más notable es que los requisitos fijados por el proveedor no limitan directamente el número de distribuidores autorizados³⁶ y, por lo tanto, es la disposición de los distribuidores a cumplir esos requisitos la que determinaría el total de competidores intra-marca. En cambio, si se incorpora cualquier requerimiento de índole cuantitativa³⁷ estaríamos frente a una distribución selectiva cuantitativa que, al menos en la Unión Europea, es analizada más severamente desde la perspectiva de la Libre Competencia que su variante cualitativa³⁸.

3.4 Suministro Exclusivo

La práctica de Suministro Exclusivo (“*Exclusive Supplying*”) se refiere a “las restricciones que tienen como elemento principal el hecho de que el proveedor se ve obligado o inducido a vender los productos objeto del contrato única o principalmente a un comprador, en general o para un uso particular”³⁹. Un concepto similar entrega la *Federal Trade Commission* (en lo sucesivo “FTC”) de Estados Unidos al indicar que “los contratos de suministro exclusivo

³⁴ La diferenciación entre ambas conductas y el respectivo trato que ambas deben recibir desde la óptica del Derecho de la Competencia proviene del caso europeo *Metro*. Breves exposiciones de este caso y su relevancia para el análisis de esta conducta en Whish y Bailey (2012), pp. 641-5; y Korah y O’Sullivan (2002), pp. 86-7.

³⁵ Korah y O’Sullivan (2002), p. 86.

³⁶ Comisión Europea (2010a), par. 175.

³⁷ Por ejemplo: tenencia de existencias mínimas, exigir un número de ventas mínimas o, lisa y llanamente, fijar el número de distribuidores autorizados. Comisión Europea (2010a), par. 175.

³⁸ Faveri (2014), pp. 176-81 y Comisión Europea (2010a), par. 175.

³⁹ Comisión Europea (2010a), par. 192.

previenen que un proveedor venda insumos a otro comprador”⁴⁰. A diferencia de las conductas ya analizadas, el suministro exclusivo requiere un único elemento para configurarse: que el insumo objeto del acuerdo solo pueda ser adquirido por un comprador —que puede o no ser un distribuidor—, cuestión que se logra a través de una restricción de la libertad del vendedor.

La similitud de esta conducta con las diferentes formas de “Distribución Limitada” (“*Limited Distribution*”)⁴¹ es evidente y pareciera que entre éstas hay una relación de especie y género. Mientras que la distribución exclusiva y la asignación de clientes exclusivos funcionan en base a la asignación de áreas y grupos de clientes, el suministro exclusivo mantiene la exclusividad que favorece al agente aguas abajo, sin considerar un ámbito espacial o personal en que opere la exclusividad, es decir, es una exclusividad absoluta. Debido a lo anterior, puede decirse que, cuando el comprador revende los productos, el suministro exclusivo es una forma drástica de distribución limitada⁴².

4. Exclusividad(es) que Limitan al Comprador

En contraste con los mecanismos de distribución descritos *supra*, en que se restringe la libertad del vendedor, en las conductas analizadas a continuación son los compradores quienes no tienen plena libertad para determinar qué productos pueden adquirir o, en caso de ser distribuidores, revender. No se afecta la competencia entre los productos de un proveedor específico, sino el esquema de la competencia entre productos equivalentes de diferentes marcas y/o fabricantes, es decir, son formas de alterar la competencia inter-marcaria.

Las exclusividades que afectan la competencia inter-marca son denominadas Acuerdos de Exclusividad y, en algunas jurisdicciones, marca única. Pese a que ambos conceptos pueden considerarse equivalentes⁴³, en lo que sigue se desarrollan ambos para hacer

⁴⁰ FTC (s.f.).

⁴¹ “En un sistema de distribución limitado, un proveedor restringe el número de distribuidores a los que vende bienes o servicios”. Ejemplos de distribución limitada son la distribución selectiva, la distribución exclusiva y la asignación de clientes exclusivos. Petit y Henry (2010), p. 10.

⁴² *Ibíd.* P. 10n48.

⁴³ International Competition Network (2008), *passim*.

evidentes las sutiles diferencias existentes entre los dos términos y así poder determinar cuál es más adecuado para el desarrollo del resto del trabajo.

4.1 ¿Qué es un Acuerdo de Exclusividad?

El concepto de Acuerdos de Exclusividad es, sin duda, inductivo a error. Fundamentalmente porque hace parecer que cualquier conducta que incorpore ambos elementos de dicho término, es decir, que sea un acuerdo y otorgue algún tipo de exclusividad, debe ser calificado como tal. Pero lo anterior no es efectivo, ya que las conductas analizadas *supra*⁴⁴ son formas de distribución que se plasman en contratos y otorgan una exclusividad al sujeto que se encuentra aguas abajo, mas no necesariamente son calificables de Acuerdos de Exclusividad.

Entonces, ¿qué sería un Acuerdo de Exclusividad? En la doctrina y jurisprudencia de Libre Competencia podemos encontrar dos acepciones de este concepto: una amplia y otra restringida.

La acepción amplia del concepto Acuerdos de Exclusividad entiende a esta práctica como aquella a través de la cual “una de las partes contratantes acuerda no negociar con los competidores de su contraparte”⁴⁵. Esta acepción es también utilizada por agencias de competencia de otros países⁴⁶, organismos internacionales⁴⁷ y por parte de la doctrina comparada⁴⁸ y nacional⁴⁹. Es un concepto amplio, porque engloba a la “Obligación de Compra Exclusiva” (“*Exclusive Purchase Obligation*”), “por la cual un cliente aguas abajo tiene prohibido adquirir productos excepto de un proveedor específico”⁵⁰, y a la obligación del

⁴⁴ Capítulo I, punto 3.

⁴⁵ Rey (2012), pp. 6-7.

⁴⁶ Australian Competition & Consumer Commission (s.f.) y Comisión Europea (2009), par. 32 y 32n. Cabe señalar que esta última agencia incluye dentro de los “acuerdos exclusivos” a aquellas exclusividades que se alcanzan a través de precios rebajados, es decir, utilizando descuentos condicionales. Su relación con los Acuerdos de Exclusividad es analizada *infra* capítulo II, punto 4.4.

⁴⁷ International Competition Network (2013), p. 4.

⁴⁸ Whish y Bailey (2012), pp. 682-83 y Broder (2010), pp. 58 y 252.

⁴⁹ Ybar (2014), p. 37 y 37n; Rojas, *supra* nota 3; y Tapia (2014), p. 74. Hay que mencionar que éste último reconoce la posibilidad de distinguir entre “contratos de exclusividad” con un solo proveedor y “contratos de exclusividad” con un solo distribuidor. Tapia (2014), 74n96.

⁵⁰ Whish y Bailey (2012), pp. 682-3. Éste parece ser el término utilizado en la Unión Europea para designar al fenómeno analizado en este trabajo. *Ibid.* Pp. 683 y ss. y Comisión Europea (2009), par. 32

proveedor de vender sus productos solamente a un comprador, desarrollada previamente como suministro exclusivo.

Una acepción restringida de este concepto es utilizada por la Guía para el Análisis de Restricciones Verticales de la FNE (en lo sucesivo la “Guía”), en la que se definen los “contratos de exclusividad” como un acto a través del cual “[e]l vendedor prohíbe al comprador comercializar las marcas de la competencia o alguna marca en particular”⁵¹, acepción que es replicada por otras autoridades de competencia⁵² y por autores nacionales⁵³ e internacionales⁵⁴. Ejemplo de lo último es el concepto utilizado por Steuer, quien señala que la figura de “*Exclusive Dealing (Arrangements)*” (“Acuerdos de Exclusividad”) “es una restricción que un proveedor impone a un cliente, prohibiéndole al cliente comprar una categoría de productos de cualquier otro proveedor”⁵⁵.

Las definiciones de la acepción restringida ponen de manifiesto dos cuestiones relevantes. Primero, que los Acuerdos de Exclusividad se pueden verificar entre proveedores y distribuidores, y entre vendedores y compradores que no revenden los productos adquiridos. Si bien el presente trabajo se enfoca en la primera manifestación de esta conducta —por ser más común en la práctica comercial⁵⁶—, el análisis es, por regla general, también aplicable a los vínculos entre vendedores y consumidores finales⁵⁷. En segundo

⁵¹ FNE (2014), p. 5.

⁵² Federal Trade Commission (s.f.).

⁵³ Montt (2010), 68n6.

⁵⁴ Motta (2009), p. 304; Abott y Wright (2010) p. 17; Tom, Balto y Averitt (2000), p. 615; Jacobson y Sher, (2006), p. 786; Steiner (2004), p. 447; y Hovenkamp (2008), p. 183. En otros textos Hovenkamp reconoce que dentro de los Acuerdos de Exclusividad suelen incluirse los “Contratos de Requerimiento” (“*Requirements Contracts*”), “que obligan al comprador a tomar todas sus necesidades de un determinado bien del vendedor”, y los “Contratos de Producción” (“*Output Contract*”), “en que un vendedor promete vender al comprador toda su producción del bien objeto del contrato”. Hovenkamp (2005a), p. 4. Ambas figuras equivalen, en cierta forma, a la compra exclusiva y suministro exclusivo incluidas dentro de la acepción amplia de Acuerdos de Exclusividad. Cabe agregar que los contratos de requerimiento también son definidos como “una forma particular de acuerdo de exclusividad en el que el cliente se compromete a tomar todas sus necesidades de un proveedor y el proveedor normalmente hace la promesa recíproca de cumplir con las necesidades del cliente para el producto en particular durante el plazo del acuerdo”. Steuer (2000), p. 242.

⁵⁵ Steuer (1983), p. 102. Funcionarios de la FNE también se ha referido a esta práctica como *exclusive dealing*. Ringeling (2009), *passim*.

⁵⁶ Lafontaine y Slade (2008), p. 392.

⁵⁷ Como se verá *infra*, el análisis de dos de los tres efectos anticompetitivos de esta práctica es aplicable indistintamente sea el comprador un distribuidor o un consumidor final (capítulo III), pero varias de las eficiencias asociadas a los Acuerdos de Exclusividad solo son predicables cuando los compradores son distribuidores (capítulo IV).

lugar, evidencian que los Acuerdos de Exclusividad pueden ser impuestos por el vendedor sin que medie la voluntad del comprador, no siendo necesario que exista un convenio o contrato propiamente tal.

4.2 ¿Qué es una Marca Única?

El concepto de Acuerdos de Exclusividad es utilizado en forma transversal por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia del Derecho de la Libre Competencia de diversos países —entre ellos, Chile, Estados Unidos y la Unión Europea—. En cambio, “Marca Única” (“*Single Branding*”) es un concepto propio del Derecho de la Competencia comunitario y solo en éste es reconocido.

La menor utilización del concepto de marca única no lo hace menos relevante para el presente estudio, especialmente si se tiene en consideración que en la Unión Europea son entendidos como tales “los acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor”⁵⁸. De su sola lectura se desprende que el término es similar, si no equivalente, al concepto restringido de Acuerdos de Exclusividad antes expuesto⁵⁹ y que la mayoría de los actos calificables de Acuerdo de Exclusividad serán también un caso de marca única y viceversa⁶⁰.

A través de su Dirección General de la Competencia, la Comisión Europea (en adelante la “Comisión”) reconoce dos formas (no taxativas) en que se puede materializar la marca única: “Cláusula de no Competencia” (“*Non-Compete Clause*”) e “Imposición de Cantidad al Comprador” (“*Quantity-Forcing on the Buyer*”). En este contexto, las cláusulas de no competencia⁶¹ “se basan en un sistema de obligaciones o incentivos que hacen que el

⁵⁸ Comisión Europea (2010a), par. 129.

⁵⁹ Whish y Bailey (2012), pp. 683 y 684; y Lorentz (2013), p. 168.

⁶⁰ La excepción a esto podría estar constituida por casos en que distribuidores mayoristas de un producto de determinada marca impongan obligaciones de compra exclusiva (constitutivas de Acuerdos de Exclusividad) que no calificarían como marca única, pues esta última “no significa que el comprador solo pueda comprar directamente al proveedor, sino que no comprará ni revenderá o incorporará bienes o servicios competidores”. Comisión Europea (2010a), par. 129.

⁶¹ En Chile, Montt estudia a las cláusulas (contractuales) de no competencia, comprendiendo dentro de ellas a “toda clase de acuerdos mediante los cuales una parte se obliga directa o indirectamente para con la otra a no producir, comprar, vender o revender bienes -o prestar servicios- que compitan con aquellos bienes -o servicios- objeto de un contrato celebrado entre las mismas partes, dentro de un mercado determinado”.

comprador adquiera más del 80 % de sus necesidades a un solo proveedor”, mientras que la imposición de cantidad al comprador “es una forma más débil de no competencia en la que los incentivos u obligaciones acordados entre el proveedor y el comprador llevan a este último a concentrar gran parte de sus compras en un único proveedor”⁶². Cómo se puede apreciar, la diferencia entre ambos tipos de esquemas de marca única está determinada únicamente por su magnitud: si abarca todos o casi todos los pedidos del comprador se denomina cláusula de no competencia, mientras que si abarca gran parte de dichos pedidos sin alcanzar al 80% de los mismos es considerada una imposición de cantidades al comprador.

Además, la definición de marca única resalta la posibilidad de que la limitación de la libertad del comprador —respecto a la adquisición y/o reventa de productos de la competencia de su proveedor— no sea acordada en la forma de una obligación de compra exclusiva o de una prohibición de adquirir o comercializar bienes que compitan con los del proveedor, sino a través de incentivos o estipulaciones de diversa índole. Estos pueden consistir en pagos, precios rebajados u otras cláusulas que *de facto* tengan el efecto de conceder exclusividad a un proveedor⁶³.

4.3 El Concepto de Acuerdos de Exclusividad a Utilizar

La breve revisión de los términos marca única y Acuerdos de Exclusividad permite ir compatibilizando y depurando ambos conceptos, para así poder esbozar una definición de la práctica que se analiza a lo largo del trabajo.

Montt (2010), p. 67. Utilizando ese concepto, Montt agrupa en 3 categorías a las cláusulas contractuales de no competencia: las que se dan en el marco de la cadena de distribución (objeto de estudio de la presente memoria), las que se incluyen en otros contratos de colaboración empresarial (como las cláusulas radiales mencionadas *supra* 18) y aquellas pactadas en el marco de una operación de concentración (para evitar que la empresa adquirida, o sus dueños, compitan con la empresa adquirente). *Ibíd.* Pp. 67-91. Si bien se concuerda con el autor respecto de la similitud de los 3 fenómenos señalados y la conveniencia de que su análisis tome en consideración los mismos elementos —necesidad de la medida, proporcionalidad y ámbito temporal, material y espacial de aplicación— (*ibíd.* Pp. 90-2), se prefiere, para evitar otra confusión terminológica, mantener el uso del concepto “cláusulas de no competencia” en el marco de las franquicias y las fusiones entre empresas, como ha hecho la jurisprudencia nacional (v. gr. Dictamen N°875 (1993) Comisión Preventiva Central y Resolución N°41 (2012) TDLC, respectivamente).

⁶² Comisión Europea (2010a), par. 129.

⁶³ La posibilidad de que la exclusividad se alcance a través de descuentos también es reconocida en la Unión Europea respecto de los Acuerdos de Exclusividad (*supra* nota 46). Las diversas formas en que los Acuerdos de Exclusividad se manifiestan son descritas *infra* en el capítulo II.

En la encrucijada de si abarcar la concepción amplia —que incluye las limitaciones al comprador y al vendedor— o restringida —que solo considera las limitaciones al comprador— de Acuerdos de Exclusividad, dos razones fundamentales permiten explicar por qué se prefiere esta última. Primero, una razón fenomenológica, pues parece ser que, en la práctica, la mayoría de las exclusividades se verifican como restricciones a la libertad del sujeto que se encuentra aguas abajo⁶⁴. La segunda razón es metodológica, ya que resulta lógico asumir que los efectos anticompetitivos de prácticas tan disímiles como una exclusividad que limita al proveedor y otra que limita al comprador debiesen ser diferentes y, por ende, el estudio pormenorizado de ambas debiese realizarse en forma separada⁶⁵.

Por su parte, el concepto de marca única es dejado de lado por una razón eminentemente práctica: su utilización está circunscrita a la Unión Europea e incluso en dicha jurisdicción el concepto parece tener un alcance limitado, en tanto se emplea generalmente como una especie de restricción vertical y no necesariamente en el ámbito de los abusos unilaterales de empresas dominantes.

Considerando lo anterior, para conceptualizar los Acuerdos de Exclusividad se opta por partir de la base de su acepción restringida, definiéndolos como todo acto o contrato que vincula a un vendedor con un comprador —que comúnmente es un distribuidor—, en que, a través de amenazas, obligaciones o incentivos, se induce a este último a adquirir del vendedor todo o gran parte de los productos objeto del contrato o se le restringe la posibilidad de comprar y/o comercializar productos que compitan con los del vendedor.

⁶⁴ Whish y Bailey (2012), pp. 683.

⁶⁵ Pese a ello, cierta forma de analizar los efectos anticompetitivos de ambas prácticas permite evaluarlas en forma equivalente cuando el comprador es un distribuidor de productos. Sobre ella véase *infra* capítulo III, punto 2.2, especialmente notas 250-253 y texto al que acompañan.

CAPÍTULO II: Manifestaciones de la Conducta

1. Introducción

Los Acuerdos de Exclusividad, tal y como fueron definidos anteriormente, son una práctica penetrante en la economía moderna⁶⁶, cuya presencia no se limita a aquellas situaciones en que interviene una empresa con una posición dominante. Muy por el contrario, “observamos acuerdos de exclusividad en mercados competitivos y adoptados por firmas sin poder de mercado significativo”⁶⁷.

En muchas ocasiones, los Acuerdos de Exclusividad se concretan a través de contratos entre un vendedor y un comprador en que a este último se le exige adquirir todas sus necesidades del primero. Sin embargo, la realidad comercial demuestra que existen múltiples formas en que las partes pueden lograr objetivos equivalentes, lo que hace necesario agrupar a todas aquellas prácticas que producen efectos similares a ese tipo de contratos dentro del género de los Acuerdos de Exclusividad, para así estudiarlos cabalmente.

En este sentido, se proponen tres clasificaciones que distinguen y consideran la mayoría de las formas en que una exclusividad que limita la libertad del comprador puede alcanzarse. Primero, podemos diferenciar según la existencia de consentimiento de las partes, es decir, si es que existe un acuerdo (tácito o expreso) o si la práctica fue impuesta por uno de los sujetos. Luego, podemos distinguir según la extensión de la exclusividad, dependiendo si es total o parcial. Finalmente, se puede distinguir según si el Acuerdo de Exclusividad se logra a través de disposiciones expresas o, en otros términos, es una Exclusividad *De Iure* o si la misma es alcanzada por la manera en que se aplica un contrato, es decir, es una Exclusividad *de Facto*.

Las categorías propuestas son, por regla general, compatibles⁶⁸. Por ende, es perfectamente posible encontrar Acuerdos de Exclusividad Impuestos, Totales y *De Facto*; por ejemplo: la amenaza de un proveedor de dejar de otorgar crédito —y la efectiva terminación del crédito— a los distribuidores sin capacidad de pagar al contado que

⁶⁶ Wright (2015), p. 62.

⁶⁷ Wright (2009), p. 3.

⁶⁸ La única incompatibilidad que existe es que un Acuerdo de Exclusividad *De Iure* no podría ser Impuesto: para el primero necesariamente debe mediar un convenio que establezca las obligaciones de las partes.

comercialicen productos de la competencia⁶⁹. De igual forma, existen Acuerdos de Exclusividad Convenidos, Parciales y *De Iure*; por ejemplo: contratos en que el vendedor paga a los distribuidores para que sus productos ocupen determinada cantidad de espacio de exhibición en las góndolas del local comercial⁷⁰.

En este capítulo se mencionan y clasifican las diversas manifestaciones de los Acuerdos de Exclusividad. Con esa finalidad se organiza de la siguiente forma: primero, se explican las categorías Convenido-Impuesto y Total-Parcial, y la forma en que éstos han estado presentes en los casos analizados. Luego, se explica la distinción entre Exclusividades *De Iure* y *De Facto*, para posteriormente desarrollar algunos mecanismos innominados, la negativa a pactar, el pago por espacio en estantería y los descuentos condicionales como comportamientos calificables de Exclusividades *De Facto*, y su presencia en los casos analizados.

2. Exclusividad Convenida e Impuesta

La distinción entre los Acuerdos de Exclusividad Convenidos e Impuestos se centra en la cantidad de voluntades que deben concurrir para la verificación de la conducta. Una Exclusividad Convenida requiere que exista un concurso de voluntades entre el vendedor y el comprador y que éste recaiga, al menos, sobre la compraventa de bienes o servicios y sobre la obligación de exclusividad —o las cláusulas que, dada su aplicación práctica, equivalgan a una exclusividad—. Fuera de lo anterior, ningún otro requisito formal debe ser cumplido por estos pactos, pudiendo tratarse de un contrato puramente consensual y no escrito o un grupo de convenciones que, consideradas en conjunto, equivalgan a un Acuerdo de Exclusividad⁷¹. Esta manifestación ha estado presente en casos estadounidenses⁷²,

⁶⁹ Como ocurrió en el caso *Cigarrillos I* respecto de los distribuidores del canal *low trade*. Sentencia N°26 (2005) TDLC, c. 30. Podría discutirse si la venta de cigarrillos a requerimiento expreso del cliente o “bajo el mesón” transformaría a este Acuerdo en Parcial.

⁷⁰ Como habría ocurrido en el caso *Detergentes* en los canales tradicional —respecto de los mayoristas “*cash and carry*” — y supermercadista. Requerimiento FNE en contra de Unilever (2013), pp. 5-7.

⁷¹ International Competition Network (2008), p. 7.

⁷² Standard Fashion (1922) Corte Suprema, pp. 351-5; Standard Stations (1949) Corte Suprema, pp. 294-7; Tampa Electric (1961) Corte Suprema, pp. 321-4; y Microsoft (2001) Circuito D.C., pp. 60-4 y 67-74.

europeos⁷³ y chilenos, como *Socofar*⁷⁴, *Cervezas*⁷⁵, *Fósforos*⁷⁶, *Cigarrillos II* (en el canal *high trade*)⁷⁷ y *Helados*⁷⁸.

En contraposición a lo anterior, un Acuerdo de Exclusividad puede alcanzarse por la voluntad de una de las partes, típicamente un vendedor que impide que sus clientes adquieran productos de sus rivales; por ejemplo, a través de la amenaza de no seguir proveyendo de bienes o servicios a quienes que adquieran o comercialicen productos competidores. En estos casos estaríamos frente a una conducta unilateral del proveedor, frente a la cual el comprador tiene dos alternativas: negarse a aceptar la exigencia del proveedor y asumir las consecuencias su decisión, o acatar sus condiciones. Esta última fue elección de todos los distribuidores en los casos *Beltone*⁷⁹ y *Denstply*⁸⁰, y de parte de los distribuidores en el caso *McWane*⁸¹.

En principio, la forma de manifestación del Acuerdo de Exclusividad determina el agente económico responsable del comportamiento anticompetitivo, tanto por el daño social fundamento de la sanción estatal como por el daño privado objeto de una eventual indemnización de perjuicios. Cuando esta conducta se manifiesta en forma unilateral, el único *posible* infractor es quien impuso su voluntad a su contraparte; por el contrario, si los Acuerdos son alcanzados a través de un acuerdo entre dos o más partes, todas ellas *podrían* ser infractoras del Derecho de la Competencia.

En la práctica, el responsable será determinado según si se invoca el precepto que proscribe los abusos de posición dominante o los acuerdos anticompetitivos, ello al menos en sede de Libre Competencia.

⁷³ Hoffmann-La Roche (1979) Corte de Justicia, pars. 82-8; Delimitis (1991) Tribunal de Justicia, par. 7; Langnese (1995) Tribunal General, pars. 4-5 y 31; Van den Bergh Foods (2003) Tribunal General, par. 2; Tomra (2010) Tribunal General, pars. 11-5; e Intel (2015) Tribunal General, par. 119.

⁷⁴ Resolución N°15 (2006) TDLC, c. 11.

⁷⁵ Requerimiento de FNE en contra de CCU (2008), pp. 2-5 y 23-5.

⁷⁶ Sentencia N°90 (2009) TDLC, c. 100-4.

⁷⁷ Sentencia N°115 (2011) TDLC, c. 25-30.

⁷⁸ Demanda de Trendy contra Nestlé (2011), pp. 8-9.

⁷⁹ Beltone (1982) FTC, pp. 182-5. De otras partes del fallo parece desprenderse que había *contratos* en que se incluían *obligaciones* de exclusividad (es decir, Acuerdos de Exclusividad Convenidos). *Ibíd.* P. 197-8.

⁸⁰ Dentsply (2005) Tercer Circuito, p. 185.

⁸¹ McWane (2015) Onceavo Circuito, pp. 820-2.

En la Unión Europea, por ejemplo, los acuerdos que impiden la competencia, sean horizontales o verticales, están prohibidos por el artículo 101 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante “TFEU”) y los abusos de posición dominante están prohibidos por el artículo 102 del TFEU⁸². En forma equivalente, en Estados Unidos, conforme a lo dispuesto en la sección dos de la *Sherman Act*, la monopolización y la tentativa de monopolización están sancionados en la medida que sean cometidas por una empresa dominante o que tiene una alta probabilidad de alcanzar dicha posición⁸³; mientras que los acuerdos que restringen el comercio o el intercambio son declarados ilegales por la sección uno de la *Sherman Act*, a lo que se puede agregar la prohibición específica de los Acuerdos de Exclusividad Convenidos, y otras conductas, contenida en la sección tres de la *Clayton Act*.

Consecuentemente, en la Unión Europea y Estados Unidos, una Exclusividad Impuesta o unilateral solo podría ser cuestionada en base a la prohibición del abuso de posición dominante, mientras que una Exclusividad Convenida podría serlo en virtud de dicha prohibición o de la prohibición de los acuerdos anticompetitivos. Nótese que en ambas jurisdicciones surge una laguna de punibilidad: en la Unión Europea, para las conductas unilaterales anticompetitivas realizadas por empresas no dominantes⁸⁴ y, en Estados Unidos, para las restricciones unilaterales del comercio no constitutivas de monopolización ni tentativa de monopolización⁸⁵.

Por contraposición, el Derecho de la Libre Competencia chileno presenta dos diferencias con sus homólogos estadounidense y europeo. Primero, incorpora una norma excesivamente amplia⁸⁶ —el inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley N°211 (en lo sucesivo “DL N°211”)— que declara como anticompetitivo “cualquier hecho, acto o

⁸² En 2009, el Tratado de Lisboa renombró al Tratado de Roma, que pasó a denominarse Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. Además, el Tratado de Lisboa modificó los numerales de algunos artículos, siendo lo más importante para este trabajo que los artículos 81 y 82 (que antes eran los artículos 85 y 86) pasaron a tener los numerales 101 y 102.

⁸³ Hovenkamp (2005a), p. 20. Pese a los matices que puedan existir entre los términos “monopolista”, “posición dominante” y “poder sustancial de mercado”, y “monopolización” y “abuso de posición dominante”, en lo sucesivo serán utilizados en forma equivalente.

⁸⁴ Whish y Bailey (2012), p. 105 y O’Donoghue y Padilla (2006), p. 107.

⁸⁵ Popofsky (2017), p. 1; esta es la denominada “Brecha Copperweld” (“*Copperweld Gap*”).

⁸⁶ La amplitud de esta disposición también explica por qué la FNE considera, a diferencia de la postura de otras jurisdicciones, que las restricciones verticales pueden materializarse unilateralmente. FNE (2014), 4n2.

convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”. Segundo, la disposición que prohíbe expresamente los acuerdos anticompetitivos —la letra a) del artículo 3° del DL N°211— solo abarca aquellos de naturaleza horizontal y, por ende, quedan fuera de su ámbito de aplicación los acuerdos verticales. Entonces, independientemente de si fue Convenido o Impuesto, en Chile un Acuerdo de Exclusividad puede ser sancionado en virtud del inciso primero del artículo 3° o, en caso de que haya sido ejecutado por un agente económico con posición de dominio, del literal b) del precitado artículo. De esta forma, en Chile queda descartada cualquier posible impunidad de comportamientos, sean unilaterales, bilaterales o multilaterales, que tengan consecuencias anticompetitivas.

Con todo, la utilización de estas normas no es excluyente y es común que se invoque más de una disposición para cuestionar la competitividad de un Acuerdo de Exclusividad. En este sentido, en *Van den Bergh Foods* se declaró que los Acuerdos infringieron los dos preceptos sustantivos del TFEU⁸⁷; en *Tampa Electric* se rechazó la anticompetitividad de los Acuerdos fundándose en que no infringieron la sección tres de la *Clayton Act* ni la *Sherman Act*⁸⁸; y en *Microsoft* se sancionaron los Acuerdos como monopolización (del mercado de los sistemas operativos de computadores), aunque fueron absueltos como tentativa de monopolización (del mercado de los navegadores) y acuerdos verticales anticompetitivos⁸⁹.

En Chile, todas las causas contenciosas de Acuerdos de Exclusividad —concluidas en la institucionalidad vigente— han sido iniciadas como abusos de posición dominante y, las que han terminado por sentencia definitiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC” o el “Tribunal”), han sido condenados como tal. Sin perjuicio de ello, es común que la FNE también funde sus requerimientos, sobre esta y otras prácticas, en el inciso primero del artículo 3°, v.gr.: *Bebidas*⁹⁰.

⁸⁷ Van den Bergh Foods (2003) Tribunal General, pars. 118-9 y 159-60.

⁸⁸ Tampa Electric (1961) Corte Suprema, p. 335.

⁸⁹ Microsoft (2001) Circuito D.C., pp. 46, 71-74, 78 y 84. Nótese que no se apeló a la decisión de primera instancia relativa a la infracción de la sección uno de la *Sherman Act*. Jacobson (2003), p. 335.

⁹⁰ Requerimiento de FNE contra Embonor y Andina (2011), pp. 33 y 46.

3. Exclusividad Total y Parcial

En el marco de un contrato de compraventa de bienes o servicios, parece evidente que hablar de un vínculo exclusivo entre vendedor y comprador implica que uno de ellos tiene prohibido relacionarse con los competidores del otro. Por ello podría parecer contraintuitivo e incluso contradictorio hablar de un Acuerdo de Exclusividad que no sea total, ya que si el comprador puede adquirir (o distribuir) bienes de los competidores de su contraparte su relación deja de ser —o bien nunca fue— realmente exclusiva.

Pese a lo anterior, al apreciar los Acuerdos de Exclusividad de manera agregada se puede entender lo parecidas que pueden ser las Exclusividades Totales y Parciales. Por ejemplo, en un mercado con 25 distribuidores⁹¹, el efecto será el mismo si un proveedor mantiene Acuerdos Totales con 15 distribuidores o Acuerdos Parciales con 20 de ellos para que el 75% de los bienes que comercialicen sean del proveedor. De modo similar, es irrelevante si un vendedor con una cuota de mercado de 100% pacta una Exclusividad Parcial por el 60% de las adquisiciones de todos los clientes de un mercado o si un vendedor con una cuota de 60% conviene una Exclusividad Total con todos sus clientes. Todas las situaciones descritas desembocan en un resultado equivalente: el 60% del mercado queda cubierto por Acuerdos de Exclusividad⁹².

Entender que un Acuerdo de Exclusividad Parcial debiese estar sujeto al escrutinio del Derecho de la Competencia no implica asumir que sus consecuencias son enteramente asimilables a las de una Exclusividad Total, porque la cobertura de los Acuerdos de Exclusividad es solo uno de los elementos del análisis de su anticompetitividad⁹³. De hecho, el análisis de una Exclusividad Parcial debe hacerse con correcciones y teniendo consideraciones especiales⁹⁴, lo que hace ineludible trazar una línea divisoria entre ambas manifestaciones.

⁹¹ Asumiendo que todos los distribuidores tienen el mismo tamaño, capacidad, eficiencia y reputación, es decir, que es irrelevante utilizar unos u otros.

⁹² Ejemplos detallados de cómo los efectos exclusorios de diversas Exclusividades Totales pueden ser replicados por Exclusividades Parciales en Tom, Balto y Averitt (2000), pp. 622-7.

⁹³ Cómo tal es analizada *infra* capítulo III, punto 3.6.

⁹⁴ International Competition Network (2013), p. 16.

Si bien es evidente que el 99,9% de las necesidades de un comprador es una magnitud equiparable al 100%, esa equivalencia no necesariamente es predicable del 90% u 80% de sus compras⁹⁵. Por eso muchas jurisdicciones reconocen que los Acuerdos de Exclusividad no necesitan cubrir el 100% de las necesidades del comprador para tener efectos anticompetitivos. Consecuentemente, tratan en forma equivalente a aquellos pactos que cubren todo o la “mayoría” de los requerimientos del comprador⁹⁶, pero sin establecer con claridad a cuánto corresponde la “mayoría”⁹⁷.

Todo intento por fijar un porcentaje que delimite las Exclusividades Totales de las Parciales incorporará una cuota de arbitrariedad, pero puede entenderse que todo Acuerdo que induzca al comprador a adquirir entre el 80-99% de sus necesidades de un proveedor específico será un caso discutible, en que habría que evaluar si la cuota disponible es del tamaño suficiente para que sea conveniente para el comprador adquirir —y, en caso de ser distribuidor, revender— productos de los rivales de su vendedor habitual⁹⁸. Por su parte, un Acuerdo de Exclusividad que alcance el 99% o más de las necesidades de un comprador sería Total y todo convenio que vincule menos del 80% de los requerimientos de un comprador sería un Acuerdo de Exclusividad Parcial, cuya aptitud anticompetitiva probablemente sería considerablemente menor.

Como es de esperarse, Acuerdos de Exclusividad Total han sido cuestionados⁹⁹ en casos estadounidenses¹⁰⁰, europeos¹⁰¹ y chilenos, como *Socofar*¹⁰², *Cervezas*¹⁰³, *Fósforos*¹⁰⁴ y

⁹⁵ Jacobson (2010), p. 5. Otros parecen sugerir que un Acuerdo de Exclusividad solo será total si impide absolutamente al comprador adquirir bienes de los rivales del vendedor, es decir, toda práctica con una cobertura menor al 100% solo podría ser un Acuerdo de Exclusividad Parcial. Abbott y Wright (2010), pp. 191 y 198-9.

⁹⁶ International Competition Network (2008), pp. 3 y 9.

⁹⁷ En Alemania se señala que los Acuerdos que alcancen el 80% de exclusividad deben ser tratados en forma similar a aquellos que alcancen el 100%, por tener efectos comparables. Pese a que ambos tipos de Acuerdos tendrían “el efecto de obstaculizar una exitosa presencia en el mercado o la entrada en el mercado de competidores reales o potenciales”, no se detalla si ello sería aplicable a porcentajes menores. German Bundeskartellamt 2009, p. 19. En el contexto de las restricciones verticales, la Comisión Europea diferencia entre las variantes de marca única aplicando el mismo porcentaje (*supra* capítulo I, punto 4.2).

⁹⁸ Idealmente, habría que fijar, para cada mercado y comprador, el monto mínimo de productos que está dispuesto a adquirir, por serle conveniente, de otros proveedores. Si ese monto supera la porción de sus compras no vinculadas, dicho Acuerdo sería equivalente a uno que vincule el 100% de ellas.

⁹⁹ Ello no obsta a que en algunos de estos casos también se haya discutido la legalidad de Acuerdos de Exclusividad Parciales.

*Helados*¹⁰⁵. Por otro lado, una Exclusividad Parcial puede obtenerse, por ejemplo, otorgando prestaciones a los compradores que adquieran una cantidad o porcentaje prestablecido de productos del proveedor¹⁰⁶; impidiendo a los distribuidores incorporar en su oferta nuevos productos rivales, pero eximiendo de la prohibición a aquellos productos rivales que ya comercializaban al momento de celebrar el Acuerdo¹⁰⁷; anunciando a los distribuidores que se dejará de vender, por un período de tres meses, a quienes adquieran productos de la competencia, salvo en circunstancias excepcionales y especialmente previstas¹⁰⁸; o restringiendo la comercialización, a través de pagos u otros mecanismos, de los productos de rivales específicos en determinados puntos de venta¹⁰⁹.

Las diferentes consideraciones que se deben tener al analizar los Acuerdos de Exclusividad Totales y Parciales son:

En primer lugar, cuando la Exclusividad es Total, el comprador se verá enfrentado a la potencial encrucijada¹¹⁰ de decidir entre poder adquirir solo los productos de su proveedor

¹⁰⁰ Standard Fashion (1922) Corte Suprema, p. 352; Standard Stations (1949) Corte Suprema, pp. 294-6; Tampa Electric (1961) Corte Suprema, pp. 321-2; Beltone (1982) FTC, pp. 178 y 182-3; y Gilbarco (1997) Noveno Circuito, pp. 1161.

¹⁰¹ Hoffmann-La Roche (1979) Tribunal de Justicia, par. 83 b); Delimitis (1991) Tribunal de Justicia, par. 3, Langnese (1995) Tribunal General, pars. 4-5 y 94; Tomra (2010) Tribunal General, pars. 55-67; Intel (2014) Tribunal General, pars. 167-171.

¹⁰² Resolución N°15 (2006) TDLC, c. 11.

¹⁰³ Requerimiento de FNE en contra de CCU (2008), Pp. 1-2 y 23.

¹⁰⁴ Sentencia N°90 (2009) TDLC, c. 85-90 y 94-5.

¹⁰⁵ Demanda de Trendy contra Nestlé (2011), pp. 8-13 y 15.

¹⁰⁶ Dependiendo de la naturaleza de la prestación podría tratarse de un mecanismo innominado o de un pago o descuento por exclusividad. Estas prácticas son analizadas *infra* punto 4.

¹⁰⁷ Así ocurrió en *Dentsply*, en que los “distribuidores patrocinados” (“*grandfathered dealers*”) efectivamente revendían productos de la competencia antes de la imposición de las nuevas condiciones comerciales. *Dentsply* (2005) Tercer Circuito, p. 185.

¹⁰⁸ *McWane* (2015) Onceavo Circuito, p. 820-1.

¹⁰⁹ Intel (2014) Tribunal General, pars. 108-220; y Requerimiento de FNE contra Embonor y Andina (2008), pp. 4-7, 33-4 y 36-8; y. En *Intel* estas conductas fueron denominadas “restricciones manifiestas” (o desnudas) (“*naked restrictions*”) por no tener ninguna justificación económica aparente, salvo perjudicar a un rival. Cuando este tipo de conductas causan un efecto anticompetitivo —y no solo un daño privado (*infra* capítulo III, punto 1 y especialmente notas 201-205 y texto al que acompañan)— se denominan “Exclusión Simple” (“*Plain Exclusion*”) (Baker (2013, p. 544) o “Exclusión Desnuda” (“*Naked Exclusion*”), esto es “[una] conducta que excluye rivales, crea o mantiene poder de mercado y que no puede ser justificada” (Melamed (2008), p. 433).

¹¹⁰ La disyuntiva es potencial, ya que la consecuencia de infringir la exclusividad no necesariamente es que el comprador no podrá adquirir el producto, pudiendo consistir en la pérdida de un descuento, un pago u otro beneficio económico o en tener que pagar una multa. Las consecuencias del incumplimiento de cada Acuerdo de Exclusividad son analizadas con más detalle *infra*, a propósito de la distinción entre Exclusividad de *Lure* y *De Facto* (punto 4) y como un costo del cambio de proveedor (Capítulo III, punto 3.5).

original o los de (cualquiera de) sus competidores. En cambio, siendo iguales todas las demás condiciones, los eventuales efectos anticompetitivos de una Exclusividad Parcial serán menores¹¹¹, ya que existe un margen de la demanda que puede ser satisfecha por otros agentes de mercado sin que por ello el comprador deba renunciar a los productos del vendedor exclusivo.

En forma correlativa a la disminución de su potencial anticompetitivo, las posibles eficiencias que habitualmente se derivan esta conducta también se reducen en las Exclusividades Parciales, pues la mayoría de estos beneficios precisamente se originan al impedir que otros proveedores accedan a determinados compradores. Pese a lo anterior, sería un error pensar que los Acuerdos de Exclusividad Parcial no producen eficiencias o que es más probable que sean ilícitos, que deriva de la falta de entendimiento de su función procompetitiva¹¹².

En tercer lugar, los Acuerdos de Exclusividad Parcial pueden ser una práctica, sea anticompetitiva o no, más costosa de implementar que los Acuerdos Total porque el vendedor deberá relacionarse con más compradores para lograr la misma cobertura de mercado y, por ende, incurrirá en mayores costos de transacción¹¹³. De forma equivalente, cualquier competidor que pretenda ingresar al mercado o aumentar su participación en él deberá relacionarse con más compradores, lo que le resultará todavía más costoso que al vendedor parcialmente exclusivo, ya que deberá incurrir en gastos para lograr persuadir a cada nuevo cliente de la conveniencia de adquirir sus productos.

Finalmente, cabe considerar que en práctica los distribuidores (mayoristas o minoristas) no son plenamente equivalentes entre sí, pues éstos pueden diferenciarse por su eficiencia, cobertura, valor, o capacidad de introducir nuevos productos. Dadas estas diferencias, los Acuerdos de Exclusividad Total son susceptibles de ser utilizados en forma cuantitativa, para bloquear a un gran número de distribuidores¹¹⁴ y en forma cualitativa, para

¹¹¹ Comisión Europea (2010a), par. 103 y Tom, Balto y Averitt (2000), p. 622.

¹¹² Abott y Wright (2010), p. 200.

¹¹³ “Costos en los que incurren las partes en el proceso de negociación para llegar a un acuerdo y cumplirlo”. Mankiw (2012), p. 212.

¹¹⁴ Esta es la clásica teoría de daño utilizada para evaluar las prácticas exclusorias, que se enfoca en el tamaño de la porción de mercado que deja de ser accesible a causa de las prácticas sujetas a escrutinio para evaluar la licitud de estas últimas. Sobre ésta véase *infra* Capítulo III, punto 2.1.

prevenir que otros agentes de mercado accedan a los mejores o más adecuados distribuidores o canales de distribución^{115 116}. Esto último no se puede lograr con Acuerdos de Exclusividad Parcial porque, por definición, permiten a cualquier agente económico acceder a cada distribuidor.

4. Exclusividad De Iure, De Facto y a través de otras Conductas Anticompetitivas

Intuitivamente, se podría pensar que la única forma de alcanzar un Acuerdo de Exclusividad entre vendedor y comprador es que este último contraiga una obligación contractual expresa en ese sentido. No obstante, el mismo resultado puede ser alcanzado si el comprador es *inducido* a que no cambie su fuente de abastecimiento para determinado producto. En base a lo anterior se puede distinguir entre Acuerdos de Exclusividad *De Iure* y *De Facto*^{117 118}.

Los Acuerdos de Exclusividad *De Iure* serían todos aquellos en que, habiendo un convenio entre vendedor y comprador, existe una obligación expresa que limita la libertad del comprador, sin importar la forma en que dicha cláusula esté redactada. Esta obligación podría plantearse en términos positivos, estableciéndose que el comprador debe adquirir todas sus necesidades de un determinado tipo de productos solo del proveedor exclusivo¹¹⁹ o que un distribuidor está obligado a vender únicamente productos de su proveedor exclusivo¹²⁰; o podría plantearse en términos negativos, prohibiéndosele al comprador adquirir los productos objeto del contrato a otros vendedores o a un distribuidor

¹¹⁵ Esta forma estratégica de usar los Acuerdos de Exclusividad fue propuesta en el marco de la teoría de la exclusión a través del aumento de los costos de los rivales. Sobre ésta véase *infra* nota 255 y texto que acompaña.

¹¹⁶ International Competition Network (2013), p. 18.

¹¹⁷ Según la jurisprudencia estadounidense “la noción de acuerdo de exclusividad de facto tiene sus raíces en *United Shoe Machinery Corp v United States* [...], en el que la Corte [Suprema] declaró que un contrato que carezca de un pacto expreso de no utilizar los productos de un competidor cae dentro del ámbito de la Sección 3 [de la Clayton Act] si el efecto práctico es impedir dicho uso”. Meritor (2012), Tercer Circuito, p. 327.

¹¹⁸ International Competition Network (2013), pp. 13-4.

¹¹⁹ *Standard Stations* (1949) Corte Suprema, p. 295; *Tampa Electric* (1961) Corte Suprema, pp. 321-2; *Delimitis* (1991) Tribunal de Justicia, pars. 3 y 10; y *Langnese* (1995) Tribunal de Justicia, pars. 4-5 y 94.

¹²⁰ Así ocurrió *Socofar*, en que el proveedor era franquiciante de la marca de farmacias Cruz Verde y el distribuidor su franquiciado (Resolución N°15 (2006) TDLC, c. 11); y en *Cervezas* (Requerimiento de FNE en contra de CCU (2008), pp. 2 y 23).

comercializar productos rivales¹²¹. Una Exclusividad *De Iure* Parcial se podría plasmar en “Compromisos Individualizados sobre Cantidades” (“*Individualised Quantity Commitments*”)¹²² o en una prohibición de adquirir más de un determinado volumen¹²³ o porcentaje de los bienes o servicios de los competidores del vendedor.

En contraposición a lo anterior, “[l]os acuerdos de exclusividad de facto se caracterizan por la ausencia de una cláusula explícita en un contrato que obligue al comprador a comprar exclusivamente al vendedor...”¹²⁴. En este tipo de Acuerdos la relación exclusiva es consecuencia de la aplicación práctica de las cláusulas de un contrato¹²⁵ o de la forma en que se relacionan comercialmente ambos agentes económicos, ya que a través de una o de la otra se establecen incentivos —o desincentivos—, pecuniarios o de otra índole, que el comprador perdería —o le serían aplicados— si contraviene las condiciones que propician la exclusividad¹²⁶.

Un Acuerdo de Exclusividad *De Facto* también podría ser Parcial¹²⁷ en caso de que el conjunto de incentivos establecidos por el vendedor no fuese suficientemente poderoso para evitar que el comprador se relacione con otros proveedores. Distinguir *ex ante* entre una Exclusividad *De Facto* Total o Parcial es imposible, ya que, por su propia definición, la magnitud de la exclusividad dependerá de la aplicación práctica del Acuerdo. Sin perjuicio de

¹²¹ Standard Fashion (1922) Corte Suprema, p. 352.

¹²² Este tipo de práctica fue sancionada en *Tomra*, aunque se discutió su capacidad anticompetitiva, principalmente por haber dudas sobre si estas eran realmente obligaciones *vinculantes*. *Tomra* (2010) Tribunal General, pars. 11-2, 14 y 291-301.

¹²³ Si cualquiera de estas dos obligaciones es diseñada considerando los patrones de compra del cliente —por ejemplo, contemplando como piso mínimo una cantidad equivalente al volumen adquirido en el período anterior— podríamos estar frente a un Acuerdo de Exclusividad *De Facto* Total.

¹²⁴ Davidson (2014), p. 7.

¹²⁵ Miles (2016), p. 75.

¹²⁶ International Competition Network (2013), p. 14.

¹²⁷ El concepto “Acuerdo de Exclusividad *De Facto* Parcial” (“*De Facto Partial Exclusive Dealing*”) fue introducido en el caso *Meritor*, para evaluar con el estándar de los Acuerdos de Exclusividad un esquema de descuentos, argumentándose que “la ley es clara en que no es necesario un requerimiento expreso de exclusividad porque un acuerdo de exclusividad *de facto* puede ser ilegal” (ZF Meritor (2012), Tercer Circuito, p. 282; cursiva del original) y que “un acuerdo no tiene que ser 100% exclusivo para cumplir con los requisitos legales de los acuerdos de exclusividad” (ibíd. P. 283). Este concepto fue calificado como un neologismo creativo que distorsiona la lengua inglesa (ibíd. (disenso del Juez Greenberg), 312n) y su utilización ha sido fuertemente criticada por parte de la doctrina de dicho país, que ha aseverado: “El test del Tercer Circuito daría lugar a encontrar un ‘acuerdo de exclusividad *de facto* parcial’ siempre que un fabricante ofreciera descuentos por cuota de mercado por sobre sus costos y se reservara el derecho de elegir a sus clientes en el futuro” (Elzinga et al (2013), P.9; cursiva del original).

lo anterior, algunas de las Exclusividades Parciales antes mencionados son, a su vez, Exclusividades *De Facto*¹²⁸.

Aunque en principio la línea divisoria entre Exclusividad *De Iure* y *De Facto* es nítida, las relaciones comerciales modernas difuminan dicha distinción al crearse prácticas que se asemejan a ambas. Una de estas prácticas es aquella en la que el vendedor otorga un beneficio pecuniario a los compradores que solo adquieren del primero un determinado tipo de productos.

Lo complejo de esta situación es que, dependiendo de cómo esté redactado el convenio o cómo entiendan las partes el negocio, la exclusividad puede ser percibirse como una obligación del comprador —siendo en tal caso un Acuerdo *De Iure*—, quien recibe una contraprestación pecuniaria a cambio de ella; o como un objetivo a lograr por el comprador —y por ende ser un incentivo para alcanzar una Exclusividad *De Facto*—, quien recibe un premio por ella. En el primer caso estaríamos frente a un “Pago por Exclusividad” (“*Exclusivity Payment*”), en que el quebrantamiento de la exclusividad constituiría un incumplimiento de la obligación del comprador que podría ser causal de resolución o terminación del contrato, mientras que el segundo caso sería un “Descuento por Exclusividad” (“*Exclusivity Discount*”), en que la consecuencia de no alcanzar la exclusividad sería solo la pérdida del incentivo pecuniario¹²⁹. Esta difícil delimitación se hizo patente en *Hoffmann-La Roche*, en que algunos compradores de la empresa, dominante en el mercado de las vitaminas, contraían la obligación contractual de adquirir todo o gran parte sus necesidades de vitaminas a ella, pero al mismo tiempo recibían un descuento en los precios dependiendo del total de sus compras¹³⁰.

¹²⁸ *Supra* notas 107-109 y texto al que acompañan.

¹²⁹ Este descuento por exclusividad sería idéntico a un descuento por participación de mercado en que la meta esté fijada en el 100%. Otra dificultad asociada a esta práctica es determinar si debe evaluarse según el estándar de los Acuerdos de Exclusividad o bajo el test de los Precios Predatorios (“*Predatory Pricing*”). Curiosamente, Hovenkamp considera que debe tratarse igual a un Acuerdo de Exclusividad expreso y a un descuento por exclusividad (Hovenkamp (2005a), p. 128), empero es uno de los autores que estima que los descuentos condicionales deben estar sujetos al análisis de los precios predatorios (*infra* nota 187).

¹³⁰ *Hoffmann-La Roche* (1979) Tribunal de Justicia, pars. 83-7. Aunque esta distinción resultó irrelevante para el resultado de *Hoffmann-La Roche*, en *Intel* se equiparan expresamente los efectos (anticompetitivos) de los descuentos por exclusividad y los pagos por exclusividad. *Intel* (2014) Tribunal General, par. 169. Descuentos por exclusividad también estuvieron presentes en *Fósforos* (Sentencia N°90 (2009), c. 85 y ss.) y *Detergentes* (Requerimiento FNE en contra de Unilever (2013), p. 3).

La problemática recién planteada permite introducir la principal —pero aparente— diferencia que existe entre los Acuerdos *De Iure* y *De Facto*, ésta es, la consecuencia asociada a no lograr la exclusividad pretendida por el vendedor. En principio, en un Acuerdo *De Iure* el infringir la exclusividad debiese sancionarse con la resolución o terminación del contrato, o con el cumplimiento forzado del mismo, mientras que en uno *De Facto* el efecto de no alcanzar o mantener la exclusividad debiese ser solo la pérdida del premio establecido para estimular al comprador (o la aplicación del desincentivo establecido para disuadirlo). Sin embargo, las partes podrían pactar una cláusula penal por el incumplimiento de la obligación de exclusividad que sería equivalente a la pérdida de un beneficio pecuniario; o el proveedor podría terminar un Acuerdo Impuesto si el comprador adquiere bienes rivales, en forma similar a como podría terminar un Acuerdo Convenido. En ambas situaciones los Acuerdos de Exclusividad *De Iure* y *De Facto* solo se distinguirían por su denominación.

Lo anterior es de suma importancia porque “[l]a intensidad de este efecto anticompetitivo [exclusión de competidores] dependerá, *inter alia*, de la sanción que el comprador sufre por infringir el Acuerdo de Exclusividad y comprar de un rival”¹³¹. Esto se debe a que el potencial excluyente de esta práctica disminuye si existe una real posibilidad de que los rivales del vendedor compitan por el comprador, posibilidad que depende, en gran medida, de la magnitud de las consecuencias a las que se ven enfrentados los compradores en caso de que decidan abandonar a su actual contraparte¹³².

Considerando lo antes señalado, resulta fundamental determinar cuáles son las sanciones que pueden pactarse en los Acuerdos *De Iure* o los incentivos y desincentivos que pueden establecerse en las Exclusividades *De Facto*, para posteriormente evaluar la magnitud de las repercusiones de la finalización de una u otra relación comercial.

En el caso de los Acuerdos *De Iure* el catálogo de posibles consecuencias por incumplir la exclusividad parece ser limitado: se resuelve o termina el contrato, se fuerza su cumplimiento o se pierde una cantidad de dinero, sea por perderse el pago establecido como contraprestación de la exclusividad o por ser obligado el comprador a indemnizar perjuicios al vendedor.

¹³¹ Eilat, Gilo y Sagi (2016), p. 14; cursiva del original.

¹³² Sobre esto véase *infra* capítulo III, punto 3.5.

El acotado catálogo de penalidades de las Exclusividades *De Iure* contrasta con las múltiples maneras en que los Acuerdos *De Facto* pueden estar estructurados¹³³, estructuras que suponen diversas consecuencias para el comprador en caso de que la exclusividad no subsista. A continuación, se explican algunas formas en que una Exclusividad *De Facto* puede ser lograda, para evidenciar las posibles repercusiones que la terminación de este tipo de relaciones implica para los compradores y además dar cuenta de la relación existente entre los Acuerdos de Exclusividad y otras prácticas que están sujetas al escrutinio del Derecho de la Competencia.

4.1 Mecanismos Innominados

Los mecanismos a través de los cuáles un vendedor y un comprador pueden alcanzar una relación exclusiva son prácticamente infinitos, pues éstos solo dependen de la creatividad de las partes y de las características del mercado en que se verifique la práctica. Debido a esto, aunque en determinados escenarios las prácticas que se mencionan a continuación desemboquen en una Exclusividad *De Facto*, ello no necesariamente será replicable en mercados con condiciones diferentes.

Por ejemplo, múltiples proveedores pueden pactar con sus distribuidores contratos de promoción o publicidad exclusiva o preferente, con el legítimo propósito de potenciar determinados productos o marcas. A cambio de este beneficio, el proveedor puede realizar pagos directos al distribuidor o entregar objetos promocionales que incluyan la(s) marca(s) de su(s) producto(s) que resulten de utilidad para el local comercial del comprador, tales como letreros luminosos, góndolas de características especiales, afiches, muebles u otros elementos promocionales. En este tipo de convenios no se prohíbe expresamente la venta de otros bienes o servicios, pero, en los hechos, se disminuye la posibilidad de que los consumidores sepan que se ofrecen productos rivales, lo que es particularmente relevante si estos últimos están siendo introducidos en el mercado, si existen regulaciones (limitativas) de la cantidad y forma en que se pueden publicitar, o si por las características del punto de venta éstos solo son exhibidos previa solicitud de los potenciales clientes. Todos estos factores estuvieron presentes en los casos *Cigarrillos I y II*, lo que explica que en ellos hayan

¹³³ Davidson (2014), p. 8.

sido particularmente efectivas las cláusulas publicidad exclusiva o preferente, complementadas por otras prácticas, para alcanzar un Acuerdo de Exclusividad *De Facto*¹³⁴. Pactos de exclusividad publicitaria también estuvieron presentes en otros casos nacionales, como *Cervezas*¹³⁵, *Bebidas*¹³⁶ y *Trendy*¹³⁷.

Otra forma en que se puede alcanzar una Exclusividad *De Facto* es si el proveedor entrega en comodato equipos o máquinas con características especiales —generalmente necesarias para la correcta comercialización del producto— con la limitación de que se utilicen solo para la exhibición de los bienes del proveedor, es decir, una máquina de uso exclusivo¹³⁸. Aunque el préstamo de equipos no incorpore una exclusividad de venta expresa, adquirir uno de características equivalentes puede ser prohibitivamente costoso para el distribuidor, por lo que éste se vería impedido de comercializar bienes rivales. Incluso si el distribuidor tuviese la capacidad financiera para comprar un equipo similar, es posible que su local comercial no cuente con espacio suficiente para instalar dos de ellos con igual propósito. Y aunque el distribuidor pudiese comprar una segunda máquina y tuviese espacio para ella en su establecimiento, esa decisión solo sería económicamente racional si las ganancias asociadas al incremento en ventas derivado de comercializar productos de otras marcas superasen el costo de adquisición del equipo. Este tipo de mecanismo ha sido utilizado en reiteradas ocasiones en el mercado de los helados de consumo impulsivo —en que es indispensable contar con un equipo refrigerante que mantenga a temperatura adecuada los bienes—, tanto en forma independiente¹³⁹ como complementaria¹⁴⁰ a otras manifestaciones de Acuerdos de Exclusividad.

¹³⁴ Sentencia N°26 (2005) TDLC, c. 19-20 y 31; y Sentencia N°115 (2011) TDLC, c. 56, 60-1 y 66. Nótese que en el segundo caso la conducta relacionada con la exhibición de los cigarrillos en el canal *low trade* —i.e.: pago para que los productos rivales se vendan “bajo el mesón”— no fue suficientemente acreditada. *Ibíd.* 110-25.

¹³⁵ Requerimiento de FNE en contra de CCU (2008), pp. 2 y 23-4.

¹³⁶ Requerimiento de FNE contra Embonor y Andina (2011), pp. 4-5.

¹³⁷ Demanda de Trendy contra Nestlé (2011), pp. 3 y 14-5.

¹³⁸ International Competition Network (2013), pp. 14-5. Otros reconocen esta potencial equivalencia, pero señalan que este tipo de contratos es menos dañino que un Acuerdo de Exclusividad *De Iure*. O’Donoghue y Padilla (2006), p. 371 y Motta (2009), pp. 392 y 397, este último refiriéndose específicamente al caso *Langnese*.

¹³⁹ Van den Bergh Foods (2003) Tribunal General, pars. 2 y 75 y ss.

¹⁴⁰ *Langnese* (1995) Tribunal General, pars. 39, 81 y 107-8; y Dictamen N°42 (1974) Comisión Preventiva Central, pp. 3-4. También se habría prestado muebles para uso exclusivo en *Cigarrillos I* (Sentencia N°26 (2005) TDLC, c. 25), *Cigarrillos II* (Sentencia N°115 (2011) TDLC, c. 67 y 126-136) y en *Bebidas* (Requerimiento de FNE contra Embonor y Andina (2008), pp. 4-6).

Un tercer mecanismo que puede ser utilizado por un vendedor para conseguir un Acuerdo de Exclusividad *De Facto* consiste en otorgar crédito para la compra de sus productos, supeditado a que los compradores no adquieran bienes o servicios similares sus rivales. Nada impide a los a compradores adquirir bienes rivales, pero, si lo hacen, se verán forzados a pagar al contado al proveedor. Esto último puede ser particularmente difícil (o imposible) para un pequeño negocio que no cuente con un gran flujo de dinero o que no tenga acceso (conveniente) a otras fuentes de financiamiento. Esta práctica fue utilizada por Compañía Chilena de Tabacos (en adelante “CCT”) aprovechándose de la relevancia de sus productos en el desempeño del negocio de los minoristas del canal *low trade* y de su escasa capacidad económica, pese a lo cual, nada impedía a estos últimos adquirir productos de mayoristas independientes, quienes no ofrecían crédito alguno¹⁴¹.

En los tres escenarios recién descritos el proveedor concede un incentivo económico (o económicamente apreciable) a cambio de una exclusividad en determinado ámbito que, por las características del mercado y de la relación comercial, se convierte en una exclusividad en la comercialización de productos. Pese a que en abstracto los tres incentivos puedan ser valorados en forma similar o incluso idéntica, la relevancia de éstos en la práctica difiere considerablemente. Mientras que incumplir la exclusividad publicitaria solo traería aparejado la pérdida del pago, quebrantar la exclusividad en las otras situaciones implica la pérdida de un equipo o de un crédito sin los cuales al distribuidor le es imposible seguir ofreciendo los productos del vendedor. En este sentido, aunque el valor de arrendar o comprar la máquina o los intereses de un crédito de consumo fuesen relativamente bajos, para un distribuidor que no tiene capacidad para adquirir un equipo o acceder a un crédito, su valor equivale a las ganancias que le reporta la venta de los productos del vendedor que pretende la exclusividad. En otras palabras: si el distribuidor pretende vender productos que compitan con los de su vendedor original debe estar dispuesto a renunciar completamente a la comercialización de los bienes de este último y a los ingresos que ello le reporta.

¹⁴¹ Sentencia N°26 (2005) TDLC, c. 27,30 y 33; y Sentencia N°115 (2011) TDLC, c. 77-109. Nótese que en *Cigarrillos II* la práctica no fue debidamente acreditada.

4.2 Negativa a Pactar

Un principio general del Derecho es que los sujetos son libres para determinar cuándo, con quién y cómo celebran contratos, pero, en caso excepcionales, el Derecho de la Competencia puede limitar la libertad contractual de las personas, imponiendo obligaciones de pactar a sujetos que se encuentren en una posición dominante¹⁴². El catálogo de situaciones en que una “Negativa a Pactar” (“*Refusal to Deal*”) puede vulnerar la Libre Competencia es amplio, incluyendo la denegación de suministro de productos a clientes, de licenciamiento sobre derechos de propiedad intelectual y de acceso a una instalación esencial¹⁴³, pero dicha amplitud es constreñida por la existencia de un conjunto de requisitos que deben verificarse para que se configure esta conducta¹⁴⁴.

En ocasiones, el proveedor de bienes o servicios no negará de plano el suministro de sus productos, sino que lo condicionará a que el comprador cumpla ciertos requisitos que limitan su libertad, v. gr. comprar un conjunto de productos, no alterar el precio de reventa de los productos o no negociar con los rivales del vendedor. Aunque relacionados con la negativa de venta, estos casos se alejan de esta práctica¹⁴⁵ y debiesen ser evaluados por el Derecho de la Competencia conforme a los estándares de las Ventas Atadas (“*Tying*”), la Fijación de Precios de Reventa (“*Resale Price Maintenance*”) y los Acuerdos de Exclusividad, respectivamente¹⁴⁶.

¹⁴² Montt y Nehme (2009), pp. 9-10.

¹⁴³ Comisión Europea (2009), par. 78.

¹⁴⁴ Para un breve análisis de dichos requisitos en el derecho chileno y comparado véase Ybar (2014), pp. 30-5.

¹⁴⁵ Ello asumiendo que el comprador aceptó las condiciones del vendedor y que, por ende, no hubo una negativa de venta. Si no hubo venta, el comprador estaría potencialmente legitimado para demandar en sede de Libre Competencia, debiendo demostrar la concurrencia de los requisitos para sancionar la negativa de venta, dentro de los cuales está la afectación de la competencia en el mercado aguas abajo, que generalmente supone que el vendedor participa en dicho mercado. Ybar (2014), pp. 34-5; Whish y Bailey (2012), p. 707 y Montt y Nehme (2009), pp. 26 y 34. La situación recién descrita ocurrió en el caso *United Brands*, en que el proveedor dominante de plátanos dejó de venderlos a uno de sus distribuidores, que no tenía obligación de exclusividad, cuando este último comenzó a participar en campañas de publicidad de los rivales del primero. *United Brands* (1978) Tribunal de Justicia. Sin embargo, en ese caso el vendedor fue condenado porque “su objetivo era evitar que el distribuidor vendiera productos de la competencia; este no era un caso en el que *United Brands* buscaba eliminar a un competidor en un mercado aguas abajo”. Whish y Bailey (2012), p. 708. En otras palabras: la conducta fue sancionada por la exclusión de competidores aguas arriba —principal preocupación de los Acuerdos de Exclusividad— y no por la disminución de la competencia aguas abajo —preocupación de la negativa de venta—.

¹⁴⁶ Comisión Europea (2009), par. 77.

Cuando el vendedor condiciona la relación comercial a que el comprador adquiera todas (o la mayoría de) sus necesidades del primero —bajo la eventual sanción de negar la venta de sus productos— estamos frente a lo que se ha denominado “Política de Todo o Nada” (“*All or Nothing Policy*”)¹⁴⁷. Esta práctica puede ser ejecutada de forma más o menos formal, pudiendo incorporarse en un contrato¹⁴⁸, lograrse a través de amenazas e intimidaciones¹⁴⁹ o contemplarse dentro de las políticas comerciales de la empresa vendedora¹⁵⁰.

Cualquiera sea la forma en que el vendedor informe a los compradores el condicionamiento de sus ventas, dos cuestiones deben tenerse en cuenta. Primero, que lo relevante será que los compradores consideren posible (o probable) que se les deniegue el suministro si no acatan las condiciones del vendedor, es decir, que la amenaza de negativa de venta sea creíble pese a que ésta no se materialice¹⁵¹, ya que el solo temor de verse impedidos de acceder a los productos del vendedor puede disuadir a los compradores de intentar adquirir bienes o servicios equivalentes sus competidores¹⁵². En segundo lugar, que las políticas de todo o nada son indudablemente una especie de Acuerdos de Exclusividad, en que las opciones de los compradores serán, cuando se trate de Exclusividades Totales, adquirir todo al vendedor exclusivo y nada a sus competidores, o no comprar nada de este vendedor y adquirirlo todo de sus competidores.

4.3 Pago por Espacio en Estantería

Los contratos en que un proveedor se obliga a pagar a los distribuidores minoristas han cobrado cada vez más relevancia en el ámbito de la Libre Competencia¹⁵³. Dicha obligación

¹⁴⁷ Davidson (2014), p. 8.

¹⁴⁸ Si la exclusividad está consagrada como una condición de la (futura) venta de los productos estaríamos frente a una Exclusividad *De Facto* y si está redactada como una obligación sería una Exclusividad *De Iure*.

¹⁴⁹ Beltone (1982) FTC, p. 182 y Sentencia N°26 (2005), c. 29.

¹⁵⁰ Dentsply (2005) Tercer Circuito, p. 185 y McWane (2015) Onceavo Circuito, pp. 820-1.

¹⁵¹ Ello no es equivalente a afirmar que la ausencia de negativa de venta es irrelevante. Por ejemplo, si un proveedor tiene una política de todo o nada implementada desde hace 10 años y nunca ha puesto término a una relación comercial pese a haberse quebrantado la exclusividad, podría entenderse que la inexistencia de una negativa de venta equivale a la ausencia de una amenaza realista.

¹⁵² Por supuesto, el temor de los compradores debe ser objetivamente atribuible al comportamiento del vendedor.

¹⁵³ Wright (2007), p. 440. En el derecho comparado no hay una forma unívoca de denominar a este tipo de pagos, aunque generalmente se consideran equivalentes los términos *Slotting Contracts* (ibíd.), *Slotting Fees* y

es contraída por el proveedor a cambio de prestaciones de diversa índole, generalmente asociadas con la forma en que se ubican los productos en el establecimiento del distribuidor que pueden ir desde la introducción de un nuevo producto en un establecimiento, pasando por el otorgamiento de una determinada cantidad de espacio en las estanterías de un local, hasta la ubicación preferencial de los productos del proveedor que realiza el pago, por ejemplo: góndolas al final del pasillo o repisas al nivel de los ojos en las estanterías¹⁵⁴. Esta manifestación de los Acuerdos de Exclusividad habría estado presente en *Detergentes*, bajo la denominación de pago por *facing*¹⁵⁵.

Este tipo de pagos son una forma de adquirir servicios promocionales, ya que la exhibición de los productos genera ventas adicionales que no ocurrirían de no mediar dicha actividad¹⁵⁶. Por ello, los proveedores se verán estimulados a pagar por una cantidad cada vez mayor de espacio (o por espacio de mejor calidad) en las góndolas del establecimiento para así aumentar sus ventas. Pese a que ni siquiera la adquisición del 90 o 99% del espacio de venta disponible en un local por parte de uno o más proveedores impide al distribuidor comercializar productos competidores, es evidente que mientras más espacio obtengan esos proveedores menos bienes de sus competidores serán vendidos¹⁵⁷.

Uno puede retratar la situación antes descrita imaginándose lo que ocurriría si en un supermercado un producto de determinada marca tuviese muy poco o nada de espacio en los anaqueles. Si el espacio que se le asigna es escaso, probablemente muy pocos clientes repararán en la presencia del producto, por lo que sus ventas serían bajas. En cambio, si el producto no tiene nada de espacio en las estanterías del supermercado, lo más probable es que el producto no será vendido a ningún cliente debido a que éstos no sabrán que el mismo es ofrecido en el establecimiento y, por su parte, el distribuidor no tendrá ningún incentivo para esforzarse en lograr vender el bien que no se exhibe. En ambos escenarios, la excepción estaría dada por aquellos consumidores que, dada su alta preferencia por una marca

Slotting Allowances (Foros, Kind y Sand (2009)), y *“Upfront Payment”* (“Pagos de Acceso Inicial”) (Comisión Europea (2009), pars. 203-8). En Chile, la FNE optó por los últimos dos conceptos. FNE (2014), p. 5.

¹⁵⁴ *Ibíd.* P. 439.

¹⁵⁵ *Supra* nota 70 y texto al que acompaña.

¹⁵⁶ Wright (2007), p. 448.

¹⁵⁷ Klein y Wright (2007), p. 432.

específica, están dispuestos a solicitar al personal del establecimiento que le facilite el producto deseado.

Todo lo expresado respecto de los pagos por espacio en estantería da cuenta de que, aunque en principio solo limitan la forma en que se muestran los productos, en la práctica pueden generar una exclusividad en el expendio de bienes en el local afectado¹⁵⁸ y, en consecuencia, generar efectos anticompetitivos similares a otras manifestaciones de los Acuerdos de Exclusividad¹⁵⁹ que ameritan un análisis bajo principios similares, pero con un trato menos estricto¹⁶⁰. Se diferencia de otras manifestaciones de los Acuerdos de Exclusividad en que nada impide al distribuidor comercializar productos rivales y que comercializarlos no lo priva del pago que recibe del proveedor. Además, incluso si el distribuidor dejase de otorgar a los bienes del proveedor el espacio pactado, el primero perdería un ingreso monetario, pero, en principio, no tendría obstáculo alguno para seguir ofreciendo los bienes de ese proveedor.

4.4 Descuentos Condicionales

Los Descuentos Condicionales (*“Conditional Discounts”*) son una forma de fijar el precio por los productos vendidos en que “si las compras del cliente durante un determinado período de referencia superan un cierto umbral, se le concede un descuento ya sea sobre todas las compras (descuento retroactivo) o únicamente sobre aquellas que superan el umbral (descuento sobre compras incrementales)”¹⁶¹. En otras palabras, es un tipo de tarifa

¹⁵⁸ Hovenkamp (2005a), pp. 134-5.

¹⁵⁹ Principalmente, exclusión de otros competidores. Klein y Wright (2007), pp. 422-24. Lo mismo se considera en la Unión Europea, donde se agrega que la necesidad de pagar por la exhibición de sus productos puede inducir al proveedor a disminuir la cantidad de distribuidores que utiliza y, por ende, se podría excluir a éstos en forma similar a como ocurre con el suministro exclusivo. Comisión Europea (2010a), pars. 204-5.

¹⁶⁰ O’Donoghue y Padilla (2006), pp. 370-1. Otros opinan que los principios del análisis de los Acuerdos de Exclusividad aplicarían a los pagos por espacio en estantería cuando son utilizados por un monopolista que adquiere todo o la mayoría del espacio disponible en un establecimiento. Hovenkamp (2005a), p. 135.

¹⁶¹ Comisión Europea (2009), par. 37. En Chile, Ybar utiliza el concepto de descuentos condicionales con una definición similar a la de la Unión Europea (Ybar (2014), p. 37), mientras que la FNE utiliza el término “Descuentos por Metas” para referirse a esta práctica (FNE (2014), p. 5).

La doctrina comparada no suele usar el término descuentos condicionales. En reemplazo utiliza como conceptos genéricos “Descuentos por Lealtad” (*“Loyalty Discounts”*) y “Reembolsos por Fidelidad” (*“Fidelity Rebates”*), generalmente en forma intercambiable. OECD 2016. Sin embargo, en ocasiones los términos descuentos por lealtad y reembolsos por fidelidad son usados para referirse a una conducta específica dentro del género de los

no lineal en que la variación en el precio del producto depende del cumplimiento de determinadas metas en las compras realizadas por el cliente. De las manifestaciones de los Acuerdos de Exclusividad expuestas en este trabajo, probablemente la más difícil de analizar sean los descuentos condicionales¹⁶², cuestión que se ve reflejada en el continuo debate académico y jurisprudencial que se mantiene respecto al tratamiento que el Derecho de la Competencia debiese darle a esta conducta. Al mismo tiempo, se ha señalado que los casos de Acuerdos de Exclusividad casi siempre implican descuentos condicionales¹⁶³, lo que da cuenta de la gran relevancia que tiene la última práctica para el estudio de la primera.

Al evaluar un esquema de descuentos que liga a un vendedor con un comprador, hay 3 dimensiones que deben considerarse¹⁶⁴: (i) la cantidad de productos que se consideran para la meta del descuento¹⁶⁵, (ii) el conjunto de compras al que se le aplica el descuento¹⁶⁶ y (iii) la naturaleza del umbral de compras que debe ser alcanzado por el comprador para obtener el descuento. Esta última dimensión permite diferenciar entre los dos tipos de descuentos más comunes y relevantes: “Descuentos por Cuota de Mercado” (“*Market Share Discount*” o “*Share of Need Discount*”), cuya obtención depende del porcentaje de las compras de un

descuentos, entendida como “acuerdos para vender a un precio más bajo a los compradores que compran la totalidad o la mayor parte de sus adquisiciones al vendedor”. Elhaug (2009a), p. 189.

Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria distingue tres tipos de descuentos: (i) “Descuentos Cuantitativos” (“*Quantity Rebates*”) —vinculados al volumen de compras—; (ii) “Descuentos con Efecto de Fidelización” (“*Fidelity-Building Rebates*”) —no exigen exclusividad, pero, por ejemplo, están fijados en base a objetivos de ventas individuales—; y (iii) “Descuentos por Fidelidad o Exclusividad” (“*Fidelity o Exclusivity Rebates*”) —condicionados a que el comprador adquiera todas o la mayoría de sus necesidades de un vendedor—. Al ser usados por proveedores dominantes son tratados de diversa manera: los primeros son presuntamente competitivos, los segundos requieren un análisis de todas las circunstancias del caso para determinar su legitimidad y los últimos se estima tienen por su propia naturaleza el poder de restringir la competencia. Intel (2014) Tribunal General, pars. 74-87. La continuidad del tratamiento tripartito a los descuentos está en duda luego de que este último fallo fuese anulado (*infra* notas 761-764 y texto que acompañan). Para una crítica al tratamiento de este tipo de prácticas según su forma y no según sus efectos véase Geradin (2015).

¹⁶² B. Sher (2009), p. 2.

¹⁶³ Wright (2015), p. 54. Al menos en Chile ello parece ser cierto, ya que 5 de los 8 casos de Acuerdos de Exclusividad conocidos por el TDLC, y analizados en este trabajo, contemplan descuentos condicionales dentro de las prácticas cuestionadas.

¹⁶⁴ Wright (2013), pp. 3-4.

¹⁶⁵ De esta forma se diferencian los “Descuentos de Producto Único” (“*Single Product Discounts*”) de los “Descuentos Combinados o Multiproducto” (“*Bundled Discounts*”).

¹⁶⁶ Esta es la distinción entre “Descuentos Retroactivos” (“*Retroactive*”, “*Retrospective*”, “*Roll Back*”, “*First Dollar*” o “*All Unit*”) y “Descuentos Incrementales” (“*Incremental*”) que es considerada en la definición antes transcrita.

producto que el comprador adquiere del vendedor¹⁶⁷; y “Descuentos por Cantidad o Volumen” (“*Quantity o Volume Discount*”), vinculados únicamente al tamaño de las compras hechas al vendedor¹⁶⁸. Adicionalmente, todo sistema de descuentos debe incorporar tres variables numéricas: (i) el umbral que deben alcanzar las adquisiciones del comprador; (ii) el tamaño del descuento, que generalmente es medido en un porcentaje del valor original o “de lista” del producto; y (iii) el período de referencia, éste es, el tiempo que tiene el comprador para alcanzar o superar el umbral establecido.

Por último, si uno evalúa la política de descuentos que un vendedor mantiene respecto de todos o un conjunto de sus compradores, los descuentos “pueden ser estandarizados, es decir, los mismos términos están disponibles para todos los clientes, o pueden ser establecidos en relación con un objetivo individualizado”¹⁶⁹. Los primeros son conocidos como “Descuentos Estandarizados” (“*Standardised Discounts*”) mientras que los últimos se denominan “Descuentos a la Medida o Individualizados” (“*Individualised Discounts*”) ¹⁷⁰.

Como enfoque general, y sin entrar en un análisis más detallado del variado espectro de sistemas de descuentos que un agente económico puede idear, se pueden hacer múltiples declaraciones sobre el potencial anticompetitivo de los descuentos condicionales. Primero, cuanto más elevado sea el umbral y más grande sea el descuento en comparación con el precio, más fuerte será la probable exclusión de competidores¹⁷¹. Segundo, “[a] diferencia de los descuentos ‘regulares’ [descuentos incrementales], que son casi siempre procompetitivos, los descuentos retroactivos tienen un fuerte potencial exclusorio y anticompetitivo”¹⁷². En tercer lugar, en el caso de los descuentos retroactivos, mientras

¹⁶⁷ OECD (2016), p. 5. Algunos utilizan en forma intercambiable los conceptos de descuentos por cuota de mercado y descuentos por lealtad. Jacobson (2010), p. 1.

¹⁶⁸ Geradin (2015), p. 18.

¹⁶⁹ OECD (2016), p. 5 y, en el mismo sentido, Comisión Europea (2009), par. 45.

¹⁷⁰ Aunque esta distinción podría aplicarse a los descuentos por cuota de mercado, comúnmente se aplica solo a los descuentos por volumen.

¹⁷¹ Comisión Europea (2009), par. 40 y O’Donoghue y Padilla, (2006), p. 391. Esto se debe a que mientras mayor sea el descuento más interesados estarán los clientes en obtenerlo, obtención que es más difícil mientras más alto sea el umbral de compras. Es decir, la “lealtad” del cliente aumenta porque el beneficio económico es considerable, pero, para alcanzarlo, el comprador se ve forzado a focalizar sus adquisiciones en un solo vendedor.

¹⁷² Lande (2006), pp. 863-64 y, en el mismo sentido O’Donoghue y Padilla, (2006), p. 391. La razón de lo anterior es que los descuentos retroactivos “pueden hacer que sea menos interesante para los clientes cambiarse a un

mayor sea el período de referencia más costoso será para los compradores cambiar de proveedor¹⁷³. Cuarto, los descuentos por cuota de mercado tienen mayor probabilidad de ser objeto de escrutinio del Derecho de la Competencia que los descuentos por volumen¹⁷⁴. Finalmente, los descuentos por volumen con umbrales individualizados generan más problemas desde la perspectiva del Derecho de Competencia que los estandarizados¹⁷⁵.

Estos lineamientos generales permiten identificar los dos tipos de descuentos que normalmente son objeto de investigaciones y juicios en sede de Libre Competencia: los descuentos por volumen retroactivos individualizados y los descuentos por cuota de mercado retroactivos¹⁷⁶, especialmente si se fijan largos períodos de referencia, umbrales elevados y descuentos de gran magnitud.

Aunque los descuentos por volumen retroactivos generalmente son el reflejo de ahorros en costos, cuando la empresa que concede el descuento tiene la posibilidad de fijar umbrales específicos para cada cliente existe una gran probabilidad de que éstos representen todo o gran parte de la demanda del comprador¹⁷⁷. Si el vendedor conoce con cierto grado de precisión cual será la demanda futura de un comprador, entonces puede fijar

proveedor alternativo cuando se trata de pequeñas cantidades de demanda, si esto supone perder los descuentos retroactivos”. Comisión Europea (2009), par. 40.

¹⁷³ O’Donoghue y Padilla (2006), pp. 391-2. Mientras más tiempo transcurre, los compradores estarán más cerca de superar el umbral de compras que les permite obtener el descuento y, por ende, menos interés tendrán en acudir a otro proveedor, ya que ello podría impedirles alcanzar la meta. Además, mientras mayor es el período, más tiempo perdura la incertidumbre sobre la superación del umbral.

¹⁷⁴ Esto debido a que la obtención de un descuento por cuota de mercado está relacionada tanto con la cantidad de bienes adquiridos del vendedor como con las compras realizadas a sus rivales. OECD (2016), p. 5. Otra razón serían las eventuales eficiencias, pues se ha señalado que “[l]a mayoría de los programas de descuento por cantidad son, sin duda, diseñados para reflejar la reducción de los costos de las transacciones más grandes” (Hovenkamp (2005a), p. 131), lo que incluso lleva a algunos a considerar que este tipo de descuentos debiesen ser *per se* legales, a menos que infringiesen el test de los precios predatorios (ibíd. Pp. 131-2 y Lande (2006), p. 881).

¹⁷⁵ Samá (2012), p. 2 y O’Donoghue y Padilla (2006), p. 390. Cuando el umbral es común para todos o un grupo de clientes es probable que los clientes pequeños no logren alcanzarlo y que los grandes lo superen con creces, por lo que el sistema de descuentos no tendría un efecto de fidelización que dificultase a otros vendedores ofrecer sus productos. Ello no obsta a que pueda producirse un efecto anticompetitivo cuando el umbral alcance o supere la totalidad de las necesidades de un grupo de clientes. Comisión Europea (2009), par. 45.

¹⁷⁶ En base a la terminología usada en el Derecho Comparado, estos dos tipos corresponderían a los descuentos por lealtad o reembolsos por fidelidad (doctrina comparada) y a los descuentos o reembolsos por exclusividad y/o constructores de fidelidad (jurisprudencia de la Unión Europea) (*supra* nota 161).

¹⁷⁷ En esta categoría también puede incluirse a los “Descuentos por Crecimiento” (“*Growth Discounts*”), que son un descuento por volumen con una meta fijada en base a las compras de un período anterior.

el umbral para que equivalga a un descuento por cuota de mercado¹⁷⁸. Los descuentos fueron usados de esa forma en *Tomra*, en que los umbrales correspondían a las necesidades totales de los clientes o a un alto porcentaje de éstas¹⁷⁹. Incluso si el vendedor no tiene la habilidad de prever la demanda futura del comprador, en el contexto de un mercado con una demanda total decreciente puede ser suficiente utilizar como referencia la cantidad comprada en un período equivalente anterior. Los descuentos fueron usados de esa forma en *Fósforos*, en que la Compañía Chilena de Fósforos S.A. (en lo sucesivo “CCF”) conocía las cantidades de compra de sus clientes y estaba al tanto del descenso de la demanda total¹⁸⁰.

Por su parte, los descuentos por cuota de mercado retroactivos son potencialmente anticompetitivos y muy similares a un Acuerdo de Exclusividad *De Iure*¹⁸¹, ya que otorgan un descuento como contraprestación de la exclusividad (total o parcial) en la compra de un producto; este tipo de descuentos fue utilizado en el canal *high trade* en *Cigarrillos I*¹⁸². La similitud es aún más evidente en el caso de que el umbral fuese una participación de un 100%¹⁸³: en tal caso estaríamos frente a un descuento por exclusividad que podría ser indistinguible de un Acuerdo de Exclusividad *De Iure* que incorpora pagos como forma de compensar la exclusividad¹⁸⁴.

Debido a que este tipo de descuentos se asemeja a los Acuerdos de Exclusividad, pero, al mismo tiempo, utilizan una disminución de precios para incentivar a los clientes a mantener un patrón de compras, se han generado dos posturas principales respecto a cómo debieran ser tratados desde la óptica del Derecho de la Competencia¹⁸⁵. La primera

¹⁷⁸ OECD (2016), p. 5.

¹⁷⁹ *Tomra* (2010) Tribunal General, pars. 76-86.

¹⁸⁰ Sentencia N°90 (2009) TDLC, c. 104, 108 y 110 y ss. También habrían sido utilizados de esta forma en *Helados*. Demanda de Trendy contra Nestlé (2011), p. 15.

¹⁸¹ “[L]os descuentos por lealtad [descuentos por cuota de mercado] son esencialmente una forma de acuerdo de exclusividad”. Jacobson (2010), p. 1.

¹⁸² Sentencia N°26 (2005) TDLC, c. 21. También habrían sido utilizados en *Detergentes*. Requerimiento FNE en contra de Unilever (2013), pp. 4-6.

¹⁸³ “[L]os acuerdos de exclusividad son esencialmente un caso especial de descuentos por lealtad basados en cuota de mercado, donde el umbral de cuota de mercado es igual a uno”. Wright (2013), p. 6. Lo mismo opina Tapia (2014), p. 76.

¹⁸⁴ *Supra* notas 129-130 y texto al que acompañan.

¹⁸⁵ Una tercera forma de enfrentar este tipo de descuentos es considerarlos un “impuesto” a las compras realizadas a otros vendedores: el comprador deberá pagar los precios de los bienes y además sufrirá la pérdida del descuento. De esta forma se desincentiva la realización de negocios con vendedores que no ofrezcan descuentos. OECD (2016), pp. 10 y 22.

considera que los descuentos por cuota de mercado, y aquellos que puedan estructurarse en forma similar, deben ser evaluados utilizando un test de precio-costo¹⁸⁶, habiendo algunos que consideran que éste debe aplicarse de la misma forma en que es usado para los precios predatorios¹⁸⁷, mientras que otros consideran que debe aplicarse una versión modificada del test¹⁸⁸, ésta es, la de “Atribución de los Descuentos” (“*Discount Attribution*”)¹⁸⁹. Por otro lado, hay autores que rechazan la aplicación de un test de precio-costo para este tipo de conductas¹⁹⁰ y sugieren que, dada su similitud (en aspecto y efectos) con los Acuerdos de Exclusividad, este tipo de descuentos debiesen ser evaluados con el mismo estándar de dicha práctica¹⁹¹.

Sin importar la postura que se adopte, queda claro que los descuentos condicionales pueden generar una relación comercial total o parcialmente exclusiva. Lo particular de esta manifestación de Acuerdo de Exclusividad es que el comprador no contrae obligación alguna¹⁹², ya que el descuento es establecido solamente como un premio por el cumplimiento de determinados objetivos. Es por esto que, en principio, la única consecuencia que afecta a un comprador que no adquiere la cantidad de productos acordados será perder el beneficio económico pactado.

¹⁸⁶ Elzinga, y otros (2013), sin tomar posición respecto a cómo debe aplicarse este test.

¹⁸⁷ “[C]uando se ofrece un descuento en un solo producto (ya sea un descuento por cantidad o por cuota de mercado), el descuento debe ser legal si, después de considerar todos los descuentos, el precio excede el costo marginal o el costo variable promedio del demandado. Es decir, tales descuentos están cubiertos por la regla común del Derecho Antitrust para los precios predatorios”. Hovenkamp (2005b), p. 6; citas omitidas. Por razones pragmáticas opinan igual O’Donoghue y Padilla (2006), pp. 397-99 y 403 y Lande (2006), p. 880.

¹⁸⁸ Klein y Lerner (2016), Geradin (2015) y Crane (2013). Además, cabe mencionar que Comisión se contempla este test, con variaciones. Comisión Europea (2009), pars. 41-4.

¹⁸⁹ Esta versión requiere separar la demanda de un comprador para un vendedor determinado en dos partes: la “porción disputable” (“*contestable share*”) —aquellos productos que el comprador puede adquirir de otros vendedores— y la “porción no disputable” (“*non-contestable share*”) —aquellos productos que el comprador debe adquirir del vendedor—. La totalidad de los descuentos son sustraídos del precio de toda la porción disputable: si el precio efectivo —precio menos descuentos— es mayor a una determinada medida de costos, entonces los descuentos superarían el test; si el precio efectivo es menor a una determinada medida de costos, entonces los descuentos fallarían el test y los precios serían predatorios porque un rival igualmente eficiente no podría igualarlos. Klein y Lerner (2016), p. 639.

¹⁹⁰ Elhauge (2009a).

¹⁹¹ Jacobson (2010), Moore y Wright (2015), Tom, Balto y Averitt (2000), Gates (2013), Economides (2012) y Salop (2016).

¹⁹² Esto la diferencia de las demás manifestaciones en que el comprador contrae diversas obligaciones: mantener la exclusividad (*De lure* y a través de negativa de venta), promocionar exclusivamente determinados productos y usar exclusivamente las máquinas (*De Facto* innominadas) y proporcionar determinada cantidad de espacio en las estanterías (pago por espacio en estantería).

CAPÍTULO III: Efectos Anticompetitivos de la Conducta

1. Introducción

La proliferación de los Acuerdos de Exclusividad podría ser problemática para el correcto funcionamiento de una economía de libre mercado, en tanto “[p]or su naturaleza, los acuerdos de exclusividad ‘excluyen’ a los proveedores rivales y/o a los nuevos entrantes de comercializar sus productos a un comprador determinado”¹⁹³. Visto desde la perspectiva de los consumidores en su relación con distribuidores sujetos a Acuerdos de Exclusividad, este comportamiento “‘siempre o casi siempre’ es anticompetitivo en el sentido de que refrena la rivalidad que de otro modo se produciría entre productos rivales dentro de distribuidores particulares”¹⁹⁴.

En base a lo anterior, los Acuerdos de Exclusividad pueden calificarse como conductas exclusorias, es decir, “prácticas [...] a través de las cuales las empresas intentan excluir a un rival, por formas diferentes a tener costos más bajos y, por lo tanto, precios más bajos”¹⁹⁵. Esta categoría implica clasificar las conductas según la naturaleza de las consecuencias anticompetitivas que de ellas puedan derivar¹⁹⁶, en la que las prácticas exclusorias se contraponen a las colusorias¹⁹⁷ y a las explotativas¹⁹⁸.

Mientras que calificar a los Acuerdos Exclusivos como exclusorios es correcto, identificar la exclusión de competidores como su único potencial efecto anticompetitivo sería un grave error. Es comúnmente reconocido que otros daños a la competencia pueden ser

¹⁹³ Sher y Russell (2005), p. 1.

¹⁹⁴ Meese (2005), p. 391. No obstante, aquélla no es la opinión del autor precitado.

¹⁹⁵ Posner (1974), p. 507. Desde otra perspectiva se puede señalar que “[la] exclusión implica que una empresa (o grupo de empresas) eleva los costos o reduce los ingresos de los competidores con el fin de inducir a los competidores a subir sus precios, reducir su producción o salir del mercado” (Salop (2006), p. 311) y, en el derecho chileno, que “los abusos de exclusión se vinculan a mantener a distancia a competidores actuales o potenciales que podrían menoscabar o disputar la renta monopólica” (Valdés (2009), p. 562).

¹⁹⁶ Baker (2013), pp. 532-33. Ello no obsta a que un comportamiento que tenga predominantemente un tipo de efectos pueda, a su vez, ser capaz de ocasionar otros daños a la competencia.

¹⁹⁷ “[P]rácticas mediante las cuales las empresas competidoras eliminan voluntariamente la competencia entre sí para poder restringir la producción y elevar los precios”. Posner (1974), p. 506.

¹⁹⁸ “[L]a explotación [...] implica la extracción del excedente de una persona o empresa a un nivel diferente de producción o distribución de la empresa explotadora”. Crane y Miralles (2011), p. 611. En el derecho chileno se ha indicado que “los abusos de explotación corresponden a prácticas mediante las cuales se persigue explotar una renta monopólica”. Valdés (2009), p. 562.

causados tanto por las restricciones verticales en general¹⁹⁹ como por los Acuerdos de Exclusividad en particular²⁰⁰, pudiendo estos últimos disminuir la competencia y facilitar una colusión en el mercado aguas arriba, y afectar la elección de productos por parte de los consumidores.

Estos tres efectos anticompetitivos de los Acuerdos de Exclusividad son analizados en este capítulo, que para ello estructura de la siguiente forma: primero, se explican dos teorías que permiten entender cómo la exclusión de rivales puede causar un daño a la competencia. Luego, se desarrollan siete elementos que, bajo cualquiera de esas teorías, resultan relevantes para determinar si un Acuerdo de Exclusividad genera una exclusión anticompetitiva. Finalmente, se exponen otras dos formas en que los Acuerdos de Exclusividad pueden afectar la Libre Competencia, estas son: relajar la competencia y facilitar una colusión, y afectar las elecciones de los consumidores. En todas estas secciones se indican los casos en que el respectivo daño a la competencia o circunstancia relevante para su causación han sido mencionados.

2. Exclusión de Rivales Actuales y/o Potenciales

Habiendo identificado la exclusión de los competidores como el principal daño que puede ocasionar una conducta exclusoria como los Acuerdos de Exclusividad, se hace indispensable determinar cuándo ocurre una exclusión contraria a la Libre Competencia. Esta tarea puede ser particularmente difícil en el caso de los Acuerdos de Exclusividad ya que una Exclusividad Total siempre excluye a los rivales de un determinado comprador o distribuidor²⁰¹. Algunos van más allá, aseverando que, en cierta forma, cualquier contrato de compraventa excluye a otros vendedores, porque éstos no pueden intervenir en la transacción ya consumada²⁰². Debido a lo anterior, se suele señalar que los Acuerdos de Exclusividad ocasionan una “Exclusión Horizontal” (*“Horizontal Foreclosure”*) que se contraponen a la “Exclusión Vertical” (*“Vertical Foreclosure”*) producida por conductas que

¹⁹⁹ Baker (2013), p. 533; y Crane y Miralles (2011), pp. 610-12.

²⁰⁰ Jacobson (2002), pp. 354-7 y Tom, Balto y Averitt (2000), p. 617.

²⁰¹ Lambert (2012), p. 1212 e International Competition Network (2013), p. 7.

²⁰² Jacobson (2002), p. 349 y Barry Wright (1983) Primer Circuito (disenso del Juez Breyer), p. 236.

afectan a competidores que se ubican en un nivel diferente a la empresa excluyente en la estructura vertical²⁰³.

Por supuesto, la exclusión entendida en el sentido puramente fenomenológico o material antes señalado no es relevante para el Derecho de la Competencia, sino la exclusión que ocasiona una desventaja a uno o más competidores actuales o potenciales relevantes²⁰⁴, aunque incluso en este caso solo se habría producido un daño a los competidores y no necesariamente un daño a la competencia²⁰⁵. La tarea es, tras haber reconocido una exclusión relevante para la competencia, determinar cuándo dicha exclusión permite crear un mercado con menos presión competitiva, en que las empresas restantes pueden disminuir la producción o aumentar los precios²⁰⁶.

Dos son las propuestas que permiten entender cuándo una exclusión que lesiona a una empresa en particular vulnera también la Libre Competencia. La primera de ellas, que denomino “Clausura de Mercado” (“*Market Foreclosure*”)²⁰⁷, se centra en la porción del

²⁰³ Comisión Europea 2005, pp. 21-22.

²⁰⁴ Esta desventaja no solo debe ser entendida como una exclusión total del mercado —que sería, más bien, una *expulsión* del mismo—, sino también como la exclusión de determinados clientes que restringe la capacidad competitiva de la empresa afectada o, en otros términos: la “marginación” de esta empresa. Comisión Europea (2005), p. 21. La expulsión de un rival no es un requisito suficiente, pues puede afectarse a un rival de poca importancia para el proceso competitivo, ni necesario, ya que puede reducirse a una participación pequeña al único rival del mercado, para una exclusión anticompetitiva.

²⁰⁵ Hovenkamp (2005a), p. 71 y, en el mismo sentido, O’Donoghue y Padilla (2006), p. 365.

Aunque la discusión sobre el bien jurídico protegido por el Derecho de la Libre Competencia supera con creces el ámbito de este trabajo, al menos en Chile ha sido reconocido que el objetivo de esta normativa no es proteger a los competidores, sino asegurar y maximizar el bienestar de los consumidores, tanto por la doctrina (Ybar (2010), pp. 30 y 36; Agüero (2004), p. 133; y Gumucio (2011), pp. 77-8) como por la jurisprudencia (Sentencia N°133 (2014), TDLC, c. 14 y Farmacias (2012), Corte Suprema, c. 84). Para una exposición lata —con una postura contraria a la aquí asumida— de los bienes jurídicos que podría proteger esta rama del derecho véase Valdés (2009), pp. 78-207.

²⁰⁶ Hovenkamp (2005a), p. 71.

²⁰⁷ Nótese que esta denominación es propia del trabajo, utilizada para designar a la manifestación “clásica” del daño a la competencia producido por los Acuerdos de Exclusividad y así diferenciarla de otras propuestas.

Debe también resaltarse que el concepto “*foreclosure*” es ambiguo y equívoco. En ocasiones es utilizado como sinónimo de exclusión (Posner (1974), p. 506) y Baker (2013), 527n1), pero generalmente se lo define en forma más amplia que la mera exclusión material de rivales (Hovenkamp (2005a), p. 111-2). En la Unión Europea utilizan el concepto de “Cierre Anticompetitivo del Mercado” (“*Anticompetitive Foreclosure*”) con una definición similar a la de Hovenkamp (Comisión Europea (2009), par.19), pero en otras regulaciones se asimila el concepto de *foreclosure* con el de exclusión (Comisión Europea (2010a), par. 100). En este trabajo, se distingue la exclusión material de la exclusión relevante para la Libre Competencia, siendo esta última la que puede transformarse en una exclusión anticompetitiva y se usan los conceptos de cierre o clausura de mercado para referirse al “porcentaje estadístico del mercado relevante sujeto a acuerdos de exclusividad”. Jacobson (2002), p. 361.

mercado que, a causa de los Acuerdos de Exclusividad, está fuera del alcance de los competidores de la empresa excluyente. La segunda, nombrada “Aumentar los Costos de los Rivalés” (“*Raising Rivals Costs*”, en adelante también “RRC”), se enfoca en cómo excluir a rivales de determinados distribuidores puede ocasionar que sus costos se incrementen. Si bien estas posturas difieren en su aproximación inicial, posteriormente ambas reconocen factores de los que depende que la generación de desventajas a competidores específicos — o incluso su expulsión del mercado— se transforme en un daño a la competencia, y sea considerada una exclusión anticompetitiva.

2.1 Clausura de Mercado

Inicialmente, el foco principal en el análisis de la legalidad de los Acuerdos de Exclusividad era el porcentaje del mercado que estaba cubierto por esta práctica²⁰⁸. Cuando el mercado clausurado por estos Acuerdos era significativo ellos eran condenados, sin importar si la empresa que los utilizaba era monopolista o no²⁰⁹. El argumento central era que las prácticas de esta índole siempre obstruían la competencia, entendiéndola como rivalidad atomística en el mercado afectado²¹⁰.

Contraria a dicha postura fue la Escuela de Chicago, que defendió como procompetitivas a la mayoría de las restricciones verticales debido a que éstas no podían excluir anticompetitivamente a rivales ni tampoco dañar a los consumidores²¹¹. Específicamente para los Acuerdos de Exclusividad, el razonamiento era que hasta un monopolista tendría que compensar a sus compradores por la exclusividad y al hacerlo gastaría las ganancias que le confería su posición, sin obtener la capacidad de aumentarlas a futuro²¹². Por lo anterior, los Acuerdos de Exclusividad debían ser celebrados y cumplidos por crear eficiencias que beneficiaban a las partes y, por lo tanto, generalmente debían ser legales²¹³.

²⁰⁸ Jacobson (2002), p. 311. Esto en el contexto del Derecho Antimonopolios de Estados Unidos.

²⁰⁹ Meese (2005), p. 377.

²¹⁰ *Ibíd.* Pp. 378-9.

²¹¹ Bork (1993). Algunos exponentes de esta Escuela, como Posner, posteriormente se desentendieron de esta postura (*infra* nota 743 y texto que acompaña).

²¹² *Ibíd.* Pp. 304-7.

²¹³ *Ibíd.* Pp. 303 y 309.

Las grandes críticas de la Escuela de Chicago²¹⁴ y lo endeble de la propuesta “tradicional” de Clausura de Mercado hicieron imperativo reformular esta última teoría, para que pudiese ser utilizada como forma de análisis de las conductas cuyo potencial anticompetitivo principal era excluir competidores. En este sentido, la preocupación respecto de los Acuerdos de Exclusividad siguió siendo que “éstos limiten el acceso de rivales aguas arriba a las empresas aguas abajo, reduciendo entonces la competencia aguas arriba y creando o perpetuando una menor producción y mayores precios”²¹⁵. La diferencia es que, para que dicho daño sea factible, ciertas condiciones mínimas deben cumplirse y, por ejemplo, incluso Acuerdos que vinculen a todos los distribuidores de un mercado determinado podrían no causar daño a los competidores ni a la competencia si los rivales aguas arriba son capaces de instalar sistemas alternativos de distribución²¹⁶.

Una primera condición que debe cumplirse es que a los competidores se les deniegue el acceso a un mercado determinado y no a un comprador particular. Para poder hablar de una denegación de acceso, todos o una parte substancial de los distribuidores de un mercado específico debiesen mantener Acuerdos de Exclusividad con uno o más proveedores del mercado aguas arriba²¹⁷. Además, aun si se le negase a una empresa el acceso a un mercado, ello no produciría un impacto en la competencia si dicho mercado fuese altamente competitivo (por ejemplo, por participar más de 50 empresas en él). Entonces, la anticompetitividad de los Acuerdos dependerá de que, tras ellos, una empresa sea capaz (o mantenga su capacidad) de percibir rentas monopólicas²¹⁸. Finalmente, deben existir

²¹⁴ Estas críticas también hicieron surgir diversos modelos económicos que fijaban circunstancias en que los Acuerdos de Exclusividad podían ocasionar efectos anticompetitivos. Por ejemplo, se propuso que los Acuerdos de Exclusividad podrían ser usados por un incumbente monopolista, aprovechándose de los problemas de coordinación que enfrentan los compradores, para evitar el ingreso de rivales al mercado al bloquear su acceso a un número suficiente de clientes —que reciben un pago a cambio de la exclusividad— que les impida alcanzar la escala mínima eficiente. Rasmusen, Ramseyer y Wiley (1991). Este modelo fue posteriormente complementado por Innes y Sexton (1994) y Segal y Whinston (2000). Para una explicación de algunos de los modelos *post* Chicago véase Motta (2009), pp. 364-72. La teoría del aumento de los costos de los rivales analizada *infra* (punto 2.2) también es una respuesta a los embates de la Escuela de Chicago.

²¹⁵ Hovenkamp (2005a), p. 68.

²¹⁶ *Ibíd.* Pp. 69-70. Aunque Hovenkamp habla de proveedores y distribuidores, la mayoría del análisis aquí replicado es pertinente para los Acuerdos de Exclusividad celebrados entre vendedores y consumidores finales.

²¹⁷ *Ibíd.* P. 71.

²¹⁸ *Ibíd.* P. 72.

barreras a la entrada u otros impedimentos que dificulten a los rivales actuales o potenciales un acceso eficiente al mercado aguas abajo²¹⁹.

Cumplíendose las ya mencionadas condiciones (mínimas) para que exista un riesgo a la competencia, debe analizarse la participación de mercado del vendedor exclusivo en el mercado aguas arriba y el nivel de cobertura de sus Acuerdos de Exclusividad²²⁰. Al combinar ambos factores pueden surgir cuatro combinaciones: cuota pequeña con escasa cobertura, cuota pequeña con amplia cobertura, cuota grande con escasa cobertura y cuota grande con amplia cobertura.

En los primeros tres casos un perjuicio a la competencia parece improbable. Si la participación de mercado del proveedor es baja y el proveedor solo logra relacionarse exclusivamente con un conjunto de distribuidores que representan una pequeña cantidad de las ventas en su mercado, los rivales del proveedor y los distribuidores no exclusivos tendrán muchas potenciales contrapartes en mercados que se mantendrán competitivos²²¹. Cuando la participación de mercado del proveedor es baja y se vincula exclusivamente con distribuidores que representan gran parte del mercado aguas abajo, los últimos no tendrán incentivo alguno para mantener relaciones con un vendedor que ofrece precios altos, por lo que probablemente acudirán a sus rivales para obtener el precio más conveniente que les ofrece un mercado competitivo²²². Si el proveedor tiene una participación de mercado considerable, pero sus Acuerdos solo limitan a una pequeña parte de los distribuidores, los rivales del primero tendrán múltiples alternativas para acceder al mercado aguas abajo porque habrá un grupo considerable de distribuidores no exclusivos potencialmente interesados en comercializar sus productos²²³.

Solo cuando un proveedor con una alta cuota de mercado vende en forma exclusiva a distribuidores que representan gran parte de las ventas del mercado aguas abajo es probable

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.* P.74.

²²¹ *Ibíd.*

²²² *Ibíd.* Pp. 74-80.

²²³ *Ibíd.* P. 80. Hovenkamp señala que una excepción sería un Acuerdo Exclusivo celebrado con un distribuidor que tenga alguna ventaja significativa de costos sobre sus rivales. Incluso en ese caso, el autor considera que no hay razón para pensar que los precios aumentarán o la producción disminuirá. *Ibíd.* Pese a que no lo señala expresamente, esta situación es similar a la figura de “cuello de botella” de la teoría de Aumentar los Costos de los Rivales (*infra* nota 255 y texto que acompaña).

que se produzca un daño a la competencia. Aunque en este caso podría no haber daños en el corto plazo²²⁴, los Acuerdos de Exclusividad podrían dificultar a los competidores acceder a los distribuidores, coartando su capacidad de expansión y disminuyendo su competitividad, pudiendo incluso ser forzados a salir del mercado²²⁵. Alternativamente, los Acuerdos podrían forzar a los rivales a desarrollar otras formas de distribución o a utilizar distribuidores más costosos o menos eficientes²²⁶, ralentizando así su crecimiento²²⁷. En cualquier caso, la competitividad del mercado aguas arriba se vería afectada por los Acuerdos de Exclusividad.

Pese a que transformar esta propuesta en cifras pueda resultar controversial²²⁸, se ha planteado que para que pueda producirse una exclusión exitosa a través de Acuerdos de Exclusividad²²⁹: (i) el mercado aguas arriba tiene que tener una concentración de por lo menos 1800 IHH²³⁰, (ii) el vendedor exclusivo debe tener una cuota de mercado de 20% o más y (iii) sus Acuerdos deben cubrir ese mismo porcentaje del mercado aguas abajo²³¹.

Un mercado con una concentración superior a los 1800 IHH puede ser uno con diversas estructuras. Por ejemplo, puede ser un mercado en que uno de sus participantes tenga una cuota de 43% o más, caso en el que, sin importar si sus rivales tienen una participación de mercado superior, igual o menor, el umbral antes señalado será superado²³². De forma similar, si una empresa tiene un 30% de participación y todos sus competidores bordean una

²²⁴ *Ibíd.* P. 81. Hay que mencionar que Hovenkamp asume que se trata de una empresa en posición dominante que ya cobra precios monopólicos, que no pueden ser aumentados incluso tras monopolizar el mercado aguas abajo.

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ Para esta situación específica, Hovenkamp redirige la discusión a la teoría RRC. *Ibíd.* 81n31.

²²⁷ *Ibíd.* Pp. 73 y 81.

²²⁸ Existe gran discusión sobre la concentración de mercado y participación del vendedor, y cobertura de los Acuerdos que son necesarias para que puedan ocasionar una exclusión anticompetitiva. A este respecto véase *infra* puntos 3.1 y 3.6, respectivamente.

²²⁹ En términos estrictos, el autor propone los elementos que un demandante debe probar para que su caso no sea desechado, es decir, los requisitos que hacen posible una exclusión anticompetitiva, a lo que se debe agregar la consideración de otros factores. Hovenkamp (2005a), Pp. 167-8 y 182.

²³⁰ IHH son las siglas del Índice Herfindhal Hirschman que normalmente se utiliza para medir la concentración de un mercado y su variación, particularmente en la evaluación las operaciones de concentración. El índice se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de los actores (en porcentaje) de un mercado. FNE (2012), p. 13.

²³¹ Hovenkamp (2005a), pp. 167 y 182. Cabe señalar que parece haber un error en el libro consultado, porque en otras partes del mismo se sugiere que la cobertura de los Acuerdos debe alcanzar un 30% (*ibíd.* P. 176) y que la cuota de mercado del vendedor exclusivo debe ser de 30% (*ibíd.* P. 182).

²³² Debido a que 43^2 es 1849.

cuota de mercado de 2%, el mercado superará los 1800 IHH²³³. Finalmente, si todos los competidores de un mercado alcanzan, al menos, una participación de 19% el IHH también será superior a 1800²³⁴.

Respecto de la participación de mercado del vendedor exclusivo, ésta debe alcanzar un mínimo de 20% del mercado aguas arriba, es decir, de la venta de bienes o servicios que realizan el vendedor y sus competidores a diversos compradores. Además, el vendedor tiene que tener suficiente poder de mercado para que los distribuidores acepten la relación exclusiva, lo que ocurrirá si a éstos les resulta más conveniente adquirir y comercializar solamente sus productos, que adquirir y comercializar los productos de cualquiera de sus rivales, pero no los suyos²³⁵.

Por último, que la cobertura de los Acuerdos de Exclusividad sea de un 20% simplemente implica que debe haber un 20% del total de las ventas del mercado aguas abajo que se realicen en el marco de una relación (total o parcialmente) exclusiva. Aun porcentajes de cobertura más altos no generan una anticompetitividad *per se*²³⁶, pues de todos modos deben concurrir los otros dos elementos recién mencionados, además de tenerse en cuenta otros factores que rodean la relación exclusiva. Particularmente, si el mercado aguas arriba es suficientemente competitivo, ni siquiera Acuerdos que cubran gran parte del mercado aguas abajo causarán una exclusión anticompetitiva²³⁷.

2.2 Aumento de los Costos de los Rivales

Como alternativa a la exclusión a través de la predación, Salop y Scheffman propusieron que las empresas (dominantes) podían ocasionar una exclusión anticompetitiva aumentando los costos de sus rivales²³⁸, siendo ésta última una estrategia más conveniente que los precios predatorios, pues no exige expulsar competidores del mercado, sacrificar

²³³ Debido a que 30^2 es 900 y $2^2 \times 35$ (cantidad de competidores posibles del mercado) es 1400, dando un IHH de 2300.

²³⁴ Debido a que 19^2 es 361 y, al multiplicarlo por 5 (cantidad de competidores posibles del mercado), el IHH sería 1805.

²³⁵ Hovenkamp (2005a), pp. 81 y 175.

²³⁶ *Ibíd.* Pp. 176-8.

²³⁷ *Ibíd.* P. 179-81.

²³⁸ Salop y Scheffman (1983).

ganancias en el corto plazo ni tener acceso a una gran fuente de financiamiento²³⁹. Muchas conductas podrían ser usadas para incrementar los costos de los rivales, como impulsar mayores regulaciones gubernamentales; aumentar los gastos en publicidad, investigación y/o desarrollo; “Estrangular los Márgenes” (“*Margin Squeeze*”); o pactar Acuerdos de Exclusividad²⁴⁰.

En principio, tres condiciones deben cumplirse para que una estrategia RRC sea una práctica exclusoria anticompetitiva. Primero, la conducta tiene que ser rentable para la empresa, es decir, debe permitirle aumentar su participación de mercado o subir sus precios en mayor magnitud a su posible incremento de costos²⁴¹. Además, la conducta tiene que dañar a los competidores, precisamente a través de un aumento en sus costos que no es compensado por una mayor demanda de sus productos o un mayor precio de los mismos²⁴². En caso de que el aumento en sus costos medios fuese de gran magnitud, la estrategia podría funcionar como una barrera a la entrada o a la expansión que fuerza a competidores a salir del mercado o inhibe su ingreso²⁴³. Finalmente, tendría que afectarse el bienestar de los consumidores, cuestión que ocurriría si el aumento de los costos de la(s) empresa(s) ocasionase un incremento correlativo en los precios de venta²⁴⁴.

Posteriormente, Krattenmaker y Salop profundizaron el paradigma RRC²⁴⁵ para superar la doctrina “tradicional” de la Clausura de Mercado, enfrentar las críticas de la Escuela de Chicago²⁴⁶ y así proveer un estándar único y general para analizar el potencial anticompetitivo de todas las prácticas exclusorias²⁴⁷. En términos simples, la propuesta de los autores es que el análisis de la exclusión anticompetitiva debiese enfocarse en si una empresa puede aumentar inevitable y significativamente los costos de sus competidores de

²³⁹ *Ibíd.* P. 267.

²⁴⁰ *Ibíd.* Pp. 267-8.

²⁴¹ *Ibíd.* Pp. 268-70.

²⁴² *Ibíd.* P. 270.

²⁴³ *Ibíd.* P. 269.

²⁴⁴ *Ibíd.* P. 270.

²⁴⁵ Krattenmaker y Salop (1986). Para una breve crítica de esta propuesta, véase Hovenkamp (2005a), pp. 111-7.

²⁴⁶ Cabe mencionar que los autores originales del paradigma RRC han afirmado que éste tiene sus raíces en el pensamiento económico de la Escuela de Chicago (Salop (2008), p. 144) y que este tipo de estrategias fueron en cierta forma reconocidas por esta Escuela (Scheffman y Higgins (2003), p. 375). Ambos autores hacen referencia al trabajo de Director y Levi que reconoce que en algunos casos los Acuerdos de Exclusividad pueden dañar la competencia. Director y Levi (1956), p. 293.

²⁴⁷ Krattenmaker y Salop (1986), pp. 215-23.

tal forma que le es posible ejercer poder monopólico²⁴⁸. En otras palabras, evaluar cuándo un daño a los competidores permitirá a la empresa aumentar los precios que cobra²⁴⁹.

Los autores comienzan señalando que es común que las empresas celebren “Contratos de Derechos de Exclusión” (“*Exclusionary Rights Contracts*”) a través de los cuales acuerdan con sus proveedores que éstos no negociarán con los competidores de la compradora²⁵⁰. En estos términos, pareciera ser que el proveedor vende productos y que la empresa compradora los adquiere; sin embargo, los distribuidores pueden tener el carácter de clientes y, a su vez, de prestadores de servicios de distribución (los que son adquiridos por la empresa proveedora de productos)²⁵¹. Por ello, lo relevante en este ámbito no es qué empresa está comprando productos, sino qué empresa está adquiriendo derechos de exclusión²⁵². En el caso específico de los Acuerdos de Exclusividad analizados en este trabajo, el proveedor de bienes y servicios es quien adquiere derechos de exclusión para evitar que otros vendedores utilicen sus mismas vías de distribución o, en otras palabras, para bloquear ese insumo²⁵³.

Cuatro son las formas en que los contratos de derechos de exclusión pueden aumentar los costos de los rivales²⁵⁴: “Cuello de Botella” (“*Bottleneck*”), “Clausura Real” (“*Real*

²⁴⁸ Entendido como la posibilidad de subir los precios por sobre el nivel competitivo (ibíd. P. 214) y utilizado como sinónimo de poder de mercado, que es definido como “capacidad para aumentar los precios por sobre el nivel competitivo y para restringir la producción” (ibíd. Pp. 212-3). En forma similar los autores usan el concepto de “Poder sobre el Precio” (“*Power Over Price*”). Estos conceptos no deben confundirse con exigir la existencia de una posición monopólica o dominante. Sobre esto último, véase *infra* nota 288 y texto que acompaña.

²⁴⁹ Ibíd. Pp. 214.

²⁵⁰ Ibíd. Pp. 223-5. Este tipo de contratos pueden ir desde una simple compraventa hasta, en el caso más extremo, vender únicamente derechos de exclusión, caso denominado “Contratos de Derechos de Exclusión Desnudos” (“*Naked Exclusionary Rights Contracts*”). Entre ambos extremos existen una variedad de contratos que contienen derechos de exclusión, tales como Acuerdos de Exclusividad, ventas atadas, negativa de venta y boicots grupales. Ibíd. Pp. 227-8.

²⁵¹ Ibíd. P. 226-7.

²⁵² Ibíd. P. 226.

²⁵³ En el ámbito de las fusiones se distingue entre “Bloqueo de Insumos” (“*Input Foreclosure*”) del “Bloqueo de Clientes” (“*Customer Foreclosure*”), distinción que también es aplicable a las restricciones verticales. El primero ocurre cuando “un acuerdo de exclusividad niega a un rival aguas abajo el acceso a los insumos que quiere comprar de una empresa de aguas arriba” y el segundo cuando “un acuerdo de exclusividad entre una empresa aguas arriba y una empresa aguas abajo niega el acceso de rivales aguas arriba a un cliente aguas abajo”. OECD (2016), p. 9. Sobre los Acuerdos de Exclusividad y su utilización como estrategia de bloqueo de clientes véase *infra* notas 336-342 y texto que acompañan.

²⁵⁴ Cuando los autores hablan de aumentar los costos, generalmente se refieren a aquellos que afectan las oportunidades y estrategias de precio de sus rivales, es decir, costos marginales —aquellos incurridos en producir una unidad adicional— o incrementales —aquellos incurridos en aumentar la producción—, y no

Foreclosure”), “Director de Cartel” (“Cartel Ringmaster”) y “Monstruo de Frankenstein” (“*Frankenstein Monster*”).

En el caso del “cuello de botella”, un comprador obtiene derechos de exclusión de todos o la mayoría de los proveedores de menor costo, forzando a sus competidores a cambiarse a proveedores más costosos o menos eficientes, lo que causa un aumento en sus costos²⁵⁵. Por ello, cuando se analiza un caso de cuello de botella, lo más relevante no es la cantidad de distribuidores vinculados ni el porcentaje de mercado que representen, sino la calidad y valor de los mismos.

En la “clausura real”, el agente económico adquiere derechos de exclusión de una porción representativa de los proveedores generando un incremento en el precio de los proveedores restantes y disponibles²⁵⁶, causado por los costos en que deben incurrir para expandirse o por la competencia que se produce para acceder a ellos²⁵⁷. Para establecer cuán relevante es la porción de proveedores dentro del mercado total, debe determinarse la “Tasa Neta de Clausura” (“*Net Foreclosure Rate*”), ésta es, “el porcentaje de la capacidad que estaba disponible para los rivales antes de que se adoptara el acuerdo de derechos de exclusión pero que ya no está disponible a causa del acuerdo”²⁵⁸. Mientras más grande sea la tasa, teniendo en cuenta otros factores, mayor será el aumento en el precio de los insumos²⁵⁹. Si se tratase de distribuidores el problema sería que, al mantener un gran número de ellos un Acuerdo de Exclusividad, los restantes se verían en una posición privilegiada para solicitar a los proveedores de productos condiciones comerciales más convenientes o se verían obligados a aumentar su nivel de cobertura, incurriendo en mayores costos. En ambos escenarios el resultado sería probablemente el mismo: los

costos fijos. Sin embargo, la distinción entre éstos debe ser realizada con cautela, considerando la duración de los acuerdos, la calidad de los productos, si el rival está ingresando al mercado y si éste está en expansión o contracción. *Ibíd.* 250n129.

²⁵⁵ *Ibíd.* Pp. 234-6. “Los acuerdos de exclusividad pueden aumentar los costos de los rivales al obligarlos a utilizar vías de distribución significativamente más costosas o menos eficientes”. Salop, Pozen y Seward (2014), p. 6; citas omitidas.

²⁵⁶ Krattenmaker y Salop (1986), p. 236.

²⁵⁷ *Ibíd.* P. 254.

²⁵⁸ *Ibíd.* P. 259.

²⁵⁹ *Ibíd.* P. 260.

distribuidores exigirían pagar menos por los productos adquiridos a sus proveedores²⁶⁰. En este caso, lo relevante es la cantidad de distribuidores vinculados sin importar sus calidades o características particulares.

Tanto el “director de carteles” como el “monstruo de Frankenstein” son situaciones en que los derechos de exclusión se utilizan para organizar o facilitar una colusión. El “director de cártel” es un comprador de derechos de exclusión que coordina a sus proveedores para que cobren precios mayores a sus rivales²⁶¹, mientras que el “monstruo de Frankenstein” supone un mercado en que, tras la adquisición de derechos de exclusión por parte de una empresa, los restantes proveedores de insumos o servicios pueden coludirse para aumentar los precios de sus bienes o servicios²⁶². En ambos casos lo que aumenta los costos de los rivales no es la conducta de la empresa que adquiere derechos de exclusión, sino la coordinación tácita o expresa que se verifica entre los agentes del mercado en que la empresa adquirió estos derechos y, por ende, son conductas colusorias que el Derecho de la Competencia podría eventualmente sancionar en forma directa.

Incluso tras aumentar los costos de los rivales, generando consecuentemente un incentivo a que reduzcan su producción²⁶³, una empresa no habrá obtenido poder sobre el precio y el Derecho de la Competencia no tendría razón intervenir, porque todavía no se ha

²⁶⁰ Podría pensarse que los costos de los rivales del proveedor exclusivo aumentarían, sino que solo disminuirían sus ganancias. No obstante, en el contexto de RRC lo que estaría ocurriendo es que, por haber menos oferentes, el valor de mercado de la (provisión de servicios de) distribución aumentaría. Que la variación en ese valor se manifieste en un menor precio de los productos o en un mayor precio de la distribución es irrelevante.

²⁶¹ Krattenmaker y Salop (1986), pp. 238-9. Esta situación es actualmente conocida como una “Colusión *Hub and Spoke*”, “donde muchas partes conspiración directamente con un ‘hub’ o parte principal. El hub puede ser un proveedor o un distribuidor. Su función es la de servir como un intermediario que habla individualmente a cada uno de los competidores y luego transmite el acuerdo de cada competidor [...] a los otros competidores en una serie de conversaciones uno-a-uno”. Hay (2006), p. 882. Esta figura incorpora más aspectos horizontales que hacen meritorio sancionarla por ser una colusión y no por ser una práctica vertical. Krattenmaker y Salop (1986), p. 240. Además, en este caso la presencia o ausencia de un Acuerdo de Exclusividad parece no tener mayor relevancia, ya que basta que el proveedor se vincule en forma no exclusiva con los distribuidores para que pueda organizar y supervigilar la coordinación horizontal.

²⁶² *Ibíd.* Pp. 241-2. En contra se ha señalado que “... es improbable que los acuerdos de exclusividad faciliten una colusión aguas abajo” (Hovenkamp (2005a), p.124) y, asimismo, que sería más lucrativo para un distribuidor terminar el Acuerdo de Exclusividad si con ello puede participar en un cartel conformado por sus rivales, porque éste les permitiría aumentar los precios de sus servicios de distribución (*ibíd.* Pp. 114-5).

²⁶³ Krattenmaker y Salop (1986), p. 265.

afectado la competencia²⁶⁴. Para que la empresa excluyente adquiera la capacidad de aumentar sus precios por sobre el nivel competitivo, deben cumplirse dos condiciones adicionales: (i) su estrategia debe tener un efecto significativo en los costos de sus rivales y (ii) debe afectar la habilidad e incentivos de sus rivales para competir²⁶⁵.

Que la estrategia tenga un impacto significativo en los costos de los rivales implica que el incremento en sus costos sea considerable en magnitud (absoluta) y en duración. Si el aumento en los costos es pequeño, el insumo representa una pequeña porción del total de los costos de los rivales²⁶⁶ o el incremento de costos es de breve duración, lo más probable es que el efecto sea insignificante y, por ende, que la(s) empresa(s) afectada(s) no se verá(n) obligada(s) a aumentar sus precios para mantener sus ganancias²⁶⁷.

Además de lo anterior, deben evaluarse las consecuencias de su estrategia en otras fuentes de competencia: (a) competidores no excluidos, (b) competidores que también adquirieron derechos de exclusión y (c) potenciales entrantes²⁶⁸. Si los competidores no excluidos²⁶⁹ enfrentan barreras a la entrada o a la expansión, o tienen una capacidad limitada que no les permite expandirse para ocupar la posición de los competidores excluidos sin incurrir en costos adicionales, carecerán de la habilidad para competir y mantener el precio

²⁶⁴ *Ibíd.* P. 242. Sin embargo, solo aumentar los costos de los rivales impide que éstos minimicen sus costos de producir, es decir, reduce su eficiencia productiva. Krattenmaker y Salop no consideran conveniente sancionar a las empresas que aumenten los costos de sus rivales sin adquirir poder sobre el precio, porque éstas no tendrán incentivos para ejecutar ese tipo de actos y disminuiría el incentivo a competir arduamente. *Ibíd.* Pp. 247-8.

²⁶⁵ *Ibíd.* Pp. 250-1.

²⁶⁶ Esta es la denominada “Cuota del Costo” (“*Cost Share*”), que es definida como “el porcentaje de los costos de los rivales que es representado por el insumo involucrado en el acuerdo de derechos exclusivos”. *Ibíd.* P. 259.

²⁶⁷ *Ibíd.* Pp. 243 y 254-5.

²⁶⁸ “[S]uficientes de los competidores actuales o potenciales del comprador [de Derechos de Exclusión] deben sufrir el aumento de precios para que los rivales no excluidos restantes no puedan o no vayan a prevenir que el comprador ejerza poder sobre el precio”. *Ibíd.* p. 255. Baker denomina a esto el problema de la “suficiencia” de la exclusión y afirma que “[e]l comportamiento exclusorio debe ser *suficiente* para perjudicar la competencia. Esta condición requiere en parte que la empresa excluida haya importado competitivamente [...] Además, exige que toda competencia restante [...] no menoscabe lo que la relajación de una fuerza competitiva ha conseguido para las empresas excluyentes: su capacidad para aumentar los precios del mercado”. Baker (2013), p. 565; cursiva propia.

²⁶⁹ En principio, si una empresa pacta Acuerdos de Exclusividad todos los demás vendedores de productos son excluidos de ese cliente. No obstante, puede ocurrir que la indisponibilidad de ese distribuidor/comprador no afecte los costos de determinados rivales, en la medida en que éstos nunca hayan vendido (ni pretendido vender) a aquéllos.

en un nivel competitivo, aunque se beneficiarán del aumento de precios²⁷⁰. También puede suceder que los rivales carezcan de incentivos para competir si, tras la estrategia RRC, la cantidad de empresas restantes en el mercado es suficientemente reducida para permitirles escoger coordinarse con el objetivo de disminuir la producción y aumentar los precios²⁷¹. Por el contrario, podría ocurrir que otros competidores hayan adquirido derechos de exclusión, lo que mantendría la competencia entre empresas que no han sufrido un aumento en sus costos y restringiría recíprocamente su capacidad de aumentar los precios del mercado²⁷².

Finalmente, debe considerarse que los potenciales entrantes pueden mantener los precios bajos si la entrada al mercado es relativamente fácil, pero ello no ocurrirá si los derechos de exclusión adquiridos por los incumbentes aumentan los costos de los entrantes, erigiendo barreras a la entrada²⁷³. En este sentido, si la conducta de la empresa excluyente aumenta los costos de los potenciales entrantes en tal medida que ante un aumento pequeño de los precios éstos prefieren no ingresar al mercado, su capacidad disciplinadora será mínima o inclusive inexistente²⁷⁴.

El análisis anterior hace a Krattenmaker y Salop afirmar: “Si se cumplen estas dos condiciones básicas, la estrategia puede tener éxito. Sin embargo, para que la estrategia sea exitosa, la empresa que busca un derecho de exclusión debe poder adquirir ese derecho de manera rentable, y sus rivales deben carecer de contraestrategias efectivas”²⁷⁵. Es decir, aun tras haber aumentado significativamente los costos de sus competidores y haber afectado la capacidad competitiva e incentivos para competir de sus restantes rivales, la adquirente de derechos de exclusión todavía no ha ejecutado una estrategia exclusoria exitosa.

Las contraestrategias que pueden estar disponibles son básicamente dos: (i) localizar insumos sustitutos y (ii) hacer una contraoferta que supere la del comprador de derechos de exclusión, para así evitar que los adquiera²⁷⁶. En el ámbito de la distribución, la primera contraestrategia puede lograrse encontrando otros distribuidores disponibles o

²⁷⁰ Krattenmaker y Salop (1986), pp. 243-4.

²⁷¹ *Ibíd.* Pp. 244-5.

²⁷² *Ibíd.* Pp. 263-4.

²⁷³ *Ibíd.* Pp. 245-6.

²⁷⁴ *Ibíd.* P. 265.

²⁷⁵ *Ibíd.* P. 252.

²⁷⁶ *Ibíd.* Pp. 268-9.

desarrollando un nuevo mecanismo de distribución, sea de forma directa o a través de intermediarios. La segunda implica que los rivales sean capaces de ofrecer mayores pagos, descuentos u otro tipo de prestaciones que hagan rentable para los distribuidores rechazar la oferta de la empresa excluyente.

Por otro lado, para determinar si una conducta es rentable es menester comparar sus beneficios con sus costos. En el caso de una conducta exclusiva, el principal costo que puede existir es el de compensar al vendedor del derecho de exclusión por las pérdidas que le genera el no poder contratar con los rivales de la empresa excluyente²⁷⁷. La magnitud de estas pérdidas dependerá principalmente de la relevancia de las transacciones con los rivales en los ingresos totales del proveedor y de la posibilidad de este último de relacionarse con empresas que no compitan con el comprador²⁷⁸. Por ejemplo, las pérdidas de un cine serían considerables si un proveedor de chocolates y confites le impide comercializar productos de sus competidores, pero dichas pérdidas pueden contrarrestarse si el cine tiene la posibilidad de relacionarse con otros proveedores de comida, expandiendo así, por ejemplo, su oferta de helados.

Para resumir, una estrategia RRC supone, al menos, tres requisitos copulativos para que sea exitosa: primero, que los Acuerdos de Exclusividad sean empleados de tal manera que aumenten los costos de los rivales; segundo, que la empresa excluyente adquiera poder sobre el precio, cuestión que depende de que los rivales actuales no tengan capacidad o incentivos para competir, y de que el ingreso de rivales sea improbable; y, finalmente, que la estrategia empleada sea rentable para quien la emplea y que quienes son afectados por ella no tengan contraestrategias disponibles.

La teoría RRC ha sido reconocida explícita o implícitamente por innumerables autores²⁷⁹ y, sin embargo, su recepción por parte de los organismos antimonopolios, al menos en casos de Acuerdos de Exclusividad, ha sido escasa. Pese a ello, en ocasiones la FNE

²⁷⁷ *Ibíd.* P. 273.

²⁷⁸ *Ibíd.*

²⁷⁹ Por todos: Tom, Balto y Averitt (2000), pp. 618-9; Sher y Rusell (2005), p. 8; y Rojas (2010), pp. 184 y 203.

o el TDLC han hecho breves referencias al aumento de los costos de los rivales²⁸⁰, lo que permite inferir que ambas instituciones han considerado este paradigma, aun cuando no haya sido el núcleo central de ningún caso chileno. Por su parte, en algunas decisiones estadounidenses igualmente se alude al paradigma RRC²⁸¹, siendo *McWane* —juicio en que se discutió la legitimidad de los Acuerdos de Exclusividad que *McWane, Inc.*, monopolista en el mercado de piezas de tubería de hierro dúctil, imponía a sus distribuidores²⁸²— el más patente a este respecto. En este último se mencionó expresamente la teoría RRC²⁸³ y se afirmó que con sus Acuerdos el monopolista “privó a sus rivales ... de la distribución suficiente para lograr una escala eficiente, de este modo, elevó [sus] costos y ralentizó o impidió [su] entrada efectiva”²⁸⁴.

3. Elementos a Considerar para Evaluar una Exclusión Anticompetitiva

A pesar de que los dos enfoques recién planteados difieren entre sí, los dos explican cómo el impedir que un competidor venda a un determinado comprador o distribuidor aguas abajo puede afectar la Libre Competencia en un mercado determinado: al reducir la capacidad competitiva de los rivales actuales o potenciales y, consecuentemente, la competitividad del mercado. Sin embargo, las exposiciones de cada propuesta están en cierta forma incompletas, ya que ambas consideran otros factores para determinar si una conducta efectivamente causó (o es capaz de causar) una exclusión anticompetitiva. Estos elementos pueden ser necesarios para la verificación de un daño competitivo, incidir en la probabilidad de ocurrencia del daño anticompetitivo o influir en la interpretación de otros factores o

²⁸⁰ Avenimiento (2008) entre FNE y CCU, p. 3-4; Sentencia N°115 (2009) TDLC, c. 56 y 66; Conciliación (2011) FNE, Elsa, Mc, Castel, Antillanca, Andina y Embonor, p. 3; FNE (2014), p. 12. También se puede encontrar una breve referencia en un fallo de la Unión Europea: Van den Bergh Foods (2003) Tribunal General, par. 49.

²⁸¹ *Beltone* (1982) FTC, pp. 206-7. Aunque ni *Microsoft* ni *Dentsply* mencionan esta teoría o a sus autores, ambos casos la reconocen, porque en ellos las empresas demandadas—monopolistas en el mercado de los sistemas operativos para computadores basados en Intel y en el de dientes artificiales, respectivamente— fueron sancionadas por mantener Acuerdos de Exclusividad Impuestos con los distribuidores más eficientes, que evitaron que rivales accedieran a ellos y, consecuentemente, aumentaron sus costos o redujeron su competitividad. *Microsoft* (2001) Circuito D.C, pp. 64, 70-1; y *Dentsply* (2005) Tercer Circuito, pp. 191-4.

²⁸² *McWane* (2015) Onceavo Circuito, pp. 819-21.

²⁸³ *Ibíd.* Pp. 821 y 832.

²⁸⁴ *Ibíd.* P. 838. Esta parte del fallo es una cita a la decisión de la FTC.

pruebas de un caso determinado. Estos factores son analizados a continuación en base a la relación que tienen con las dos teorías ya expuestas.

3.1 Posición de Mercado del Vendedor y sus Competidores

Aun cuando algunas posturas sobre los Acuerdos de Exclusividad parecen sugerir que solo cuando estos son usados por empresas dominantes o monopolistas pueden generar un perjuicio anticompetitivo²⁸⁵, parte de la doctrina afirma que ésta práctica puede ser utilizada por empresas no dominantes precisamente con el objetivo de alcanzar una posición de dominio²⁸⁶ o para perpetuar o crear un mercado menos competitivo²⁸⁷. Pese a que en la propuesta RRC se habla de adquirir poder monopólico, sus autores señalan que lo relevante no es la adquisición o perpetuación de poder de mercado “tradicional”, sino la posibilidad de aumentar los precios de venta por sobre los existentes antes de la adquisición de Derechos de Exclusión, para lo cual puede bastar con que sus rivales tengan mayores costos marginales²⁸⁸.

Tanto la jurisprudencia estadounidense como la europea han condenado Acuerdos de Exclusividad empleados por no monopolistas. Sin embargo, la primera se fundó, en casos como *Standard Stations*, en el denominado test de “Sustancialidad Cuantitativa” (“*Quantitative Substantiality*”)²⁸⁹ y en la versión abandonada de la teoría de Clausura de Mercado²⁹⁰. En cambio, en *Delimitis* el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo “TJ”)²⁹¹ asentó los requisitos para que un Acuerdo de Exclusividad celebrado por una empresa no dominante esté prohibido por el artículo 101 del TFEU: (i) el mercado en que se emplea debe ser difícilmente accesible para potenciales entrantes o incumbentes que

²⁸⁵ Wright (2009); Abott y Wright (2010), p. 194; Marvel (1982), p. 24; Broder (2010), p. 58; Posner (2001), p. 265; y Rojas (2010), pp. 187 y 202-3. Para este último bastaría que el proveedor o *el distribuidor* ocupasen una posición dominante.

²⁸⁶ Melamed (2006), p. 409; Meese (2005), pp. 429-30; International Competition Network (2013), p. 10; y Hovenkamp (2005a), pp. 170-1. En otras palabras, “[e]s la conducta exclusoria la que crea el poder de mercado que se evalúa, no al revés”. Krattenmaker, Lande y Salop (1987), p. 255.

²⁸⁷ *Supra* nota 215 y texto que acompaña.

²⁸⁸ Krattenmaker y Salop (1986), p. 251.

²⁸⁹ Jacobson (2002), p. 321.

²⁹⁰ *Infra* nota 417 y texto que acompaña.

²⁹¹ Antes denominado Corte de Justicia de Europa, que fue renombrada en 2009 por el Tratado de Lisboa. En el cuerpo del trabajo se utilizará su nombre actual (aunque las sentencias hayan sido dictadas antes de 2009) y en la bibliografía se hará referencia a su nombre en la fecha de la sentencia respectiva.

desean expandirse, considerando el contexto económico y jurídico y la presencia de Acuerdos de Exclusividad, y (ii) el Acuerdo debe contribuir significativamente a bloquear el acceso al mercado²⁹².

Se considere o no la posición dominante como un requisito para menoscabar la Libre Competencia, la empresa vendedora debe ser capaz de compensar a sus clientes por las pérdidas que la exclusividad conlleva²⁹³ o ser suficientemente relevante en el mercado para que a los compradores les sea más conveniente aceptar los Acuerdos que rechazarlos²⁹⁴. Un vendedor siempre podría conseguir una relación exclusiva con sus clientes si es un “Socio Comercial Inevitable” (“*Unavoidable Trading Partner*”), sea “porque su marca es un producto imprescindible por ser preferido por muchos consumidores finales o porque las limitaciones de capacidad de los otros proveedores son tales que una parte de la demanda solo puede ser proporcionada por el proveedor en cuestión”²⁹⁵. Aunque se ha señalado que el concepto de socio comercial inevitable “añade poco, y es en realidad equivalente a afirmar que una empresa tiene poder de mercado sobre sus clientes, lo que es parte de la definición legal de dominancia”²⁹⁶, en el análisis de los Acuerdos de Exclusividad su relevancia no es ayudar a identificar (ni equivaler a) la dominancia de una empresa, sino resaltar lo difícil o imposible que puede ser para determinados compradores rechazar o abandonar la relación exclusiva²⁹⁷. La calidad de socio comercial inevitable (o ineludible) del proveedor ha sido mencionada en casos europeos²⁹⁸ y chilenos²⁹⁹.

También hay que considerar que la probabilidad y magnitud del daño anticompetitivo de una estrategia exclusoria variarán según las posiciones de todos los participantes del

²⁹² Delimitis (1991) Tribunal de Justicia, par. 27 y p. 19. En *Langnese y Van den Bergh Foods* fueron reiterados esos requisitos, sancionándose por infracción al art. 101 del TFEU al proveedor que, respectivamente, tenía una fuerte posición de mercado sin ser dominante (Lagnese (1995) Tribunal General, pars. 96 y 99 y ss.) o detentaba una posición de dominio (Van den Bergh Foods (2006) Tribunal de Justicia, pars. 53 y 84-5).

²⁹³ *Supra* notas 277 y 278 y texto que acompañan y, en el mismo sentido, Melamed (2006), pp. 403 y 409.

²⁹⁴ *Supra* nota 235 y texto que acompaña.

²⁹⁵ Comisión Europea (2010a), par. 132.

²⁹⁶ Geradin et al (2005), p. 19.

²⁹⁷ Ello cobra importancia *infra* al considerar las consecuencias del término como factor relevante para la verificación de una exclusión anticompetitiva (punto 3.5).

²⁹⁸ Hoffmann-La Roche (1979) Tribunal de Justicia, par. 41; Van den Bergh Foods (2003) Tribunal General, par. 156; Tomra (2010) Tribunal General, par. 269; e Intel (2014) Tribunal General, par. 91-3.

²⁹⁹ Requerimiento de FNE contra Embonor y Andina, pp. 35-6 (2011); Demanda de Trendy contra Nestlé (2011), pp. 7-8; y Requerimiento FNE en contra de Unilever (2013), pp. 20-1.

mercado afectado. En el paradigma RRC, mientras mayor sea la cuota de mercado del vendedor, mayores serán sus ganancias ilegítimas si la estrategia es exitosa, por lo que tendrá mayores incentivos y capacidad de compensar a sus compradores³⁰⁰. Por otra parte, tanto una estrategia de Clausura de Mercado como de RRC requieren que los Acuerdos de Exclusividad se empleen en mercados concentrados³⁰¹. Además, se ha señalado que un efecto anticompetitivo es poco factible si los rivales del vendedor exclusivo son numerosos y fuertes³⁰², y que si éstos pueden competir en igualdad de condiciones por el total de la demanda de los clientes individuales, es improbable que los Acuerdos de Exclusividad puedan obstaculizar o impedir la competencia³⁰³. Por último, los autores de ambas teorías han reconocido que cuando los Acuerdos de Exclusividad son usados por un monopolista hay mayor probabilidad de que éstos causen efectos anticompetitivos y, por ende, el estándar para evaluar su anticompetitividad debiese aplicarse en forma más rigurosa³⁰⁴. Esta última postura fue adoptada en *Microsoft*, en que la Corte de Apelaciones declaró: “Las preocupaciones prudenciales básicas relevantes por las secciones 1 y 2 [de la *Sherman Act*] son reconocidamente las mismas. [...] [S]in embargo, [...] el uso de contratos exclusivos por un monopolista, en ciertas circunstancias, puede dar lugar a una violación de la sección 2 a pesar de que los contratos cierren menos de aproximadamente el 40% o 50% generalmente requerido para establecer una violación a la sección 1”³⁰⁵.

3.2 Barreras a la Entrada y Formas Alternativas de Distribución

Las Barreras a la Entrada (“*Barriers to Entry*”)³⁰⁶ son usualmente analizadas al momento de determinar si una empresa detenta una posición dominante en un mercado, pero, en el caso de los Acuerdos de Exclusividad, éstas son además un elemento relevante para determinar la anticompetitividad de la práctica. Lo anterior se debe a que generalmente se

³⁰⁰ Krattenmaker y Salop (1986), pp. 268, 271 y 275.

³⁰¹ *Ibíd.* p. 267 y *Supra* notas 230-234 y texto que acompañan.

³⁰² Comisión Europea (2010a), par. 134.

³⁰³ *Ibíd.* Par. 133 y Comisión Europea (2009), par. 136.

³⁰⁴ Salop, Pozen y Seward (2014), pp. 39-40 y Areeda y Hovenkamp (2008b), pp. 164, 423 y 425-6.

³⁰⁵ Microsoft (2001) Circuito D.C., p. 70.

³⁰⁶ “[A]quellas características del mercado que otorgan ventaja a las empresas incumbentes respecto de sus competidores potenciales, retardando o haciendo más costoso el ingreso de estos últimos, y permitiendo a las primeras el ejercicio de poder de mercado durante un período de tiempo determinado”. FNE (2012), p. 15.

reconoce que la (pre)existencia de barreras a la entrada (o a la expansión) es un requisito esencial para que los Acuerdos de Exclusividad puedan tener efectos anticompetitivos³⁰⁷ y porque éstos pueden ser usados para erigir barreras a la entrada³⁰⁸ o a la expansión de incumbentes³⁰⁹.

Tanto la teoría de Clausura del Mercado³¹⁰ como la del Aumento de los Costos de los Rivales³¹¹ reconocen que para que una conducta exclusoria pueda tener éxito debe haber barreras a la entrada (o a la expansión) en un mercado que, solo para estos efectos, es el mercado aguas abajo³¹². Para la primera propuesta, los Acuerdos de Exclusividad solo podrían excluir anticompetitivamente a competidores potenciales o actuales si éstos son incapaces de ingresar por su cuenta al mercado de la distribución³¹³. En términos del paradigma RRC, lo relevante es que los entrantes e incumbentes carezcan de contraestrategias que les permitan superar la táctica exclusoria del vendedor que pretende adquirir poder sobre el precio³¹⁴, una de las cuáles podría ser comercializar directamente sus productos. Similarmente, debe considerarse que los rivales pueden buscar formas alternativas de distribución —como convencer a un minorista para que ofrezca un nuevo tipo de producto³¹⁵— que también minarían el potencial exclusorio de la estrategia del vendedor exclusivo.

Adicionalmente, es relevante tener en cuenta que no solo deben existir, en abstracto, formas alternativas de distribuir productos, sino que los medios disponibles para los rivales deben ser equivalentes a los que el vendedor exclusivo está utilizando. Si el vendedor tiene la capacidad y decide distribuir directamente sus productos, este mecanismo tendría que compararse en costos y eficiencia con las formas de comercialización comúnmente utilizadas

³⁰⁷ Tom, Balto y Averitt (2000), p. 618; B. Klein (2003), p. 122-3; Meese (2005), p. 430; Jacobson (2002), p. 366; y Wright (2013), p. 9.

³⁰⁸ Jacobson y Sher (2006), p. 792; Rojas (2010) p. 187; y *supra* notas 273-274 y texto que acompañan.

³⁰⁹ Salop, Pozen y Seward (2014), pp. 32-3 y *supra* notas 225-227.

³¹⁰ *Supra* nota 219 y texto que acompaña.

³¹¹ Krattenmaker y Salop (1986), p. 286.

³¹² Hovenkamp (2005a), p. 84. Obviamente, la existencia de barreras en el mercado aguas arriba es relevante. Por ejemplo, el paradigma RRC considera las barreras a la entrada y a la expansión en dicho mercado en la medida en que afectan la capacidad competitiva de los competidores no excluidos (*supra* notas 269-270 y texto que acompañan).

³¹³ Hovenkamp (2005a), p. 85.

³¹⁴ Krattenmaker y Salop (1986), p. 268.

³¹⁵ Steuer (1983), p. 123.

en el mercado³¹⁶. Si existen “Economías de Alcance” (“*Scope Economies*”)³¹⁷ en el mercado aguas abajo, los competidores tendrán más dificultades para encontrar distribuidores adecuados y usar distribuidores solo para sus productos sería económicamente ineficiente y más costoso³¹⁸. En cualquier caso, el solo hecho de tener que buscar alternativas de distribución puede aumentar los costos de los rivales o retrasar su ingreso o expansión³¹⁹.

De particular importancia fue la existencia de mecanismos alternativos de distribución en *Gilbarco*, en que Gilbarco Inc (en adelante “Gilbarco”), empresa dedicada a la producción de dispensadores de gasolina con una participación de mercado de 55%, celebró Acuerdos de Exclusividad con sus distribuidores³²⁰. Pese a que los Acuerdos cubrían un 38% del mercado, su efecto excluyente era morigerado e incluso eliminado por la existencia de otras formas de llegar a los usuarios finales —específicamente: ventas directas y a través de contratistas de servicios—, existencia que desembocó en la absolución de Gilbarco³²¹. En forma similar, en *Cigarrillos I* el TDLC constató, tras verificar las consecuencias anticompetitivas de los Acuerdos de Exclusividad de CCT, la insuficiencia para las demás tabacaleras de la distribución a través de mayoristas independientes³²².

Por otra parte, los Acuerdos de Exclusividad pueden funcionar como barreras a la entrada³²³, pues pueden aumentar en forma considerable los costos de los entrantes

³¹⁶ International Competition Network (2013), p. 20.

³¹⁷ “Situación en la que la producción conjunta de una empresa es mayor que la producción que podrían obtener dos empresas si cada una produjera un único producto”. Pindyck y Rubinfeld (2009), p. 280. Para la distribución, la economía de alcance significa que es más eficiente vender dos (o más) productos (diferentes) en el mismo lugar que ofrecerlos en forma separada.

³¹⁸ Hovenkamp (2005a), pp. 88-9 y, en forma similar, B. Klein (2003), p. 123.

³¹⁹ Salop, Pozen y Seward (2014), pp. 6 y 9.

³²⁰ *Gilbarco* (1997) Noveno Circuito, pp. 1157-60.

³²¹ *Ibíd.* Pp. 1161-2 y 1165. De las condenas en *McWane* (*McWane* (2015) Onceavo Circuito, pp. 834 y 839-40), *Microsoft* y *Dentsply* (*supra* nota 281 y texto que acompaña), y *Tomra* (*infra* notas 346-348 y texto que acompaña) se extrae la misma conclusión, porque ellas se debieron, al menos en parte, a la *inexistencia* de alternativas (óptimas) de distribución.

³²² Sentencia N°26 (2005), c. 33. La forma de distribución también fue relevante en *Intel*, al derivarse el carácter estratégico de la práctica excluyente de la utilización de Acuerdos de Exclusividad en los canales de distribución más importantes (*Intel* (2014) Tribunal General, pars. 183 y 1537; en *Cervezas*, al delimitarse el mercado relevante incluyendo solo el canal de consumo inmediato (Requerimiento de FNE en contra de CCU (2008), pp. 16-7); y en *Detergentes*, al destacarse que los Acuerdos de Exclusividad fueron pactadas con mayoristas de gran tamaño y con gran alcance territorial (Requerimiento de FNE en contra de Unilever (2013), p. 23).

³²³ También se ha propuesto que vendedores y compradores pueden celebrar Acuerdos de Exclusividad fijando “Daños Liquidados” (“*Liquidated Damages*”) —en cierta forma equivalentes a una cláusula penal—, con el objetivo de dificultar el ingreso de competidores al mercado al imponerles un gasto adicional en que deben

impidiendo su ingreso al mercado; o a la expansión, pues limitan la capacidad de los rivales actuales de incrementar su participación de mercado debido a la menor disponibilidad de intermediarios³²⁴. En este sentido, los Acuerdos de Exclusividad pueden funcionar como un comportamiento estratégico que permite erigir barreras a la entrada y/o a la expansión en el mercado aguas arriba³²⁵, posibilidad que también ha reconocido la jurisprudencia³²⁶. En forma semejante, Hovenkamp puntualiza que, especialmente si existen barreras a la entrada en el mercado aguas abajo, los Acuerdos de Exclusividad pueden dificultar seriamente el ingreso al mercado aguas arriba porque los entrantes se verían forzados a incurrir en un negocio más costoso y riesgoso: ingresar simultáneamente en dos mercados diferentes³²⁷.

3.3 Nivel de la Relación en la Estructura Vertical

Steuer fue quien originalmente afirmó: “El nivel de distribución en el que se impone el acuerdo de exclusividad puede tener un enorme efecto sobre el grado de exclusión”³²⁸, consideración que fue posteriormente incorporada en el análisis de esta conducta por parte de la doctrina³²⁹. El argumento fundamental es que negar a los competidores el acceso al mercado de los distribuidores (mayoristas o minoristas) no impide alcanzar a los consumidores finales³³⁰. Es por eso que los Acuerdos de Exclusividad con usuarios finales pueden, a menudo, tener resultados más dañinos que aquellos celebrados con intermediarios³³¹.

Cuando Steuer evalúa el porcentaje mercado que es cerrado por los Acuerdos de Exclusividad celebrados con intermediarios nota que, aunque un distribuidor represente un

incurrir, consistente en el valor de los daños liquidados que el comprador pretenderá sean subsidiados por el entrante. Aghion y Bolton (1987).

³²⁴ Salop, Pozen y Seward (2014), pp. 17-8.

³²⁵ FNE (2012), p. 16.

³²⁶ Beltone (1982) FTC, pp. 185 y 207-8; Gilbarco (1997) Noveno Circuito (disenso del juez Pregerson), pp. 1167-8 y 1176-8; McWane (2015) Onceavo Circuito, p. 831; Van den Bergh Foods (2003) Tribunal General, pars. 96 y 113; Intel (2014) Tribunal General, par. 1535; Sentencia N°26 (2005), c. 20-1, 26 y 32 y res. 1; Sentencia N°90 (2009) TDLC, c. 127, 130, 152 y 158, y res. 1; Requerimiento de FNE contra Embonor y Andina (2011), pp. 6-7; y Requerimiento FNE en contra de Unilever (2013), p. 25.

³²⁷ Hovenkamp (2005a), pp. 85-7.

³²⁸ Steuer (1983), p. 118.

³²⁹ International Competition Network 2013, p. 21; Wright (2015), p. 43; y Jacobson (2002), pp. 323-4.

³³⁰ Steuer (1983), pp. 116-8; Jacobson y Sher (2006), pp. 787-8; y opinión de Alison Smith en Evaluating the Competitive Effects of Exclusive Dealing Agreements (2005), pp. 11-2.

³³¹ Hovenkamp (2005a), pp. 89-93; O'Donoghue y Padilla (2006), p. 365; y Jacobson y Sher (2006), p. 787.

determinado porcentaje de ventas, nada asegura que la cobertura actual se mantenga a futuro³³². Esto quiere decir que bloquear el acceso a un conjunto de distribuidores no generará una exclusión anticompetitiva a menos que se demuestre que dichos distribuidores tienen la capacidad de mantener en el futuro las ventas a sus clientes, o sea, que son representativos de cierta porción del mercado final. Esa habilidad estaría constituida por la lealtad que los consumidores tienen hacia mayoristas y minoristas, siendo éstos últimos los que, por regla general, poseen una clientela más leal³³³. Debido a lo anterior, Steuer afirma: “Al analizar la exclusión, al porcentaje de ventas que representan los distribuidores mayoristas o minoristas bloqueados se le debiese descontar cualquier incapacidad de entregar esas ventas a una marca exclusiva”³³⁴.

La relevancia del nivel en la estructura vertical en que se utilizan los Acuerdos de Exclusividad es bastante evidente para la aplicación de la Clausura del Mercado, porque a través de este factor se recalca que impedir el acceso al mercado de los distribuidores no equivale a impedir el acceso al mercado de los usuarios finales. Para el paradigma RRC —en su variante de bloqueo de insumos— su relevancia parece menor, porque en éste los distribuidores representan insumos que pueden aumentar los costos de los rivales, no siendo particularmente relevante la porción de los consumidores que representan³³⁵. No obstante, el paradigma RRC tiene otra variante para entender cómo las conductas exclusorias en general —y los Acuerdos de Exclusividad en particular— pueden dañar a la competencia: el bloqueo de clientes³³⁶.

Si la estrategia utilizada por la empresa excluyente es el bloqueo de clientes, la perspectiva se “centra en el impacto de perder un acceso eficiente a los clientes, incluyendo a los clientes distribuidores”³³⁷. De esta forma, con requisitos equivalentes a los del bloqueo

³³² Steuer (1983), p. 117.

³³³ *Ibíd.* Pp. 118-21.

³³⁴ *Ibíd.* P. 121.

³³⁵ “La gravedad del bloqueo de insumos no es medida con precisión por la fracción de proveedores de insumos afectados, sino, más bien, por el impacto en los costos y la producción de los competidores”. Salop (2016), p. 21.

³³⁶ *Ibíd.* P. 17.

³³⁷ *Ibíd.* P. 23.

de insumos³³⁸, el paradigma RRC es aplicable en diversas situaciones en que los Acuerdos de Exclusividad disminuyen la cantidad de clientes a los que los competidores pueden acceder. Por ejemplo, si los clientes a que los entrantes o rivales actuales pueden ofrecer sus productos se redujesen en tal medida que se torne imposible para éstos alcanzar la “*Escala Mínima Viable*” (“*Minimum Viable Scale*”, en adelante “MVS”)³³⁹, previniendo su ingreso o forzando su salida del mercado³⁴⁰.

Incorporando el bloqueo de clientes en el análisis, resulta evidente por qué el nivel en que ocurre la relación vertical es relevante para el paradigma RRC, además de que se puede vislumbrar que los Acuerdos de Exclusividad pueden causar simultáneamente un bloqueo de clientes y de insumos, especialmente cuando hay distribuidores involucrados³⁴¹. Aún más, cuando ambos bloqueos ocurren en forma paralela sus impactos pueden reforzarse recíprocamente, como ocurriría si un bloqueo de clientes disminuyera a tal nivel las ventas de una empresa que ésta se viera forzada a producir menos y, por consiguiente, a operar con costos marginales superiores a los de sus competidores³⁴². Una situación de mutuo potenciamiento entre ambos bloqueos habría ocurrido en *Bebidas*, en que los Acuerdos de Exclusividad de las requeridas habrían incrementado los costos de distribución de sus rivales, reducido la porción de mercado al que pueden acceder sus productos y, en definitiva, causado una utilización sub-óptima de sus plantas de producción³⁴³; y en *McWane*, en que los Acuerdos de Exclusividad impidieron a la entrante llegar al nivel necesario de clientes que justificase la adquisición de una planta de producción propia, cuyos costos eran menores al sistema de subcontratación que se vio forzada a emplear³⁴⁴.

³³⁸ Eso quiere decir que el agente excluyente debe escoger un mecanismo de exclusión, disminuir significativamente la cantidad de clientes a que pueden acceder sus rivales, afectar la capacidad y/o habilidad de sus rivales para competir y usar una estrategia rentable que no pueda ser contrarrestada.

³³⁹ Este concepto es propio del ámbito de las operaciones de concentración en que se entiende como “nivel mínimo de ventas promedio, a los precios previos a la fusión, que un entrante debe tener para que sea rentable entrar y permanecer en el mercado”. Agostini (2007), p. 116. En el ámbito de la distribución, el precio podría ser el previo o posterior al ingreso de los rivales al mercado. Salop (2016), 22n61.

³⁴⁰ Salop (2016), pp. 23-4.

³⁴¹ *Ibíd.* P. 27.

³⁴² *Ibíd.*

³⁴³ Requerimiento de FNE contra Embonor y Andina (2011), pp. 38-9.

³⁴⁴ *McWane* (2015) Onceavo Circuito, pp. 820, 822-4, 833 y 838-9.

De todos los casos analizados solo dos involucran a consumidores finales: *Tampa Electric*, donde se declaró que un Acuerdo de Exclusividad para la compraventa del 1% del mercado de carbón no afectaba sustancialmente la línea de comercio involucrada ni la competencia³⁴⁵; y *Tomra*, en que se condenó a Tomra Systems AS y sus filiales (en lo sucesivo “Tomra”), productoras de aparatos automáticos de recuperación de envases de bebidas (en lo sucesivo “RVM” por sus iniciales en inglés) con posición dominante en sus mercados, por los Acuerdos de Exclusividad que mantenían con el 40% de los clientes finales del mercado³⁴⁶. En este último caso, el Tribunal General (en adelante “TG”)³⁴⁷ afirmó: “[E]l hecho de que las máquinas [RVM] se vendieran directamente al cliente final es un factor que reforzaría la apreciación del abuso de posición dominante, y no a la inversa”³⁴⁸. La misma opinión fue expresada en el caso estadounidense *Gilbarco*, al indicarse que “los acuerdos exclusividad impuestos a distribuidores en lugar de a usuarios finales son, en general, menos motivo de preocupación anticompetitiva”³⁴⁹.

3.4 Duración y Terminabilidad del Acuerdo

Tanto si uno analiza la competitividad de los Acuerdos de Exclusividad bajo el paradigma RRC o según la Clausura de Mercado la duración de los contratos es relevante, ya que de ella depende la permanencia del incremento de costos³⁵⁰ o el período en qué los competidores tendrán menos clientes a quienes vender³⁵¹.

De la duración de los Acuerdos dependerá, en principio, cuándo podrán los rivales actuales y potenciales del vendedor exclusivo competir por el acceso a uno o más compradores vinculados³⁵². Si el período de un contrato determinado es breve, los competidores de la empresa excluyente podrán (intentar) negociar con los compradores

³⁴⁵ Tampa Electric (1961) Corte Suprema, p. 333-5.

³⁴⁶ Tomra (2012) Tribunal General, pars. 1-16, 222, 245 y 269.

³⁴⁷ Antes denominado Corte de Primera Instancia, que fue renombrada en 2009 por el Tratado de Lisboa. En el cuerpo del trabajo se utilizará su nombre actual (aunque las sentencias hayan sido dictadas antes de 2009) y en la bibliografía se hará referencia a su nombre en la fecha de la sentencia respectiva.

³⁴⁸ *Ibíd.* Pars. 222 y 245.

³⁴⁹ *Gilbarco* (1997) Noveno Circuito, p. 1162.

³⁵⁰ *Supra* notas 266-267 y texto que acompañan. Para este modelo, la duración del acuerdo también es relevante para determinar si se están incrementando los costos fijos o marginales de los rivales (*supra* nota 229).

³⁵¹ Hovenkamp (2005a), pp. 93-7.

³⁵² Wright (2006), p. 198.

frecuentemente, por lo que es posible afirmar que “[e]n igualdad de condiciones, mientras más larga sea la duración de una obligación de exclusividad, más fuerte su potencial de exclusión”³⁵³. Aun considerando lo anterior, la duración de estos contratos no debe evaluarse en forma aislada. Por el contrario “[l]a pregunta relevante es siempre qué porcentaje del mercado está efectivamente ‘sin restricciones’ durante un período de tiempo específico”³⁵⁴. Dentro del mercado “sin restricciones” no solo se encuentran los compradores cuya relación exclusiva se termina y aquellos que nunca se involucraron en este tipo de prácticas, sino también aquéllos que pueden ponerle término a su relación con el vendedor exclusivo³⁵⁵.

Considerando esto último, incluso un Acuerdo de Exclusividad *De Iure* que tenga una larga duración nominal puede tener una extensión limitada en la práctica si las partes tienen derecho a terminarlo con poco tiempo de aviso y no existen otras trabas a dicha terminación³⁵⁶. En cambio, las partes pueden haber pactado un Acuerdo que expira en un plazo cercano, pero cuya aplicación se prolonga por haberse incorporado cláusulas de renovación automática u otras que dificultan su finalización³⁵⁷. Esto implica que tanto en las Exclusividades *De Iure* como en las *De Facto* es esencial determinar la duración efectiva de la relación comercial exclusiva y no apegarse a la literalidad o al aspecto externo del negocio.

Otra cuestión que debe tenerse en cuenta al analizar la disponibilidad de compradores en un momento determinado es que los Acuerdos de Exclusividad que haya empleado un vendedor pueden no expirar simultáneamente. En este sentido, los Acuerdos pueden tener plazos de término escalonados que reduzcan el número de compradores accesibles para los rivales del vendedor exclusivo en un momento específico, frustrando su posibilidad de ingresar al mercado o expandirse en él³⁵⁸. Desde otra perspectiva, algunos consideran que, aunque los Acuerdos de Exclusividad sean de larga duración, su potencial anticompetitivo se

³⁵³ International Competition Network (2013), p. 19. En el mismo sentido: Steuer (1983), p. 133; Eilat, Gilo y Sagi (2016), p. 30; Hovenkamp (2005a), p. 94; O’Donoghue y Padilla (2006), p. 366; y Tapia (2014), 76n104.

³⁵⁴ Hovenkamp (2005a), p. 95.

³⁵⁵ *Ibíd.*

³⁵⁶ International Competition Network (2013), p. 19.

³⁵⁷ *Ibíd.*

³⁵⁸ *Ibíd.* Pp. 19-20. Esto generaría un problema de coordinación y costos para el entrante (o el competidor que desea expandirse) pero, como Salop reconoce, el problema de la coordinación no depende únicamente del escalonamiento de la expiración de los Acuerdos. Salop (2008), 151n.

ve reducido si éstos tienen plazos de finalización escalonados y si la red de compradores o distribuidores exclusivos es de tamaño considerable, pues en cada período habría un mayor número clientes cuya exclusividad terminaría y, por lo tanto, estarían disponibles³⁵⁹.

En vista de todo lo anterior, hay algunos autores que opinan que los Acuerdos de Exclusividad de corta duración difícilmente pueden generar efectos anticompetitivos³⁶⁰, ya que, aunque éstos cubran una gran parte del mercado, los rivales podrán competir en reiteradas ocasiones por el acceso a los compradores exclusivos³⁶¹. Por eso algunos proponen que los Acuerdos de Exclusividad que tengan una duración menor a un año o que sean terminables a voluntad debiesen ser *per se* legales³⁶². Otros reconocen que los Acuerdos de Exclusividad de duración menor a un año tienen un potencial anticompetitivo bajo y que por ello debiesen ser presuntivamente aprobados o absueltos, pero supeditan esa presunción a la existencia de suficientes compradores disponibles durante un año y que éstos no tengan otros obstáculos que les impidan cambiar de vendedor³⁶³. En forma opuesta, hay autores que opinan que la corta duración de los Acuerdos o que sean terminables a voluntad no elimina su potencial anticompetitivo y que, por consiguiente, éstos también debiesen estar sujetos al escrutinio del Derecho de la Competencia³⁶⁴.

Concordando con la doctrina, la mayoría de la jurisprudencia comparada ha considerado la duración y, en menor medida, terminabilidad de los Acuerdos de Exclusividad al evaluar su anticompetitividad³⁶⁵. Aunque de la jurisprudencia estadounidense se desprende que la causación de una exclusión anticompetitiva no es segura con Acuerdos de

³⁵⁹ Hovenkamp (2005a), pp. 95 y 186.

³⁶⁰ Marvel (1982), p. 6 y B. Klein (2003), pp. 126-7.

³⁶¹ Abott y Wright (2010), p. 194.

³⁶² Wright (2006), pp. 196.

³⁶³ Hovenkamp (2005a), pp. 185-6.

³⁶⁴ Salop (2016), p. 54; Tom, Balto y Averitt (2000), pp. 624-5; y Melamed (2006), p. 405. Debe mencionarse que estos autores no sugieren que la duración y terminabilidad de los Acuerdos sea irrelevante, como si lo considera Elhauge respecto del potencial anticompetitivo de los contratos exclusorios analizados desde la perspectiva de la monopolización. Elhauge (2003), pp. 340-1.

³⁶⁵ Standard Fashion (1922) Corte Suprema, pp. 351-2; Beltone (1982) FTC, p. 204; Gilbarco (1997) Noveno Circuito, pp. 1163-4; McWane (2015) Onceavo Circuito, pp. 824, 833, 835 y 840; Hoffmann-La Roche (1979) Tribunal de Justicia, par. 81; Delimitis (1991) Tribunal de Justicia, pars. 19, 26 y 27 y p. 19; Langnese (1995) Tribunal General, pars. 111 y 168; Van den Bergh Foods (2003) Tribunal General, par. 105 y Van den Bergh Foods (2006) Tribunal de Justicia, pars. 55 y 85; y Tomra (2010) Tribunal General, par. 218.

Exclusividad de 20 años³⁶⁶ ni queda descartada si son de ejecución instantánea³⁶⁷, la doctrina de ese país ha deducido de diversas sentencias un “puerto seguro” (“*safe harbour*”): los Acuerdos de corta duración o terminables en corto plazo son normalmente aprobados³⁶⁸. La jurisprudencia europea no reconoce este puerto seguro, pero, por un lado, las regulaciones de la Comisión señalan que los Acuerdos de Exclusividad de empresas no dominantes de duración menor a un año difícilmente causarían efectos anticompetitivos y que los de duración superior a cinco años probablemente ocasionarían un resultado exclusorio no compensable por sus (eventuales) eficiencias³⁶⁹. Por otro lado, respecto de las empresas dominantes, la jurisprudencia europea ha desestimado la relevancia de la corta duración y fácil terminabilidad (nominal) de los Acuerdos de Exclusividad³⁷⁰, agregando la Comisión que mientras mayor sea la duración de esta práctica, mayor es su probable efecto exclusorio³⁷¹. En el ámbito nacional, solo la Guía reconoce la influencia de la duración en la magnitud de los riesgos y efectos anticompetitivos asociados a una restricción vertical, sin descartar la posibilidad de un daño a la competencia producido por restricciones de corta duración³⁷².

3.5 Consecuencias del Término y Costos del Cambio de Vendedor

Incluso si los Acuerdos de Exclusividad fuesen de ejecución instantánea y terminables sin previo aviso ello sería irrelevante si en la práctica no es posible que los compradores exclusivos cambien de proveedor³⁷³. Esta posibilidad se determina en función de las potenciales repercusiones y consecuencias que debe enfrentar un comprador si decide ponerle término a su relación comercial y que son denominadas generalmente como “Costos de Cambio” (“*Switching Costs*”)³⁷⁴. Lo principal es determinar la factibilidad de que los rivales

³⁶⁶ Tampa Electric (1961) Corte Suprema, p. 330-1 y 334.

³⁶⁷ *Infra* nota 395 y texto que acompaña.

³⁶⁸ Por todos: Jacobson (2002), p. 324.

³⁶⁹ Comisión Europea (2010a), par. 133.

³⁷⁰ Intel (2014) Tribunal General, pars. 110-3 y 195. El fallo del TG en *Intel* fue anulado, pero por otro motivo (*infra* nota 761-764 y texto que acompañan).

³⁷¹ Comisión Europea (2009), par. 36.

³⁷² FNE (2014), p. 15. Con todo, la duración de los Acuerdos de Exclusividad es mencionada en *Savory* (Dictamen N°42 (1974) Comisión Preventiva Central, p. 8) y en *Socofar* (Resolución N°15 (2006) TDLC, c. 10); y la terminabilidad en *Cigarrillos II* (Sentencia N°115 (2011) TDLC, c. 28).

³⁷³ International Competition Network (2013), p. 20; y O’Donoghue y Padilla (2006), pp. 366-7.

³⁷⁴ “[C]onjunto de [...] barreras u obstáculos que impiden, hacen costoso o dificultan el que un cliente decida abandonar a su proveedor de servicios habitual y cambiar a otro distinto”. Barroso y Picón (2004), p. 210.

sean capaces de competir por los clientes, es decir, que sean capaces de convencer a un comprador exclusivo de concluir su relación comercial actual —sin importar si expiró el plazo del Acuerdo o éste debe ser terminado por el comprador—, teniendo en cuenta tanto las capacidades del primero como las dificultades e incentivos del segundo.

Determinar las consecuencias que conlleva para un cliente específico cambiar de vendedor exige analizar una multiplicidad de elementos que se relacionan tanto con el negocio mismo entre vendedor y comprador como con las características particulares del vendedor que lo diferencian de sus rivales.

Respecto a lo primero, los Acuerdos de Exclusividad pueden incorporar prestaciones que el vendedor otorga al comprador a cambio de la exclusividad y multas aplicables si la relación es terminada por una de las partes, multas que pueden dificultar considerablemente la terminación del Acuerdo si el importe de éstas es significativo³⁷⁵. En cualquiera de estas situaciones, los costos de cambio que enfrenta el comprador equivalen a un beneficio que no está (necesariamente) vinculado a la duración del Acuerdo, que el comprador probablemente espera sea resarcido por los nuevos proveedores que compiten por él.

La propuesta de Crane y Miralles parece sugerir que en los casos anteriores no podría producirse una exclusión relevante para la competencia³⁷⁶, porque afirman: “Un contrato o disposición contractual clausura una parte del mercado solo cuando impide que un competidor igualmente eficiente ofrezca de manera rentable su propio conjunto de condiciones contractuales que el cliente razonablemente podría elegir en lugar de las condiciones del demandado”³⁷⁷. Mientras los rivales del vendedor exclusivo sean capaces de

³⁷⁵ Hovenkamp denomina a la extensión de la duración del contrato por requerimientos no explícitos como duración *de facto*, requerimientos entre los que reconoce la existencia de penalidades por el término y los casos en que el distribuidor hace inversiones específicas asociadas a los productos del vendedor. Hovenkamp (2005a), pp. 97-8. Este tipo de inversiones son las que dan origen al problema de la cautividad analizado *infra* Capítulo IV, punto 4.

³⁷⁶ Crane y Miralles proponen el test de “Exclusión Sustancial” (“*Substantial Foreclosure*”) para evaluar la anticompetitividad de cualquier conducta exclusoria. El primer paso del test es determinar si realmente hay exclusión, evaluando si los rivales tuvieron una “Razonable Oportunidad de Venta” (“*Reasonable Sales Opportunity*”), para luego analizar si tuvieron una “Razonable Oportunidad de Supervivencia” (“*Reasonable Survival Opportunity*”). Crane y Miralles (2011), pp. 633-46. Digo “parecen sugerir” debido a que la segunda parte del test planteado por los autores (*infra* notas 432-435 y texto que acompañan) incorpora algunas de las críticas que a continuación se le hacen.

³⁷⁷ *Ibíd.* P. 634.

compensar los costos de cambio del comprador³⁷⁸ los Acuerdos de Exclusividad no imposibilitarían a éstos ofrecer sus productos —tendrían una “razonable oportunidad de venta” — y, por ende, no habría ni clausura de mercado ni exclusión de competidores.

Desde la perspectiva del paradigma RRC este planteamiento presenta una falla fundamental: pese a que la contraestrategia de superar la oferta de quien adquiere derechos de exclusión es reconocida³⁷⁹, el solo hecho de tener que compensar a los compradores impone a los competidores un gasto adicional y, en este sentido, el valor de ser aceptado por cada comprador particular es precisamente el mecanismo que incrementa sus costos³⁸⁰. Al igual que en el planteamiento general del aumento de los costos de los rivales, este inconveniente solo se tornará relevante si el pago que los rivales deben efectuar incrementa en forma significativa sus costos³⁸¹.

Por otro lado, esta contraestrategia asume, erróneamente, que el vendedor exclusivo y sus rivales están en igualdad de condiciones para hacer ofertas y competir por cada cliente³⁸². Dicha igualdad no es tal, ya que las ofertas de cada agente económico dependerán de sus potenciales ganancias y, por lo tanto, la empresa que pretende adquirir poder sobre el precio podrá ofertar más que sus rivales que solamente tienen la posibilidad de obtener ingresos en base al precio competitivo³⁸³.

Adicionalmente, la desigualdad entre los competidores se profundiza al identificar un triple problema de coordinación que enfrentan los rivales (incluso igualmente eficientes) que supuestamente pueden competir contra el vendedor exclusivo. Primero, si los compradores son distribuidores se puede producir un problema de coordinación con sus clientes: ellos se beneficiarían de evitar la exclusión de los competidores potenciales o actuales, pero

³⁷⁸ Un competidor igualmente eficiente siempre será capaz de compensar esos costos en la medida en que no se transformen en pérdidas, es decir, que no ocasionen que el precio de los productos disminuya bajo el costo de producirlos.

³⁷⁹ *Supra* nota 276 y texto que acompaña.

³⁸⁰ Krattenmaker y Salop (1986), p. 269. Ello es similar al problema que sugiere el modelo económico de Aghion y Bolton en que los entrantes deben compensar los daños liquidados (*supra* nota 276).

³⁸¹ *Supra* notas 266-267 y texto que acompañan.

³⁸² Salop (2008), p. 150.

³⁸³ Krattenmaker y Salop (1986), p. 270. Adicionalmente, cabe considerar que alguna empresa puede lograr eficiencias a través de su conducta, situación en la cual su oferta podría ser aún mayor. *Ibíd.* Pp. 272. La misma lógica sería aplicable si se tratase de un monopolista que enfrenta la amenaza de un entrante. Salop (2008), pp. 150-1.

probablemente no serán capaces de organizarse para contribuir a que éstos últimos superen la oferta del vendedor exclusivo³⁸⁴. Además, las ventajas de evitar el Acuerdo de Exclusividad pueden favorecer a un grupo de rivales que no son individualmente capaces de superar la oferta de la empresa excluyente, teniendo que coordinarse entre sí para superar a su rival común, cuestión que en sí misma es difícil y que, asimismo, generará costos adicionales que las empresas competidoras deben soportar³⁸⁵. Finalmente, un entrante tendría la obligación de coordinar un número suficiente de clientes para alcanzar la MVS, lo que disminuirá su capacidad de negociar con cada uno, pues tendrá que darles alguna garantía de que logrará ingresar y permanecer en el mercado³⁸⁶.

En segundo lugar, hay ciertos rasgos que puede poseer una empresa excluyente que la diferencian de los demás agentes de mercado. La más importante de estas características sería si el vendedor exclusivo fuese un socio comercial inevitable: en ese caso los rivales serían incapaces de igualar la oferta del vendedor exclusivo³⁸⁷. En esta situación la única pretensión realista de los rivales sería mantener un escenario de no exclusividad³⁸⁸, ya que son incapaces de competir *ex ante* por la totalidad de las necesidades del comprador porque la porción no disputable del vendedor exclusivo no es susceptible de ser sustituida por sus rivales³⁸⁹. Sin embargo, incluso mantener un escenario de no exclusividad parece imposible ya que la empresa excluyente ya habría hecho su oferta de todo o nada y, por ello, la única alternativa económicamente razonable para el comprador sería mantener la relación con el socio vendedor inevitable³⁹⁰.

³⁸⁴ Krattenmaker y Salop (1986), pp. 269-70. Incluso si los compradores no fuesen distribuidores, una falta de coordinación entre ellos podría hacerles aceptar el Acuerdo de Exclusividad propuesto por un (futuro) monopolista que los dejaría en una peor situación de la que hubieran logrado si se hubiesen coordinado y (todos) hubiesen rechazado el Acuerdo. Rasmusen, Ramseyer y Wiley (1991), p. 1144.

³⁸⁵ Krattenmaker y Salop (1986), p. 272.

³⁸⁶ Salop (2008), p. 151.

³⁸⁷ International Competition Network (2013), p. 12.

³⁸⁸ Salop (2008), p. 151.

³⁸⁹ Crane y Miralles (2011), p. 637. En la terminología de estos autores, los demás competidores no tendrían una razonable oportunidad de venta. En sentido contrario, Wright arguye que decir que los demás competidores no pueden hacer una oferta interesante equivale a afirmar que la oferta del vendedor exclusivo es mejor. Wright 2006, p. 132. Sin embargo, en este escenario el problema no es el Acuerdo de Exclusividad en forma aislada, sino que éste unido a la calidad de socio vendedor inevitable hacen imposible la competencia por el comprador.

³⁹⁰ Davidson (2014), p. 28 y Tom, Balto y Averitt (2000), 618n13.

Aunque tanto la existencia de incentivos como la condición de socio comercial inevitable de la empresa excluyente puedan tornar en ilícito un Acuerdo de Exclusividad de corta duración, entre estas circunstancias puede hacerse una gradación del potencial anticompetitivo según la magnitud de las repercusiones que sufre el comprador que termina la relación exclusiva. Si lo único que pierde un distribuidor es un descuento o un pago, el problema es menos grave que si dejase de obtener un crédito o equipo que es necesario para seguir comercializando un tipo de productos, pero en ambos casos otros competidores podrían lograr igualar o superar la oferta. Incluso la pérdida de créditos o equipos sería menos relevante para un agente económico que el no poder seguir ofreciendo a sus clientes un producto imprescindible, en especial si este producto representa gran parte de sus ingresos finales. Y aun éste último caso parece ser menos perjudicial para un comprador que aquel en que el Acuerdo de Exclusividad está inserto en el marco de un contrato de franquicia o concesión, pues el quebrantamiento de la obligación o el término anticipado del Acuerdo no solo implicaría la pérdida de un proveedor, sino la finalización de la calidad de franquiciado o concesionario, cuyo valor es probablemente superior a cualquier ahorro o ventajas ofrecidas por otros proveedores de bienes o servicios³⁹¹. Estos diferentes escenarios dan cuenta de que la habilidad teórica para competir por alcanzar un Acuerdo de Exclusividad—o, desde la perspectiva del comprador, para evitarlos— puede no ser una habilidad práctica y es solo ésta última la que permite prevenir la pérdida de eficiencia y el daño a los consumidores³⁹² que tornan anticompetitivo un Acuerdo de Exclusividad. Por ello, incluso tratándose de Acuerdos de corta duración o terminables sin previo aviso, el foco debiese centrarse en si, en la práctica, los costos de cambio disminuyen o eliminan los incentivos de los compradores a modificar su fuente de abastecimiento, o hacen imposible a los demás vendedores compensar dichos costos; y no en la posibilidad abstracta de que los rivales de la empresa excluyente compitan con ella.

En ocasiones las consecuencias del término han sido examinadas por la jurisprudencia³⁹³, en especial cuando se ha reconocido lo económicamente inviable que es

³⁹¹ Hovenkamp (2011), pp. 6-7.

³⁹² Salop (2008), p. 152.

³⁹³ Intel (2014) Tribunal General, par. 106 y Sentencia N°90 (2009) TDLC, c. 99.

para un distribuidor, o lo imposible que es para un proveedor convencerlo de, finalizar o rechazar la relación exclusiva³⁹⁴. Particularmente explicativo a este respecto es *Dentsply*, en que la corta duración y fácil terminabilidad de los Acuerdos de Exclusividad de Dentsply International Inc. (en adelante “Dentsply”) —que en estricto rigor eran compraventas sucesivas independientes sin beneficios adicionales para los compradores— no impidieron que fuese condenada por transgredir la sección 2 de la *Sherman Act*. Ello se debió, principalmente, a que la política de todo o nada de Dentsply creó una fuerte presión económica sobre los distribuidores para que rechazasen los dientes artificiales de sus competidores y favoreciesen los suyos³⁹⁵.

3.6 Cobertura de Mercado

Aun cuando en algún momento la cobertura de los Acuerdos de Exclusividad fue considerada como el único factor relevante para determinar la existencia de un daño a la competencia³⁹⁶, actualmente este es un elemento más que debe analizarse en conjunto con los previamente mencionados³⁹⁷. Ello ya que individualmente ninguno de estos elementos prueba la causación del perjuicio, pero, frecuentemente, la ausencia de alguno sí revela que una exclusión anticompetitiva es improbable o incluso imposible.

En este sentido, si la empresa excluyente no está en posición de adquirir poder de mercado por ser un actor de pequeño tamaño o participar en un mercado desconcentrado, es poco probable que los Acuerdos de Exclusividad puedan menoscabar la competencia. De forma similar, si no existen barreras a la entrada en el mercado de la distribución o existen mecanismos alternativos de distribución, los proveedores debiesen ser capaces de ofrecer sus bienes o servicios a los usuarios finales y, por ende, no habría una exclusión relevante.

³⁹⁴ McWane (2015) Onceavo Circuito, pp. 823, 834 y 838; Langnese (1995) Tribunal General, par. 108; Van den Bergh Foods (2003), pars. 87-89 y 101-105; y Demanda de Trendy contra Nestlé (2011), p. 21.

³⁹⁵ Dentsply (2005) Tercer Circuito, pp. 193-6. Lo mismo puede decirse de *Cigarrillos I*: los Acuerdos de Exclusividad CCT no podían ser terminados por los distribuidores del canal *low trade* por la importancia en sus ingresos, directa e indirecta, de adquirir cigarrillos a CCT. Sentencia N°26 (2005) TDLC, c. 22, 27 y 30.

³⁹⁶ *Supra* notas 208-210 y texto que acompañan. Este enfoque es duramente criticado debido a que la magnitud de la cobertura de los Acuerdos puede no ser esencial para la producción de un daño a los consumidores. Jacobson (2002), pp. 362-4.

³⁹⁷ International Competition Network (2013), p. 17 y Meese (2005), pp. 414-22. Algunos autores consideran que el porcentaje de mercado vinculado por los Acuerdos de Exclusividad solo mantiene su utilidad como mecanismo de cribado (Jacobson (2002), pp. 361-3) y otros parecen considerarlo irrelevante (Melamed (2006), p. 376).

Incluso cuando los elementos recién señalados propiciaran un daño a la competencia, si los Acuerdos de Exclusividad son de corta duración o fácilmente terminables o, alternativamente, los proveedores rivales pueden competir efectivamente por el acceso a los compradores o distribuidores³⁹⁸, pareciera ser que esta conducta no podría afectar a la Libre Competencia.

Solo tras haber considerado todos esos factores es necesario evaluar si la cobertura de los Acuerdos es suficiente para ocasionar un daño a la competencia³⁹⁹. En términos simples, puede afirmarse que mientras mayor sea la cantidad de mercado cerrada por los Acuerdos de Exclusividad, mayor será la probabilidad y magnitud de la exclusión anticompetitiva⁴⁰⁰, y que este efecto anticompetitivo solo podrá producirse si una porción sustancial del mercado es cubierta por esta práctica⁴⁰¹. Por lo anterior, es necesario determinar la forma de cuantificar la cobertura de mercado y establecer desde qué nivel puede considerarse que la parte del mercado que ha sido cerrada es “sustancial”⁴⁰².

Medir la cobertura de los Acuerdos de Exclusividad es, en principio, simple. Basta identificar todos los Acuerdos *De Facto* y *De Iure*⁴⁰³ que la empresa excluyente mantiene en el mercado afectado y luego sumar la cuota de mercado que representa cada comprador, teniendo en cuenta cuál es el porcentaje de las necesidades de cada uno que está sujeta a la

³⁹⁸ La idea de que la larga duración o la imposibilidad práctica de que los rivales compitan por los compradores son escenarios alternativos para que se verifique una exclusión anticompetitiva parece estar implícita en las regulaciones de la Comisión. Véase Comisión Europea (2010a), par. 132-3 y Comisión Europea (2009), par. 36.

³⁹⁹ No hay un orden preestablecido ni obligatorio para evaluar los factores mencionados. Por ejemplo, Hovenkamp considera en primer lugar al porcentaje de cobertura de la conducta, cuya importancia es modulada por los demás factores. Hovenkamp (2005a), p. 167. Lo primordial es que todos (o la mayoría) de los factores son pertinentes para determinar la presencia, en un caso concreto, de una exclusión anticompetitiva.

⁴⁰⁰ International Competition Network (2013), p. 19; Comisión Europea (2010a), par. 133; y Areeda y Hovenkamp (2008b), p. 176.

⁴⁰¹ International Competition Network (2013), p. 18; Eilat, Gilo y Sagi (2016), p. 28; y Wright (2012). Esto es cierto incluso en el caso del “cuello de botella”, porque la empresa excluyente tendría que vender exclusivamente a todos o la mayoría de los distribuidores más eficientes o de menor costo.

⁴⁰² Hovenkamp plantea este problema preguntando: “¿... [E]s el porcentaje del mercado clausurado por el o los contratos exclusivos suficiente para justificar inferir que los nuevos rivales del demandado están siendo mantenidos fuera [del mercado] o que a los rivales existentes se les niega una oportunidad razonable de ampliar su producción?”. Hovenkamp (2005a), p. 166. Desde ya puede anticiparse que no hay números mágicos bajo los cuáles no pueda producirse una exclusión anticompetitiva (Tom, Balto y Averitt (2000), p. 618), ni coberturas tan altas que aseguren la ocurrencia de dicho daño (Hovenkamp (2005a), p. 164). De hecho, lo más razonable sería asumir que no existe un estándar de “sustancialidad” de cobertura aplicable a todos los mercados.

⁴⁰³ También podrían considerarse los efectos de otras prácticas exclusorias de la misma empresa. Crane y Miralles (2011), pp. 638-9.

exclusividad, es decir, si son Exclusividades Totales o Parciales⁴⁰⁴. Adicionalmente, podría ser necesario considerar el efecto acumulativo que produce la presencia de Acuerdos de Exclusividad de otras empresas rivales en el mismo mercado⁴⁰⁵; no obstante, si hay muchas empresas empleando esta práctica, la competencia entre éstas sería suficiente para evitar los efectos anticompetitivos de la práctica y probablemente sería la producción de eficiencias la que motivaría su utilización⁴⁰⁶.

Pese a que la forma de medición recién señalada parece apropiada, hay varios elementos correctivos que debiesen tenerse en cuenta. Primero, el nivel de la estructura vertical es relevante debido a que los distribuidores⁴⁰⁷ no siempre podrán mantener su cuota de mercado, por lo que la cobertura actual de los Acuerdos de Exclusividad no necesariamente representa la situación futura⁴⁰⁸. Aun en el caso de los minoristas, la lealtad de sus consumidores dependerá en gran medida de si se trata de un “Bien de Compra” (“*Shopping Product*”)⁴⁰⁹ o un “Bien de Conveniencia” (“*Convenience Product*”)⁴¹⁰, ya que, en el caso de los primeros, los Acuerdos de Exclusividad solo forzarán a los compradores a realizar una búsqueda en otros puntos de venta⁴¹¹. En segundo lugar, es relevante saber si el mercado está creciendo o reduciéndose, y la tasa de dicha variación, pues de ello dependerá el porcentaje de mercado que a futuro representará la porción exclusiva actual⁴¹². Finalmente, puede suceder que el porcentaje vinculado sea engañoso, como ocurriría en caso que los clientes exclusivos fuesen una pequeña parte del total del mercado, pero

⁴⁰⁴ International Competition Network (2013), p. 18.

⁴⁰⁵ *Ibid.*; Comisión Europea (2010a), pars. 134-5, 138-9 y 141; y Elhauge (2003), p. 335. Wright se opone a considerar el efecto acumulativo de otras prácticas exclusorias que se verifiquen en el mercado, en tanto se haría responsable a una empresa por los actos ejecutados por sus rivales. Wright (2012), pp. 1183-4.

⁴⁰⁶ Hovenkamp (2005a), pp. 188-9 y Elhauge (2009b), p. 477, quien hace esta afirmación en el ámbito de los descuentos combinados.

⁴⁰⁷ Incluso la cuota que representen los usuarios finales podría variar a futuro, ya que las preferencias de los consumidores y las formas de operar de las empresas pueden cambiar con el tiempo.

⁴⁰⁸ *Supra* punto 3.3.

⁴⁰⁹ “Se caracterizan porque antes de realizar la compra, el consumidor desea comparar en diversos establecimientos características como calidad, precio, estilo, etc”. Liderazgo y Mercadeo (s.f.).

⁴¹⁰ “[S]e caracteriza[n] porque el consumidor tiene un conocimiento completo del producto deseado antes de ir a comprarlo y porque el producto se adquiere con un mínimo esfuerzo de comparación y compra. Generalmente son bienes que se adquiere con frecuencia (tabaco, jabón, periódicos, etc)”. *Ibid.*

⁴¹¹ Steuer (1983), pp. 121-3.

⁴¹² International Competition Network (2013), p. 22.

correspondiesen precisamente aquellos que estarían dispuestos a adquirir productos de los rivales del vendedor exclusivo⁴¹³.

Otra forma de determinar la porción del mercado que ha sido cerrada por los Acuerdos de Exclusividad sería considerar solamente aquella cuota del mercado que no hubiese sido conseguida por el vendedor de no haber mediado la conducta exclusoria⁴¹⁴. El objetivo de esta forma alternativa de medición sería aislar el verdadero impacto competitivo de esta conducta en base a un enfoque contrafactual⁴¹⁵, utilizando un análisis denominado “Si no Fuera por la Exclusión” (“*But-For Foreclosure*”, en adelante “BFF”). La cobertura de mercado relevante bajo este análisis estaría dada por la tasa BFF, definida como “la diferencia entre la cuota porcentual de la distribución clausurada por los acuerdos o conductas supuestamente exclusorias y la cuota de la distribución en ausencia de tales acuerdos”⁴¹⁶. Aunque esta forma de medición parece ideal, su gran problema es que requiere establecer qué hubiese ocurrido en el mercado afectado sin los Acuerdos de Exclusividad y esa parece ser una tarea imposible de realizar con precisión suficiente para alcanzar resultados satisfactorios.

En la jurisprudencia comparada, la cobertura de los Acuerdos de Exclusividad normalmente se ha considerado al evaluarse su anticompetitividad, pero en su medición generalmente no se han incorporado los ajustes recién mencionados ni mucho menos el test BFF. En Estados Unidos, el volumen de mercado afectado —en términos monetarios— fue el elemento determinante, y quizás el único, considerado en *Standard Stations* para declarar a los Acuerdos de Exclusividad, en base al test de la “Sustancialidad Cuantitativa”, contrarios a la sección 3 de la *Clayton Act*⁴¹⁷. Ese test fue reemplazado por el de “Sustancialidad Cualitativa” (“*Quantitative Substantiality*”) en *Tampa Electric*⁴¹⁸, en virtud del cual la cobertura de mercado de esta práctica —ya no en términos monetarios, sino porcentuales— es solo un

⁴¹³ Eilat, Gilo y Sagi (2016), p. 29 y, en un sentido similar, FNE (2014), p. 15. En este caso ocurriría algo similar al caso del “cuello de botella”, solo que, en vez de impedirse el acceso a los mejores distribuidores, se imposibilita vender a aquellos dispuestos a adquirir productos de otros vendedores.

⁴¹⁴ Wright (2012), p. 1181-2.

⁴¹⁵ *Ibid.* P. 1186.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ *Standard Stations* (1949) Corte Suprema, pp. 305 y 314. En forma semejante puede interpretarse *Standard Fashion*, en que se estimaron anticompetitivos los Acuerdos de Exclusividad que cerraron el 40% del mercado; sin embargo, también fue un factor importante la existencia de monopolios en las comunidades pequeñas y su eventual creación en grandes ciudades. *Standard Fashion* (1922) Corte Suprema, p. 357.

⁴¹⁸ Jacobson (2002), p. 322.

elemento en el análisis de su anticompetitividad⁴¹⁹. En la Unión Europea, por otra parte, desde *Delimitis* la porción de mercado afectada por Acuerdos de Exclusividad ha sido un factor relevante para determinar, en el ámbito del artículo 101 del TFEU, la dificultad de acceso al mercado⁴²⁰. Por el contrario, al aplicar el artículo 102 del TFEU los Tribunales europeos insinuaron en *Hoffmann-La Roche*, sugirieron *Tomra* y finalmente afirmaron en *Intel* que el porcentaje de cobertura de este comportamiento deviene irrelevante para calificarlo como un abuso⁴²¹. A diferencia de lo que ocurre en esas jurisdicciones, históricamente en Chile no se ha considerado la cobertura de los Acuerdos de Exclusividad. Recién en *Helados* la FNE hizo alusión al porcentaje de distribuidores abarcados por las prácticas cuestionadas⁴²².

Por otro lado, para fijar el nivel de cobertura que es considerado sustancial, pueden utilizarse dos tipos de umbrales. Unos son estáticos, porque el umbral se establece en forma abstracta, estableciendo un porcentaje aplicable a cualquier mercado. Otros son dinámicos, pues consideran ciertas características concretas de cada mercado para determinar qué nivel de cobertura de los Acuerdos de Exclusividad puede generar un riesgo para la competencia.

Al primer tipo de umbrales pertenece el planteado por Hovenkamp, quien sugiere que un daño anticompetitivo solo puede producirse cuando los Acuerdos de Exclusividad cubren 20% (o 30%) o más del mercado afectado⁴²³. Por su parte, Elhauge propone que, tratándose de monopolistas, todas las prácticas exclusorias que cubran más del 50% del mercado debiesen ser *per se* ilegales⁴²⁴. Otros autores sugieren que debiese existir un puerto seguro para aquellos Acuerdos de Exclusividad que clausuran 40% o menos del mercado afectado,

⁴¹⁹ Tampa Electric (1961) Corte Suprema, pp. 328-9 y, en forma similar: Beltone (1982) FTC, pp. 197-204; Gilbarco (1997) Noveno Circuito, pp. 1161-3; y McWane (2015) Onceavo Circuito, p. 837.

⁴²⁰ *Delimitis* (1991) Tribunal de Justicia, pars. 19-20; pars. Langnese (2003) Tribunal General, 99-106; y Van den Bergh Foods (2003) Tribunal General, pars. 108-12 y Van den Bergh Foods (2006) Tribunal de Justicia, pars. 84-6.

⁴²¹ *Hoffmann-La Roche* (1979) Tribunal de Justicia, par. 123; *Tomra* (2010) Tribunal General, pars. 238-45 y *Tomra* (2012) Tribunal de Justicia, pars 37-44; e *Intel* (2014) Tribunal General, pars. 114-24. Este último fue anulado, pero por otro motivo (*infra* notas 761-764 y texto que acompañan).

⁴²² Requerimiento FNE en contra de Unilever (2013), pp. 22-3. Este factor fue posteriormente recogido en la Guía para todas las restricciones verticales. FNE (2014), pp. 14-5.

⁴²³ *Supra* nota 231 y texto al que acompaña.

⁴²⁴ Elhauge (2003), pp. 324-7.

ya que en ese escenario no se impediría a los rivales intervenir eficientemente en los mercados⁴²⁵.

En contraposición a esos umbrales estáticos, otras posturas se enfocan en determinar si los rivales del vendedor exclusivo son capaces de alcanzar la MES o la MVS. La primera de ellas señala que los Acuerdos de Exclusividad solo dañarán la competencia en la medida que impidan a los demás vendedores alcanzar la MES⁴²⁶, porque en ese caso los demás rivales se verán forzados a operar en desventaja de costos en comparación a la empresa excluyente, cuestión que podría reducir la capacidad competitiva de los rivales⁴²⁷, prevenir el ingreso de entrantes o forzar la salida de incumbentes del mercado⁴²⁸. El efecto anticompetitivo sería más probable si existieran Economías de Escala (“*Scale Economies*”)⁴²⁹ en la producción⁴³⁰, pues en ese caso una menor producción (y venta) magnificaría los aumentos de costos⁴³¹.

La segunda propuesta de umbral dinámico pertenece a Crane y Miralles quienes consideran, como segunda parte de su test de exclusión sustancial⁴³², que la clausura de mercado será sustancial si “un rival igualmente eficiente carecería de una oportunidad razonable para obtener una parte suficiente de la porción no cerrada del mercado para alcanzar la escala mínima viable”⁴³³. Mientras la cuota de mercado no cerrada permita a las demás empresas alcanzar la MVS no habría problemas para la competencia, pues éstas

⁴²⁵ Wright (2006), pp. 197-8 y B. Klein (2003), p. 126. Nótese que en este ámbito Wright no aplica el análisis BFF. Wright (2012), p. 1182.

⁴²⁶ B. Klein (2003), p. 122. Wright propuso lo mismo respecto de ésta y otras conductas como los pagos por publicidad, los pagos por espacio en estantería y, en general, para los contratos de distribución (Wright (2006), *passim*) y, posteriormente, para los descuentos por cuota de mercado (Moore y Wright (2015), p. 1237). En uno de sus trabajos más recientes, Wright señaló que existe *consenso* en que una condición necesaria para que una práctica exclusoria dañe la competencia es que se excluya a los rivales de tantos distribuidores que se les impida alcanzar la MES. Wright (2012), p. 1166.

⁴²⁷ International Competition Network (2013), p. 22.

⁴²⁸ B. Klein (2003), p. 122.

⁴²⁹ “Propiedad por la cual el costo total promedio a largo plazo disminuye conforme aumenta la cantidad producida”. Mankiw (2012), p. 272.

⁴³⁰ B. Klein (2003), p. 125. En cambio, si existen economías de escala en la distribución la exclusión anticompetitiva es menos probable, debido a que entonces bastaría a los rivales acceder o convencer a un solo distribuidor para poder operar eficientemente en el mercado. Wright (2006), pp. 201.

⁴³¹ Salop, Pozen y Seward (2014), p. 6.

⁴³² Crane y Miralles (2011), pp. 639-46.

⁴³³ *Ibíd.* P. 639. En este planteamiento solo se toma en cuenta a los rivales igualmente eficientes, lo que también es criticado. Sobre esta crítica véase *infra* notas 755-757 y texto que acompañan.

podrían seguir participando en el mercado pese a la estrategia exclusoria⁴³⁴. Sin perjuicio de lo anterior, este test requiere evaluar si es factible —no solo si es posible— que los rivales alcancen la MVS, incorporando en el análisis la probabilidad de que los clientes cambien de proveedor, los intervalos de tiempo en que es posible competir por cada cliente y la cantidad de rivales que se disputan la porción no exclusiva⁴³⁵.

Aunque las dos propuestas que contemplan umbrales dinámicos tienen la ventaja de vincular la cobertura de los Acuerdos con la realidad económica del mercado afectado, éstos han sido criticados señalándose que la competencia puede verse afectada aun cuando los rivales pueden alcanzar la MES y/o la MVS, por lo que su utilización llevaría a absolver conductas potencialmente contrarias a la Libre Competencia⁴³⁶. Desde la perspectiva del paradigma RRC, que los rivales de la empresa excluyente logren alcanzar la MES y la MVS no obsta a que sus costos hayan sido aumentados por la estrategia de ésta última, cuestión que disminuye su eficiencia e impacto en el proceso competitivo⁴³⁷. Por otro lado, y sin importar el modelo de exclusión anticompetitiva utilizado, una empresa que produce (o vende) pequeñas cantidades y no puede expandirse porque gran parte del mercado está cubierto por Acuerdos de Exclusividad no ejercerá una presión competitiva relevante —pese a mantenerse viable y operar en forma eficiente—, lo que permitiría a la empresa excluyente fijar precios superiores a los competitivos⁴³⁸.

Ninguna sentencia analizada ha empleado umbrales dinámicos y, de hecho, la imposibilidad de alcanzar la MVS como requisito de una exclusión anticompetitiva fue rechazada explícitamente en *Tomra*⁴³⁹ e implícitamente en los fallos que han afirmado que la exclusión total (o expulsión) del mercado no es necesaria para que se verifique este efecto

⁴³⁴ *Ibíd.* P. 640. En otras palabras, Salop afirma: “Si las ventas previstas probablemente caerían por debajo de esta ‘escala mínima viable (MVS)’, un participante carecería de un incentivo para entrar y un competidor existente tendría el incentivo para salir”. Salop (2016), p. 24.

⁴³⁵ Crane y Miralles (2011) pp. 641-4. Los autores proponen que la cobertura “no debiese considerarse sustancial si la escala mínima viable, expresada en unidades o ingresos, es menor que las unidades o los ingresos en el segmento no cerrado del mercado dividido por el número de competidores”. *Ibíd.* p. 643.

⁴³⁶ Salop (2016), p. 22.

⁴³⁷ *Ibíd.* Pp. 22-3.

⁴³⁸ *Ibíd.* Pp. 24-5.

⁴³⁹ *Tomra* (2010) Tribunal General, pars. 238-41 y *Tomra* (2012) Tribunal de Justicia, par. 46.

anticompetitivo⁴⁴⁰. En cambio, tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea se han utilizado umbrales estáticos para determinar si se puede producir una exclusión anticompetitiva, pese a haberse considerado artificial el uso de éstos⁴⁴¹. La jurisprudencia estadounidense habría establecido un puerto seguro para los Acuerdos de Exclusividad que cierran menos del 40% del mercado⁴⁴² y normalmente solo se condenaría coberturas de más del 50%⁴⁴³. Para el caso de los proveedores no dominantes, las regulaciones europeas consideran que pueden producirse efectos anticompetitivos con coberturas de 30% o más del mercado de distribución minorista de productos finales⁴⁴⁴, pudiendo ocurrir un efecto de exclusión acumulativo si proveedores cubren colectivamente esa misma porción del mercado⁴⁴⁵.

3.7 Quién Instigó la Exclusividad

Un último elemento que puede considerarse al evaluar la posibilidad de que los Acuerdos de Exclusividad generen una exclusión anticompetitiva es si el comprador sugirió o solicitó que la relación comercial con el vendedor fuese exclusiva. Algunos califican de irrelevante este factor para determinar la anticompetitividad de esta práctica, puesto que los clientes pueden tener interés en suscribir este tipo de Acuerdos para recibir un beneficio a cambio, pero éstos pueden no favorecer al conjunto de los clientes y, además, de ninguna forma obstan a la producción de perjuicios a la competencia⁴⁴⁶. No obstante, tomar en cuenta este elemento no apunta a descartar el potencial anticompetitivo de los Acuerdos de Exclusividad instigados por el cliente —y que pueden beneficiarlo—, sino considerar que,

⁴⁴⁰ Microsoft (2000) Circuito D.C., p. 70; Dentsply (2005) Tercer Circuito, p. 191; y McWane (2015) Onceavo Circuito, p. 838.

⁴⁴¹ Tomra (2010) Tribunal General, par. 242.

⁴⁴² Jacobson (2002), pp. 324 y 362. Las agencias antimonopolios fijan ese umbral en 30% (DOJ y FTC (s.f.), p. 4), y Crane en un 20% (Crane (2007), p. 67).

⁴⁴³ Hovenkamp (2005a), pp. 176-7 y DOJ y FTC (s.f.), p. 4.

⁴⁴⁴ Comisión Europea (2010a). Par. 140.

⁴⁴⁵ *Ibíd.* Par. 141.

⁴⁴⁶ Comisión Europea (s.f.), p. 4 y Elhauge (2003), p. 339-40. De hecho, hay modelos económicos que prevén que la falta de coordinación y la persecución de beneficios individuales llevarían, por ejemplo, a impedir el ingreso de nuevos competidores al mercado (*supra* nota 214). En forma similar, el TDLC consideró, en el marco de una operación de concentración, que un proveedor incumbente puede compartir sus rentas con minoristas para que estos últimos también tengan interés en bloquear la entrada de los rivales del primero. Resolución N°41 (2012) TDLC, p. 78.

mientras los proveedores probablemente no tienen ningún interés en conservar la competencia en el mercado, las motivaciones de sus clientes pueden ser más complejas y variarán según si éstos son usuarios finales o revendedores⁴⁴⁷.

Un cliente usuario final que ofrece a sus proveedores una relación exclusiva con el objetivo de obtener las mejores condiciones que éstos puedan ofrecer⁴⁴⁸ debiese estar interesado en que la competencia entre ellos se mantenga, pues así se asegura que a futuro éstos sigan compitiendo por venderle en forma exclusiva⁴⁴⁹. En cambio, los clientes revendedores pueden tener dos motivaciones contrapuestas al ofrecer un Acuerdo de Exclusividad. Por un lado, al igual que los usuarios finales, querrán conservar la competencia entre los proveedores para que cuando termine el primer contrato que celebran las nuevas ofertas sigan siendo atractivas⁴⁵⁰. Por otro lado, un cliente revendedor que mantiene una relación exclusiva con un proveedor podría estar particularmente interesado en que el mercado aguas arriba se vuelva menos competitivo, para así enfrentar una menor competencia inter-marcaria de parte sus competidores⁴⁵¹.

Entonces, aunque el potencial anticompetitivo de la conducta y el estándar aplicable no varíe según quién instigó el Acuerdo de Exclusividad⁴⁵², “[I]a diferencia principal es apreciar que cuando el acuerdo de exclusividad haya sido iniciado por un cliente, particularmente un usuario final, es menos probable que el objetivo sea la exclusión de los proveedores competidores”⁴⁵³. Al evaluarse la evidencia en el juicio tendría que considerarse que, al menos *ex ante*, los Acuerdos probablemente no fueron concebidos como una forma de alcanzar un resultado anticompetitivo⁴⁵⁴. Por ello, si los Acuerdos de Exclusividad fueron

⁴⁴⁷ Steuer (2000), p. 240.

⁴⁴⁸ *Ibíd.* Pp. 239-40. Sobre esta situación como una eficiencia véase *infra* capítulo IV, punto 6.

⁴⁴⁹ *Ibíd.* Pp. 240.

⁴⁵⁰ *Ibíd.* P. 241.

⁴⁵¹ *Ibíd.* P. 241. Desde otra perspectiva, puede considerarse que si muchos distribuidores pactan Acuerdos de Exclusividad con una marca determinada (sin incorporar restricciones verticales intra-marca) la competencia inter-marcaria efectivamente podría disminuir, pero, a su vez, la competencia intra-marcaria aumentaría porque cada distribuidor promocionará más agresivamente la marca exclusiva. Hovenkamp (2005a), p. 124.

⁴⁵² Steuer (2000), pp. 242 y 247-8.

⁴⁵³ *Ibíd.* Pp. 248-9. En sentido contrario, Rojas sugiere que las restricciones verticales impuestas por proveedores son generalmente procompetitivas, a diferencia de aquellas solicitadas por clientes distribuidores, que deben observarse con más recelo, en especial considerando la concentración de los mercados minoristas. Rojas (2010), p. 183.

⁴⁵⁴ Steuer (2000), p. 248 e International Competition Network (2013), p. 21.

propuestos por el cliente y no se ha demostrado que éste tenga razones para querer disminuir la competencia entre sus proveedores debiese requerirse una mayor cantidad de evidencia de los efectos anticompetitivos de la conducta antes de declararla ilegal⁴⁵⁵.

De todos los factores mencionados, éste es el único que nunca ha sido considerado en un caso de Acuerdos de Exclusividad y solo es reconocido, teóricamente, en Estados Unidos y Canadá⁴⁵⁶. Más aún, en la Unión Europea ya en *Hoffmann-La Roche* se negó toda relevancia a que los compradores hayan instado a la celebración de los Acuerdos⁴⁵⁷.

4. Relajación de la Competencia y Facilitación de la Colusión Aguas Arriba

Como fue señalado, los Acuerdos de Exclusividad pueden operar como barreras de entrada y también como barreras de expansión a los competidores ya presentes en un mercado. Si una empresa concreta Acuerdos de Exclusividad que benefician suficientemente a sus clientes, éstos tendrán pocas razones (o no tendrán razón alguna) para acudir a otros vendedores, lo que a su vez “reduce los incentivos de los vendedores para socavarse unos a otros para tratar de atraer a los compradores a cambiar [de vendedor]”⁴⁵⁸. Es decir, esta conducta puede disminuir la intensidad de la competencia aguas arriba⁴⁵⁹, pero en la medida en que la misma no proliferen la relajación no será preocupante: los vendedores seguirán compitiendo por vender a aquellos compradores que no mantienen ningún Acuerdo de Exclusividad.

Diferente es la situación si todos o la gran mayoría de los vendedores de un mercado, especialmente uno concentrado, mantienen relaciones exclusivas con sus compradores, pues en este caso no solo se reducirá la competencia existente, sino que se podría producir una completa paralización del proceso competitivo. Por ejemplo, si los 5 vendedores de un

⁴⁵⁵ *Ibíd.* P. 251. En forma similar Jacobson afirma: “Cuando es buscado o deseado [el Acuerdo de Exclusividad] por el cliente, es justo asumir, a falta de prueba en contrario, que el desenlace más probable es que resulten precios más bajos en lugar de aumentar el poder de mercado del demandado”. Jacobson (2002), p. 349.

⁴⁵⁶ International Competition Network (2008), p. 10.

⁴⁵⁷ *Hoffmann-La Roche* (1979) Tribunal de Justicia, par. 89. Esa postura fue reiterada en *Tomra* (2010) Tribunal General, pars. 208 y 295; e *Intel* (2014) Tribunal General, par. 72.

⁴⁵⁸ Lafontaine y Slade (2008), p. 398.

⁴⁵⁹ Sin verificarse una exclusión anticompetitiva.

mercado mantienen relaciones exclusivas con los 5 compradores de dicho mercado⁴⁶⁰ (no existiendo entrantes potenciales en ningún nivel), estos últimos no tendrán la posibilidad de perseguir ofertas alternativas de otras empresas y, por ende, no podrán forzar la competencia entre los vendedores mientras duren los Acuerdos de Exclusividad⁴⁶¹.

A su vez, un mercado como el recién descrito es un oligopolio, en que la relajación (e incluso eliminación) de la competencia propicia un comportamiento coordinado o derechamente colusivo entre los vendedores. Aún más, en un escenario en que los vendedores ya se hayan coludido, los Acuerdos de Exclusividad pueden cumplir el rol de ayudar a superar los obstáculos que éstos enfrentan para mantener su comportamiento concertado, puesto que a través de ellos sus participantes “hacen que engañar al cartel sea más visible, porque -al menos en el caso productos diferenciados- es más fácil controlar si un vendedor está negociando con un comprador particular que el precio al cual lo está haciendo”⁴⁶².

Que los Acuerdos de Exclusividad puedan relajar la competencia y propiciar una colusión aguas arriba no significa que sea común que esto ocurra⁴⁶³ y, si es que sucede, los clientes exclusivos no tendrán muchas razones para mantener sus Acuerdos, porque probablemente pagarán mayores precios que sus rivales no exclusivos⁴⁶⁴. Además, si en un mercado prolifera esta práctica, podría asumirse que ello ocurre porque ésta disminuye los costos de las empresas que la emplean, generando beneficios procompetitivos que superarían su potencial anticompetitivo⁴⁶⁵.

Dos fallos estadounidenses han reconocido que los Acuerdos de Exclusividad pueden relajar la competencia y facilitar una colusión en el mercado aguas arribas, sin condenar por

⁴⁶⁰ Las relaciones exclusivas pueden ser fruto de Acuerdos de Exclusividad o de una red de suministros exclusivos o de distribuidores exclusivos que operen en un mismo territorio.

⁴⁶¹ Hovenkamp (2005a), p. 119.

⁴⁶² Tom, Balto y Averitt (2000), p. 618. Tesler hace una interpretación similar, señalando que la combinación de fijación de precios de reventa con Acuerdos de Exclusividad puede brindar gran estabilidad a un cártel. Tesler (1960), p. 97). Por su parte, Korah y O’Sullivan reconocen que ambas prácticas por separado pueden ayudar a actuar contra quien se desvía del cartel o del comportamiento paralelo. Korah y O’Sullivan (2002), p.24.

⁴⁶³ Hovenkamp (2005a), p. 120. Hovenkamp aceptaría condenar a los Acuerdos de Exclusividad por propiciar una colusión solo si se tratase de un mercado concentrado (IHH superior a 1800), con barreras a la entrada moderadamente altas y en que los Acuerdos cubriesen como mínimo el 75% de los compradores. *Ibíd.* P. 122.

⁴⁶⁴ *Ibíd.* P. 120.

⁴⁶⁵ *Ibíd.* Pp. 120-1 y 191.

ello —ni por otra razón— este comportamiento⁴⁶⁶. En las demás jurisdicciones examinadas nunca se ha mencionado este efecto anticompetitivo en casos de Acuerdos de Exclusividad, no obstante, documentos de las agencias de Chile y de la Unión Europea dan cuenta de la relajación de la competencia y la facilitación de la colusión como efecto anticompetitivo: en el primero refiriéndose a la fijación de precios de reventa, pero sin descartarlo para otras restricciones verticales⁴⁶⁷ y en el segundo en forma específica para la conducta aquí analizada⁴⁶⁸.

5. Efectos en la Elección de los Consumidores

Uno de los objetivos del Derecho de la Competencia es proteger a los consumidores. Dicho objetivo normalmente⁴⁶⁹ es alcanzado a través del funcionamiento eficiente de los mercados y la mantención del proceso competitivo en ellos y, por ende, puede entenderse como un objetivo mediato⁴⁷⁰. Excepcionalmente, los Acuerdos de Exclusividad pueden afectar directamente a los consumidores —más específicamente, a las opciones de bienes o servicios a los que pueden acceder— si a través de éstos un competidor es expulsado del mercado⁴⁷¹.

Si bien es evidente que los consumidores pueden ser perjudicados de esta forma, lo crucial sería poder determinar qué nivel de reducción de alternativas es constitutiva de un daño al bienestar de los consumidores: ¿Puede considerarse que una disminución de 10 a 9 productores (y de sus productos) es igualmente dañina que una reducción de 3 a 2 productores (y de sus productos)?⁴⁷² Parece razonable asumir, por lo menos *a priori*, que si una reducción de productores en un mercado genera un riesgo para el proceso competitivo,

⁴⁶⁶ Beltone (1982) FTC, pp. 206-7 y 210-13; y Gilbarco (1997) Noveno Circuito, p. 1164.

⁴⁶⁷ FNE (2014), p. 10.

⁴⁶⁸ Comisión Europea (2010a), pars. 130 y 134.

⁴⁶⁹ Normalmente, ya que hay prácticas que son (potencialmente) sancionadas por perjudicar directamente a los consumidores, como los Precios Excesivos o Abusivos ("*Excessive or Abusive Pricing*"). Sobre esta práctica y su reconocimiento en el derecho chileno compárese Menchaca (2011) con Vásquez (2015).

⁴⁷⁰ Sobre las eficiencias y el proceso competitivo como formas de alcanzar el bienestar de los consumidores véase Ybar (2010).

⁴⁷¹ Jacobson (2002), p. 356. En forma más amplia, Lande afirma: "Una violación antimonopolio puede entenderse mejor como una actividad que distorsiona o restringe irrazonablemente las opciones que de otro modo estarían disponibles para los consumidores". Lande (2001), p. 525.

⁴⁷² Jacobson se hace esta pregunta y señala que una opción sería guiarse por los principios de la regulación de las fusiones horizontales. Jacobson (2002), p. 357.

una reducción equivalente en las opciones de productos ofrecidos en un mercado también constituirá un daño anticompetitivo, por lo que esto último solo debiese preocupar al Derecho de la Competencia cuando la expulsión de competidores sea considerada una exclusión anticompetitiva^{473 474}.

Por otro lado, los Acuerdos de Exclusividad también pueden afectar las elecciones de los consumidores, ya que “hacen las comparaciones intermarca e intramarca mucho más difíciles y costosas”⁴⁷⁵, lo que conlleva una disminución de la eficiencia de las búsquedas de los consumidores⁴⁷⁶. Cuando un distribuidor ofrece solo una marca de una categoría de productos, sus clientes están impedidos de realizar una comparación inter-marcaria, viéndose forzados a acudir a otro distribuidor si desean realizar dicha comparación⁴⁷⁷. Más aún, si el segundo distribuidor también mantiene un Acuerdo de Exclusividad para otra marca de ese bien en particular, al consumidor le será imposible cotejar las dos marcas del producto en esos distribuidores y solamente podrá acceder a un precio para cada uno de ellos.

Por ejemplo, si cinco tiendas minoristas tienen pactados Acuerdos de Exclusividad con cinco proveedores de diferentes marcas del mismo tipo de producto⁴⁷⁸, un cliente que visite los cinco locales solo obtendrá un precio para cada uno de ellos. En cambio, si los minoristas no fuesen exclusivos, habría un máximo de 5 precios para cada marca de ese tipo de

⁴⁷³ Es relevante señalar que se asume que todo productor solo ofrece un bien o servicio. Si algunos productores tuvieran una oferta más amplia, su eliminación del mercado conllevaría una reducción sustancial de las alternativas disponibles sin necesariamente disminuir la competitividad del mercado en consideración a la cantidad de competidores restantes.

⁴⁷⁴ Esta es una solución que tendría un resultado similar a la planteada por Jacobson (*supra* nota 472).

⁴⁷⁵ Denozza (2002), p. 199, quien reconoce que los Acuerdos de Exclusividad incrementan los costos de transacción de los consumidores, lo que sería un ejemplo de las manifestaciones del “Aumento de los Costos Consumidores” (“*Raising Consumers’ Costs*”) como problema *Antitrust*.

⁴⁷⁶ Steiner (1985), p. 183.

⁴⁷⁷ Si el producto en cuestión es un bien de conveniencia, el comprador probablemente no acudirá a otro distribuidor. De esta forma el primer distribuidor puede incluso cobrar precios mayores, extrayendo parte del excedente del consumidor (Steiner (1985), p. 183-84), posibilidad que también es reconocida, respecto de las restricciones verticales en general, en el ámbito nacional (FNE (2014), p. 14). Hovenkamp también admite que los Acuerdos de Exclusividad disminuyen la competencia dentro de un punto de venta, pero señala que lo relevante es el efecto de la conducta en la competencia en el mercado relevante. Hovenkamp (2005a), pp. 70-1.

⁴⁷⁸ El mismo escenario podría ocurrir con una red de suministros exclusivos o de distribuidores exclusivos que operan en un mismo territorio.

productos, con un pequeño aumento en el tiempo de búsqueda⁴⁷⁹. Si los cinco minoristas fueran supermercados que hubiesen pactado Acuerdos de Exclusividad para cinco tipos de productos habría 25 combinaciones considerando precios y marcas: sin los Acuerdos dicha combinaciones podrían alcanzar las 125.

El ejemplo anterior demuestra que no solo cuando los Acuerdos de Exclusividad ocasionan que un competidor abandone el mercado se afectan las elecciones de los consumidores, sino también cuando éstos proliferan entre proveedores y distribuidores minoristas, especialmente si cubren más de un tipo de producto. Es en este último tipo de situaciones en que el daño a los consumidores podría ser particularmente grave.

Ningún caso, ni mucho menos una sentencia, se ha fundado en la afectación de las elecciones de los consumidores como consecuencia anticompetitiva. Este efecto solo ha sido brevemente contemplado en *Langnese*, al aseverarse que los Acuerdos de Exclusividad “restringen las posibilidades de elección de los consumidores, ya que éstos sólo encuentran la gama de helados de un fabricante determinado en los puntos de venta vinculados”⁴⁸⁰; en *Van den Bergh Foods*, al declararse que el préstamo de equipos de frío para uso exclusivo “reduce la libertad de elección de los consumidores”⁴⁸¹; y en *Dentsply*, al afirmarse que esta práctica “limita las opciones de productos disponibles a los laboratorios dentales, los usuarios finales”⁴⁸².

⁴⁷⁹ Steiner (1985), p. 183.

⁴⁸⁰ Langnese (1995) Tribunal General, par. 166.

⁴⁸¹ Van den Bergh Foods (2003) Tribunal General, par. 132.

⁴⁸² Dentsply (2005) Tercer Circuito, p. 194.

CAPÍTULO IV: Eficiencias Asociadas a la Conducta

1. Introducción

Los Acuerdos de Exclusividad no solamente tienen la capacidad de dañar a la competencia, también se ha reconocido que su utilización puede originar múltiples beneficios⁴⁸³ y se ha afirmado que “[c]asi siempre hay *algunas* eficiencias asociadas con los acuerdos de exclusividad al nivel del distribuidor”⁴⁸⁴. Entonces, se hace necesario identificar las posibles eficiencias que justificarían, en términos procompetitivos, el uso de Acuerdos de Exclusividad y las condiciones y factores de los que depende que alguna(s) de la(s) eficiencia(s) alegada(s) sea(n) probablemente causada(s) por esta práctica en la realidad comercial⁴⁸⁵. Todas esas circunstancias tendrían que ser probadas por la empresa que ejecutó el comportamiento cuestionado por anticompetitivo⁴⁸⁶, de forma equivalente a la carga que tiene el demandante de probar la anticompetitividad del mismo⁴⁸⁷.

Por ejemplo, un Acuerdo de Exclusividad podría hacer más fácil la planificación del negocio tanto al vendedor como al comprador y, por lo tanto, su uso podría ser justificado por ser un medio para alcanzar ese objetivo procompetitivo. Sin embargo, tal como un daño a un competidor no implica necesariamente un daño a la competencia, muchas de las eficiencias pueden ser beneficiosas para las partes, pero no necesariamente repercutir en el bienestar de la sociedad⁴⁸⁸ o, más específicamente, de los consumidores. Debido a lo anterior, la evaluación de las eficiencias de los Acuerdos de Exclusividad debiese considerar no solo la forma en que mejoran el funcionamiento del negocio de las partes involucradas, sino también cómo y en qué medida serán traspasadas a los consumidores⁴⁸⁹.

Adicionalmente, una eficiencia podría no ser suficiente defensa de los Acuerdos de Exclusividad en la medida en que, habiéndose probado una potencial vulneración de la Libre

⁴⁸³ Hovenkamp (2005a), p. 136; y Ramseyer y Rasmusen (2014), p. S149.

⁴⁸⁴ Jacobson (2002), p. 353; cursiva del original.

⁴⁸⁵ FNE (2014), p. 20.

⁴⁸⁶ Ybar (2014), p. 40.

⁴⁸⁷ Hovenkamp (2005a), p. 198.

⁴⁸⁸ *Ibíd.* P.136.

⁴⁸⁹ International Competition Network (2013), p. 39; y Eilat, Gilo y Sagi (2016), p. 31, quienes se refieren a prácticas relativas al precio, pero abogan por la equivalencia de éstas con los Acuerdos de Exclusividad.

Competencia, existiesen alternativas menos restrictivas o amenazadoras de la competencia que permitiesen conseguir la misma eficiencia⁴⁹⁰. El mecanismo alternativo tendría que estar disponible para el uso por la empresa demandada y ser sustancialmente menos restrictivo que el Acuerdo de Exclusividad impugnado⁴⁹¹, no bastando que aquel simplemente dañase menos al demandante⁴⁹².

Desde los primeros casos de Acuerdos de Exclusividad, la jurisprudencia comparada ha reconocido constantemente que éstos pueden tener consecuencias procompetitivas y ha permitido que los demandados las aleguen como defensa de su comportamiento⁴⁹³. Sin embargo, su efectiva acreditación en juicio ha sido una cuestión particularmente inusual. Tanto es así, que, de los casos analizados, solo en *Beltone* se ha tenido por probada una eficiencia causada por los Acuerdos de Exclusividad⁴⁹⁴. En Chile, si bien el TDLC afirmó en *Socofar* que los Acuerdos de Exclusividad pueden ser de la esencia de un contrato de franquicia —vislumbrando así la legitimidad de esta práctica—⁴⁹⁵ e indicó en *Fósforos* que los descuentos condicionales pueden producir efectos positivos⁴⁹⁶, recién en *Detergentes* manifestó expresamente que estos Acuerdos tienen el potencial de generar beneficios para la Libre Competencia⁴⁹⁷.

Reconociendo la doctrina y la jurisprudencia la posibilidad de justificar los Acuerdos de Exclusividad por las eficiencias creadas, este capítulo indaga en los múltiples beneficios que se han asociado a esta práctica. Para ello se estructura el capítulo de la siguiente forma: primero, se explican las cinco principales eficiencias que pueden emanar de los Acuerdos de

⁴⁹⁰ Hovenkamp (2005a), pp. 195-8 y Montt (2010), pp. 77. En contrario, algunos autores se muestran renuentes a indagar en alternativas menos restrictivas en el caso de los Acuerdos de Exclusividad. Ibáñez (2014), p. 28 y Meese (2005), pp. 423-6. Incluso Hovenkamp sugiere que esta indagación “debiese limitarse a aquellas instancias en que el potencial anticompetitivo del acuerdo de exclusividad es claro”. Hovenkamp 2005a, p. 196.

⁴⁹¹ Jacobson (2002), p. 368.

⁴⁹² Hovenkamp (2005a), p. 196.

⁴⁹³ *Standard Stations* (1961) Corte Suprema, pp. 306-7; *Microsoft* (2000) Circuito D.C., pp. 59 y 71-4; *McWane* (2015) Onceavo Circuito, pp. 840-2; *Hoffmann-La Roche* (1979) Tribunal de Justicia, par. 90; *Delimitis* (1991) Tribunal de Justicia, pars. 11-2; *Tomra* (2010) Tribunal General, par. 224; e *Intel* (2014) Tribunal General, par. 94.

⁴⁹⁴ *Infra* notas 580-581 y texto que acompañan.

⁴⁹⁵ Resolución N°16 (2006) TDLC, c. 11.

⁴⁹⁶ Sentencia N°90 (2009) TDLC, c. 105-6, 152 y 158. Esto también fue reconocido por la Corte Suprema al afirmar que la carga de probar una eficiencia corresponde a quien la alega para justificar su infracción. *Fósforos* (2010) Corte Suprema, c. 21.

⁴⁹⁷ Resolución de Término N°119 (2014) TDLC, c. 7.

Exclusividad y los requisitos o circunstancias que deben concurrir para que ellas se verifiquen. Luego, se agrupan diversas eficiencias en la idea general de reducción de costos de las partes. Finalmente, se exponen sucintamente otras consecuencias procompetitivas, pero menos relevantes, de los Acuerdos de Exclusividad. Para todas las eficiencias desarrolladas se mencionan los casos, entre los analizados, en que ellas han sido reconocidas.

2. Dedicación y Lealtad del Distribuidor

Como se mencionó en un principio, en la economía actual no basta con que un productor tenga un producto de calidad que se venda a un buen precio: es necesario que el mismo llegue a los potenciales consumidores en forma adecuada, cuestión que requiere esfuerzos tanto de los proveedores como de los distribuidores de bienes y servicios. De los proveedores depende, principalmente, que el producto sea atractivo para los consumidores y que su marca sea reconocida por estos últimos, cuestiones que corrientemente se alcanzan a través de publicidad de alcance amplio. De los distribuidores depende, por ejemplo, la prestación de servicios de preventa tales como la entrega de información y asesoramiento a clientes potenciales; de servicios *in situ* tales como vendedores cualificados, salas de exposición atractivas o instalaciones de estacionamiento adecuadas; y de servicios posventa tales como despacho gratuito o prestación de servicios de mantenimiento y garantía⁴⁹⁸.

Los esfuerzos de los distribuidores se pueden dividir en dos tipos: aquellos para atraer consumidores a su negocio —sea virtual o físico— y aquellos destinados a vender productos⁴⁹⁹. A través de los servicios orientados a atraer consumidores, los distribuidores compiten por aumentar su clientela para así maximizar sus ventas y ganancias, de forma similar a como competirían con menores precios, por lo que tienen incentivos suficientes para prestarlos en la cantidad adecuada⁵⁰⁰. En cambio, ya que la provisión de servicios de venta no tiene efectos en la demanda total de una categoría de productos, a un agente económico racional le será indiferente la marca que sus clientes adquieren si sus ganancias

⁴⁹⁸ Rey (2012), p. 12.

⁴⁹⁹ Rey y Verge (2008), p. 362.

⁵⁰⁰ Klein y Lerner (2007), pp. 489-90.

se mantienen iguales con la comercialización de cualquiera de ellas⁵⁰¹ y solo promocionará una marca particular de un producto si con su venta obtiene un mayor margen de ganancias⁵⁰².

Lo anterior puede ser problemático para un proveedor que requiere que sus distribuidores presten servicios especiales para lograr vender sus productos⁵⁰³, pero esto puede ser solucionado con Exclusividades Totales o Parciales⁵⁰⁴, pues con éstas se estimula al distribuidor a dedicar su máximo esfuerzo a una marca específica a cuyo éxito está vinculado el de su negocio⁵⁰⁵. Por ello se señala que al eliminar cualquier lealtad dividida que haya podido afectar a los distribuidores, los Acuerdos de Exclusividad sirven para fomentar la competencia inter-marca⁵⁰⁶. No obstante, hay dos circunstancias que pueden causar que, incluso utilizándose estos Acuerdos, un distribuidor no preste tantos servicios como el proveedor querría.

Primero, cuando el distribuidor no considera las ganancias del proveedor al promocionar su marca, puede suceder que el costo en que debe incurrir el primero no sea superado por las ganancias que obtiene al vender unidades adicionales⁵⁰⁷. La sub-provisión

⁵⁰¹ Steuer (1983), p. 125.

⁵⁰² Rey y Verge (2008), p. 368 e International Competition Network (2013), p. 33.

⁵⁰³ Normalmente se asevera que para que sean necesarios los servicios especiales los productos deben ser nuevos, tener cierta complejidad técnica o representar un gasto elevado para los consumidores (o ser bienes de compra). Comisión Europea (2009), par. 109a y FNE (2014), p. 18. La propuesta más moderna analizada *infra* (punto 3) no contempla características que deban tener los productos que justifiquen la utilización de servicios para aumentar sus ventas.

⁵⁰⁴ Otra solución sería que las partes suscriban contratos más detallados, en que se especifiquen los servicios promocionales que debe prestar el distribuidor. Sin embargo, este tipo de contratos sería costoso y difícil de monitorear (International Competition Network (2013), p. 34) y además dejaría subsistente otro tipo de problema de parasitismo (Klein y Lerner (2007), 493n58) que es analizado *infra* (notas 548 y 551-560 y texto que acompañan).

⁵⁰⁵ Steuer (1983), pp. 124-5. En el mismo sentido se pronuncian: Posner (2001), p. 933; Jacobson (2002), pp. 357-8; Steiner (2004), p. 449; y Motta (2009), p. 335. En cambio, Marvel niega que los Acuerdos de Exclusividad puedan ser usados para fomentar un incremento en la prestación de servicios por parte del distribuidor. Marvel (1982), pp. 3-5. La opinión de Marvel sería correcta respecto de servicios que tienen *gran* efecto en la competencia entre distribuidores, pero no para aquellos destinados a promocionar una marca determinada que tienen *poco* o *ningún* efecto en la demanda entre distribuidores; estos últimos sí podrían ser incentivados a través de los Acuerdos de Exclusividad al crear distribuidores con lealtad indivisa. Klein y Lerner (2007), pp. 479 y 485-6.

⁵⁰⁶ Steuer (1985), p. 1235.

⁵⁰⁷ B. Klein (2003), p. 144 y Wright (2006), p. 172. Este argumento fue originalmente formulado por Klein y Murphy (1988). Las ganancias podrían ser aún menores si se tratase de un distribuidor sujeto a un Acuerdo de Exclusividad, ya que en ese caso la promoción para una marca solo “canibalizaría” las ventas de otras marcas del mismo producto en el distribuidor que presta el servicio. Klein y Lerner (2007), p. 488.

de servicios se acrecentaría, desde la óptica del proveedor, a medida que las ganancias marginales de este último se distancien de las del distribuidor⁵⁰⁸. Una alternativa que podría emplear el distribuidor para cubrir los costos de los servicios adicionales sería venderlos a los clientes, pero, como este tipo de estrategias apuntan a convencer a los consumidores marginales, cobrar por ellas reduciría la efectividad de la promoción en generar ventas incrementales⁵⁰⁹.

En segundo lugar, puede ocurrir que las ganancias que obtiene el distribuidor por promocionar una marca superen los costos de esta actividad y, al mismo tiempo, que los ingresos asociados a la venta de dicho producto representen una porción baja de los ingresos totales del distribuidor. Si esto ocurre, el intermediario no tendrá suficientes motivos para poner todo su esfuerzo en promocionar esa marca específica, porque es probable que ese mismo esfuerzo, utilizado para promocionar otros productos, le sea más rentable. En este sentido, se puede afirmar que en el caso de distribuidores multiproductos, como los supermercados, la presencia de Acuerdos de Exclusividad aumenta la lealtad del distribuidor para una marca de un tipo de producto, pero no desvía la lealtad de otros productos hacia la marca exclusiva.

Por estas dos circunstancias, la dedicación y lealtad que se logra a través de los Acuerdos de Exclusividad no es suficiente y, por ende, puede ser necesaria una forma de compensar a los distribuidores por los servicios que el proveedor necesita⁵¹⁰. Pese a ello, esta eficiencia fue mencionada en *Delimitis* —caso en que no podía influir en una decisión de condena o absolución por haberse tratado de una consulta sobre la exégesis del TFEU—⁵¹¹, *Dentsply, Beltone y Cavem*⁵¹².

⁵⁰⁸ Wright (2006), p. 173; y Klein y Lerner (2007), p. 487.

⁵⁰⁹ B. Klein (2003), pp. 144-5.

⁵¹⁰ Sobre esto véase *infra* notas 537-541 y texto que acompañan.

⁵¹¹ *Delimitis* (1991) Tribunal de Justicia, par. 11.

⁵¹² *Infra* notas 579-581 y texto que acompañan.

3. Solución al Problema del Parasitismo (“Free Rider”)

Comúnmente, el “Problema del Parasitismo o Polizón” (“Free Rider”) es asociado a los bienes públicos, o sea, aquellos que no son excluibles⁵¹³ ni rivales⁵¹⁴, respecto de los cuales “la mayoría de los consumidores adoptará una postura de ‘parásito’ (o ‘free rider’); es decir, ellos esperarán a que ‘otro’ pague”⁵¹⁵. La consecuencia que genera este problema es que el mercado no es capaz de suministrarlos eficientemente y, por tanto, si no hay intervención del Estado (subsidiándolo o proveyéndolo) lo más probable es que el bien no se produzca⁵¹⁶.

En el Derecho de la Competencia, particularmente en el ámbito de la estructura vertical que se viene analizando, el problema del polizón surge en torno a los servicios que un distribuidor puede (o debe) suministrar, en tanto éstos no solo afectan la relación comercial entre el distribuidor y sus clientes, sino que pueden generar externalidades⁵¹⁷ horizontales que benefician a otros distribuidores y externalidades verticales que benefician a sus proveedores⁵¹⁸. El problema surge debido a que, al igual que en el caso de los bienes públicos, los servicios que puedan ser aprovechados por los “parásitos” no serán prestados por los distribuidores a menos que las partes pacten algún correctivo o limitante de sus conductas futuras⁵¹⁹.

Si los esfuerzos de un distribuidor son apropiables por otros distribuidores, el primero probablemente dejará de proveer esos servicios⁵²⁰. Esta menor provisión de servicios puede perjudicar a distribuidores, consumidores y también a aquellos proveedores cuyos productos requieran de servicios especiales para ser vendidos. Para solucionar este problema, Tesler⁵²¹ propuso que los proveedores pueden fijar precios de reventa para los productos de marca

⁵¹³ “Un bien no es excluyente [excluisble] si no es posible excluir a nadie de su consumo, por lo que es difícil o imposible cobrar a los individuos por su uso; los bienes pueden consumirse sin pagarlos directamente”. Pindyck y Rubinfeld (2009), pp. 782-83.

⁵¹⁴ “Un bien no es rival si, cualquiera que sea el nivel de producción, el coste marginal de suministrarlo a un consumidor más es cero”. *Ibíd.* P. 783.

⁵¹⁵ Nicholson (2008), p. 368; cursiva del original.

⁵¹⁶ Pindyck y Rubinfeld (2009), p. 786.

⁵¹⁷ “Acción de un productor o de un consumidor que afecta a otros productores o consumidores, pero no se tiene en cuenta en el precio de mercado”. *Ibíd.* P. 357.

⁵¹⁸ Rey (2012), p. 12.

⁵¹⁹ FNE (2014), p. 18.

⁵²⁰ Rey (2012), pp. 13-4.

⁵²¹ Tesler (1960).

que son desconocidos para la masa de consumidores y que, por ende, requieren de servicios especiales para ser vendidos⁵²². De esta forma eliminarían a los “parásitos” de su red de distribuidores, ya que todos ellos tendrían vedado modificar sus precios y, por consiguiente, se verían obligados a competir por el tipo y la intensidad de sus servicios⁵²³.

Mientras que el de Tesler es el trabajo seminal que vincula la fijación de precios de reventa y el problema del polizón, para los Acuerdos de Exclusividad dicho sitio es ocupado por el trabajo de Marvel, quien considera que esta última práctica puede usarse “para proteger el derecho de un proveedor a beneficiarse de sus inversiones en capital intangible”⁵²⁴, y que si fuese prohibida se causaría una disminución en este tipo de inversiones⁵²⁵.

Marvel inicia su propuesta señalando que a través de publicidad u otros esfuerzos para potenciar una marca los proveedores pueden generar clientes para sus productos. Los costos adicionales que implica llevar a cabo este tipo de promoción —y el consecuente aumento de clientela— pueden ser traspasados a los distribuidores con un aumento en el precio de venta al por mayor⁵²⁶. Para el proveedor, el problema surge desde el momento en que los clientes acuden al punto de venta, pues el distribuidor puede recomendar a los (potenciales) compradores que adquieran un producto sustituto que tenga un margen de ganancia superior por incluir en su precio mayorista —pagado por el distribuidor— únicamente los costos de producir el bien⁵²⁷: “[d]e esta forma, el distribuidor obtiene el beneficio de las

⁵²² Dentro de esta categoría entrarían los nuevos productos de marca y también los viejos productos de marca que son comprados de forma infrecuente. *Ibíd.* Pp. 95-6. Estas características son similares a las mencionadas *supra* respecto a la dedicación y lealtad de los distribuidores (nota 503).

⁵²³ *Ibíd.* Pp. 89-92. Tesler también considera otras posibilidades para evitar el parasitismo entre distribuidores: que los distribuidores vendan sus servicios especiales separadamente a los clientes, cobrar precios diferenciados según si los distribuidores proveen o no los servicios, o negar la venta de sus productos a quienes no cumplan sus condiciones, pero las descarta por ser impracticables. *Ibíd.* Pp. 92-4.

⁵²⁴ Marvel (1982), p. 18. En el mismo sentido se pronuncian: Meese (2005), pp. 401-2; Hovenkamp (2005a), pp. 145-52; y Ramseyer y Rasmusen (2014), pp. S149-50.

⁵²⁵ Marvel (1982), p. 9. Nótese que el objetivo es evitar el aprovechamiento de las externalidades generadas por la conducta del *proveedor-fabricante*.

⁵²⁶ Marvel (1982), p. 6-7. Klein opinaba que este tipo de inversiones no afectan los costos marginales del proveedor y que por ello no debiesen aumentar los precios al por mayor; el proveedor no aumenta sus ganancias a través de un mayor precio, sino logrando un mayor volumen de ventas. B. Klein (2003), pp. 142-3. En trabajos posteriores, Klein parece retractarse de esta afirmación. Klein y Lerner (2007), p. 481 e *infra* nota 551 y texto al que acompaña.

⁵²⁷ Marvel (1982), p. 7.

inversiones promocionales del productor mientras evita el cargo impuesto por esas inversiones”⁵²⁸.

Que el distribuidor pueda aprovecharse de las inversiones del proveedor depende de dos cuestiones. Primero, los esfuerzos del proveedor no pueden ser completamente específicos para una marca, debido a que en ese caso los clientes no estarán dispuestos a adquirir otro producto en reemplazo del promocionado y, en consecuencia, el distribuidor ni siquiera tendrá la posibilidad (en abstracto) de persuadirlos⁵²⁹. En segundo lugar, el distribuidor debe tener la capacidad de desviar consumidores de un producto a otro, lo que implica que éste presta algún tipo de servicios al que los consumidores atribuyen valor, principalmente de tipo informativo⁵³⁰.

Los Acuerdos de Exclusividad pueden solucionar este problema de parasitismo al hacer imposible que los distribuidores ofrezcan productos diferentes a los consumidores, propiciando de esa forma la realización de inversiones en activos intangibles por parte de los proveedores⁵³¹. Al erradicar este problema, este comportamiento “también alienta a los proveedores a ayudar a los distribuidores en sus esfuerzos de marketing”⁵³², realizando inversiones ligadas a revendedores determinados⁵³³. Por ejemplo, un proveedor puede estar dispuesto a aportar para la construcción de una nueva sala de ventas o a entrenar al personal del distribuidor, ya que de esa forma mejora la capacidad de ventas del distribuidor y

⁵²⁸ *Ibíd.* P. 10.

⁵²⁹ *Ibíd.* P. 8. El concepto que usa es Marvel es “*purely brand-specific investments*”. En este sentido, el autor señala que la prohibición de los Acuerdos de Exclusividad causaría un aumento en el contenido marcario de las publicidades en detrimento del contenido directamente informacional. *Ibíd.* P. 8. Sin embargo, debe tenerse precaución al catalogar una publicidad como “puramente” específica para una marca, ya que el distribuidor puede esforzarse para modificar la intención de compra generada por la promoción o publicidad —específica, pero no “puramente” específica— para una marca si el costo de dicho esfuerzo es menor a la ganancia adicional que obtiene con la venta del producto alternativo. B. Klein (2003), p. 139; y Klein y Lerner (2007), p. 484.

⁵³⁰ Marvel (1982), pp. 3, 7 y 10.

⁵³¹ *Ibíd.* P. 23-5.

⁵³² Steuer (1983), p. 127.

⁵³³ Jacobson (2002), p. 358 y Motta (2009), p. 335. Marvel no rechaza expresamente la posibilidad de que estas inversiones sean protegidas por un Acuerdo de Exclusividad. Sin embargo, sus ejemplos —i.e.: desarrollo de nuevos estampados de ropa en *Standard Fashion* y publicidad masiva en el mercado de seguros (Marvel (1982), pp. 11-23)— son de inversiones en activos propios del proveedor y no relacionados con un distribuidor específico.

aumenta la probabilidad de que se vendan sus productos sin miedo a que parte de su esfuerzo beneficie a sus competidores⁵³⁴.

También puede suceder que la promoción que un producto necesite deba ser desarrollada por el distribuidor —como promoción en el punto de venta o asistencia de personal especializado— y que ésta no sea sustituible por publicidad del proveedor⁵³⁵, pero que el distribuidor no tenga los incentivos suficientes para llevarla a cabo⁵³⁶. En esa situación el proveedor debe buscar una forma de compensar a sus distribuidores por la realización de los servicios promocionales a través “Convenios de Compensación” (“*Compensation Arrangements*”) ⁵³⁷, cuya configuración específica dependerá del tipo de servicios que se requieran, del esquema de pago y del monto que debe pagarse al distribuidor.

Respecto a los dos primeros elementos, hay una variada gama de acuerdos verticales que el proveedor puede utilizar. Por ejemplo, ya que el espacio en los estantes de un distribuidor puede ser visto como una forma de promoción⁵³⁸, un proveedor puede pagar una cantidad fija por período de tiempo por este servicio, especificando cuánto y qué tipo de espacio desea que ocupen sus productos⁵³⁹. Un productor también podría fijar un precio mínimo de reventa unido a una rebaja en el precio de venta al por mayor, que aseguraría a sus minoristas una ganancia mínima por cada venta lograda, especificando los tipos de servicios promocionales que éstos deben prestar⁵⁴⁰. Asimismo, un proveedor podría asignar un territorio específico a un distribuidor exclusivo, que incentivaría a éste a realizar todas las actividades necesarias para promover, en su territorio, su producto⁵⁴¹. En los tres casos se puede apreciar un tipo y nivel de servicios que son contratados —espacio en los estantes, servicios específicos varios o servicios genéricos tendientes a incrementar las ventas— y una

⁵³⁴ Jacobson (2002), p. 358, y Rojas (2010), p. 186.

⁵³⁵ Klein y Lerner (2007), p. 483.

⁵³⁶ *Supra* notas 507-510 y texto que acompañan.

⁵³⁷ Klein y Lerner (2007) p. 490; Wright (2006), p. 174; y B. Klein (2003), p. 146. Esta compensación solamente pretende retribuir los esfuerzos promocionales del distribuidor y no es una contraprestación por la exclusividad; en este punto la relación todavía no es exclusiva.

⁵³⁸ *Supra* Capítulo II, punto Pago por Espacio en Estantería.

⁵³⁹ Wright (2006), p. 175. Cabe señalar que Klein y Lerner estiman que cuando los contratos por espacio en estanterías van unidos a Acuerdos de Exclusividad su objetivo probable no es prevenir del problema del parasitismo, sino transferir a un proveedor los clientes leales al distribuidor a cambio de condiciones de compra más favorables. Klein y Lerner (2007), 488n. Sobre esa propuesta véase *infra* punto 6.

⁵⁴⁰ B. Klein (2003), pp. 146-8.

⁵⁴¹ Klein y Lerner (2007), pp. 495-6 y 502-3.

forma de retribuir al distribuidor por ese servicio —pago directo, diferencial asegurado entre precios de compra y reventa, y ganancias por las ventas en todo un territorio— que podrían ser combinados según las necesidades del proveedor.

Adicionalmente, en muchas ocasiones este tipo de convenios no serán contratos judicialmente ejecutables, sino entendimientos tácitos sobre el comportamiento esperable de las partes⁵⁴². En este sentido, lo común será que los productores controlen directamente los convenios, monitoreando los esfuerzos del distribuidor y terminando las relaciones con aquellos que no se están desempeñando como era esperado y deseado⁵⁴³. Para que la amenaza de terminación induzca a los distribuidores a cumplir voluntariamente, el monto de la compensación debe ser tal que “los distribuidores anticipen ganar más que suficiente para cubrir el incremento en sus costos por proveer un nivel más alto de promoción”⁵⁴⁴. Ya que el distribuidor que deje de proporcionar los servicios pactados reducirá sus costos en promoción y potencialmente puede incrementar sus ganancias al desviar a los consumidores a otros productos que tengan mayores márgenes, el valor de la compensación debiese ser aún más alto, pues debe superar esta mayor rentabilidad que en el corto plazo puede obtener el distribuidor que incumpla⁵⁴⁵.

Dada esta situación, Klein y Lerner “expanden” el (o los) problema(s) del parasitismo que puede(n) ser solucionado(s) por los Acuerdos de Exclusividad⁵⁴⁶, considerando el caso propuesto por Marvel de inversiones hechas por el proveedor en activos promocionales (problema “tipo uno”)⁵⁴⁷ e incorporando aquellos en que el distribuidor debe prestar servicios promocionales que fueron pagados por el proveedor, pero utiliza esos fondos para vender productos de empresas rivales (problema “tipo dos”)⁵⁴⁸ o simplemente no realiza la(s) actividad(es) adicional(es) por la(s) que se le pagó (problema “tipo tres”)⁵⁴⁹. En otras

⁵⁴² *Ibíd.* P. 491.

⁵⁴³ *Ibíd.*

⁵⁴⁴ *Ibíd.* P. 493.

⁵⁴⁵ *Ibíd.* Pp. 494-5.

⁵⁴⁶ Klein y Lerner (2007). Esta propuesta ya había sido sugerida por B. Klein (2003), pp. 151-6 y someramente considerada en Wright (2006), pp. 175-77 y 191-2. Posteriormente es reconocida en Abott y Wright (2010), p. 197 y contemplada en forma semejante en Markovits (2014), pp. 345-6.

⁵⁴⁷ Klein y Lerner (2007), pp. 480-4.

⁵⁴⁸ *Ibíd.* Pp. 497-502.

⁵⁴⁹ *Ibíd.* Pp. 502-13

palabras, en todos los escenarios el problema es que “[los] distribuidores reciben compensaciones por parte del fabricante [proveedor], en forma de inversiones realizadas por el fabricante o pagos monetarios y luego no suministran la promoción adicional de los productos del fabricante por la que han sido compensados”⁵⁵⁰; es decir, se benefician de la inversión (en servicios promocionales) hecha por el proveedor y/o de la compensación entregada por el proveedor para que realicen la inversión (en servicios promocionales) deseada, con prescindencia de su propia actividad.

Un problema de tipo dos ocurre cuando un proveedor compensa a un distribuidor para que promocioe sus productos, pero este último induce a los consumidores a comprar bienes o servicios de empresas rivales en que sus márgenes de ganancia son mayores⁵⁵¹. Si bien en este caso no hay una inversión directa del proveedor, el distribuidor recibe parte de la compensación por vender unidades que no requieren esfuerzo alguno de su parte para ser comercializadas y luego la invierte para promocionar productos alternativos más rentables⁵⁵². Es evidente que los Acuerdos de Exclusividad⁵⁵³ pueden evitar este parasitismo en forma análoga a como corrigen el problema tipo uno y, por ende, la motivación procompetitiva para su uso es la misma en ambos escenarios⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ *Ibíd.* P. 479. Desde esta perspectiva, la inversión (en promoción del producto o infraestructura del distribuidor) directamente realizada por el proveedor es una forma de convenio de compensación, ya que disminuye el esfuerzo adicional que el distribuidor debe realizar para obtener mayores ventas, haciendo más rentable la prestación de dicho servicio. B. Klein (2003), pp. 143-4, 146-50 y 152. Sin embargo, parte de la propuesta de Klein y Lerner parece sugerir que incluso en el caso de inversiones hechas por el proveedor éste debiese compensar a sus distribuidores por las prestaciones adicionales a través de otros mecanismos (Klein y Lerner (2007), pp. 480-4 y 496), lo que significaría que las inversiones del distribuidor no constituirían una forma de compensación. Parece razonable optar por la primera de estas interpretaciones, ya que uno de los requisitos que los autores proponen para que un Acuerdo de Exclusividad supere un problema del parasitismo es que haya un convenio de compensación (*infra* nota 570 y texto que acompaña), por lo que, de optarse por la segunda interpretación, podría darse el paradójico resultado de que un problema de tipo uno (de los contemplados por Marvel) no fuese percibido como uno que es eficiente o procompetitivo erradicar.

⁵⁵¹ Klein y Lerner (2007), p. 497. Probablemente porque sus productores no invierten en promoción ni compensan a sus distribuidores para que lo hagan. *Ibíd.*

⁵⁵² *Ibíd.* P. 497.

⁵⁵³ Los acuerdos de Gestión de Categoría (“*Category Management*”), éstos son “acuerdos por los cuales, dentro de un acuerdo de distribución, el distribuidor confía al proveedor (el «capitán de categoría») la comercialización de una categoría de productos, incluyendo en general no solo productos del proveedor, sino también productos de sus competidores” (Comisión Europea (2009), par. 209), podrían ser usados con el mismo objetivo, pues también disminuyen la habilidad del distribuidor de desviarse del nivel deseado de desempeño promocional al localizar las decisiones de ciertas actividades promocionales en el capitán de categoría o haciendo más barata la detección de dicha desviación. Wright (2006), p. 176.

⁵⁵⁴ Klein y Lerner (2007), p. 497.

Ante esta situación, es lógico preguntarse por qué el proveedor compensaría a sus distribuidores por el total de las ventas, creando en cierta forma la situación que permite el aprovechamiento del “parásito”, y no solamente por aquellas adicionales que son logradas gracias a la promoción contratada⁵⁵⁵. Más aún, ya que para eliminar la actitud parasitaria es necesario un Acuerdo de Exclusividad Total, el proveedor también tendría que retribuir a sus distribuidores por la pérdida de las ventas a consumidores que tienen claras preferencias por bienes de otras marcas⁵⁵⁶, lo que acrecentaría la inconveniencia de utilizar este tipo de Acuerdos en conjunto con una compensación por las ventas globales. Alternativas posibles serían utilizar una Exclusividad Parcial (*De Iure*) o un descuento condicional, porque con ambas el proveedor limita la posibilidad de que el distribuidor ofrezca productos alternativos al forzarlos —contractualmente o con incentivos— a esforzarse por vender un determinado número de sus productos, permite que sus distribuidores ofrezcan bienes o servicios rivales altamente demandados y, al mismo tiempo, reduce los gastos que debe solventar⁵⁵⁷.

Sin embargo, estas opciones presentan otras desventajas en comparación con el uso de una compensación por todas las ventas y una Exclusividad Total. En primer lugar, sería difícil especificar el umbral de la obligación de exclusividad en que comienzan los descuentos, porque los distribuidores diferirán en sus niveles de ventas, en la cantidad de promoción que realizarían independientemente de cualquier compensación y en el efecto de estos servicios en sus ventas incrementales, pudiendo además variar todos estos factores con el tiempo⁵⁵⁸. En segundo lugar, una Exclusividad Total tiene la ventaja de establecer el desempeño del distribuidor de tal forma que el costo de monitorear y detectar un incumplimiento es sustancialmente reducido⁵⁵⁹. En cambio, una la Exclusividad Parcial o los descuentos condicionales obligan a conocer la composición de las ventas (o compras) del distribuidor

⁵⁵⁵ *Ibíd.* Pp. 498-9.

⁵⁵⁶ *Ibíd.* P. 499.

⁵⁵⁷ *Ibíd.* Pp. 499-500.

⁵⁵⁸ *Ibíd.* Pp. 499-501.

⁵⁵⁹ *Ibíd.* P. 501. Debido a que el proveedor controla directamente los convenios y pretende lograr que sus distribuidores cumplan voluntariamente, el facilitar la detección del incumplimiento reduce las ganancias que pueden obtener los distribuidores infractores y, en consecuencia, disminuye la compensación que el proveedor debe otorgar para lograr la observancia del convenio. *Ibíd.* 501n70.

para así determinar si están cumpliendo los umbrales pactados⁵⁶⁰. Finalmente, una Exclusividad Total tiene la ventaja de incrementar la motivación autónoma de los distribuidores a cumplir voluntariamente, al corregir el problema de parasitismo tipo tres que es descrito a continuación.

Un mecanismo de compensación que premia por todas las ventas también incentiva al distribuidor a no proveer el nivel adicional de promoción que fue pagada por el proveedor, ahorrándose así el costo de prestar el servicio y conservando la compensación por las ventas infra-marginales⁵⁶¹. Nuevamente, la naturaleza misma del convenio de compensación crea un problema de parasitismo —esta vez de tipo tres—, pero en este caso solo se disminuyen (o desaparecen) los servicios promocionales contratados sin haber un ofrecimiento (activo) de productos de marcas alternativas⁵⁶². Aunque esta situación puede parecer anormal en comparación con el parasitismo tipo uno y dos, un ejemplo permite entender lo análogas que son las tres situaciones.

Supóngase que Toyota, una empresa fabricante de vehículos, decide designar diversos distribuidores exclusivos asignándoles territorios para compensarlos por la realización de todo el esfuerzo que sea necesario para lograr la mayor cantidad de ventas⁵⁶³. Un cliente acude a uno de estos distribuidores —que no tiene Acuerdo de Exclusividad pactado— con la intención preliminar de adquirir un modelo específico de marca Honda que tiene un equivalente de marca Toyota en términos de precio, calidad y margen de ganancia para el distribuidor⁵⁶⁴. En este escenario, la decisión racional del distribuidor será vender el modelo Honda al cliente, no porque la diferencia entre su precio de venta al por mayor y al por menor sean mayores a la del vehículo Toyota, sino porque los costos (tiempo y esfuerzo) de

⁵⁶⁰ *Ibíd.* Pp. 501-2. Adicionalmente, los descuentos condicionales, al ser una forma de compensación “por unidad vendida” (“*per unit sale*”), tienen la desventaja de que motivan a los distribuidores a reducir sus precios para aumentar sus ventas a consumidores infra-marginales y así alcanzar el umbral de ventas convenido. De esta forma, la compensación otorgada por el proveedor se disipa a través de la competencia por los precios y no se ejecutan los servicios que el proveedor requiere. El mismo problema ocurriría si se rebajase el precio de venta al por mayor sin fijar un precio mínimo de reventa. *Ibíd.* Pp. 495-6, 501 y 496n. Por esa misma razón se sugiere que los descuentos condicionales serían menos usados como forma de compensación si existe una fuerte competencia entre distribuidores. Wright (2006), p. 175.

⁵⁶¹ Klein y Lerner (2007), p. 502.

⁵⁶² *Ibíd.* P. 502.

⁵⁶³ *Ibíd.* Pp.507-8.

⁵⁶⁴ *Ibíd.* Pp. 508-9.

vender este último son superiores a los costos asociados a vender el primero, lo que ocasiona que el margen de ganancia definitivo de la venta del automóvil Honda sea superior al del Toyota⁵⁶⁵. En todos los casos de parasitismo ocurre una situación analíticamente similar: el distribuidor decide realizar una venta que le proporciona mayores utilidades, pero que perjudica al proveedor —o, en el caso del ejemplo anterior, fabricante—⁵⁶⁶. Por ello, el problema tipo tres puede ser solucionado, al igual que los otros dos, a través de un Acuerdo de Exclusividad que obliga al distribuidor a proveer la promoción adicional si desea lograr venderle al cliente y, de esa forma, “sirve al propósito económico de alinear más estrechamente los incentivos del distribuidor con los incentivos del fabricante al crear lealtad indivisa del distribuidor”⁵⁶⁷.

Pese a que un Acuerdo de Exclusividad asegura al proveedor que el personal de ventas promocionará más sus bienes o servicios que si no existiese la relación exclusiva, ésta no logrará que los distribuidores realicen voluntariamente los servicios promocionales hasta el nivel que maximizaría sus ganancias⁵⁶⁸. Esto significa que el proveedor todavía debe monitorear el desempeño de sus distribuidores, con la ventaja de que tanto el costo de este monitoreo como el monto de la compensación son reducidos por los Acuerdos de Exclusividad, en la medida que éstos aumentan el interés propio de los distribuidores en suministrar más promoción y, consecuentemente, reducen las ganancias que en el corto plazo podrían obtener al no cumplir con el nivel de promoción acordado⁵⁶⁹.

En breves términos, los requisitos que debiesen estar presentes para que los Acuerdos de Exclusividad eviten el problema (ampliado) del parasitismo son: que los distribuidores tengan un rol significativo en la promoción de los productos; que el proveedor-fabricante compense al distribuidor por el incremento en promoción; y que el Acuerdo facilite el control del comportamiento del distribuidor, para que haya una mayor probabilidad de que éste

⁵⁶⁵ *Ibíd.* P.509.

⁵⁶⁶ *Ibíd.*

⁵⁶⁷ *Ibíd.* P. 510.

⁵⁶⁸ *Ibíd.* P. 511-2. En el modelo propuesto por Klein y Lerner, las ganancias de una venta adicional son mayores para el proveedor que para el distribuidor y, por consiguiente, este último dejará de esforzarse antes de lo que le convendría al proveedor.

⁵⁶⁹ *Ibíd.* Pp.512-3.

proporciona los servicios que fomentan la marca del proveedor-fabricante⁵⁷⁰. En este sentido, los Acuerdos de Exclusividad generan eficiencias pues evitan que el distribuidor se aproveche del convenio de compensación⁵⁷¹, incentivan al proveedor a realizar inversiones promocionales o a comprarlas de su distribuidor⁵⁷² y, al mismo tiempo, incrementan los incentivos económicos de los distribuidores para realizar los esfuerzos por los que el proveedor pagó⁵⁷³.

Una cuestión adicional que debe tenerse en cuenta para saber si esta eficiencia beneficia a los consumidores de forma global, es determinar si los esfuerzos promocionales convencen e informan a muchos clientes nuevos o si solamente alcanzan a clientes que ya tenían decidida su opción de compra⁵⁷⁴. Debido a que la provisión óptima de servicios desde la perspectiva de las empresas se enfoca en los consumidores marginales, puede suceder que el incremento de servicios y el consiguiente (posible) aumento de precios⁵⁷⁵ perjudique a los consumidores infra-marginales —que desean pagar menos y no recibir servicios—, e incluso reduzca el bienestar total si los consumidores marginales son una pequeña proporción del total⁵⁷⁶. La coordinación entre el proveedor y el distribuidor respecto de la prestación de servicios promocionales incrementaría el bienestar de los consumidores cuando se tratase de un mercado fragmentado en que hubiese una fuerte competencia inter-marca, pero probablemente lo reduciría en caso de que la estructura vertical (proveedor-fabricante y distribuidor) poseyese poder sustancial de mercado⁵⁷⁷.

En dos ocasiones se ha defendido, con resultados opuestos, Acuerdos de Exclusividad por estar motivados (y justificados) en términos competitivos por solucionar el problema del

⁵⁷⁰ *Ibíd.* P. 519.

⁵⁷¹ *Ibíd.* P. 479.

⁵⁷² *Ibíd.* P. 513. Esto explica que esta eficiencia sea a veces denominada como “alentando” (International Competition Network (2013), pp. 34-5) o “estimulando” (Steuer (1983), pp. 127-30) a los proveedores.

⁵⁷³ *Ibíd.* P.519. Esto explica que esta eficiencia sea a veces denominada “alentando” (International Competition Network (2013), pp. 33-4) o “estimulando” (Steuer (1983), pp. 124-6) a los distribuidores.

⁵⁷⁴ Comisión Europea (2010a), 23n.

⁵⁷⁵ Es relevante resaltar que el planeamiento de Klein y Lerner no reconoce que la mayor provisión de servicios vaya a aumentar los precios, pudiendo asumirse que parte del supuesto que los costos adicionales de la actividad promocional son cubiertos por la compensación del proveedor al distribuidor y por la mayor cantidad de unidades vendidas.

⁵⁷⁶ Rey (2012), p. 13 y en un sentido similar Meese (2005), p. 436.

⁵⁷⁷ Rey (2012), pp. 13 y 15-6.

parasitismo: *Dentsply* y *Beltone*⁵⁷⁸. En el primero, se rechazó la justificación ofrecida por Dentsply por ser un mero pretexto, en tanto era inconsistente con los hechos de la causa: los distribuidores “patrocinados” —parcialmente exclusivos— no prestaban menos servicios a los laboratorios dentales ni eran menos eficientes que los distribuidores completamente exclusivos, y tampoco había diferencia en el apoyo promocional que ambos tipos de distribuidores recibían de Dentsply⁵⁷⁹. En el segundo, se evaluaron los Acuerdos de Exclusividad que Beltone Electronics Corporation (en lo sucesivo “Beltone”), productora líder de audífonos para sordos con una cuota de mercado del 21% y decreciendo, celebraba con minoristas⁵⁸⁰. Puesto que Beltone realizaba publicidad a nivel nacional, regional y local para interesar a personas con discapacidad auditiva en sus audífonos y los derivaba hacia un minorista —encargado del territorio respectivo— que entregaba información, realizaba testeos a los potenciales compradores y cerraba la venta, la FTC concluyó que los Acuerdos de Exclusividad fomentaron la prestación de servicios por parte de los distribuidores y protegieron inversiones de Beltone en actividad promocional⁵⁸¹.

4. Solución al Problema de la Cautividad (“Hold-Up”)

Otro tipo de inversiones que el comprador o el vendedor comúnmente hacen son inversiones en activos específicos destinados a satisfacer necesidades particulares de su contraparte⁵⁸². La especificidad de la inversión puede ocurrir por sus características, como si

⁵⁷⁸ Para mayor precisión, cabe señalar que en una consulta relativa al mercado automotriz, *Cavem*, se mencionó la evitación del problema del *free-rider* como un beneficio de las restricciones verticales. En ese caso, la solución del problema del parasitismo *entre distribuidores* fue atribuida a los “territorios exclusivos” —práctica aquí denominada distribución exclusiva (*supra* nota 14)— y se dejó entrever que el problema de la “apropiación” —relativamente equivalente al fomento de la dedicación del distribuidor (*supra* punto 2)— podía ser solucionado con prácticas como las cuestionadas, que incluían Acuerdos de Exclusividad. Dictamen N°1286 (2004) Comisión Preventiva Central, pp. 6-7.

⁵⁷⁹ Dentsply (2005) Tercer Circuito, pp. 196-7. Es menester agregar tres cuestiones sobre este caso: Howard Marvel era el experto económico de Dentsply, la empresa sancionada; en primera instancia también se rechazó que los Acuerdos estuviesen justificados por aumentar la dedicación de los distribuidores, basándose el juez en la opinión —minoritaria a este respecto— de Marvel sobre esta eventual eficiencia (*supra* nota 505); y es utilizado por Klein y Lerner para explicar (la solución de) el problema “ampliado” del parasitismo y la creación de distribuidores con lealtad indivisa, eficiencias cuya efectiva concreción en este caso dependen de circunstancias de hecho no probadas en juicio (Klein y Lerner (2007), pp. 513-8).

⁵⁸⁰ Beltone (1982) FTC, pp. 177-8 y 210.

⁵⁸¹ *Ibíd.* Pp. 179-82 y 214-7.

⁵⁸² Comisión Europea (2010a), par. 107 d.

una empresa adquiriese maquinaria especial para confeccionar y vender a un fabricante de vehículos la carrocería o partes necesarias para el ensamblaje de sus modelos⁵⁸³; o por su ubicación, como si una fundición de hierro se instalase cerca de una planta siderúrgica, pero lejos de otros clientes potenciales⁵⁸⁴. En cualquier caso, el “Problema de la Cautividad” (“*Hold-Up*”) surge debido a que la contraparte que no ha realizado las inversiones tiene el incentivo para actuar oportunamente con el objetivo de apropiarse de parte de las rentas del inversor⁵⁸⁵, generalmente renegociando la relación comercial en términos más gravosos para este último⁵⁸⁶. En consecuencia, la posibilidad de que se concrete este tipo de comportamiento desincentiva la realización de inversiones específicas que serían las más eficientes para la relación comercial en cuestión⁵⁸⁷ y que, consecuentemente, aumentarían el bienestar social⁵⁸⁸.

Para que pueda surgir un problema de esta índole para un vendedor, tres factores básicos deben estar presentes: (i) las inversiones realizadas deben ser específicas, (ii) el contrato que regula la relación comercial entre las partes debe ser incompleto y (iii) debe ser rentable para el comprador actuar en forma oportunista⁵⁸⁹.

Que la inversión sea específica implica que el valor de liquidación de la misma, en caso de que se termine la relación por la cual fue realizada, es sustancialmente menor al valor que tiene dentro de la estructura vertical⁵⁹⁰ o, en otras palabras, que no se puede utilizar para fabricar bienes alternativos o suministrar a otros clientes⁵⁹¹. Desde otra perspectiva, se puede considerar que los activos específicos generan cuasi-rentas —i.e.: el valor del activo para su uso específico en exceso a su valor en el mejor uso alternativo— que, en ausencia de correctivos al comportamiento de las partes, pueden ser apropiadas por el comprador a

⁵⁸³ *Infra* notas 613-618 y texto al que acompañan.

⁵⁸⁴ Meese (2005), p. 399 y, en el mismo sentido, Comisión Europea (2010a), par. 146.

⁵⁸⁵ FNE (2014), p. 19.

⁵⁸⁶ Ramseyer y Rasmusen (2014), p. S150.

⁵⁸⁷ B. Klein (2009), p. 1 y Klein, Crawford y Alchian (1978), p. 301. Otra ineficiencia es que las partes deberán incurrir en costos al momento de renegociar el contrato que dio lugar al problema, los que son un real desperdicio de recursos ocasionados por no prevenir este problema. B. Klein (1996), pp. 446-7.

⁵⁸⁸ Meese (2005), p. 401. En forma similar, la FNE asevera: “La posibilidad de comportamiento oportunista *ex-post* reduce los incentivos a invertir *ex-ante* de parte de la empresa sujeta al comportamiento oportunista, lo cual puede ser ineficiente desde un punto de vista social”. FNE 2014, P.19; cursiva del original.

⁵⁸⁹ B. Klein (1998), p. 241.

⁵⁹⁰ FNE (2014), p. 19.

⁵⁹¹ Comisión Europea (2010a), par. 107 d.

través de una renegociación contractual⁵⁹². Además, comúnmente se señala que la inversión no debe ser recuperable en el corto plazo y que ésta debe ser asimétrica, es decir, que una parte invierta más que la otra⁵⁹³, ya que de otro modo no habría cuasi-rentas de las que la contraparte pudiese apropiarse.

En segundo lugar, los contratos utilizados, en este caso de compraventa o distribución, deben ser incompletos, en el sentido de que las partes son incapaces de prever toda contingencia futura⁵⁹⁴. Hay dos principales razones que explican la utilización de contratos imperfectos. Por un lado, porque los costos transaccionales asociados a la especificación contractual —costos de redactar estipulaciones y de investigar y negociar una solución contractual predeterminada para cada contingencia potencial— son significativos⁵⁹⁵. Por otro lado, las cláusulas escrituradas en los contratos crean rigidez contractual y son susceptibles de ser ejecutadas forzosamente por los tribunales, aunque ellas sean contrarias a la voluntad o intención original de las partes⁵⁹⁶. En este sentido, las partes consciente y voluntariamente intervienen en este tipo de transacciones sabiendo que, dependiendo de las condiciones futuras del mercado, existe la posibilidad de que padezcan por el problema de la cautividad, pues consideran que, aunque incompleta, la configuración del contrato suscrito es la óptima para disminuir la probabilidad de un comportamiento oportunista de su contraparte^{597 598}.

⁵⁹² Klein, Crawford y Alchian (1978), pp. 298-9. Nótese que, a diferencia del problema del parasitismo, el comprador no utiliza las inversiones (o pagos hechos para que se realicen las inversiones) en servicios promocionales para su beneficio, sino que se aprovecha de la situación creada por la inversión en activos específicos para obtener parte de las utilidades que el vendedor perdería en caso de terminarse la relación comercial.

⁵⁹³ FNE (2014), p. 19 y Comisión Europea (2010a), par. 107 d.

⁵⁹⁴ B. Klein (1996), pp. 447.

⁵⁹⁵ *Ibíd.* P. 447.

⁵⁹⁶ *Ibíd.* Pp. 447-8. Esto no quiere decir que los tribunales ignoren los términos no escritos de los contratos, ni que explicitar los términos contractuales no tenga beneficios para las partes. Solo pone de manifiesto que es más probable que las cláusulas escritas sean interpretadas rígidamente por los tribunales y que dicha rigidez tiene costos para las partes. *Ibíd.* Pp. 448-9. Para una consecuencia negativa de la especificación de un contrato véase *infra* notas 611-618 y texto al que acompañan.

⁵⁹⁷ La visión probabilística del problema de la cautividad (B. Klein (1996), pp. 461-2 y B. Klein (1998), p. 244) se contraponen a la consideración del comportamiento oportunista como una forma de engaño en que una de las partes utiliza la ignorancia o ingenuidad de la contraparte para crear una relación de la que puede aprovecharse propuesta por Williamson (1985), pp. 47-52. Sobre esta discusión véase P. Klein (2006).

Por simplicidad terminológica se utiliza el concepto “oportunismo” como una forma de actuar en interés propio.

⁵⁹⁸ B. Klein (1996), pp. 447 y 460-2.

Finalmente, aun cuando la presencia de inversiones específicas y contratos incompletos es común en los mercados, ello no implica que siempre existirá un problema de cautividad; para que éste exista, el comportamiento oportunista debe tener el potencial de maximizar las ganancias del comprador⁵⁹⁹. Lo que puede obtener el comprador con su comportamiento es el traspaso de parte de las utilidades del vendedor a través de, por ejemplo, una rebaja del precio de venta y los costos que puede sufrir son la imposición de sanciones judiciales o privadas⁶⁰⁰. Mientras que la sanción judicial probable por incumplir un contrato será el pago de una indemnización de perjuicios (y/o el cumplimiento forzado del contrato), las sanciones impuestas privadamente se pueden dividir en la pérdida futura que puede sufrir directamente una parte si la relación se termina y el daño a la reputación de quien actúa oportunistamente⁶⁰¹. Si las sanciones privadamente impuestas superan las ganancias que puede conseguir alguna parte con su comportamiento oportunista, la amenaza de terminar el contrato si la contraparte no accede a sus exigencias no será creíble y, por tanto, no habría un problema de cautividad⁶⁰². Como complemento a lo anterior, las partes pueden utilizar cláusulas contractuales para transferir parte del valor de la relación comercial hacia el comprador —v.gr.: otorgándole territorios exclusivos— o para determinar *ex ante* casos específicos de incumplimiento que sean judicialmente ejecutables, a través de los cuales “las partes controlan legalmente el comportamiento oportunista ‘atando sus manos’ con respecto a las variables que pueden manipular para extraer rentas de su contraparte”⁶⁰³.

Es de esta última forma que la doctrina habitualmente reconoce que los Acuerdos de Exclusividad (Total) pueden prevenir el problema de la cautividad⁶⁰⁴, pues el comprador

⁵⁹⁹ B. Klein (1998), p. 243.

⁶⁰⁰ *Ibíd.* P.243.

⁶⁰¹ B. Klein (1996), p. 449. En la terminología que utiliza Klein, las sanciones privadas que puede sufrir una empresa corresponden al “Capital de Cumplimiento Privado” (“*Private Enforcement Capital*”) que cada una posee, el que a su vez define al “Rango de Auto-Cumplimiento de la Relación Contractual” (“*Self-Enforcing Range of Contractual Relationship*”), que “mide la extensión en la que las condiciones del mercado pueden variar sin precipitar un problema de cautividad para cualquiera de las partes”. B. Klein (1998), p. 243.

⁶⁰² B. Klein (1996), p. 449. Para un ejemplo de cómo operaría la propuesta en un caso véase *Ibíd.* P. 450-5.

⁶⁰³ *Ibíd.* Pp. 455-60.

⁶⁰⁴ *Ibíd.* P. 456; Rey (2012), p. 18; Ramseyer y Rasmusen (2014), p. S150; Meese (2005), pp. 399-401; y O’Donoghue y Padilla (2006), p. 368. En contra están Segal y Whinston, quienes estructuran un modelo que demuestra que los Acuerdos de Exclusividad no cumplen ningún efecto protector si las inversiones son “internas” —es decir, completamente específicas para la relación— y, por ende, no ayudarían a superar el

pierde la habilidad de formular una amenaza (creíble) al vendedor respecto a cambiar de proveedor para los bienes objeto del contrato⁶⁰⁵. Obviamente, para que una Exclusividad Total realmente solucione un problema de cautividad las condiciones que posibilitan su ocurrencia deben estar presentes. En este sentido, debe existir una inversión específica realizada por el vendedor que las partes desean proteger o incentivar y la obligación de exclusividad debe ser incorporada para completar un contrato que de otra forma dejaría al vendedor vulnerable ante un potencial comportamiento oportunista del comprador, durante el período de depreciación de la inversión⁶⁰⁶. Todavía más importante, debido a que esta propuesta sugiere que solo será necesario especificar el contrato cuando el capital de cumplimiento privado que poseen las partes sea bajo y, por lo tanto, sea probable que la relación contractual esté fuera del rango de auto-cumplimiento⁶⁰⁷, hay circunstancias ya analizadas que harían implausible justificar un Acuerdo de Exclusividad por supuestamente solucionar el problema de la cautividad.

Por ejemplo, si el vendedor es un socio comercial inevitable, el comprador posee suficiente capital de cumplimiento privado para hacer inviable que negocie una rebaja de los precios, porque no le sería conveniente, e incluso le sería económicamente imposible, terminar la relación comercial. Los Acuerdos de Exclusividad nunca serían necesarios para solucionar el problema de la cautividad si antes de su celebración no había una real competencia por determinados compradores, del mismo modo en que la inexistencia de competencia por los compradores hace más plausible una exclusión anticompetitiva⁶⁰⁸. La fácil terminabilidad de los Acuerdos de Exclusividad, pese a que tiende a disminuir el potencial anticompetitivo de esta práctica⁶⁰⁹, también parece incompatible con esta eficiencia, porque si la relación comercial puede ser finalizada a voluntad y en cualquier

problema de la cautividad, pero si prevendrían el aprovechamiento de las inversiones “externas” al solucionar el problema del parasitismo. Segal y Whinston (2000).

⁶⁰⁵ B. Klein (2007), p. 11.

⁶⁰⁶ Comisión Europea (2010a), par. 146.

⁶⁰⁷ *Ibíd.* P. 458.

⁶⁰⁸ *Supra* Capítulo III, punto 3.5.

⁶⁰⁹ *Supra* Capítulo III, punto 3.4.

momento, nada impide —y en cierta forma el contrato legitimaría— que el comprador actúe oportunistamente⁶¹⁰.

Una última cuestión que debe ser considerada es que la inclusión de una obligación de exclusividad, o de cualquier otra especificación contractual, en una relación comercial puede ser la forma óptima de reducir la probabilidad de ocurrencia de *un problema* de cautividad, pero de ninguna forma torna en completo el contrato al que se incorpora, pues no cubre toda contingencia futura⁶¹¹ e incluso puede crear nuevos problemas de cautividad por la rigidez contractual originada⁶¹².

Esto podría haber ocurrido⁶¹³ en la relación comercial entre *Fisher Body* (en adelante “Fisher”), una vendedora de carrocería de automóviles, y *General Motors* (en lo sucesivo “GM”), una fabricante de vehículos, que, para proteger las inversiones realizadas por Fisher para fabricar carrocerías cerradas para GM, celebraron un Acuerdo de Exclusividad de diez años con precios variables⁶¹⁴. Debido a eventos posteriores no anticipados por las partes — aumento de ventas de los vehículos de GM, la necesidad de GM contar con plantas de Fisher ubicadas cerca de las propias y la negativa de Fisher a realizar dichas inversiones— GM se vio obligada a construir la mitad de las plantas que requería⁶¹⁵, lo que permitió a Fisher aumentar sus ganancias y causó un incremento en los costos de GM⁶¹⁶. En este contexto, Fisher habría actuado oportunistamente, utilizando un cambio inesperado en el mercado y no previsto en el contrato para apropiarse de parte de las cuasi-rentas de su contraparte que estaba encerrada (legalmente) en su relación comercial⁶¹⁷, causando así la posterior integración vertical entre GM y Fisher⁶¹⁸. De esta forma, el Acuerdo de Exclusividad suscrito entre las partes habría eliminado el problema de la cautividad que podría haber perjudicado

⁶¹⁰ Elhauge (2003), p. 341.

⁶¹¹ B. Klein (2009), p. 2

⁶¹² *Ibíd.* p. 3 y B. Klein (2007), pp. 23-4.

⁶¹³ Digo “podría haber ocurrido” debido a que Benjamin Klein (B. Klein (2000) y (B. Klein (2007)) y Ronald Coase (Coase (2000)) han debatido arduamente sobre si realmente hubo inversiones específicas que crearan un problema de cautividad y si ello motivó la integración vertical de Fisher y GM. Con todo, la validez teórica de los planteamientos de Klein no ha sido cuestionada. Sobre esta discusión véase Wright (2007) y Brooks (2016).

⁶¹⁴ B. Klein (2007), pp. 5-10.

⁶¹⁵ *Ibíd.* Pp. 10-2.

⁶¹⁶ *Ibíd.* Pp. 13-4.

⁶¹⁷ *Ibíd.* Pp. 16-9.

⁶¹⁸ *Ibíd.* Pp. 19-22.

a Fisher, pero, a su vez, habría creado una relación comercial en la que surgió un problema de cautividad para GM —debido a variaciones no previstas de las condiciones de mercado— que supuestamente fue aprovechado por su contraparte.

5. Protección de Propiedad Intelectual

Tanto el problema de la cautividad como el del parasitismo son reconocidos como formas en que se pueden vulnerar derechos de propiedad intelectual y, por ello, se considera que los Acuerdos de Exclusividad pueden proteger este tipo de derechos de forma similar a cómo operan respecto de cualquier otro tipo de bienes o derechos.

Por un lado, se señala que, aunque las inversiones en *know-how* no califican estrictamente como una inversión que ocasione un problema de cautividad⁶¹⁹, éstas si permitirían a quien recibe el conocimiento particular aprovecharse de su contraparte, ya que una vez entregados éstos no son recuperables⁶²⁰. Si la utilización del *know-how* en cuestión fuese relevante para el correcto y eficiente funcionamiento del agente económico aguas abajo —sea un distribuidor o un franquiciado—, un Acuerdo de Exclusividad permitiría su traspaso mientras protege los intereses del vendedor⁶²¹. Cabe reiterar que si la justificación para el uso de un Acuerdo de Exclusividad es que corrige el problema de la cautividad (sin importar la naturaleza de la inversión protegida), lo relevante es que, en ausencia de este Acuerdo, el comprador puede intentar modificar los términos originales de la relación comercial para apropiarse parte de las ganancias de su contraparte, por ejemplo, amenazando a un franquiciante con comenzar a adquirir parte de los productos vendidos, o los insumos que utiliza para elaborarlos, a otro proveedor⁶²².

Por otro lado, hay múltiples tipos de inversiones en propiedad intelectual que pueden ser aprovechadas por polizones. En el caso del *know-how*, puede ocurrir que un franquiciado

⁶¹⁹ FNE (2014), p. 19.

⁶²⁰ *Ibíd.* P. 19 y Comisión Europea (2010a), par. 107 e.

⁶²¹ FNE (2014), pp. 19-20 y Comisión Europea (2010a), par. 107 e. En este caso serían particularmente útiles las cláusulas de no competir, durante y después del contrato de compraventa.

⁶²² Si la amenaza consistiese en cerrar el establecimiento comercial en que opera la franquicia para instalarse con otro negocio equivalente en que puede utilizar el *know-how* adquirido (OECD 1994, p. 46), la solución al problema de cautividad sería incluir una cláusula de no competencia. En ambos casos, lo relevante es que el franquiciado no tendría real interés en cambiar de proveedor o terminar la franquicia; más bien estaría buscando disminuir el valor del *royalty* o el costo de los bienes que adquiere de su franquiciante.

se aproveche de los procesos y conocimientos técnicos del franquiciante para ofrecer productos rivales⁶²³. Algo similar puede ocurrir con los secretos comerciales, cuya valía depende, por definición, de que se mantenga su confidencialidad, pero en ocasiones deberán ser compartidos con distribuidores y, cuando ello ocurra, éstos podrían aprovecharse de la información que el vendedor les ha compartido para potenciar productos la competencia⁶²⁴.

También puede acontecer que los compradores usen la marca de un proveedor en sus locales, pero que ésta no pueda aparecer en el bien o servicio mismo, como ocurre en el caso de la venta de gasolina a través de distribuidores minoristas⁶²⁵. En este escenario, un cliente puede acudir a la estación de servicios por la reputación de la marca del proveedor, pero puede terminar adquiriendo gasolina de una marca alternativa (o sin marca) de menor precio y calidad, beneficiándose el distribuidor de las inversiones en propiedad industrial realizadas por el proveedor⁶²⁶. Todavía peor, al consumidor pueden expenderle gasolina de menor calidad haciéndole creer que se trata de gasolina de marca; en ese caso se “canibalizan” las ventas del proveedor y se afectan la reputación del producto⁶²⁷ y a todos los demás distribuidores que lo ofrecen⁶²⁸.

En cualquiera de estas situaciones, los Acuerdos de Exclusividad podrían evitar que los compradores, sin importar su calidad específica, actúen como “parásitos” y se aprovechen de las inversiones del proveedor en derechos de propiedad intelectual.

6. Competencia por la Distribución

En ocasiones, los clientes anuncian a sus potenciales proveedores que se comprometerán a adquirir productos de solo uno de ellos y que escogerán a quien les

⁶²³ *Ibíd.* P. 46.

⁶²⁴ Hovenkamp (2005a), p. 152 y Steuer (1983), pp. 130-1. Otros designan esta eficiencia como “mantención de la confidencialidad”. Jacobson (2002), p. 360; y Ramseyer y Rasmusen (2014), p. S151.

⁶²⁵ Hovenkamp (2005a), pp. 152-3.

⁶²⁶ *Ibíd.* P. 153.

⁶²⁷ Ramseyer y Rasmusen (2014), p. S150; y Klein y Lerner (2007), p. 483 y 483n29, refiriéndose éstos últimos a un parasitismo que no necesariamente afecta a la marca del proveedor u otros derechos de propiedad industrial.

⁶²⁸ B. Klein (2003), 138n60. Tanto Klein como Jacobson se refieren a esta eficiencia como prevención de la difamación o como control o aseguramiento de calidad (*ibíd.* y Jacobson (2002), pp. 358-9), pero no deben ser confundidas con el control de calidad mencionado *infra* (notas 676-679 y texto que acompañan).

ofrezca condiciones más favorables⁶²⁹. Si esto ocurriese, la motivación obvia de los potenciales compradores para iniciar este proceso de subasta es obtener el mejor precio posible de los productos que adquieren de sus proveedores⁶³⁰, reuniendo y empleando para este propósito todo su poder de compra⁶³¹. Si bien es evidente que esta situación puede favorecer a un comprador determinado —que recibe una transferencia de riqueza de parte del vendedor escogido—, lo relevante es saber cómo acontece este proceso de subasta y si a través de éste se crea una eficiencia que tiene efectos favorables para los consumidores⁶³².

Estas dos interrogantes han sido recientemente respondidas, aseverándose que un proceso de subasta por una relación exclusiva intensifica la competencia por la distribución al incrementar la elasticidad de la demanda que cada fabricante enfrenta, permitiendo a minoristas sin poder de mercado recibir mejores términos de compra para el beneficio último de los consumidores⁶³³. Hay que resaltar que esta teoría sugiere que los Acuerdos de Exclusividad crean una eficiencia que beneficia a los consumidores cuando éstos son suscritos con distribuidores minoristas —centrándose el análisis en los supermercados— y con fabricantes de productos finales, siendo discutible su relevancia en el caso de relaciones comerciales con distribuidores mayoristas y usuarios finales⁶³⁴.

⁶²⁹ Steuer (2000), p. 239 y, en sentido similar, Hovenkamp (2005a), pp. 144-5. En contrario, la propuesta que se detalla a continuación considera irrelevante para la producción de esta eficiencia el agente económico que ofrece la exclusividad. Klein y Murphy (2008), p. 448.

⁶³⁰ Steuer (2000), p.244.

⁶³¹ *Ibíd.* Pp. 239-40 y 247.

⁶³² Algunos autores simplemente asumen que podría haber un traspaso de beneficios a los consumidores (Rey y Verge (2008), p. 431), mientras que otros incluso afirman que la realización por parte de un cliente de una licitación entre varios proveedores por el total o parte de sus necesidades debiese constituir una defensa absoluta (O'Donoghue y Padilla (2006), p. 404).

⁶³³ Klein y Murphy (2008), p. 437. Esta propuesta fue inicialmente sugerida en B. Klein (2003), pp. 156-60, considerada pero no formalizada en Wright (2006), pp. 177-9 y posteriormente reconocida por Abott y Wright 2010, pp. 197-8 y Zenger (2010). No obstante, este último le formula correcciones (*infra* notas 649-651 y texto que acompañan).

La competencia por la distribución ha sido extendida como justificación procompetitiva de los descuentos condicionales por Klein y Lerner (2016) y de los descuentos combinados por B. Klein (2008) y Crane y Wright (2009), pero su aplicación a esta última conducta ha sido directamente criticada por Elhauge (2010), pp. 184-6.

⁶³⁴ Los autores señalan otros distribuidores minoristas (estaciones de servicio, productos farmacéuticos en farmacias y hospitales, organizaciones de compra que actúan como agentes de hospitales u otros proveedores de cuidados y ventas de bebidas en estadios deportivos) en que la competencia por la distribución puede operar como una eficiencia. Klein y Murphy (2008), pp. 450-1 y 452-3. El modelo es posteriormente aplicado a fabricantes de productos finales respecto de descuentos condicionales en Klein y Lerner (2016), pp. 642-51.

El punto de partida de esta propuesta es la suposición de que los consumidores escogen un supermercado donde esperan obtener el mayor excedente del consumidor posible, “teniendo en cuenta la reputación del minorista para la selección de productos, precios promedios, calidad de servicios y otros posibles factores de demanda como conveniencia de la ubicación del minorista”⁶³⁵. Y aunque la elasticidad de la demanda de un supermercado específico sea alta, la elasticidad respecto de productos de una categoría determinada es menor debido a que cada local tiene un conjunto significativo de consumidores leales que reciben parte del excedente por su combinación de productos, precios y servicios⁶³⁶. Debido a lo anterior, es poco probable que estos establecimientos pierdan muchos consumidores por acordar una exclusividad para un tipo de producto específico y, consecuentemente, “[p]ermite a los supermercados ‘entregar’ consumidores adicionales a los fabricantes que compran exclusividad”⁶³⁷.

Dada esta lealtad de la que gozan los supermercados, es esperable que éstos puedan obtener precios de venta al por mayor más favorables⁶³⁸. La razón económica que lleva a que la oferta de exclusividad disminuya los precios al por mayor, es que incrementa la elasticidad de la demanda que enfrenta cada fabricante, pues modifica la demanda de todos los clientes del supermercado hacia el proveedor que ofrezca el mejor precio de venta al por mayor⁶³⁹. La elasticidad de la demanda que enfrentan los proveedores en la competencia *ex ante* —previo a que los consumidores entren a un local a comprar— típicamente será mucho mayor que la elasticidad que enfrentarían en la competencia *ex post* —cuando varias marcas están disponibles en el supermercado y los consumidores deciden cuál adquirir—⁶⁴⁰. De esta forma, la competencia *ex ante* mejora la posición negociadora del distribuidor al hacer

⁶³⁵ Klein y Murphy (2008), p. 443.

⁶³⁶ *Ibíd.* La lealtad de los consumidores hacia los minoristas también dependería del tipo de producto involucrado (*supra* notas 409-411 y texto al que acompañan). Steuer estima que diferentes minoristas pueden gozar de distintos niveles de lealtad de sus consumidores, sugiriendo, por ejemplo, que sería más alta en los locales de barrio que en las tiendas por departamento. Steuer (1983), pp. 118-20.

⁶³⁷ Klein y Murphy (2008), p. 443. La propuesta habla indistintamente de exclusividad en ventas y exclusividad en el uso de espacios de estanterías, enfocándose en esta última. Por la relevancia del tema, esta parte del trabajo se centra en la exclusividad en ventas.

⁶³⁸ *Ibíd.* P. 444.

⁶³⁹ *Ibíd.*

⁶⁴⁰ *Ibíd.* Pp. 444-5.

mucho más sustituibles los productos de los competidores en comparación a la competencia *ex post*, lo que desemboca en un menor precio de compra⁶⁴¹.

Cuando el distribuidor, actuando como agente de todos sus consumidores leales, reemplaza la competencia *ex post* por la *ex ante*, éste “restringe la capacidad de los clientes individuales para ejercer sus preferencias de marca y, por tanto, internaliza los efectos de la decisión de compra independiente de cada consumidor sobre los precios pagados por otros consumidores, haciendo que todos los consumidores estén mejor”⁶⁴². Dicho de otro modo, el distribuidor reúne el valor que cada consumidor atribuye a poder escoger un producto de la(s) marca(s) que dejan de estar disponibles y lo reparte entre todos los consumidores a través una rebaja en el precio de venta al detalle, rebaja que supera el costo de no poder escoger su marca preferida⁶⁴³. Se puede esperar que el distribuidor traspase los pagos obtenidos por la exclusividad a sus clientes, porque si desea mantener o mejorar su posición negociadora —y así seguir recibiendo los pagos que gracias a ella obtiene— debe tener un flujo de clientes y un nivel de ventas considerable y, en un mercado minorista competitivo, la única forma de lograrlo es con menores precios o mejores servicios⁶⁴⁴.

También podría ocurrir que los menores precios a los que acceden los consumidores sean insuficientes para compensar a algunos de ellos por no poder acceder a sus marcas favoritas⁶⁴⁵. Pese a que un Acuerdo de Exclusividad de todos modos permitiría reducir el precio de venta al por menor, algunos clientes pueden experimentar una reducción tan grande en su excedente del consumidor que deciden acudir a otro minorista o, alternativamente, adquirir el producto específico de su marca favorita en otro lugar⁶⁴⁶. Para minimizar los daños a este tipo de consumidores, los minoristas podrían optar por Acuerdos de Exclusividad Parcial que aseguren a sus proveedores el derecho a vender a gran parte de

⁶⁴¹ *Ibíd.* P. 448.

⁶⁴² *Ibíd.* P. 452.

⁶⁴³ Para un ejemplo de esta situación véase *Ibíd.* Pp. 445-8. El modelo propuesto (y el ejemplo precitado) parten de las suposiciones de que el mercado minorista es competitivo y tiene una alta elasticidad y que los proveedores pagan por la exclusividad (en espacio en estanterías) a través de menores precios de venta. No obstante, este modelo solo requeriría que el distribuidor tuviese clientes leales y podría aplicarse en caso de que el pago sea hecho por unidad de tiempo. En ese caso la ganancia de los consumidores se podría concretar en menores precios de otros productos o en servicios proporcionados por el distribuidor. *Ibíd.* Pp. 452-4.

⁶⁴⁴ *Ibíd.* Pp. 438-9.

⁶⁴⁵ *Ibíd.* Pp. 454-5.

⁶⁴⁶ *Ibíd.* Pp. 455-7.

los clientes a cambio de menores precios de venta al por mayor, pero que también otorgan a los consumidores con fuertes preferencias de marca la posibilidad de comprar el producto que desean⁶⁴⁷. En definitiva, todo dependerá de las características del público objetivo de los distribuidores o, como Klein y Murphy afirman: “[L]os minoristas competitivos entrarán en contratos de exclusividad totales o parciales solo si hacerlo les permite ofrecer una combinación superior de precio y variedad de productos que sea preferida por un grupo suficientemente grande de consumidores”⁶⁴⁸.

Se ha criticado esta propuesta señalándose que asume que las marcas de los proveedores son simétricas, es decir, que aunque los consumidores tienen diferentes preferencias individuales, a nivel agregado el conjunto de clientes es indiferente entre una u otra marca⁶⁴⁹. Por el contrario, en los casos que involucran Acuerdos de Exclusividad es habitual que los competidores estén en una posición asimétrica, en el sentido de que una marca es preferida por más consumidores y sus preferencias son más intensas⁶⁵⁰. A medida que sea más marcada la asimetría, los productos serán menos intercambiables, la competencia *ex ante* sería menos intensa, el pago que tendría que efectuar el proveedor preferido se reduciría y los efectos procompetitivos disminuirían, pudiendo hasta perjudicarse a los consumidores si un proveedor que pretende la exclusividad tiene una participación de mercado muy superior a la de su(s) competidor(es)⁶⁵¹.

Esta crítica es recibida e incorporada por Klein y Murphy⁶⁵², quienes reconocen que si los competidores son asimétricos el proveedor de mayor tamaño probablemente ganará la subasta por la Exclusividad Total, pero afirman que de todos modos disminuirán los precios al

⁶⁴⁷ *Ibíd.* P. 457. Algunas alternativas de Acuerdos de Exclusividad Parcial contempladas son: contratos por gran parte del espacio en estantería, contrato por espacio promocional exclusivo y acuerdos de gestión por categoría. *Ibíd.* Pp. 457-65. Aunque Klein y Murphy se refieren a esos actos como “exclusividades parciales” — por permitirse la comercialización de bienes rivales—, en la terminología del trabajo también calificarían como Exclusividades *De Facto*, en tanto lo que asegura el distribuidor es convencer a (algunos de) sus clientes de adquirir el producto del proveedor (parcialmente) exclusivo, sin obligarse a comprar o comercializar una cantidad determinada de los productos de dicho proveedor y/o de sus rivales —caso en el cual se trataría de una Exclusividad *De Jure*—.

⁶⁴⁸ *Ibíd.* P. 466.

⁶⁴⁹ Zenger (2010), p. 207.

⁶⁵⁰ *Ibíd.* P. 208.

⁶⁵¹ *Ibíd.* Pp. 209-10. El cambio en el bienestar de los consumidores sería negativo si un proveedor, en ausencia de la exclusividad, tuviese una cuota del 73%. *Ibíd.* 210n13.

⁶⁵² Klein y Murphy (2011), p. 699. Luego es incorporada en Klein y Lerner (2016), 643n.

por mayor y se incrementará el excedente de los consumidores⁶⁵³. Adicionalmente, los autores niegan que el pago por la exclusividad dependa del nivel de asimetría entre las partes, cuestión que reconocen no obsta a que se produzcan efectos anticompetitivos, particularmente si el proveedor dominante hace una oferta de todo o nada que el distribuidor se ve forzado a aceptar⁶⁵⁴. Sin perjuicio de lo anterior, los autores enfatizan que en su modelo son los distribuidores quienes diseñan los términos de la subasta⁶⁵⁵, razón por la cual pueden optar por ofrecer Exclusividades Parciales (y/o *De Facto*) que posicionen a los proveedores asimétricos en igualdad de condiciones, para que así la competencia *ex ante* se centre en las ventas incrementales, éstas son, aquellas ventas a consumidores sin preferencias fuertes que el distribuidor puede convencer con menores precios y más promoción⁶⁵⁶.

Otros han afirmado que, aun cuando la competencia por la distribución teóricamente puede generar eficiencias y beneficios a los consumidores, en el planteamiento de Klein y Murphy la competencia *ex ante* por la exclusividad no sucedería, porque “los contratos exclusivos dañan a los vendedores y, por lo tanto, cualquier vendedor con poder de mercado los evitaría”⁶⁵⁷. Lo anterior se debe a que, en el modelo propuesto, ambos (o más) proveedores escogerían reemplazar el precio que maximiza sus ganancias sin exclusividad por un precio igual a su costo marginal (con el cual no obtendrían ganancias) con exclusividad: los vendedores debiesen ser indiferentes entre no vender nada y vender en forma exclusiva, pero ciertamente preferirían continuar vendiendo sin la exclusividad a un precio más alto⁶⁵⁸. Teniendo esto en cuenta, no parece haber motivo para que los proveedores deseen vender en forma exclusiva e, incluso si dicha razón existiese, sería factible que el distribuidor obtuviese productos a precio costo sin la exclusividad, en atención

⁶⁵³ Klein y Murphy (2011), pp. 693-4.

⁶⁵⁴ *Ibíd.* Pp. 696-9. En este escenario, el proveedor probablemente sería un socio comercial inevitable.

⁶⁵⁵ *Ibíd.* Pp. 692 y 699. Esto contradiría la supuesta irrelevancia de quién sugirió la exclusividad (*supra* nota 629).

⁶⁵⁶ *Ibíd.* Pp. 694-6. En el caso de los descuentos condicionales se afirma que el distribuidor hace a los proveedores competir por sus “servicios de cambio-de-ventas” (“*sales-shifting services*”). Klein y Lerner (2016), pp. 647-51.

⁶⁵⁷ Elhauge (2010), p. 184.

⁶⁵⁸ Flores (2010), pp. 3-4. De cierta forma, serían los vendedores quienes estarían financiando el aumento del bienestar de los consumidores por medio de una disminución de su rentabilidad, actitud que no sería económicamente razonable.

a que las ganancias del proveedor no variarían en uno u otro caso⁶⁵⁹. Es más, ya que siempre habrá clientes del distribuidor que prefieren una marca alternativa, éste debiese comprar productos de diferentes marcas si puede adquirirlos al mismo precio independientemente de la exclusividad, porque así todos o la mayoría de sus clientes podrían acceder a su producto preferido; en otras palabras: los consumidores se beneficiarían de la ausencia de Acuerdos de Exclusividad⁶⁶⁰.

7. Reducción de Costos

Los Acuerdos de Exclusividad no solo permiten potenciar las inversiones, servicios y precios ofrecidos a los consumidores, sino que también ayudan a reducir los costos que tanto vendedor como comprador deben soportar para el correcto desempeño de su negocio y, en particular, para el adecuado funcionamiento de su relación comercial.

Si un comprador recibe todas sus necesidades de un determinado tipo de producto de un solo proveedor los costos de entrega debiesen disminuir⁶⁶¹, pues el comprador deberá coordinarse con solo un agente económico y gastará menos tiempo y energía en lograrlo. Luego de la entrega —que puede ser responsabilidad de cualquiera de las partes— la dificultad de ordenar los productos recibidos se reduciría, ya que solo se requeriría diferenciar entre productos y categorías diferentes sin necesidad de distinguir entre diversas marcas⁶⁶². Esto último podría ser particularmente importante para distribuidores que manejan una gran variedad de bienes.

Adicionalmente, los costos de transacción se disminuirán si el vendedor y el comprador se relacionan con una sola contraparte⁶⁶³, ya que deberán negociar y redactar menos contratos de compraventa o distribución para vender toda su producción o para recibir todas

⁶⁵⁹ *Ibíd.* Pp. 4-5.

⁶⁶⁰ *Ibíd.* Pp. 6-8.

⁶⁶¹ Meese (2005), p. 389.

⁶⁶² Esto es en cierta forma reconocido por Steuer cuando afirma: “[U]na razón adicional por la cual los clientes eligen acuerdos de exclusividad es lograr eficiencias logísticas dentro de las propias operaciones de los clientes”. Steuer (2000), p. 245.

⁶⁶³ Hovenkamp (2005a), p. 137; Rojas (2010) p. 186; y Jacobson (2002) p. 360. Sin embargo, este último autor reconoce como costos de transacción los que provienen de “asegurar la correcta separación de las líneas de productos competidores en el punto de venta” (*ibíd.*), lo que se asemeja más a la disminución de costos de organizar los bienes ofrecidos (*supra* nota 662 y texto que acompaña).

sus necesidades periódicas. Similarmente, los Acuerdos de Exclusividad reducen los costos de monitoreo del proveedor, quien deberá preocuparse del (in)cumplimiento de menos contratos y notará más fácilmente si un distribuidor se desvía de las condiciones pactadas, debido a que la sola presencia de productos de otra marca constituirá una infracción contractual⁶⁶⁴.

Por otra parte, esta práctica puede utilizarse para facilitarle al vendedor alcanzar economías de escala, al proporcionarle volúmenes garantizados de venta que sean suficientes para lograr dichas economías y reduciendo, en consecuencia, sus costos de producción y sus precios⁶⁶⁵.

Todas estas eficiencias, que se traducen en reducciones de costos para el vendedor o comprador, también pueden lograrse, aunque en menor medida, si se utilizan Exclusividades Parciales que reduzcan la cantidad de agentes económicos con que las partes se relacionan. Además, normalmente las partes podrían alcanzar estos beneficios sin vincularse en forma exclusiva, pues en todos estos casos no es el Acuerdo de Exclusividad lo que permite reducir los costos, sino el incremento en el volumen de las ventas (o compras) o la disminución de los agentes económicos con quienes deben relacionarse las empresas. En cualquier caso, los consumidores se beneficiarán de estas eficiencias en la medida en que los menores costos se transformen en menores precios, en productos de mejor calidad, en más y/o mejores servicios o se inviertan en innovación.

8. Otras Posibles Eficiencias

En adición a todas las eficiencias ya mencionadas, muchas otras han sido reconocidas por la doctrina como potenciales consecuencias procompetitivas de los Acuerdos de Exclusividad. Por ejemplo, se ha afirmado que los Acuerdos de Exclusividad podrían funcionar como una alternativa a la integración vertical (o a la creación de nuevos canales de distribución) en aquellos casos en que alguna fuese demasiado costosa⁶⁶⁶ o estuviese

⁶⁶⁴ Jacobson (2002), p. 360 y B. Klein (2003), 138n60.

⁶⁶⁵ Jacobson (2002), p. 359.

⁶⁶⁶ Hovenkamp (2005a), pp. 137-8. Si los Acuerdos de Exclusividad fuesen combinados con restricciones verticales intra-marca, su grado de equivalencia con la integración vertical probablemente aumentaría. *Ibíd.* Pp. 142-3.

prohibida⁶⁶⁷; o que, en ciertas circunstancias, facilitarían el ingreso de nuevas empresas al mercado o la expansión de las ya presentes⁶⁶⁸. La expansión de incumbentes, y el consecuente crecimiento del mercado, ha sido esgrimida como justificación de los Acuerdos de Exclusividad en los casos europeos que han involucrado al mercado de los helados de consumo impulsivo, pero siempre fue rechazada: en *Langnese*, por no haberse demostrado su ocurrencia ni que hubiese superado el debilitamiento de la competencia⁶⁶⁹; y en *Van den Bergh Foods*, por no haber sido necesaria la exclusividad del frigorífico para obtenerse este beneficio⁶⁷⁰. En este último caso, se obvió completamente la función de impedir el aprovechamiento de “parásitos” que la exclusividad puede cumplir, pese a que esta eficiencia fue alegada por la empresa sancionada⁶⁷¹.

También se ha señalado, en los casos en que el Acuerdo de Exclusividad se concreta a través de un contrato de requerimientos, que el comprador contaría con un suministro asegurado del producto durante toda la duración del Acuerdo, ya que el vendedor estaría obligado a hacer todo lo posible por cumplir con las solicitudes del comprador⁶⁷². Como beneficio complementario a lo anterior, los Acuerdos de Exclusividad pueden simplificar y facilitar la planificación del funcionamiento de ambas empresas, porque el vendedor tiene la seguridad de que su cliente no transferirá su demanda a sus competidores y el comprador no está obligado a adquirir una cantidad mínima que le pudiese generar problemas de sobreabastecimiento⁶⁷³. El suministro garantizado y la facilitación de la planificación han sido mencionados, sin influencia decisiva en el resultado de los juicios, en fallos estadounidenses⁶⁷⁴ y europeos⁶⁷⁵.

⁶⁶⁷ Jacobson (2002), p. 360.

⁶⁶⁸ Hovenkamp (2005a), pp. 140-2. Una razón que da el autor para afirmar esta justificación de los Acuerdos de Exclusividad es que protegerían las inversiones que los entrantes deben hacer para ingresar al mercado o los incumbentes para crecer en él. *Ibíd.* Ello sería equiparable al problema de cautividad, no obstante, podría haber casos en que las empresas no realizasen inversiones específicas y, por ende, no se produjese un escenario en que una parte pudiese actuar oportunistamente.

⁶⁶⁹ *Langnese* (1995) Tribunal General, pars. 165 y 182-7.

⁶⁷⁰ *Van den Bergh Foods* (2003) Tribunal General, pars. 125 y 142-3; y *Van den Bergh Foods* (2006) Tribunal de Justicia, pars. 19-20.

⁶⁷¹ *Van den Bergh Foods* (2003) Tribunal General, par. 127.

⁶⁷² Hovenkamp (2005a), pp. 143-4; Steuer (2000), pp. 242-3; y Jacobson (2002), p. 359.

⁶⁷³ Ramseyer y Rasmusen (2014), p. S150.

⁶⁷⁴ *Standard Stations* (1949) Corte Suprema, pp. 306-7 y *Tampa Electric* (1961) Corte Suprema, p. 334.

En tercer lugar, si un licenciante o franquiciante es también responsable de los productos del licenciataro o franquiciado, puede ser necesario utilizar un Acuerdo de Exclusividad para que evitar que este último incorpore bienes alternativos o de menor calidad en el proceso productivo del bien o servicio final, permitiendo así al franquiciante o licenciante mantener un control de la calidad de éste⁶⁷⁶. Algo parecido puede ocurrir en el caso de servicios de aseguramiento o de reparación de maquinaria, en que la asunción del riesgo de la frecuencia y costo de la prestación del servicio generalmente requieren una relación exclusiva entre el proveedor y el comprador⁶⁷⁷; o en el caso de prestación de servicios altamente complejos, como anestesiología o electricidad, en que es más factible y conveniente que sea un solo proveedor experto el encargado de asegurar la calidad del servicio en cuestión⁶⁷⁸. En esta última situación la relación exclusiva también interesa al comprador, pues reduce sus costos al tener que calificar a un menor número de prestadores (o solo a uno) como adecuados para los servicios contratados⁶⁷⁹.

Finalmente, puede ocurrir que el mercado de capitales sea imperfecto, en el sentido que los bancos no estén dispuestos a otorgar créditos a ciertas empresas compradoras por no contar con suficiente información sobre éstas o por no dar suficiente garantía de pago⁶⁸⁰. En este escenario, un Acuerdo de Exclusividad podría contribuir a superar dicha imperfección, porque un proveedor generalmente tendrá suficiente información sobre su contraparte y la misma obligación de adquirir exclusivamente a él funcionaría como garantía para el pago del crédito⁶⁸¹. Cuando los Acuerdos de Exclusividad se utilizasen con este propósito, sería razonable que el comprador pudiese terminar la relación comercial en cualquier momento en la medida que no mantenga deudas con el vendedor⁶⁸².

⁶⁷⁵ Delimitis (1991) Tribunal de Justicia, par. 11; Langnese (1995) Tribunal General, par. 181; y Van den Bergh Foods (1995) Tribunal General, par. 140.

⁶⁷⁶ Hovenkamp (2005a), p. 153 y Steuer (1983), pp. 131-2.

⁶⁷⁷ Hovenkamp (2005a), pp. 155-6.

⁶⁷⁸ *Ibíd.* Pp. 156-7.

⁶⁷⁹ Steuer (2000), p. 243.

⁶⁸⁰ Comisión Europea (2010a), par. 107 h.

⁶⁸¹ *Ibíd.*

⁶⁸² *Ibíd.* Par. 147.

CAPÍTULO V: Evaluación de la Competitividad de la Conducta

1. Introducción

Habiéndose descrito las formas en que los Acuerdos de Exclusividad pueden manifestarse y las consecuencias anticompetitivas y procompetitivas que pueden ocasionar en los mercados, es decir, tras haber desarrollado la teoría económica y jurídica de esta conducta, resta ahora determinar cómo debiese ser enfrentada esta práctica en la realidad comercial y jurídica. El Derecho de la Competencia debe poder generar propuestas abstractas y teorías económicas que expliquen cómo y por qué ocurren determinados fenómenos, pero también debe ser capaz de formular reglas, lineamientos y directrices precisas, pues son éstas las que posibilitan a las agencias antimonopolios, a los tribunales comunes o especializados, y a todos aquellos agentes económicos que emplean o se ven afectados por Acuerdos de Exclusividad evaluarlos en un caso concreto.

De la doctrina y la jurisprudencia, principalmente comparada, se pueden extraer diversos estándares y reglas⁶⁸³, siendo los principales⁶⁸⁴ en este ámbito la regla *quasi per se*, el test de ganancia-sacrificio, el test del competidor igualmente eficiente y la regla de la razón. Con cualquiera de ellos se podría “identificar ese subconjunto de acuerdos de exclusividad -ya sean ‘unilaterales’ o ‘concertados’- que producen un daño económico, sin prohibir o disuadir la mayoría de los acuerdos que producen riqueza”⁶⁸⁵, permitiendo de ese modo a cualquiera discernir entre una conducta anticompetitiva y una competitiva.

Normalmente, la discusión sobre cuál de estos tests es el idóneo para evaluar la competitividad de un acto se presenta únicamente en el ámbito de las prácticas unilaterales exclusorias⁶⁸⁶. Esto probablemente se debe, por un lado, a que existe consenso, tanto en

⁶⁸³ En el ámbito del Derecho de la Competencia se ha sostenido que “[e]l concepto de *regla* es utilizado para capturar aquellos casos en los que una práctica (al menos prima facie) está prohibida con independencia del contexto en el que se aplique y de su impacto en la competencia. El concepto de *estándar* se refiere a aquellas situaciones en las que la prohibición de la práctica depende de un análisis caso por caso de tales factores”. Ibáñez (2014), 13n43; cursiva propia.

⁶⁸⁴ Son los principales por ser los tests tradicionales y más mencionados en la jurisprudencia, lo que no obsta a que existan otros tests como los de “Perjudicar la Eficiencia de los Rivales” (“*Impairing Rivals Efficiencies*”) (Elhauge (2003)) y de “Exclusión de un Rival Competitivo” (“*Exclusion of a Competitive Rival*”) (Lambert (2012)).

⁶⁸⁵ Meese (2005), p. 374.

⁶⁸⁶ Véase, por ejemplo, Grim (2008).

Estados Unidos —en relación a la aplicación de la sección 1 de la *Sherman Act*— como en la Unión Europea —en relación a la aplicación artículo 101 del TFEU—, respecto a que algunos acuerdos deben ser analizados conforme a la *regla per se* o que tienen *por su objeto* restringir la competencia y que otros deben ser examinados a la luz de la regla de la razón o que *por sus efectos* pueden restringir la competencia⁶⁸⁷. Por otro lado, porque las conductas unilaterales solamente serían sancionables si son ejecutadas por una empresa dominante — en la Unión Europea— o por un monopolista o que tiene una gran probabilidad de convertirse en monopolista —en Estados Unidos—, escenario en el cual la principal, o quizás única, consecuencia dañina de los Acuerdos de Exclusividad es la exclusión anticompetitiva. Con todo, la determinación del test óptimo para examinar esta conducta cuando se manifiesta unilateralmente debiese repercutir en el test que se emplea para examinar la misma cuando es fruto de un concierto de voluntades y viceversa, e incluso debiese considerarse, como aquí se sostiene, que en ambas situaciones corresponde utilizar el mismo test.

Estos cuatro tests son analizados en el presente capítulo, que se estructura de la siguiente forma: primero, se explica la regla *quasi per se* y, sucintamente, la regla de la cual deriva. Luego, se exponen en forma independiente el test de la ganancia-sacrificio —junto a su variante más actualizada el test del sin sentido económico— y el test del competidor igualmente eficiente. Finalmente, se explica el test del bienestar del consumidor, su relación con la regla de la razón y una variante de estos. En las subsecciones no solo se reproducen las formulaciones de los defensores más insignes de cada test y su forma de aplicación a los Acuerdos de Exclusividad, sino que también se señalan las críticas y objeciones que a ellos se han hecho, y los casos en que han sido aplicados.

⁶⁸⁷ La distinción europea, que emana de la literalidad del art. 101 del TFEU, entre “por objeto” y “por efecto” es análoga pero no idéntica a la distinción entre la regla de la razón y la regla *per se*; la diferencia primordial es que, en virtud del apartado tercero del art. 101 del TFEU, una restricción por el objeto, al igual que cualquier otra restricción, puede estar justificada por producir una eficiencia. Whish y Bailey (2012), p. 121.

2. Regla de Ilegalidad *Quasi Per Se*

El test (de ilegalidad) *quasi per se* es una versión morigerada de la clásica regla de ilegalidad *per se*⁶⁸⁸ a la que son sometidos algunos acuerdos —mayoritariamente horizontales—, que implica una prohibición absoluta⁶⁸⁹. La mayoría de la doctrina rechaza la utilización de la regla *per se* para los Acuerdos de Exclusividad⁶⁹⁰, siendo Lakowska su única exponente, quien plantea: “[T]odo acuerdo de exclusividad debiera ser *per se* ilegal, salvo en el caso de descuentos por fidelidad [...] que [...] siempre debieran ser legales, excepto en caso de que existan fuertes barreras a la entrada (o fuertes barreras a la expansión)”⁶⁹¹. Ahora bien, la regla *per se* tiene gran relevancia histórica en nuestro país, dada su reiterada aplicación en los distintos modos de término de los juicios sobre Acuerdos de Exclusividad. En la época de funcionamiento de las Comisiones Antimonopolios es menester distinguir dos períodos: uno en que el tratamiento de todas las restricciones verticales se fundó en una delimitación formal entre las que eran pactadas con empresa que actuaban por cuenta y riesgo de su contraparte, y las que eran pactadas con agentes económicos independientes (1973-1990); y otro en que esa sesgada dicotomía fue abandonada y reemplazada por una aproximación centrada en la competitividad del mercado afectado (1990-2004)⁶⁹². En el primer período se declararon anticompetitivos, salvo contadas excepciones⁶⁹³, todos los Acuerdos de Exclusividad celebrados sin mediar un mandato o comisión, con total ausencia de una evaluación de sus efectivas consecuencias en el mercado⁶⁹⁴. Si bien el TDLC no

⁶⁸⁸ En forma opuesta, se ha señalado, en el contexto de las ventas atadas, que la regla *quasi per se* nunca ha sido realmente una regla *per se*, sino una variante de la regla de la razón. Elhaug (2016), pp. 463-4.

⁶⁸⁹ Crane (2007), p. 57

⁶⁹⁰ Por ejemplo: Meese (2005), p. 413 y Montt (2010), p. 91; y, *a fortiori*, los que descartan el uso de la regla *per se* para cualquier práctica exclusoria (Melamed (2006), pp. 378-9) y los que rechazan la regla *quasi per se* para los Acuerdos de Exclusividad (*infra* notas 714-716).

⁶⁹¹ Laskowska (2015), p. 2.

⁶⁹² Rojas (2010), pp. 199-202 y Montt (2010), pp. 69-72.

⁶⁹³ Las excepciones son *Savory*, en que se estimó que los Acuerdos de Exclusividad no vulneraban la Libre Competencia, por vincular a pocos locales y existir otros que ofrecían productos de varias marcas (Dictamen N°42 (1974) Comisión Preventiva Central, pp. 6-9); y diversas consultas relativas al mercado de distribución minorista combustibles, en las que se permitió a los arrendatarios-mayoristas restringir los productos que los arrendatario-minoristas expendían, si al hacerlo usaban la marca de los primeros (Dictámenes N°58 (1974), pp. 4-7; N°63 (1974), p. 3 y N°71 (1975), pp. 2-6, todos de la Comisión Preventiva Central).

⁶⁹⁴ Dictámenes N°20 (1974), N°24 (1974), N°38 (1974), N°53 (1974), N°55 (1974), N°69 (1975), N°70 (1975), N°72 (1975), N°95 (1975), N°123 (1976), N°129 (1976), N°141 (1976), N°147 (1977), N°151 (1977), N°223 (1979), N°406 (1984), N°609 (1987) N°611 (1987), N°614 (1987) N°627 (1987), N°659 (1988) y N°698 (1989), todos de la

conservó esa aproximación, ni la que la reemplazó, y siempre analizó pormenorizadamente las características del mercado y los efectos potenciales y reales de los Acuerdos de Exclusividad, los fallos de *Cigarrillos I y II* y *Fósforos* contienen en su parte resolutive amplias limitaciones a los actos que a futuro pueden ejecutar las condenadas⁶⁹⁵, que podrían interpretarse como el establecimiento de la anticompetitividad *per se* de los Acuerdos de Exclusividad, al menos cuando son celebrados por empresas supra-dominantes como las sancionadas⁶⁹⁶. La FNE adoptó esta misma postura en *Cervezas y Bebidas*, pues en las conciliaciones de estos juicios las requeridas se obligaron a no utilizar diversas manifestaciones de los Acuerdos de Exclusividad⁶⁹⁷ y se agregó que la FNE estima(ba) que, en general, esta práctica y otras similares tienden a impedir, restringir o entorpecer la competencia⁶⁹⁸.

Retomando la regla de ilegalidad *quasi per se*, en virtud de ella una empresa vulneraría el Derecho Antimonopolios si (i) siendo dominante o monopolista (ii) cierra cualquier parte del mercado (iii) sin que su conducta tenga una eficiencia que la justifique⁶⁹⁹. Esto quiere decir que bastaría que el comportamiento tenga la capacidad o el potencial de excluir rivales, sin ser necesario demostrar efectos anticompetitivos reales o probables⁷⁰⁰.

El requisito de que la empresa sea dominante o monopolista tiene el evidente propósito de evitar prohibir todas los Acuerdos de Exclusividad, al reducir su alcance solamente a la conducta de agentes económicos con poder de mercado sustancial. Pese a

Comisión Preventiva Central; y Resoluciones N°28 (1977), N°41 (1978), N°48 (1978), N°246 (1987), N°268 (1987) y N°31 (1977), todas de la Comisión Resolutiva. Esta última tiene la particularidad de haber sido ratificada por la Corte Suprema. Paredes (1995), pp. 259 y 277-8.

⁶⁹⁵ Sentencia N°26 (2005) TDLC, res. 3; Sentencia N°90 (2009) TDLC, res. 3; y Sentencia N°115 (2011) TLDC, res. 3.

⁶⁹⁶ Así interpreta Ybar *Cigarrillos I y Fósforos*. Ybar (2014), p. 42.

⁶⁹⁷ Avenimiento (2008) entre FNE y CCU, pp. 5-6 y Conciliación (2011) FNE, Elsa, Mc, Castel, Antillanca, Andina y Embonor, pp. 7-10. El mismo tipo de compromisos fueron pactados en la conciliación de *Helados* (Acuerdo Conciliatorio (s.f.) entre Trendy y Nestlé, pp. 4-5.), pero en ella la intervención de la FNE se limitó a informarla favorablemente (FNE (2012) Informe por Acuerdo Conciliatorio entre Trendy y Nestlé, pp. 6-7).

⁶⁹⁸ Avenimiento (2008) entre FNE y CCU, pp. 1-2 y Conciliación (2011) FNE, Elsa, Mc, Castel, Antillanca, Andina y Embonor, pp. 2-3. Las amplias prohibiciones y la declaración de la FNE también podrían deberse a la discutible posición supra-dominante de las requeridas.

⁶⁹⁹ Eilat, Gilo y Sagi (2016), p. 15.

⁷⁰⁰ *Ibíd.* P. 2. Otros señalan que, en el contexto del art. 102 del TFEU, los Acuerdos de Exclusividad están prohibidos *prima facie* —concepto equivalente a la regla *quasi per se*— *por su naturaleza o forma*, es decir, incluso sin necesidad de demostrar su efectiva *capacidad* de impactar negativamente en la competencia en atención a las circunstancias fácticas. Ibáñez (2016), p. 18.

que dicho objetivo es deseable, al mismo tiempo generaría consecuencias perversas, pues el resultado de los juicios sobre esta conducta diferiría significativamente según la norma que fuere aplicada⁷⁰¹. Por su parte, el requisito de cerrar cualquier parte del mercado parece cumplir una función contraria al anterior, en tanto al estimar irrelevante la magnitud de la clausura cualquier Acuerdo de Exclusividad podría ser sancionado. Esto contradice lo previamente explicado, en el sentido de que la clausura de mercado no constituye, por sí sola, un efecto anticompetitivo⁷⁰² y que, en cualquier caso, la cobertura de los Acuerdos tendría que ser “sustancial” para que dichos efectos pudiesen verificarse⁷⁰³. Finalmente, el elemento propio de este test es el requisito (negativo) de que el comportamiento no pueda ser defendido en base a la generación de eficiencias que lo justifiquen, cuestión que lo diferencia de la regla *per se*. Esto obviamente llevaría a una redistribución de la carga de la prueba, en la medida en que el demandante únicamente tendría que probar elementos formales, mientras que la empresa dominante tendría una carga mayor, al tener que demostrar la factibilidad y realización de las eficiencias que alegue en atención a las circunstancias concretas del mercado afectado.

Una objeción adicional, y más fundamental, que puede formularse desde la perspectiva del Derecho de la Competencia europeo —jurisdicción en que efectivamente se ha utilizado la regla *quasi per se* para los Acuerdos de Exclusividad⁷⁰⁴—, es que con esta regla no solo se *presume* que estos Acuerdos están motivados por una intención anticompetitiva, sino que además se *asume* la existencia de efectos anticompetitivos⁷⁰⁵. Lo anterior significa que la única alternativa para un monopolista que emplea Acuerdos Exclusividad sería demostrar que su comportamiento también causó beneficios procompetitivos que superan el daño

⁷⁰¹ O’Donoghue y Padilla (2006), p. 357. Para una crítica al trato divergente de los Acuerdos de Exclusividad (y otras prácticas exclusorias) bajo diferentes disposiciones véase Ibáñez (2016).

⁷⁰² Véase, en general, *supra* capítulo III puntos 2.1 y 3.

⁷⁰³ *Supra* capítulo III punto 3.6.

⁷⁰⁴ *Infra* notas 710-713 y texto que acompañan.

⁷⁰⁵ Ibáñez (2014), pp. 19-20. Esta propuesta parte de las definiciones de los conceptos anglosajones *presumption* (presunción) y *assumption* (asumir) que entrega el Diccionario de Oxford, careciendo este último de una traducción exacta al español. Sin embargo, lo relevante es que una presunción es un supuesto basado en la probabilidad (por lo tanto, desmentible), mientras que asumir algo es suponer su existencia sin la necesidad de pruebas (por lo tanto, irrefutable). En términos del derecho chileno, la primera sería una presunción simplemente legal y la segunda correspondería a una presunción de derecho.

causado, no siendo posible que se defienda en base a la ausencia de un daño competitivo⁷⁰⁶; “[e]n consecuencia, el hecho de que los rivales hayan podido prosperar durante el período pertinente e incluso aumentar su cuota de mercado a expensas de la empresa dominante - en otras palabras, evidencia que demuestra que no existe una exclusión *objetiva* - no repercute en la aplicación del artículo 102 TFEU”⁷⁰⁷.

Independientemente del nombre con que se le etiquete⁷⁰⁸, la regla *quasi per se* ha sido aplicada únicamente en la Unión Europea⁷⁰⁹, donde desde *Hoffman-La Roche* se ha sostenido que los Acuerdos de Exclusividad ejecutados por empresas dominantes son constitutivos de un abuso de posición dominante sancionable por el artículo 102 del TFEU⁷¹⁰. Esta postura fue mantenida en el tiempo⁷¹¹, reiterándose en *Tomra*, al afirmarse que para sancionar esta conducta como abusiva basta demostrar que *puede* tener efectos anticompetitivos, no siendo exigible acreditar efectos concretos⁷¹²; y culminando en el fallo del TG en *Intel*, en el que se aseveró que los descuentos por exclusividad concedidos por agentes dominantes tienen por su propia *naturaleza* el poder de restringir la competencia, cuestión que torna innecesario analizar el conjunto de circunstancias del asunto para demostrar efectos exclusorios potenciales o concretos⁷¹³. Como es esperable, en los tres casos recién mencionados la empresa dominante fue sancionada.

Considerando las falencias de la regla *quasi per se*, parte de la doctrina europea rechaza su utilización en la evaluación de los Acuerdos de Exclusividad (y de los descuentos

⁷⁰⁶ *Ibíd.* P. 20. Pregunta aparte sería cómo fijar la magnitud del efecto anticompetitivo que tendría que ser superado por la eficiencia, si aquél no debe probarse.

⁷⁰⁷ *Ibíd.* Pp. 18-9; cursiva del original.

⁷⁰⁸ Prohibición *prima facie* (*supra* nota 700); ilegalidad *per se* (O’Donoghue y Padilla (2006), pp. 358-9 y Whish y Bailey (2012), pp. 683-4); o regla *quasi per se* (Geradin (2015), p. 4). El nombre exacto con que se designe este test es, en cierto modo irrelevante, porque el derecho europeo siempre permite justificar una conducta por las eficiencias que genera, sea subsumible en el art. 101 del TFEU (*supra* nota 687) o en el art. 102 (Whish y Bailey (2012), pp. 211-2; Lorentz (2013), pp. 218-9; y O’Donoghue (2008), pp. 346-99).

⁷⁰⁹ Podría discutirse si fue empleada en *Standard Stations*, pues el requisito especial de la Clayton Act —que el efecto de los Acuerdos de Exclusividad sea disminuir sustancialmente la competencia— se entendió cumplido por haberse cerrado una porción significativa, en términos monetarios, de la línea de comercio afectada, sin haberse acreditado una reducción efectiva de la actividad competitiva. *Standard Stations* (1949) Corte Suprema, pp. 299 y 314.

⁷¹⁰ *Hoffmann-La Roche* (1979) Tribunal de Justicia, pars. 89-90.

⁷¹¹ Es controvertido si esta postura fue ratificada en *Van den Bergh Foods* (*infra* nota 797 y texto que acompaña).

⁷¹² *Tomra* (2010) Tribunal General, pars. 208-10 y 286-90; y *Tomra* (2012) Tribunal de Justicia, pars. 68-70 y 79.

⁷¹³ *Intel* (2014) Tribunal General, pars. 77, 80-93 y 95-106.

por exclusividad y fidelidad)⁷¹⁴, al igual que el TJ y su Abogado General lo hicieron en sus respectivos pronunciamientos en el caso *Intel*⁷¹⁵. En forma similar, algunos autores estadounidenses se han manifestado contrarios a la posibilidad de emplear un test como éste para los Acuerdos de Exclusividad⁷¹⁶. El rechazo de esta regla por la doctrina y el máximo tribunal de la jurisdicción donde ha sido utilizada parecen sugerir que, de todos los tests que se exponen, éste sería la peor opción para evaluar los Acuerdos de Exclusividad.

3. Test de la Ganancia-Sacrificio o del Sin Sentido Económico

Originalmente, el test de “Ganancia-Sacrificio” (“*Profit-Sacrifice*”) era empleado para evaluar las conductas exclusorias⁷¹⁷, pues se asumía que una exclusión anticompetitiva requería sacrificar ganancias en el corto plazo con el objetivo de recuperarlas a futuro⁷¹⁸. Este test fue frecuentemente criticado debido a que no es condición necesaria ni suficiente para establecer la anticompetitividad de una práctica exclusoria que exista una pérdida en el corto plazo⁷¹⁹, por lo que posteriormente fue renombrado como el test del “Sin Sentido Económico” (“*No Economic Sense*” o NES)⁷²⁰ y reformulado para superar esas críticas.

El test NES se enfoca únicamente en la conducta de la empresa (potencialmente) infractora, considerando como anticompetitiva una conducta “si no tendría sentido comercial o económico, *de no ser* por su probabilidad de perjudicar la competencia”⁷²¹. En

⁷¹⁴ Ibáñez (2014), pp. 32; Geradin (2015), p. 39; y O’Donoghue y Padilla (2006), pp. 403-4.

⁷¹⁵ Wahl (2016) e *infra* notas 762-764 y texto que acompañan. Nótese que el Abogado General y el TJ no rechazaron la aplicabilidad de la regla de ilegalidad *quasi per se* a los Acuerdos de Exclusividad y descuentos por exclusividad y fidelidad, sino la *forma* en que esa regla fue aplicada en *Intel* por el TG.

⁷¹⁶ Melamed (2008), pp. 433-4 y 434n.

⁷¹⁷ Werden (2006), p. 422-3.

⁷¹⁸ Posner (2001), pp. 40-1. Debe recalarse que, pese a esta afirmación, Posner es uno de los primeros y principales exponentes del test del competidor igualmente eficiente analizado *infra* (punto 4).

⁷¹⁹ Esta crítica es atribuida a Elhauge, quien explica que la pérdida no es condición suficiente, porque la mayoría de las conductas pro competitivas —como invertir en investigación y desarrollo— suponen mayores gastos en el corto plazo para maximizar las ganancias a futuro; ni condición necesaria, porque la exclusión de competidores puede aumentar inmediatamente el poder de mercado del vendedor excluyente, permitiéndole incrementar los precios y obtener ganancias adicionales desde que ejerce la conducta. Elhauge (2003), pp. 274-94.

⁷²⁰ Werden (2006), pp. 424-25. Inicialmente Melamed corrige el test conservando su nombre (denominándolo test del sacrificio) (Melamed (2006), pp. 391-92), para posteriormente acoplarse a la modificación terminológica propuesta por Werden (Melamed (2008)).

⁷²¹ Melamed (2006), p. 391; citas omitidas. Equivalentemente, Werden afirma: “Ese test [el test NES] pregunta si se hubiera esperado que la conducta impugnada fuera rentable sin considerar cualquier ganancia que la conducta pueda producir a través de la eliminación de la competencia” (Werden (2006), p. 414), mientras que

ese sentido, son dos las cuestiones que deben ser respondidas cuando se aplica este test: (i) ¿es rentable la conducta del vendedor exclusivo, comparando los costos y beneficios (incrementales) que implican los Acuerdos de Exclusividad?, y (ii) ¿Permite la conducta adquirir poder de mercado adicional o genera una alta probabilidad de obtenerlo?⁷²²

Como primer paso, este test requiere determinar los costos en que incurrió el vendedor para alcanzar un Acuerdo de Exclusividad y las ventajas que le reportó dicha conducta⁷²³. Los costos más evidentes están asociados con las mejores condiciones comerciales que el vendedor se ve obligado a ofrecer al comprador a cambio de la exclusividad⁷²⁴, aunque en algunas ocasiones las eficiencias que genera el Acuerdo pueden beneficiar al comprador y, por ende, éste podría no exigir nada adicional a cambio. En este último caso la conducta sería procompetitiva, pues generaría ventajas para ambas partes sin incurrir en costos que las sobrepasen⁷²⁵.

Cuando el Acuerdo de Exclusividad implica gastos adicionales para el vendedor, debe determinarse si además generó beneficios adicionales y si los mismos superan los costos en que incurrió. Esta comparación entre los costos y beneficios de la conducta debe ser realizada con cuidado, pues las ganancias legítimas de la conducta deben ser separadas de sus consecuencias anticompetitivas, como la capacidad de aumentar los precios que podría tener una empresa que consigue una posición dominante gracias a un Acuerdo de Exclusividad⁷²⁶. Si considerando la prevención recién señalada la conducta genera beneficios que superan sus costos, ésta sería competitiva⁷²⁷.

la OCDE asevera: “[O]tra manera de formular el test NES es decir que prohíbe [las] conducta[s] que tenga[n] una tendencia real a eliminar la competencia cuando esa[s] conducta[s] solo proporciona[n] un beneficio económico al acusado por esa tendencia, independientemente de que la conducta sea gratuita” (OECD (2006), p. 28).

⁷²² Melamed (2006), pp. 389-90.

⁷²³ Sus proponentes recalcan que este no es un test subjetivo, por lo que lo relevante es determinar los costos y beneficios que objetivamente era esperable estuviesen asociados a la conducta. *Ibíd.* 390n36 y Werden (2006), pp. 416-17 y 426.

⁷²⁴ Se ve obligado debido a que el comprador considera las pérdidas que supone para él dejar de negociar con los rivales del vendedor, las que serán internalizadas por este último al compensar a su cliente. Melamed (2008), pp. 439-40.

⁷²⁵ Melamed (2006), pp. 403-4.

⁷²⁶ Melamed (2008), p. 441 y Werden (2006), p. 416.

⁷²⁷ Melamed (2006), p. 405.

Finalmente⁷²⁸, debe determinarse si el comportamiento excluyó competidores actuales o potenciales del mercado y, consecuentemente, creó o preservó poder de mercado para la empresa que la ejecutó⁷²⁹. Si la conducta tuvo efectos contrarios a la competencia y no es rentable para el agente económico —comparando sus costos y beneficios (legítimos)—, entonces ésta sería anticompetitiva⁷³⁰.

El caso más difícil sería aquel en que la conducta cuestionada tiene sentido económico porque *daña la competencia* y, además, porque *incrementa la eficiencia* del agente involucrado⁷³¹. En ese caso, Melamed sugiere que se comparen los beneficios de las eficiencias generadas por la conducta con los costos de ejecutar la práctica, siendo competitiva si los primeros superan a estos últimos⁷³²; por su parte, Werden propone contrastar los beneficios que el agente obtiene de la exclusión con las eficiencias creadas, siendo anticompetitiva la conducta si los primeros superan a los últimos, considerando además ciertas exclusiones, inmunidades y puertos seguros⁷³³. Inversamente, Tapia considera que el test NES no implica ninguna comparación y afirma: “Si la conducta es rentable aparte del efecto exclusorio, entonces pasa el test, sin considerar si existió o no otra conducta más rentable o en qué medida pudo haber sido dañada la competencia”⁷³⁴.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que hay estrategias exclusorias que cuestan poco o nada al agente económico⁷³⁵, pues su contraparte puede estar obligado económicamente a aceptar el trato. Por ejemplo, en el caso de una política de todo o nada

⁷²⁸ Este test no tiene un orden preestablecido, por lo que pueden usarse atajos para facilitar su aplicación práctica (Ibíd. Pp. 406-10) o simplemente emplearse en orden inverso (OECD (2006), p. 28).

⁷²⁹ Werden (2006), pp. 417-8. Esto es necesario ya que el Derecho de la Competencia no pretende ni desea sancionar a empresas por llevar a cabo estrategias poco rentables. Melamed (2006), p. 390.

⁷³⁰ Melamed (2008), p. 441.

⁷³¹ Este escenario da pie a una de las principales críticas que, en el ámbito de los Acuerdos de Exclusividad, se hace a este test, precisamente porque “en muchos contextos, es la exclusión (limitada) de la competencia la que, en sí misma, genera eficiencias y beneficios asociados para el consumidor”. Jacobson y Sher (2006), p. 784.

⁷³² Melamed (2008), pp. 410-1.

⁷³³ Werden (2006), pp. 418-20. Werden además reconoce que la utilidad del test NES disminuye en los casos en que una conducta genera ganancias legítimas y por la eliminación de la competencia. Ibíd. P. 421-2.

⁷³⁴ Tapia (2014), 98n169.

⁷³⁵ Esta posibilidad fue originalmente reconocida en el contexto del paradigma RRC, al señalarse que una empresa (dominante) puede aumentar los costos de sus rivales de forma relativamente económica. Salop y Scheffman (1983), p. 267. Recientemente se ha acuñado el término “*Cheap Exclusion*” (“Exclusión Barata”) con un doble sentido: conductas exclusorias de bajo o sin costo que, además, pueden no tener —o tener poco— valor positivo. Los Acuerdos de Exclusividad pueden calificar como exclusión barata en el primer sentido, pero generalmente no en el segundo. Creighton et al (2005), pp. 977-83.

en que el vendedor ofrezca un producto imprescindible⁷³⁶. Esta consideración lleva a algunos a señalar que el test NES no tiene sentido para los Acuerdos de Exclusividad⁷³⁷, pero sus postulantes lo defienden indicando que la exclusión será realmente gratuita en muy pocos casos e, incluso en ellos, es probable que el vendedor esté renunciando a la obtención de mayores ganancias, cuestión que calificaría como un costo⁷³⁸. Adicionalmente, incluso un Acuerdo sin costos que no confiere ganancia alguna sería reprochable bajo el test NES si produce o es capaz de producir un daño anticompetitivo⁷³⁹.

De todas las reglas y estándares aquí analizados, el test NES es el único que no ha sido mencionado ni aplicado en la jurisprudencia estadounidense y europea considerada en el trabajo. Por supuesto, esto no quiere que este test no sea reconocido. Werden y Melamed — sus principales proponentes— afirman que este test subyació a las demandas de las agencias antimonopolios estadounidenses en *Microsoft* y *Dentsply*, y que ha sido empleado por tribunales estadounidenses en procesos sobre variadas conductas exclusorias⁷⁴⁰. En nuestro país, Tapia estima que el test NES guio la decisión condenatoria del TDLC en *Fósforos*, y en otros casos⁷⁴¹, lo que se evidencia cuando el Tribunal se pregunta si las acciones cuestionadas “no tenían una utilidad distinta a la de impedir la entrada de competidores al mercado”⁷⁴².

4. Test del Competidor Igualmente Eficiente

El test del “Competidor Igualmente Eficiente” (“As Efficient Competitor Test”, en adelante “AEC”) fue originalmente propuesto por Posner como la forma correcta de evaluar las prácticas exclusorias —distanciándose de esa manera de la postura tradicional de la Escuela de Chicago⁷⁴³—. Conforme al test AEC éstas son anticompetitivas solo si se prueba (i)

⁷³⁶ Melamed (2008), pp. 440-1 y, en el mismo sentido, *supra* notas 387-390 y texto que acompañan.

⁷³⁷ Jacobson y Sher (2006), p. 784.

⁷³⁸ Melamed (2008), pp. 442-3.

⁷³⁹ “Para ser exclusoria bajo el test del sin sentido económico, es suficiente que la conducta confiera un beneficio económico solo si elimina la competencia”. Werden (2006), p. 426.

⁷⁴⁰ Melamed (2006), pp. 390-1 y Werden (2006), pp. 413-4.

⁷⁴¹ Tapia (2014), pp. 98-99.

⁷⁴² Sentencia N°90 (2009) TDLC, c. 76.

⁷⁴³ Posner (2001), pp. 193-4. Sus orígenes pueden remontarse a las propuestas de Posner sobre cuándo los precios deben estimarse predatorios. Posner (1974), pp. 519-20.

que la empresa tiene poder monopólico y (ii) “que la práctica impugnada es apropiada en las circunstancias para excluir del mercado del demandado a un competidor igual o más eficiente”⁷⁴⁴. El test AEC pretende asegurar que el Derecho Antimonopolios resguarde solo a los competidores eficientes como medio para proteger el bienestar de los consumidores⁷⁴⁵, así evitando “[el] absurdo de exigir a la[s] empresa[s] [dominantes] que mantenga[n] un paraguas de precios sobre los entrantes menos eficientes”⁷⁴⁶. Asimismo, este test facilitaría a las empresas realizar una autoevaluación de sus conductas potencialmente exclusorias en la medida en que solo tendrían que conocer sus propios costos⁷⁴⁷.

Bajo el test AEC, dos requisitos deben cumplirse para que una conducta exclusoria sea anticompetitiva. Primero, debe tratarse de actos realizados por un monopolista, exigencia que se explica por la creencia de Posner de que aquellas empresas sin poder monopólico no podrían excluir (anticompetitivamente) a sus rivales⁷⁴⁸. No obstante, esa exigencia parece ser incorrecta —o, al menos, no unánime en la doctrina y la jurisprudencia— para los Acuerdos de Exclusividad como mecanismo de exclusión⁷⁴⁹. El segundo requisito es bastante evidente, en tanto la única exclusión relevante para la Libre Competencia sería aquella que dificulta la permanencia o ingreso en el mercado de un rival igual o más eficiente que la empresa excluyente⁷⁵⁰. A pesar de que en el contexto de algunas prácticas basadas en el precio es relativamente simple identificar si se afecta a un competidor igualmente eficiente —por ejemplo, en los precios lineales: si éstos son menores a una determinada medida de costos, caso en el cual serían predatorios⁷⁵¹; o en el caso del estrangulamiento de márgenes: si la filial aguas abajo no pudiese funcionar rentablemente si tuviese que pagar los precios que la matriz le cobra a sus rivales⁷⁵²—, ello no es predicable para los Acuerdos de Exclusividad, porque la eficiencia de los rivales depende de factores inconmensurables como la distribución empleada, que precisamente puede haber sido bloqueada por la estrategia del

⁷⁴⁴ Posner (2001), pp. 194-5.

⁷⁴⁵ OECD (2016), p. 14.

⁷⁴⁶ Posner (2001), p. 196.

⁷⁴⁷ Grim (2008), p. 28.

⁷⁴⁸ Posner (2001), p. 195.

⁷⁴⁹ *Supra* capítulo II punto 3.1.

⁷⁵⁰ Posner (2001), p. 196.

⁷⁵¹ Salop (2008), p. 153.

⁷⁵² O’Donoghue y Padilla (2006), p. 189.

monopolista⁷⁵³. En cualquier caso, si pese a estas dificultades se demostrase que ambos requisitos se cumplen, el monopolista todavía podría evitar ser condenado si demostrase que los efectos exclusorios de su comportamiento son compensados por la producción de eficiencias⁷⁵⁴.

Además de ser dudosa y difícilmente aplicable a las conductas no vinculadas con el precio, el test AEC ha recibido otras dos críticas que no dependen del tipo de conducta evaluada. Primero, este test solo considera importante la participación en el mercado de empresas igualmente (o más) eficientes que la excluyente, pese a haberse demostrado que una empresa menos eficiente puede generar una presión competitiva relevante en las incumbentes⁷⁵⁵. Esta posibilidad sería particularmente relevante en el caso de un monopolista que puede cobrar precios supra-competitivos, que ante la amenaza de un entrante —aun siendo uno menos eficiente— se vería obligado a rebajar sus precios, al menos, hasta el nivel de precios que el rival potencial sería capaz de cobrar si ingresase al mercado⁷⁵⁶. A esta crítica se ha respondido que, si bien un rival menos eficiente podría aumentar el bienestar en el corto plazo, el protegerle puede disminuirlo en el largo plazo al reducir los estímulos de las empresas para competir e innovar, ya que éstas considerarían menos atractivo alcanzar una posición dominante si cuando la ocupen no podrán defenderla expulsando rivales del mercado a través su eficiencia superior⁷⁵⁷.

Una segunda crítica general a este test es que normalmente los nuevos competidores ingresan a una escala menor que los incumbentes y podrían no alcanzar inmediatamente la MES⁷⁵⁸ o no obtener las economías de escala de que gozan las empresas establecidas⁷⁵⁹. En este escenario, la empresa excluyente sería más eficiente que los nuevos rivales —debido al tiempo de permanencia en el mercado o a las características de éste— y, por ende, la exclusión de un competidor (actualmente) menos eficiente sería considerada irrelevante bajo

⁷⁵³ Grim (2008), p. 29.

⁷⁵⁴ *Ibíd.*

⁷⁵⁵ Baker (2013), 565n189; O'Donoghue y Padilla (2006), pp. 189-90; y Edlin (2001).

⁷⁵⁶ Salop (2008), pp. 153-4.

⁷⁵⁷ OECD (2006), p. 29.

⁷⁵⁸ *Ibíd* y O'Donoghue y Padilla (2006), p. 190.

⁷⁵⁹ Hovenkamp (2005c), p. 155.

el test AEC, aun cuando la empresa perjudicada por las prácticas exclusorias podría volverse igual o más eficiente con el transcurso del tiempo⁷⁶⁰.

El test AEC no ha sido considerado en el ámbito de los Acuerdos de Exclusividad ni en Estados Unidos ni en Chile. Por otro lado, en la Unión Europea, el TG en su fallo en *Intel* declaró que la forma de aplicación y el resultado del test AEC carecía de pertinencia en la calificación de un descuento por exclusividad como anticompetitivo y en la constatación de la existencia de un efecto exclusorio⁷⁶¹. El TJ dictó recientemente sentencia en este asunto, precisando el alcance de *Hoffmann-La Roche* para el supuesto de que la empresa condenada alegue que su conducta no tuvo la capacidad de restringir la competencia: en esa situación la Comisión debe evaluar no solo la posición de dominio, la cobertura de mercado y la forma de los descuentos, sino también la capacidad de la estrategia para expulsar rivales⁷⁶². Si la Comisión aplicó el test AEC y concluyó que competidores igualmente eficientes se habrían visto obligados a cobrar precios inviables, el TG estaba obligado a examinar las alegaciones relativas a dicho test⁷⁶³. Debido a esa errónea abstención, el TJ anuló la sentencia confirmatoria de la decisión condenatoria de la Comisión y devolvió el asunto al TG para que evaluase la capacidad de los descuentos controvertidos para restringir la competencia⁷⁶⁴.

5. Bienestar del Consumidor-Regla de la Razón

Otra alternativa para evaluar a los Acuerdos de Exclusividad es centrarse en el impacto neto de la conducta exclusoria en el bienestar de los consumidores, esto es, en los precios del mercado y en el nivel de producción⁷⁶⁵ a través del denominado estándar del “Bienestar de los Consumidores” (“*Consumer Welfare*”)⁷⁶⁶ o del “Efecto en el Bienestar de los

⁷⁶⁰ OECD (2006), p. 30. Incluso Posner reconoce que hay eficiencias que se deben a los atributos del mercado, como economías de escala, pero que la empresa que se beneficia de ellas no es más eficiente en términos relevantes para la política antimonopolios, porque cualquier rival podría aumentar su producción y alcanzar dicha escala. Posner 2005, pp. 239-40.

⁷⁶¹ Intel (2014) Tribunal General, pars. 140-66.

⁷⁶² Intel (2017) Tribunal de Justicia, pars. 137-40.

⁷⁶³ *Ibíd.* Pars. 141-6.

⁷⁶⁴ *Ibíd.* Pars. 147-50.

⁷⁶⁵ Salop (2006), p. 329-330.

⁷⁶⁶ OECD (2006), p.32.

Consumidores” (“*Consumer Welfare Effect*”)⁷⁶⁷. Sin importar la forma en que se le denomine, este estándar es operativizado a través del marco de referencia de la clásica regla de la razón⁷⁶⁸ que permite examinar tanto los efectos anticompetitivos como las justificaciones procompetitivas de una práctica⁷⁶⁹. Sus proponentes señalan que este test permite proteger el interés de los consumidores con un enfoque analítico, estructurado y flexible que puede usarse para analizar un amplio espectro de comportamientos exclusorios⁷⁷⁰, entendiéndose que éstos “viola[n] las leyes antimonopolios si reduce[n] la competencia sin crear una mejora suficiente en el desempeño que compense totalmente estos potenciales efectos adversos sobre los precios y así evite el daño al consumidor”⁷⁷¹.

A diferencia de los tests antes mencionados, bajo la estándar del bienestar de los consumidores no hay un conjunto de requisitos que deba cumplir un acto para estimarlo anticompetitivo: quien examina la conducta se ve obligado a comparar los aspectos dañinos y favorables de la conducta presuntamente exclusoria para así determinar su impacto general en los consumidores⁷⁷². Entonces, el primer paso sería determinar los posibles efectos de la conducta sujeta a escrutinio, identificando tanto los anticompetitivos como los procompetitivos. Dentro de los primeros están, principalmente, una exclusión anticompetitiva que causa mayores precios o una reducción de producción, opciones e innovación⁷⁷³, pudiendo también considerarse la facilitación de una colusión o la disminución de la variedad de productos ofrecidos en cada punto de venta. Entre los segundos encontramos las reducciones de costos o de precios de compra que se traducen en menores precios de reventa para el cliente final y el incremento de inversiones específicas y servicios que debiesen mejorar la experiencia general de compra del consumidor.

⁷⁶⁷ Salop (2006), *passim*. Este autor indica nombres alternativos para este test como de los “Efectos Competitivos”, del “Daño Competitivo” o del “Daño al Consumidor”. *Ibíd.* P. 331.

⁷⁶⁸ *Ibíd.* Pp. 365-6; y Jacobson y Sher (2006), p. 799. En cierto sentido, la relación entre la regla de la razón y el estándar del bienestar del consumidor es contingente: perfectamente podría emplearse la primera con el propósito de maximizar bienestar social o total. Sin embargo, el vínculo pasa a ser necesario cuando se asume —como aquí se ha hecho— que el objetivo último del Derecho de la Libre Competencia es resguardar y potenciar el bienestar del consumidor (*supra* nota 205).

⁷⁶⁹ Grim (2008), p. 2.

⁷⁷⁰ *Ibíd.* Pp. 16-7.

⁷⁷¹ Salop (2006), p. 330.

⁷⁷² *Ibíd.* Pp. 331-2.

⁷⁷³ Jacobson (2002), pp. 365-7.

Luego, el segundo paso sería realizar una comparación entre los beneficios y perjuicios causados a los consumidores, el que podría realizarse de dos maneras. Primero, algunos sostienen que el balance debe realizarse desde una perspectiva *ex ante*, debiendo el adjudicador “evaluar la probabilidad y magnitud de los beneficios o perjuicios para el consumidor esperados en base a la información razonablemente disponible en el momento en que se llevó a cabo la conducta”⁷⁷⁴, condenándose la conducta solo si la probabilidad y magnitud de los segundos sobrepasan a la probabilidad y magnitud de los primeros⁷⁷⁵. Otros consideran que la comparación debe realizarse en forma objetiva y retrospectiva, evaluando el efecto neto (real o esperable) en la producción o en los precios en el mercado afectado, siendo anticompetitivas los Acuerdos de Exclusividad si tras considerarse sus beneficios, por ejemplo, es probable que se reduzca la producción⁷⁷⁶. Sin importar la perspectiva que se adopte, sopesar los daños y beneficios será particularmente complejo en los casos en que los Acuerdos de Exclusividad crean poder de mercado y al mismo tiempo permiten superar fallas de mercado que estimulan mayores inversiones, pues en este escenario ambas consecuencias son difícilmente comparables y, además, los precios probablemente no disminuirán, lo que no obsta a que algunos consumidores puedan beneficiarse por el aumento en la provisión de servicios o por la mejora del producto⁷⁷⁷.

Esta última situación hace evidente la razón que sustenta la principal crítica al estándar del bienestar del consumidor, ésta es: la extrema dificultad de comparar, en los hechos, los diferentes efectos de una conducta exclusoria. Lo anterior se debe a que determinar todos los efectos de una conducta en el bienestar es una tarea que incluso los economistas pueden ser incapaces de afrontar⁷⁷⁸. Aun tras haber identificado todos estos efectos, cuantificarlos sería una labor que en muchas ocasiones no podrá hacerse con suficiente precisión⁷⁷⁹ y tanto esta tarea como la posterior comparación entre los daños y beneficios podrían superar las

⁷⁷⁴ Salop (2006), p. 341.

⁷⁷⁵ *Ibid.* P. 342.

⁷⁷⁶ Jacobson (2002), pp. 368-9.

⁷⁷⁷ Meese (2005), pp. 435-7. En estos casos el análisis debiese enfocarse en el precio ajustado por la calidad, que permite comparar el aumento de precio con el incremento en el valor del producto. Salop (2006), pp. 338-9 y 361. Sin embargo, incluso con esa corrección subsiste el problema de que el excedente de los consumidores no interesados en los servicios adicionales o en la mejora del producto no aumentaría y hasta podría disminuir.

⁷⁷⁸ Werden 2006, p. 431.

⁷⁷⁹ Grim (2008), p. 20 y OECD (2006), p. 31.

capacidades de los tribunales y de las agencias antimonopolios⁷⁸⁰. Además, incluso si la teoría económica y jurídica permitiese a los economistas y a los adjudicadores realizar este cotejo, el mismo proceso evaluativo puede ser incomprensible e impracticable para los agentes económicos que deben decidir cómo actuar en base a los lineamientos de los organismos especializados⁷⁸¹. Debido a todo lo anterior, “[l]os críticos [...] han sostenido que la regla de la razón es demasiado difícil de administrar, que las empresas no pueden usarla para planificar su conducta y que la incertidumbre resultante hace a las empresas reacias a emprender conductas que serían procompetitivas y beneficiosas para los consumidores”⁷⁸².

Reconociendo que los tribunales no podrían cuantificar las eficiencias y las pérdidas competitivas ni confrontarlas en forma confiable⁷⁸³, Areeda y Hovenkamp proponen el test de la “Desproporcionalidad” (“*Disproportionality*”)⁷⁸⁴ para evaluar, dentro del marco de la regla de la razón que rige a los Acuerdos de Exclusividad⁷⁸⁵, a ésta y otras prácticas exclusorias. Este test es similar al estándar del bienestar del consumidor, y sus resultados se alejarán de los de este último dependiendo de si se entiende el concepto *desproporcionado* como una forma de resolver los casos cerrados en favor del demandado o como una forma de exigir que el demandante pruebe efectos anticompetitivos que sean sustancialmente superiores a las eficiencias de la práctica cuestionada⁷⁸⁶. Aunque algunos señalan que Areeda y Hovenkamp se inclinarían por la primera interpretación⁷⁸⁷, al menos para los Acuerdos de Exclusividad Hovenkamp parece sugerir una aproximación basada en la segunda acepción, en virtud de la cual: si la entrada en el mercado aguas abajo es fácil o si la cobertura de los Acuerdos de Exclusividad es menos del 30% no es necesario indagar en posibles defensas, pues no puede ocurrir una exclusión anticompetitiva; si existen barreras relevantes a la

⁷⁸⁰ Melamed (2006), p. 381.

⁷⁸¹ OECD (2006), p. 31.

⁷⁸² Grim (2008), p. 17; citas omitidas.

⁷⁸³ Hovenkamp (2005a), pp. 161 y 193-4.

⁷⁸⁴ Este test se basa en la definición de las conductas exclusorias como “actos que: (1) son razonablemente capaces de crear, aumentar o prolongar el poder monopólico perjudicando las oportunidades de los rivales; y (2) que o (2a) no benefician en nada a los consumidores, o (2b) son innecesarios para el beneficio particular para los consumidores que el acto produce, o (2c) producen daños *desproporcionados* para los beneficios resultantes”. Areeda y Hovenkamp (2008a), p. 96; cursiva propia.

⁷⁸⁵ Hovenkamp (2005a), pp. 162-7.

⁷⁸⁶ Grim (2008), pp. 19-20.

⁷⁸⁷ *Ibíd.* P. 19. Otros interpretan este test, sin atribuirle su autoría a Hovenkamp ni a Areeda, de la segunda forma. Tapia (2014), p. 97.

entrada y el cierre de mercado está en el rango del 30-60%, los Acuerdos son presuntamente ilegales a menos que estén justificados por una defensa significativa, situación en la cual ésta constituiría una defensa absoluta; si existen barreras relevantes a la entrada y el mercado clausurado por esta práctica excede el 60%, la defensa puede prevalecer si prueba una eficiencia verdaderamente significativa, la que puede rebatirse con evidencia de que resultados similares pueden alcanzarse por actos con consecuencias anticompetitivas menos significativas⁷⁸⁸. Si bien puede representar un avance, este test otorgaría gran discrecionalidad a quien lo utilice ya que no establece el sentido y alcance del concepto “significativo” y, por otro lado, parece basarse en la aquí considerada errónea premisa de que la capacidad exclusoria de los Acuerdos de Exclusividad depende solo de su cobertura y de las barreras a la entrada presentes en el mercado⁷⁸⁹.

La regla de la razón orientada a proteger el bienestar del consumidor es el único test de los aquí contemplados que ha sido aplicada en las tres jurisdicciones consideradas en este trabajo. *Tampa Electric* fue el primer caso en que se aplicó, al sentenciarse que los Acuerdos de Exclusividad de Tampa Electric Company no contravinieron la *Clayton* ni la *Sherman Act*, por no haberse demostrado ningún efecto anticompetitivo y haberse reconocido que éstos podían generar eficiencias⁷⁹⁰. Todos los casos posteriores de Estados Unidos siguieron la senda de la regla de la razón: en *Beltone* la FTC concluyó que los Acuerdos de Exclusividad de la empresa no restringieron irracionalmente la competencia, pues no se probó una reducción de la competencia inter-marca, pero sí la creación de eficiencias⁷⁹¹. En *Gilbarco* se declaró, sin acreditarse efectos positivos ni negativos, que los Acuerdos de la demandada no infringieron la sección 3 de la *Clayton Act*⁷⁹². En *Microsoft*, *Dentsply* y *McWane* se condenó a las empresas por monopolización tras haberse demostrado que excluyeron anticompetitivamente a sus rivales a través de sus Acuerdos de Exclusividad, sin tener una

⁷⁸⁸ Hovenkamp (2005a), pp. 194-5.

⁷⁸⁹ *Supra* capítulo III punto 3.

⁷⁹⁰ *Tampa Electric* (1961), pp. 333-5. Si bien el fallo no menciona expresamente a la regla de la razón, los tribunales inferiores lo interpretaron como si lo hiciera y, consecuentemente, comenzaron a aplicar ese test a los Acuerdos de Exclusividad. Hovenkamp (2005a), pp. 59 y 165.

⁷⁹¹ *Beltone* (1982) FTC, pp. 197, 204-5 y 217-8.

⁷⁹² *Gilbarco* (1997) Noveno Circuito, pp. 1162

justificación procompetitiva⁷⁹³. En la Unión Europea, los Acuerdos de Exclusividad objeto de discusión en *Delimitis* fueron considerados restricciones de la competencia por sus efectos y, por lo tanto, para determinar su competitividad se afirmó que debe analizarse el efecto de exclusión acumulativo que este tipo de prácticas producen en el mercado y las ventajas que pueden generar⁷⁹⁴. Esa misma postura fue reiterada en *Langnese y Van den Bergh Foods*. En el primero, se sancionó a Langnese-Iglo GmbH porque sus Acuerdos afectaron sensiblemente la competencia, sin producir ventajas objetivas que compensasen ese daño⁷⁹⁵. En el segundo, se resolvió que los Acuerdos de Exclusividad de Van den Bergh Foods Ltd, empresa dominante en el mercado de helados individuales de consumo impulsivo⁷⁹⁶, contravinieron los artículos 101 y 102 del TFEU, puesto que, tras examinar los demás acuerdos similares y el contexto económico y jurídico del mercado, se concluyó que obstaculizaron el ingreso y expansión de rivales y no generaron beneficios⁷⁹⁷. La última jurisdicción en adoptar este test para los Acuerdos de Exclusividad fue Chile: en la conciliación de *Detergentes* la FNE no incluyó una declaración como las contenidas en las conciliaciones de *Cervezas* o *Bebidas* y, más importantemente, el TDLC aseveró que estas prácticas, como restricciones verticales que son, deben analizarse conforme a la regla de la razón⁷⁹⁸.

⁷⁹³ Microsoft (2000) Circuito D.C., pp. 59, 71-4 y 77-8; Dentsply (2005) Tercer Circuito, pp. 191-7; y McWane (2015) Onceavo Circuito, pp. 833-42.

⁷⁹⁴ *Delimitis* (1991) Tribunal de Justicia, pars. 11-5 y 27.

⁷⁹⁵ *Langnese* (1995) Tribunal General, pars. 111-3, 180-1 y 187.

⁷⁹⁶ *Van den Bergh Foods* (2003) Tribunal General, pars. 90-1 y 154-6.

⁷⁹⁷ *Ibíd.* Pars. 108-19, 142 y 159-60. De los últimos dos párrafos algunos desprenden que el Tribunal sugirió que un extenso análisis de los efectos exclusorios de esta práctica es innecesario si el proveedor es dominante (Ibáñez, (2016), p. 20), mientras que otros opinan que el TG aplicó la regla de la razón, incluyendo en la evaluación de este comportamiento un examen de sus efectos reales y probables, y su impacto en los consumidores (O'Donoghue y Padilla (2006), pp. 359-60).

⁷⁹⁸ *Ibíd.* C. 4-6. El planteamiento del Tribunal está en línea con la jurisprudencia previamente asentada en el caso *Infanti*, en cuya sentencia el TDLC afirmó que el análisis de la distribución exclusiva mutó desde uno formal a uno centrado en los efectos actuales o potenciales que el acuerdo produce en los mercados. Sentencia N°126 (2012) TDLC, c. 78.

CONCLUSIONES

Las relaciones exclusivas son un fenómeno común en las economías modernas, particularmente en los vínculos que se forman entre vendedores-proveedores y compradores-distribuidores con el objetivo de que los productos lleguen a los usuarios finales. En principio, las exclusividades voluntariamente pactadas son plenamente legítimas, sin embargo, el Derecho de la Libre Competencia puede verse forzado a intervenir debido a que este tipo de nexos conlleva inherentemente ciertos riesgos para la competencia intra-marca e inter-marca. Dependiendo del tipo de peligro asociado se puede distinguir entre exclusividades que limitan al vendedor —que afectan la competencia intra-marcaria—, tales como distribución exclusiva, asignación de cliente exclusivo y suministro exclusivo; y exclusividades que limitan al comprador —que afectan la competencia inter-marcaria—, éstas son: los Acuerdos de Exclusividad.

La exposición se basó en una acepción restringida del concepto Acuerdos de Exclusividad, que comprende solamente a aquellos hechos o actos que restringen la libertad de un comprador para adquirir, o de un distribuidor para comercializar, bienes o servicios de rivales del vendedor. En base a ese concepto, se identificaron múltiples formas en que los agentes económicos pueden lograr Acuerdos de Exclusividad, utilizándose tres clasificaciones bipartitas para reconocer y categorizar todas (o la mayoría) de sus manifestaciones: Impuestos-Convenidos, Totales-Parciales y *De Iure-De Facto*.

Entre una Exclusividad Impuesta y una Convenida existe una diferencia fundamental pero no siempre evidente que las separa: la cantidad de voluntades que deben concurrir para su realización. Una Exclusividad Impuesta sería un comportamiento unilateral y, en cambio, una Convenida sería bilateral (o multilateral), característica de la que dependen los sujetos responsables de la infracción.

Por su parte, la distinción entre Acuerdos Totales y Parciales se basa en la magnitud de la limitación de la libertad del cliente: si éste está absolutamente impedido de comprar o comercializar productos de rivales del vendedor será una Exclusividad Total; en cambio, si éste ve restringida su posibilidad de adquirir o comercializar productos de la competencia, pero mantiene un ámbito de libertad que le permite vincularse con otros proveedores, será

una Exclusividad Parcial. Cualquiera de estas variantes tiene la capacidad de ocasionar una exclusión anticompetitiva, pues lo relevante no es la independencia de los compradores, sino la afectación general del mercado en que inciden los Acuerdos de Exclusividad. Desde la perspectiva del paradigma RRC en su versión de bloqueo de insumos, la interrogante siempre será si la conducta aumenta significativamente los costos de los competidores y permite a la empresa excluyente ganar poder sobre el precio. Desde la óptica de la teoría del Clausura de Mercado, y de la versión de bloqueo de clientes del paradigma RRC, lo central es establecer si los Acuerdos de Exclusividad dificultan o impiden a los rivales del vendedor exclusivo acceder a una parte significativa del mercado y si ello causa una reducción de la competencia aguas arriba. Entonces, ninguna postura niega que un Acuerdo de Exclusividad Parcial pueda excluir rivales anticompetitivamente, es más, la teoría del Clausura de Mercado destaca que lo principal es la posibilidad de que competidores ingresen o perduren en el mercado, por lo que sería relativamente equivalente que una empresa con un monopolio pacte Exclusividades Parciales por el 70% de las compras de todos sus clientes y que una empresa con una cuota de mercado de 70% convenga Exclusividades Totales con todos sus clientes.

Aun así, ambos planteamientos reconocen que la cobertura de las relaciones exclusivas es solo un elemento en la evaluación de la (eventual) exclusión anticompetitiva, que debe ser considerado junto con otros factores. Entre esos elementos hay algunos que deben concurrir para que la exclusión anticompetitiva pueda verificarse, como la concentración del mercado aguas arriba, la cobertura sustancial de los Acuerdos de Exclusividad y la existencia de barreras a la entrada en el mercado aguas abajo o la ausencia de mecanismos alternativos de distribución. Otros influyen la probabilidad y magnitud de este daño anticompetitivo, como el nivel de la relación comercial, la duración y terminabilidad de los Acuerdos, las consecuencias del término⁷⁹⁹, el porcentaje de mercado cerrado y el poder de mercado del vendedor exclusivo. Finalmente, un factor altera, en favor de la competitividad de la práctica, la forma en que debiesen ser interpretadas las circunstancias y pruebas de cada caso, a

⁷⁹⁹ Nótese que la (larga) duración, la (fácil) terminabilidad y las consecuencias (gravosas) del término también operan como requisitos disyuntivos para que un Acuerdo de Exclusividad pueda excluir anticompetitivamente. En este sentido, la cuestión fundamental para que pueda existir una exclusión anticompetitiva es que alguna de estas circunstancias cause que sea imposible o extremadamente difícil que el comprador exclusivo cambie de proveedor o que los rivales del este último compitan por sus necesidades.

saber: si el Acuerdo de Exclusividad fue instigada por el cliente, especialmente si es un usuario final.

Lo recién señalado no implica asimilar completamente los Acuerdos de Exclusividad Parciales a los Totales, ya que entre esas manifestaciones existen marcadas diferencias. Primero, una Exclusividad Parcial no es apta, en el contexto del paradigma RRC, como forma de crear un “cuello de botella”. Asimismo, aunque estos Acuerdos pueden generar eficiencias, como disminuir los costos o aumentar la dedicación y lealtad de los distribuidores, son poco adecuados para solucionar dos de los grandes problemas que se originan en la cadena de distribución de bienes y servicios: el del parasitismo y el de la cautividad. Por último, las Exclusividades Parciales parecen ser incapaces de perjudicar las elecciones de los consumidores y de relajar la competencia y propiciar una colusión aguas arriba. Estas dos son formas de vulnerar la Libre Competencia que podrían fácilmente verificarse en mercados desconcentrados en que muchos proveedores sin (necesariamente tener) poder de mercado pacten Exclusividades Totales con sus distribuidores. En ese contexto de mercado, también podría entorpecerse la competencia a través de una exclusión anticompetitiva, ya no por el comportamiento de una empresa en particular, sino por el efecto acumulativo de los Acuerdos de Exclusividad empleados en forma paralela por un gran número de vendedores.

Lo anterior pone de manifiesto que los Acuerdos de Exclusividad empleados por empresas no dominantes también pueden causar un detrimento a la Libre Competencia. Al conjugarlo con la primera clasificación mencionada, permite afirmar que una Exclusividad Impuesta es una conducta unilateral perseguible, en la medida en que sea ejecutada por una empresa con poder sustancial de mercado, bajo la figura del abuso de posición dominante y que una Exclusividad Convenida es un comportamiento bilateral cuestionable como una restricción vertical y también como una práctica abusiva. De esas tres combinaciones se colige que puede surgir un vacío de punibilidad respecto de los Acuerdos Impuestos por una empresa sin poder sustancial de mercado —o que no pueden obtener dicho poder—, debido a que los estatutos de algunas jurisdicciones, tales como Estados Unidos y la Unión Europea, no consagran un ilícito anticompetitivo genérico. Por lo tanto, en esas jurisdicciones, las

acciones unilaterales de agentes no dominantes —o que no pueden alcanzar la dominancia— que menoscaban la Libre Competencia quedan fuera del ámbito de sus respectivas normativas. Este ámbito de impunidad no existiría en Chile, en tanto el DL 211 prohíbe en forma general, y sin importar la posición de mercado del sujeto, todo *hecho*, acto o convención que entorpezca la Libre Competencia y, por ende, proscribire las restricciones verticales incluso cuando son actos unilaterales, es decir, pese a no estar plasmadas en acuerdos verticales.

Por otro lado, esas alternativas no solo dan opciones a las agencias antimonopolios o a los particulares para construir un caso, sino que también pueden influenciar la forma en que un adjudicador debe resolver los litigios. En la Unión Europea, al menos hasta antes de la sentencia del TJ en *Intel*, los Acuerdos de Exclusividad evaluados conforme al artículo 102 del TFEU eran considerados un abuso *por su naturaleza* y se les aplicaba la denominada regla *quasi per se*, es decir, se les estimaba anticompetitivos por su forma, sin necesidad de indagar en el contexto de mercado ni de demostrar su capacidad de restringir la competencia. Por el contrario, los Acuerdos de Exclusividad evaluados conforme al artículo 101 del TFEU son considerados restricciones *por sus efectos*, es decir, están prohibidos solo si se prueba que provocaron daños a la competencia que superen sus consecuencias procompetitivas. Esa dicotomía en el trato de los Acuerdos de Exclusividad no se observa en ninguna otra de las jurisdicciones investigadas: en Estados Unidos estos Acuerdos son analizados conforme a la regla de la razón sin importar el precepto invocado, no obstante lo cual, el estándar sería aplicado más rigurosamente si se tratase de un monopolista; y en Chile solamente se han cuestionado los Acuerdos de Exclusividad como abusos de posición dominante, que desde *Detergentes* están indudablemente sujetos a la regla de la razón.

Finalmente, la tercera clasificación distingue entre Acuerdos de Exclusividad *De Iure* — contienen una obligación expresa de exclusividad— y *De Facto* —por su forma de aplicación práctica convierten a la relación en total o parcialmente exclusiva—, dando cuenta del similar potencial exclusorio que tienen actos tan diferentes como las prohibiciones explícitas de adquisición de bienes de rivales del vendedor, las políticas de todo o nada y, cuando desembocan en que todos o la mayoría de los productos adquiridos o comercializados sean

del proveedor exclusivo, los descuentos condicionales, los pagos por espacio en góndola y otras prácticas innominadas. La mayor diferencia entre ambos tipos de manifestaciones es la probabilidad de que causen una explotación anticompetitiva. Si se hiciese una escala de esta probabilidad —principalmente determinada por las consecuencias del cambio de proveedor— lo correcto sería colocar en la parte inferior a (la mayoría de) las Exclusividades *De Facto*, porque su finalización solo implica, generalmente, la pérdida de una prestación o un incentivo pecuniario. En la parte superior se ubicarían las Exclusividades *De Iure* y las políticas de todo o nada, pues normalmente su conclusión impide al comprador seguir adquiriendo los productos del proveedor exclusivo. Por esa misma razón, los Acuerdos *De Facto* son menos apropiados que los *De Iure* para prevenir y eliminar los problemas del parasitismo y de la cautividad, ya que no imposibilitan que un distribuidor se aproveche de las inversiones del proveedor para desviar clientes hacia productos de sus rivales ni evitan que un comprador actúe oportunistamente amenazando con terminar la relación comercial si no se modifican sus condiciones. En cambio, los Acuerdos *De Facto* (y los Parciales) —como los descuentos condicionales o los pagos por espacio en góndola— serían particularmente útiles para fomentar la competencia por la distribución, en tanto darían flexibilidad al distribuidor para estructurar la subasta por la exclusividad de manera de igualar la posición de los proveedores, forzándolos a ofrecer mejores condiciones a cambio de las ventas incrementales.

Aparte de lo ya explicado, hay que mencionar que la jurisprudencia nacional, pese a la corta trayectoria de la institucionalidad vigente, está en línea con la opinión predominante de la jurisprudencia y doctrina comparada sobre esta práctica. Los fallos del TDLC y la opinión de la FNE tuvieron un notorio cambio entre *Cigarrillos I* y *Cervezas*, respectivamente, y *Detergentes*. Ese cambio evidencia que actualmente nuestros organismos antimonopolios reconocen que los Acuerdos de Exclusividad pueden causar efectos anticompetitivos, pero que en muchas ocasiones la razón de su uso será la obtención de eficiencias que pueden beneficiar a los involucrados y a los consumidores. Por ello, la forma óptima de evaluar la (anti)competitividad de los Acuerdos de Exclusividad es examinarlos a través de la regla de la razón. Además de incorporar en ese análisis ciertos factores que en el Derecho Comparado

se estiman relevantes —como la duración y terminabilidad de los acuerdos, la presencia de barreras a la entrada en el mercado de distribución, el nivel de la relación y quién instigó el Acuerdo de Exclusividad—, la única cuestión que el Derecho de la Libre Competencia nacional debiese considerar —pese a aceptarse que la persecución de esta conducta no es, y probablemente no deba ser, una prioridad en nuestro país—, es que no puede descartarse la posibilidad de que los Acuerdos de Exclusividad empleados por empresas no dominantes entorpezcan la Libre Competencia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos

- Abott, Alden, y Joshua Wright. «Antitrust Analysis of Tying arrangements and Exclusive Dealing.» En *Antitrust Law and Economics*, editado por Keith Hylton, 183-212. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- Aghion, Philippe, y Patrick Bolton. «Contracts as Barriers to Entry.» *The American Economic Review* 77, nº 3 (Junio 1987): 388-401.
- Agostini, Claudio. «Hacia una Política de Evaluación de Fusiones Horizontales.» *Estudios Públicos*, nº 107 (Invierno 2007): 99-128.
- Agüero, Francisco. «Nuevos Elementos para el Debate sobre el Bien Jurídico Libre Competencia.» *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nº 19 (Noviembre 2004): 124-133.
- Areeda, Phillip, y Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*. Tercera. Vol. 3. 14 vols. Nueva York: Wolters Kluwer Law and Business, 2008a.
- . *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*. Tercera. Vol. 3B. 14 vols. Nueva York: Wolters Kluwer Law and Business, 2008b.
- Australian Competition & Consumer Commission. *Anti-Competitive Behaviour*. s.f. <https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Baker, Jonathan. «Exclusion as a Core Competition Concern.» *Antitrust Law Journal* 78, nº 3 (2013): 527-89.
- Barroso, Carmen, y Araceli Picón. «La Importancia de los Costes de Cambio en el Comportamiento del Cliente.» *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa* 10, nº 3 (2004): 209-232.
- Bork, Robert. *The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself*. Segunda. Nueva York: Basic Books, 1993.
- Broder, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement, A Practice Introduction*. Nueva York: Oxford University Press, 2010.
- Brooks, Richard. «The Hold-Up Game.» En *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, editado por Claude Ménard y Elodie Bertrand, 131-47. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.

- Bueso, Pedro José. «Contratos de Distribución Comercial, Restricciones Verticales de la Competencia y Regla de la Razón: Delimitación Conceptual y tratamiento en el Derecho Comunitario Europea.» Tesis de Doctorado. Departamento de Derecho de la Empresa, Universidad de Zaragoza, 1999.
- Bustos, Daniela, y Gonzalo Vergara. «Los Contratos de Exclusividad en la Jurisprudencia Nacional sobre Libre Competencia.» Tesis de Magíster. Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile, 2012.
- Calkins, Stephen. «Wrong Turns in Exclusive Dealing Law.» En *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, editado por Robert Pitofsky, 156-78. Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- Coase, Ronald. «The Acquisition of Fisher Body By General Motors.» *The Journal of Law and Economics* 43, nº 1 (Abril 2000): 15-32.
- Comisión Europea. «Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.» 24 de Febrero de 2009. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009XC0224(01)) (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses.» Diciembre de 2005. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «Directrices Relativas a las Restricciones Verticales.» 19 de Mayo de 2010a. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ%3AC%3A2010%3A130%3ATOC> (último acceso: 05 de enero de 2018: 30 de Julio de 2017).
- . «Reglamento (UE) N° 330/2010 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.» 20 de Abril de 2010b. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32010R0330> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «Response to ICN Exclusive Dealing/Single Branding Questionnaire.» s.f. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/unilateral/questionnaires-responses/predatory-pricing.aspx> (último acceso: 05 de enero de 2018).

- Concurrences, Antitrust Publications and Events. *Glossary of Competition Terms*. s.f. <http://www.concurrences.com/en/droit-de-la-concurrence/glossary-of-competition-terms/Absolute-territorial-protection?lang=en> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Crane, Daniel. «Dan Crane on Commissioner Wright's Rejection of a Price-Cost Test for Loyalty Discounts.» *Truth on the Market (blog)*. 06 de Junio de 2013. <https://truthonthemarket.com/2013/06/06/dan-crane-on-commissioner-wrights-rejection-of-a-price-cost-test-for-loyalty-discounts/> (último acceso: 05 de enero de 2018: 28 de Mayo de 2017).
- . «Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication.» *Washington & Lee Law Review* 64 (2007): 49-110.
- Crane, Daniel, y Graciela Miralles. «Toward a Unified Theory of Exclusionary Vertical Restraints.» *Southern California Law Review* 81, nº 3 (2011): 605-60.
- Crane, Daniel, y Joshua Wright. «Can Bundled Discounting Increase Consumer Prices Without Excluding Rivals?» *Competition Policy International* 5, nº 2 (Otoño 2009): 9-20.
- Creighton, Susan, Bruce Hoffman, Thomas Krattenmaker, y Ernest Nagato. «Cheap Exclusion.» *Antitrust Law Journal* 72, nº 3 (2005): 975-95.
- Davidson, Richard. «De Facto Exclusive Dealing, Foreclosure, and Market Share Discounts.» Tesis de Magíster. Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, 2014.
- Denoza, Francesco. «Raising Consumers' Costs as an Antitrust Problem: A Sketch of the Argument from Kodak to Microsoft (the European Proceedings).» En *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, editado por Antonio Cucinotta, Roberto Pardolesi y Roger Van den Bergh, 197-212. Cheltenham: Edward Elgar, 2002.
- Director, Aaron, y Edward Levi. «Law and the Future: Trade Regulation.» *Northwestern University Law Review* 51 (1956): 281-96.
- DOJ y FTC. «Response to ICN Exclusive Dealing/Single Branding Questionnaire.» s.f. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/questionnaires/uc%20pp/us%20response%20exclusive%20dealing.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Economides, Nicholas. «Tying, Bundling, and Loyalty/Requirement.» En *Research Handbook of the Economics of Antitrust Law*, editado por Einer Elhauge, 121-43. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.
- Edlin, Aaron. «Stopping Above-Cost Predatory Pricing.» *The Yale Law Journal* 111 (2001): 941-991.

- Eilat, Assaf, David Gilo, y Guy Sagi. «Loyalty Discounts, Exclusive Dealing and Bundling: Rule of Reason, Quasi-Per Se, Price-Cost-Test, or Something in Between?» *Journal of Antitrust Enforcement*, 2016: 1-36.
- Elhaage, Einer. «Defining Better Monopolization Standards.» *Stanford Law Review* 56 (Noviembre 2003): 253-344.
- . «How Loyalty Discounts can Perversely Discourage Discounting.» *Journal of Competition Law and Economics* 5, nº 2 (2009a): 189-231.
- . «Rehabilitating Jefferson Parish: Why Ties Without Substantial Foreclosure Share Should not be Per Se Legal.» *Antitrust Law Journal* 80, nº 3 (2016): 463-520.
- . «The Failed Resurrection of the Single Monopoly Profit Theory.» *Competition Policy International* 6, nº 1 (Primavera 2010): 155-209.
- . «Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory.» *Harvard Law Review* 123, nº 2 (Diciembre 2009b): 397-481.
- Elzinga, Ken, y otros. «Brief for Eighteen Scholars as Amici Curiae in Support of Petitioner.» *Eaton Corp. v. ZF Meritor, LLC, No. 12-1045 (U.S. Mar. 28, 2013)*. 28 de Marzo de 2013.
- «Evaluating the Competitive Effects of Exclusive Dealing Agreements.» *The Antitrust Source*, 2005: 1-17.
- Faveri, Cristina de. «The Assessment of Selective Distribution Systems.» *Global Antitrust Review*, nº 7 (2014): 163-197.
- Flores, Daniel. «Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution: Comment.» Enero de 2010 (manuscrito no publicado). <http://ssrn.com/abstract=1542695> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- FNE. «Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración.» Octubre de 2012. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «Guía para el Análisis de Restricciones Verticales.» Junio de 2014. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- FTC. *Guide to Antitrust Law*. s.f. <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws> (último acceso: 05 de enero de 2018: 03 de Julio de 2017).
- Foros, Øystein, Hans Jarle Kind, y Jan Yngve Sand. «Slotting Allowances and Manufacturers' Retail Sales Effort.» *Southern Economic Journal* 76, nº 1 (Julio 2009): 266-282.

- Gajin, Dragam. «Antitrust Aspects of Exclusive Distribution Agreements.» Tesis de Doctorado. Departamento de Estudios Legales, Universidad Centro Europea, 2011.
- Gates, Sean. «Antitrust by Analogy: Developing Rules for Loyalty Rebates and Bundled Discounts.» *Antitrust Law Journal* 79, nº 1 (2013): 99-137.
- Geradin, Damien. «Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche.» *George Mason University Law and Economics Research Paper Series* 15-15. 2015. <http://ssrn.com/abstract=2586584> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Geradin, Damien, Paul Hofer, Frédéric Louis, Nicolas Petit, y Mike Walker. «The Concept of Dominance.» Julio de 2005. <https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- German Bundeskartellamt. «Response to ICN Exclusive Dealing/Single Branding Questionnaire.» 2009. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/questionnaires/uc%20pp/germany%20response.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Grim, Karen. «General Standards for Exclusionary Conducts.» 3 de Noviembre de 2008. https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/section-2-sherman-act-hearings-single-firm-conduct-related-competition/section2generalstandards.pdf (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Gumucio, Juan Cristóbal. «Interrelación Propiedad Intelectual, Competencia Desleal, Protección al Consumidor y Libre Competencia.» En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, de Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 73-141. Santiago: Thomson Reuters, 2011.
- Hay, George. «Horizontal Agreements Concept and Proof.» *The Antitrust Bulletin* 51, nº 4 (Invierno 2006): 877-914.
- Hovenkamp, Herbert. *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Segunda. Vol. 11. 14 vols. New York: Wolters Kluwer Law and Business, 2005a.
- . «Discounts and Exclusion.» *University of Iowa Legal Studies Research Paper No.05-18*. Agosto de 2005b. <https://ssrn.com/abstract=785966> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «Exclusion and the Sherman Act.» *The University of Chicago Law Review* 72, nº 1 (2005c): 147-64.
- . «Quasi Exclusive Dealing.» Septiembre de 2011. <http://ssrn.com/abstract=1793126> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Primera. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

- . «The Obama Administration and the Section 2 of the Sherman Act.» *Boston University Law Review* 90, nº 4 (2010): 1611-65.
- Ibáñez, Pablo. «Beyond the 'More Economics-Based Approach': A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law.» *LSE Legal Studies Working Paper No. 09/2016*. Marzo de 2016. <https://ssrn.com/abstract=2755656> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «Intel and the Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy.» *LSE Law, Society and Economy Working Papers 29/2014*. Noviembre de 2014. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2530878 (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Innes, Robert, y Richard Sexton. «Strategic Buyers and Exclusionary Contracts.» *The American Economic Review* 84, nº 3 (Junio 1994): 566-84.
- International Competition Network. «Report on Single Branding/Exclusive Dealing.» Abril de 2008. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc355.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018: 31 de Julio de 2017).
- . «Unilateral Conduct Workbook, Chapter 5: Exclusive Dealing.» Abril de 2013. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc906.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018: 02 de Mayo de 2017).
- Jacobson, Jonathan. «A Note on Loyalty Discounts.» *The Antitrust Source*, Junio 2010: 1-10.
- . «Exclusive Dealing, "Foreclosure" and Consumer Harm.» *Antitrust Law Journal* 70, nº 2 (2002): 311-369.
- Jacobson, Jonathan, y Scott Sher. «"No Economic Sense" Makes no Sense for Exclusive Dealing.» *Antitrust Law Journal* 73, nº 3 (2006): 779-801.
- Klein, Benjamin. «Asset Specificity and Hold-Up.» 2009. <https://organizationsandmarkets.files.wordpress.com/2009/09/klein-b-asset-specificity-and-holdups.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018: 26 de Junio de 2017).
- . «Bundled Discounts as Competition for Distribution.» *GCP The Online Magazine for Global Competition Policy* 6, nº 1 (Junio 2008): 1-9.
- . «Exclusive Dealing as Competition for Distribution "On the Merits".» *George Mason Law Review* 12, nº 1 (Otoño 2003): 119-162.
- . «Fisher-General Motors and the Nature of the Firm.» *The Journal of Law and Economics* 43, nº 1 (Abril 2000): 105-41.

- . «The Economic Lessons of Fisher Body-General Motors.» *International Journal of the Economics of Business* 14, nº 1 (Febrero 2007): 1-36.
- . *The Hold-Up Problem*. Vol. II, de *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, editado por Peter Newman, 241-4. Macmillan Reference Limited, 1998.
- . «Why Hold-Ups do Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships.» *Economic Inquiry* 34 (Julio 1996): 444-63.
- Klein, Benjamin, Robert Crawford, y Armen Alchian. «Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process.» *Journal of Law and Economics* 21, nº 2 (Octubre 1978): 297-326.
- Klein, Benjamin, y Andres Lerner. «Price-Cost Tests in Antitrust Analysis of Single Product Loyalty Contracts.» *Antitrust Law Journal* 80, nº 3 (2016): 631-679.
- . «The Expanded Economics of Free-Riding: How Exclusive Dealing Prevents Free-Riding and Creates Undivided Loyalty.» *Antitrust Law Journal* 74, nº 2 (2007): 473-519.
- Klein, Benjamin, y Joshua Wright. «The Economics of Slotting Contracts.» *The Journal of Law & Economics* 50, nº 3 (Agosto 2007): 421-54.
- Klein, Benjamin, y Kevin Murphy. «Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution.» *Antitrust Law Journal* 75, nº 2 (2008): 433-66.
- . «Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms.» *The Journal of Law and Economics* 31, nº 2 (Octubre 1988): 265-97.
- . «How Exclusivity is Used to Intensify Competition for Distribution-Reply to Zenger.» *Antitrust Law Journal* 77, nº 2 (2011): 691-9.
- Klein, Peter. «Does Transaction Cost Economics Need Opportunism?» *Organization and Markets*. 6 de Octubre de 2006. <https://organizationsandmarkets.com/2006/10/06/does-transaction-cost-economics-need-opportunism/> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Korah, Valentine, y Dennis O'Sullivan. *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2002.
- Krattenmaker, Thomas, Robert Lande, y Steven Salop. «Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law.» *Georgetown Law Journal* 76 (1987): 241-69.
- Krattenmaker, Thomas, y Steven Salop. «Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price.» *The Yale Law Journal* 96, nº 2 (1986): 209-93.

- Lafontaine, Francis, y Margaret Slade. «Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy.» En *Handbook of Antitrust and Economics*, editado por Paolo Buccirossi, 391-414. Londrés: MIT Press, 2008.
- Lambert, Thom. «Defining Unreasonably Exclusionary Conduct: The 'Exclusion of a Competitive Rival' Approach.» *North Carolina Law Review* 92, nº 4 (2012): 1175-1244.
- Lande, Robert. «Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust.» *University of Pittsburgh Law Review* 62, nº 3 (2001): 503-25.
- . «Should Predatory Pricing Rules Immunize Exclusionary Discounts?» *Utah Law Review*, nº 3 (2006): 863-83.
- Laskowska, Magdalena. «Exclusive Dealing: Loyalty Discounts Should Always be Legal, Except in Case of High Entry Barriers.» 30 de Octubre de 2015. <https://ssrn.com/abstract=2682584> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Liderazgo y Mercadeo. *Glosario de Términos*. s.f. <http://lmgratis.com/glosario.asp> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Lorentz, Moritz. *An Introduction to EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Mankiw, N. Gregory. *Principios de Economía*. Sexta. Traducido por María Guadalupe y María del Pilar Carril. Santa Fe: Cengage Learning, 2012.
- Markovits, Richard. *Economics and the Interpretation and of U.S. and E.U. Antitrust Law. Economics-Based Legal Analyses of Mergers, Vertical Practices and Joint Ventures*. Vol. 2. Heidelberg: Springer, 2014.
- Marvel, Howard. «Exclusive Dealing.» *The Journal of Law and Economics* 25, nº 1 (Abril 1982): 1-25.
- Meese, Alan. «Exclusive dealing, the Theory of the Firm and Raising Rivals' Costs: Toward a New Synthesis.» *The Antitrust Bulletin* 50, nº 3 (Otoño 2005): 371-439.
- Melamed, Douglas. «Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct- are there Unifying Principles?» *Antitrust Law Journal* 73, nº 2 (2006): 375-412.
- . «Thoughts about Exclusive Dealing.» En *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, editado por Claus-Dieter Ehlermann y Mel Marquis, 433-44. Oxford: Hart Publishing, 2008.
- Menchaca, Tomás. «¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos?» En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, de Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 249-62. Santiago: Thomson Reuters, 2011.

- Miles, Jeff. «Principles of Antitrust Law.» Abril de 2016.
http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/healthlaw/01_antitrustprimer_01.authcheckdam.pdf (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Montt, Paulo. «Validez de las Cláusulas Contractuales de No Competir.» *Revista de Derecho Económico*, nº 75 (2010): 62-93.
- Montt, Paulo, y Nicole Nehme. «Conductas Exclutorias y Libre Competencia: El Caso de la Negativa de Venta en Presencia de Instalaciones Esenciales.» *Anales Derecho UC, Temas de Libre Competencia* 3 (2009): 11-39.
- Moore, Derek, y Joshua Wright. «Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing.» *George Mason Law Review* 22, nº 5 (2015): 1205-46.
- Motta, Massimo. *Competition Policy, Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Moura e Silva, Miguel. «EC Competition Law and the Market for Exclusionary Rights.» Mayo de 1999.
<https://ssrn.com/abstract=2376547> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Nicholson, Walter. *Teoría Microeconómica. Principios Básicos y Aplicaciones*. Novena. Santa Fe: Cengage Learning, 2008.
- O'Donoghue, Robert. «Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct Under Article 82.» En *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82*, editado por Claus-Dieter Ehlermann y Mel Marquis, 327-59. Oxford: Hart Publishing, 2008.
- O'Donoghue, Robert, y Jorge Padilla. *The Law and Economics of Articles 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- OECD. «Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements.» 1994.
<https://www.oecd.org/competition/abuse/1920326.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «Derecho y Política de la Competencia en Chile, Examen de Acceso.» 2011.
<https://www.oecd.org/daf/47951548.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «Fidelity Rebates (Background notes by the secretariat).» 11 de Marzo de 2016.
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)5/en/pdf) (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «Policy Roundtable. Competition on the Merits.» 30 de Marzo de 2006.
<https://www.oecd.org/competition/abuse/35911017.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).

- . «Policy Roundtables. Buying Power of Multiproduct Retailers.» Julio de 1999. <http://www.oecd.org/competition/abuse/2379299.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- OECD; IBD. «Competition Law and Policy in Chile, a Peer Review.» Enero de 2004. <http://www.oecd.org/chile/34823239.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Ortiz, Ingrid. «La Regla de Minimis en el Ámbito de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia.» *E-Mercatoria* 8, nº 2 (2009): 1-39.
- Paredes, Ricardo. «Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio en Chile.» *Estudios Públicos* (Centro de Estudios Públicos), nº 58 (1995): 227-320.
- Petit, Nicolas, y David Henry. «Vertical Restraints under EU Competition Law: Conceptual Foundations and Practical Framework.» 13 de Diciembre de 2010. <https://ssrn.com/abstract=1724891> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Pindyck, Robert, y Daniel Rubinfeld. *Microeconomía*. Séptima. Traducido por Esther Rabasco y Luis Toharia. Madrid: Pearson Prentice Hall, 2009.
- Popofsky, Mark. «Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules.» *Antitrust Law Journal* 73, nº 2 (2006): 435-82.
- . «A Comment on Luis Kaplow *The Meaning of Vertical Agreements and the Structure of Competition Law*.» *Antitrust Law Journal Online* (2017): 1-16. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_law_journal/at_alj_popofsky.authcheckdam.pdf (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Posner, Richard. *Antitrust Law*. Segunda. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- . «Antitrust Law in the New Economy.» *Antitrust Law Journal* 68, nº 3 (2001): 925-43.
- . «Exclusionary Practices and the Antitrust Law.» *University of Chicago Law Review* 41, nº 3 (1974): 506-35.
- . «Vertical Restraints and Antitrust Policy.» *University of Chicago Law Review* 72, nº 1 (2005): 229-41.
- Ramseyer, Mark, y Eric Rasmusen. «Exclusive Dealing: Before, Bork, and Beyond.» *The Journal of Law and Economics* 57, nº S3 (Agosto 2014): S-145-60.
- Rasmusen, Eric, Mark Ramseyer, y John Wiley. «Naked Exclusion.» *The American Economic Review* 81, nº 5 (Diciembre 1991): 1137-45.
- Rey, Patrick. «Vertical restraints- an Economic Perspective.» Octubre de 2012. <http://www.fne.gob.cl/english/wp-content/uploads/2012/10/Vertical-restraints.pdf> (último acceso: 05 de enero de 2018).

- Rey, Patrick, y Thibaud Verge. «Economics of Vertical Restraints.» En *Handbook of Antitrust and Economics*, editado por Paolo Buccirossi, 353-90. Cambridge: MIT Press, 2008.
- Ringeling, Camila. «Vertical Restraints and Interrelations between Competition Policy and Consumer Protection Policy.» *Preparation material for the Fifth APEC Training Course in Competition Policy*. 10 de Agosto de 2009. http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/apec_0003_2009.pdf (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Rojas, Nicolás. «Restricciones Verticales a la Competencia en el Ambito del Retail.» En *Libre Competencia y Retail: Análisis Crítico*, editado por Nicole Nehme y Paulo Montt, 175-210. Santiago: AbeledoPerrot, 2010.
- Salop, Steven. «Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago School has Overshot the Mark.» En *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, editado por Robert Pitofsky, 141-55. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- . «Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard.» *Antitrust Law Journal* 73, nº 2 (2006): 311-74.
- . «The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices and the Flawed Incremental Price-Cost Test.» 2016. <http://ssrn.com/abstract=2817942> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Salop, Steven, Sharis Pozen, y John Seward. «The Appropriate Legal Standard and Sufficient Economic Evidence for Exclusive Dealing under Section 2: the FTC'S McWane Case.» Agosto de 2014. <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1365> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Salop, Steven, y David Scheffman. «Raising Rivals' Costs.» *The American Economic Review* 73, nº 2 (Mayo 1983): 267-71.
- Samá, Danilo. «The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm.» 2012. <https://ssrn.com/abstract=2425100> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Scheffman, David, y Richard Higgins. «Twenty Years of Raising Rivals' Costs: History, Assesment and Future.» *George Mason Law Review* 12, nº 2 (2003): 371-87.
- Segal, Ilya, y Michael Whinston. «Exclusive Contracts and Protection of Investments.» *Rand Journal of Economics* 31, nº 4 (Invierno 2000): 603-33.
- . «Naked Exclusion.» *American Economic Review* 90, nº 1 (Marzo 2000): 296-309.

- Sher, Brian. «Leveraging Non-Contestability: Exclusive Dealing and Rebates under the Commission's Article 82 Guidance.» *GCP The Online Magazine for Global Competition Policy* 2, nº 1 (Febrero 2009): 1-12.
- Sher, Scott, y Scott Russell. «Adding Bite to Exclusive Dealing?: An Analysis of the Third's Circuit Dentsply Decision.» *The Antitrust Source*, Mayo 2005: 1-14.
- Solomon, Louis, y Robert Joffe. «Exclusive Distribution and Antitrust.» *Fordham Law Review* 53, nº 3 (1984): 491-526.
- Steiner, Robert. «Exclusive Dealing + Resale Price Maintenance: A Powerful Anticompetitive Combination.» *Southwestern University Law Review* 33, nº 4 (2004): 447-76.
- . «The Nature of Vertical Restraints.» *Antitrust Bulletin* 30 (Primavera 1985): 143-97.
- . «Customer-Instigated Exclusive Dealing.» *Antitrust Law Journal* 68, nº 2 (2000): 239-51.
- Steuer, Richard. —. «Customer-Instigated Exclusive Dealing.» *Antitrust Law Journal* 68, nº 2 (2000): 239-51.
- . «Exclusive Dealing after Jefferson Parish.» *Antitrust Law Journal* 54, nº 4 (1985): 1229-38.
- . «Exclusive Dealing in Distribution.» *Cornell Law Review* 69, nº 101 (1983): 101-34.
- Tapia, Javier. «"Dime de qué Presumes y te Diré de qué Careces": El Tratamiento Jurisprudencial de los Abusos de Dominancia en Chile» *Revista de Derecho de la Competencia* 10, nº 4 (2014): 47-119.
- Tesler, Lester. «Why Should Manufacturers Want Fair Trade?» *The Journal of Law and Economics* 3 (1960): 86-105.
- Tom, Williard, David Balto, y Neil Averitt. «Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and other Incentives to Exclusive Dealing.» *Antitrust Law Journal* 67, nº 3 (2000): 613-39.
- Valdés, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica, 2009.
- Vásquez, Omar. «Excessive Pricing: A View from Chile.» *The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy. Working Paper CCLP (L) 41.2017*. 10 de Abril de 2015. <https://ssrn.com/abstract=2591931> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Wahl, Nils. «Conclusiones del Abogado General.» 20 de Octubre de 2016. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184682&pageIndex=0&dclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1105909> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Werden, Gregory. «Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test.» *Antitrust Law Journal* 73, nº 2 (2006): 413-33.

- Whish, Richard, y David Bailey. *Competition Law*. Séptima. Nueva York, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Williamson, Oliver. *The Economics Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*. Nueva York: The Free Press, 1985.
- Wright, Joshua. «An Evidence-Based Approach to Exclusive Dealing and Loyalty Discounts.» *GCP The Online Magazine for Global Competition Policy* 7, nº 1 (Julio 2009): 1-6.
- . «Antitrust Law and Competition for Distribution.» *Yale Journal on Regulation* 23, nº 2 (Verano 2006): 169-208.
- . «Klein v. Coase III: Fisher Body-General Motors Again (and Again).» *Truth on the Market (blog)*. 14 de Marzo de 2007. <https://truthonthemarket.com/2007/03/14/klein-v-coase-iii-fisher-body-general-motors-again-and-again/> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «Moving Beyond Naive Foreclosure Analysis.» *George Mason Law Review* 19, nº 5 (Verano 2012): 1163-98.
- . «Simple but Wrong or Complex but More Accurate? The Case for an Exclusive Dealing-Based Approach to Evaluating Loyalty Discounts.» *Bates White 10th Annual Antitrust Conference*. 03 de Junio de 2013. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/simple-wrong-or-complex-more-accurate-case-exclusive-dealing-based-approach-evaluating-loyalty/130603bateswhite.pdf (último acceso: 05 de enero de 2018).
- . «Slotting Contracts and Consumer Welfare.» *Antitrust Law Journal* 74, nº 2 (2007): 439-72.
- . «The Supreme Court should grand Certiorari in FTC v. McWane.» *George Mason University Law and Economics Research Paper Series (15-57)*. 22 de Diciembre de 2015. <http://ssrn.com/abstract=2706859> (último acceso: 05 de enero de 2018).
- Ybar, Mario. «¿De qué Hablamos Cuando Hablamos de Competencia? Un Análisis Aplicado al caso Supermercados II.» En *Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico*, editado por Paulo Montt y Nicole Nehme, 29-48. Santiago: AbeledoPerrot, 2010.
- . «Comprendiendo el Abuso de Posición de Dominio, Revisión de la Doctrina y Jurisprudencia Nacional y Comparada sobre las Principales Conductas Exclutorias.» *Revista de Derecho Económico*, nº 76 (2014): 11-60.
- Zenger, Hans. «When does Exclusive Dealing Intensify Competition for Distribution? Comment on Klein and Murphy.» *Antitrust Law Journal* 77, nº 1 (2010): 205-11.

Jurisprudencia

Chile

Comisión Preventiva Central

Consulta de Empresa Nacional de Distribución S.A., DINAC: Dictamen N°20 Comisión Preventiva Central, 05 de junio de 1974.

Consulta de Williamson, Balfour y Cía. S.A.: Dictamen N°24 Comisión Preventiva Central, 07 de junio de 1974.

Consulta de Nissan Chile S.A.: Dictamen N°38 Comisión Preventiva Central, 08 de julio de 1974.

Consulta de Productos Alimenticios Savory S.A.I.C. (*Savory*): Dictamen N°42 Comisión Preventiva Central, 09 de agosto de 1974.

Automotores Citroservi Ltda. y otro contra Automotriz Corfo-Citroën S.A. y otro: Dictamen N°53 Comisión Preventiva Central, 12 de noviembre de 1974.

Consulta de Fiat Chile S.A.: Dictamen N°55 Comisión Preventiva Central, 15 de noviembre de 1974.

Recurso de aclaración de Williamson Balfour y Cía. S.A. en contra del Dictamen N° 24: Dictamen N°56 Comisión Preventiva Central, 15 de noviembre de 1974.

Consulta de Shell Chile S.A. Distribuidora: Dictamen N°58 Comisión Preventiva Central, 27 de noviembre de 1974.

Consulta de Esso Standard Oil Chile S.A.C.: Dictamen N°63 Comisión Preventiva Central, 15 de diciembre de 1974.

Consulta de The Coca Cola Company: Dictamen N°69 Comisión Preventiva Central, 10 de enero de 1975.

Consulta de CCU S.A. sobre sistema de distribución: Dictamen N°70 Comisión Preventiva Central, 10 de enero de 1975.

Consulta de Compañía de Petróleos de Chile S.A., COPEC, Dictamen N°71 Comisión preventiva Central, 16 de enero de 1975.

Consulta de Industria Nacional de Neumáticos S.A., INSA: Dictamen N°72 Comisión Preventiva Central, 17 de enero de 1975.

Consulta de S.A.C. Saavedra Benard sobre contrato de agencia: Dictamen N°95 Comisión Preventiva Central, 21 de agosto de 1975.

Consulta de Joseph E. Seagram & Sons Inc.: Dictamen N°123 Comisión Preventiva Central, 06 de julio de 1976.

Dirinco contra Industria de Aluminios S.A., Indalum: Dictamen N°129 Comisión Preventiva Central, 07 de septiembre de 1976.

Requerimiento de General Motors S.A.: Dictamen N°141 Comisión Preventiva Central, 16 de diciembre de 1976.

Consulta de Empresa Nacional del Carbón, ENACAR: Dictamen N°147 Comisión Preventiva Central, 20 de mayo de 1977.

Consulta de Cooperativa Sodimac Ltda.: Dictamen N°151 Comisión Preventiva Central, 28 de junio de 1977.

Subsecretaría General de la Presidencia contra Radio Portales: Dictamen N°223 Comisión Preventiva Central, 23 de agosto de 1978.

Consulta de Panificadora Cordillera Ltda.: Dictamen N°228 Comisión Preventiva Central, 01 de octubre de 1979.

Consulta de Laboratorio Astorga: Dictamen N°406 Comisión Preventiva Central, 02 de febrero de 1984.

Consulta de Esso Chile S.A. Petrolera: Dictamen N°531 Comisión Preventiva Central, 14 de marzo de 1986.

Adico contra Copec S.A., Esso Chile S.A.P., Shell Chile S.A.C.I., y otros: Dictamen N°609, 10 de agosto de 1987.

Consulta de Hernán Zegers Vergara y otra: Dictamen N°611, 10 de agosto de 1987.

Consulta de Abastecedora de Combustibles S.A.: Dictamen N°614) 31 de agosto de 1987.

Eduardo Millas contra Distribuidora de Artículos Plásticos Carpenter S.A.: Dictamen N°627 Comisión Preventiva Central, 13 de noviembre de 1987.

Consulta de Cooperativa Agrícola Control Pisquero de Elqui Ltda.: Dictamen N°659 Comisión Preventiva Central, 18 de julio de 1988.

Consulta sobre contratos de licencias farmacéuticas: Dictamen N°698 Comisión Preventiva Central, 05 de junio de 1989.

Consulta de Neumáticos de Chile S.A.: Dictamen N°728 Comisión Preventiva, 09 de enero de 1990.

Consulta de Paola Flores C.: Dictamen N°804 Comisión Preventiva Central, 24 de abril de 1992.

Consulta de Sociedad Nichimen Corporation: Dictamen N°808 Comisión Preventiva Central, 11 de junio de 1992.

Consulta de Compañía de Lubricantes de Chile Limitada: Dictamen N°812 Comisión Preventiva Central, 30 de julio de 1992.

Consulta de Shell Chile S.A. Comercial e Industrial: Dictamen N°850 Comisión Preventiva Central, 15 de abril de 1993.

Consulta de Cientec S.A.: Dictamen N°875 Comisión Preventiva Central, 24 de septiembre de 1993.

Consulta de Forus S.A.: Dictamen N°942 Comisión Preventiva Central, 19 de julio de 1995.

Consulta de Pablo Vermehren Domínguez, Dictamen N°1043 Comisión Preventiva Central, 31 de julio de 1998.

Consulta de Esso Chile Petrolera Ltda.: Dictamen N°1083 Comisión Preventiva Central, 27 de septiembre de 1999.

Estación de Servicios Abraham Cumsille y Cía. Ltda. contra Shell Chile S.A.I.C.: Dictamen N°1123 Comisión Preventiva Central, 23 de junio de 2000.

Consulta de Nissan Marubeni Ltda. Sobre contrato de consignación para la venta de vehículos, distribución de repuestos y designación de servicio técnico automotriz: Dictamen N°1285 Comisión Preventiva Central, 05 de marzo de 2004.

Consulta de la Cámara Nacional de Comercio Automotriz de Chile (*Cavem*): Dictamen N° 1286 Comisión Preventiva Central, 05 de abril de 2004.

Comisión Resolutiva

Denuncia de FNE contra Joseph E. Seagram & Sons Inc.: Resolución N°28 Comisión Resolutiva, 19 de enero de 1977.

Nikoli Behrendsen contra Industrias de Aluminio S.A.; Distribuidora DIGOSA: Resolución N°39 Comisión Resolutiva, 06 de julio de 1977.

FNE contra Viña Santa Rita: Resolución N°31 Comisión Resolutiva, 14 de julio de 1977.

ENACAR contra Empresa Marítima del Estado: Resolución N°41 Comisión Resolutiva, 11 de enero de 1978.

Lorenzo González Quintana contra Chiletabacos: Resolución N°48 Comisión Resolutiva, 27 de septiembre de 1978.

Consulta de General Motors Chile S.A.: Resolución N°90 Comisión Resolutiva. 29 de enero de 1981.

Gonzalo Díaz Jaramillo contra Duracell Chile: Resolución N°246 Comisión Resolutiva, 13 de enero de 1987.

Eduardo Millas Flores contra Productora, Importadora y Distribuidora de Artículos Plásticos Carpenter S.A.: Resolución N°268 Comisión Resolutiva, 29 de diciembre de 1987.

Denuncia contra Asociación de Supermercados de Chile: Resolución N°564 Comisión Resolutiva, 02 de marzo de 2000.

FNE contra Plaza Vespucio S.A. (*Plaza Vespucio*): Resolución N°681 Comisión Resolutiva, 12 de marzo de 2003.

Consulta obre contratos entre empresas de vehículos motorizados: Resolución N°734 Comisión Resolutiva, 04 de agosto de 2004.

Corte Suprema

Requerimiento de la FNE contra de Sociedad Administradora Plaza Vespucio S.A. (*Plaza Vespucio*): Corte Suprema, 19 de agosto de 2003, en Causa Rol 13948-03.

Philip Morris con Chiletabacos (*Cigarrillos I*): Corte Suprema, 10 de enero de 2006, Causa Rol 4332-05.

Requerimiento de la FNE contra Cía. chilena de Fósforos S.A. (*Fósforos*): Corte Suprema, 02 de junio de 2010, Causa Rol 277-10.

Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros (*Farmacias*): Corte Suprema, 07 de septiembre de 2012, Causa Rol 2578-12.

Requerimiento de la FNE y Demanda de Philip Morris contra Chiletabacos. (*Cigarrillos II*): Corte Suprema, 04 de diciembre de 2012, Causa Rol 11968-11.

Demanda de ACAM S.A. contra Comercial e Industrial Silfa Limitada (*Infanti*): Corte Suprema, 01 de julio de 2013, Causa Rol 9427-12.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Contenciosas

Denuncia de Philip Morris en contra de Compañía Chilena de Tabacos (*Cigarrillos I*): Sentencia N°26 TDLC, 05 de agosto de 2005, Causa Rol C 11-04.

Requerimiento de FNE en contra de Cervecera CCU Chile Limitada (*Cervezas*): Resolución de Término N°68 TDLC, que aprueba Avenimiento de fecha 09 de julio de 2008, 23 de julio de 2008, Causa Rol C 153-08.

Requerimiento de FNE contra Compañía Chilena de Fósforos (*Fósforos*): Sentencia N°90 TDLC, 14 de diciembre de 2009, Causa Rol C 165-08.

Requerimiento de FNE contra Compañía Chilena de Tabacos S.A. (*Cigarrillos II*): Sentencia N°115 TDLC, 17 de noviembre de 2011, Causa Rol C 196-09.

Requerimiento de FNE contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A. (*Bebidas*): Resolución de Término N°92 TDLC, que aprueba Conciliación de fecha 15 de noviembre de 2011, 22 noviembre de 2011, Causa Rol C 222-11.

Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. contra Nestlé Chile S.A. (*Helados*): Resolución de Término N°97 TDLC, aprueba Conciliación sin fecha, 08 de marzo de 2012, Causa Rol C 230-11

Demanda de ACAM S.A. contra Comercial e Industrial Silfa Ltda. (*Infanti*): Sentencia N°126 TDLC, 28 de noviembre de 2012, Causa Rol C 231-11.

Requerimiento de la FNE contra Unilever Chile S.A. (*Unilever*): Resolución de Término N°119 TDLC, que aprueba Conciliación de fecha 16 abril de 2014, 30 de abril de 2014, Causa Rol C-249-12.

Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros. (*Buses*): Sentencia N°133 TDLC, 15 de enero de 2014, Causa Rol C 224-11.

No Contenciosas

Consulta de FNE sobre contrato de franquicia de Socofar S.A. (*Socofar*), Resolución N°15 del TDLC, 03 de agosto de 2006, Causa Rol NC 109-05.

Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A. (*SMU*): Resolución N° 41 TDLC, 12 de diciembre de 2012, Causa Rol NC 397-11.

Estados Unidos

Corte Suprema

Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co. (*Standard Fashion*): Corte Suprema, 10 de abril de 1922, 258 U.S. 346.

FTC v. Sinclair Refining Co. (*Sinclair*): Corte Suprema, 09 de abril de 1923, 261 US 463.

Standard Oil Co. (Cal.) v. United States (*Standard Stations*): Corte Suprema, 19 de junio de 1949, 337 U.S. 293.

Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co. (*Tampa Electric*): Corte Suprema, 27 de febrero de 1961, 365 U.S. 320.

Cortes de Circuito

Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp. (*Barry Wright*): Primer Circuito, 29 de diciembre de 1983, 724 F.2d 227.

Omega Environmental. Inc. v. Gilbarco Inc. (*Gilbarco*): Noveno Circuito, 29 de octubre de 1997, 123 F.3d 1157.

United States. v. Microsoft Corp. (*Microsoft*): Circuito del Distrito de Columbia (*en banc*), 28 de junio de 2001, 253 F. 3d 34, *cert. denied*, 122 S. Ct. 350 (2001).

United States of America, Appellant, v. Dentsply International, Inc (*Dentsply*): Tercer Circuito, 24 de febrero de 2005, 399 F.3d 181, *cert. denied*, 126 S. Ct. 1023 (2006).

ZF Meritor LLC v. Eaton Corp. (*Meritor*): Tercer Circuito, 28 de septiembre de 2012, 696 F. 3d 254, *cert. denied*, 133 S. Ct. 2025 (2013).

McWane v. FTC (*McWane*): Onceavo Circuito, 15 de abril de 2015, 783 F.3d 814, *cert. denied.*, 136 S. Ct. 1452 (2016).

Federal Trade Comission

Beltone Electric Corp. (*Beltone*): FTC, 06 de julio de 1982, 100 F.T.C. 68 (1982).

Unión Europea

Tribunal de Justicia

Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comisión de las Comunidades Europeas (*Metro*): Tribunal de Justicia, 25 de octubre de 1977, Caso 26/76, [1977] ECR 1875, [1978] 2 CMLR 1.

United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas (*United Brands*): Tribunal de Justicia, 14 de febrero de 1978, Caso 27/76, [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

Hoffmann- La Roche contra Comisión de las Comunidades Europeas (*Hoffman-La Roche*): Tribunal de Justicia, 13 de febrero de 1979, Caso 85/76, [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

Stergios Delimitis contra Henninger Bräu AG. (*Delimitis*): Tribunal de Justicia, 28 de febrero de 1991, Caso C- 234/89, [1991] ECR I-935, [1992] 5 CMLR 210.

Langnese-Iglo GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas (*Langnese-Iglo*): Tribunal de Justicia (sala quinta), 01 de octubre de 1998, Caso 279/95 P, [1998] ECR I-5609.

Unilever Bestfoods (Irlanda) Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas (*Van den Bergh Foods*): Tribunal de Justicia (sala sexta), 28 de septiembre de 2006, Asunto C- 552/03 P, [2006] ECR I-9091.

Tomra Systems ASA y otros contra Comisión (Tomra): Tribunal de Justicia (sala tercera), 19 de abril de 2012, Asunto C-549/10 P, [2012] ECR 0000.

Intel Corp. Inc. contra Comisión Europea (*Intel*): Tribunal de Justicia (gran sala), 06 de septiembre de 2017, Asunto C-413/14 P.

Tribunal General

Langnese-Iglo GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas (*Langnese-Iglo*): Tribunal de Primera Instancia (sala segunda ampliada), 08 de junio de 1995, Asunto T-7/93 [1995] ECR II-1533.

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG contra Comisión de las Comunidades Europeas (*Schöller*): Tribunal de Primera Instancia (sala segunda ampliada), Asunto T-9/93[1995] ECR I-1611

Van den Bergh Foods Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas (*Van den Bergh Foods*): Tribunal General (sala quinta), 23 de octubre de 2003, Asunto T- 65/98, [2003] ECR II-4653.

Tomra Systems ASA y otros contra Comisión Europea (*Tomra*): Tribunal General (sala quinta), 09 de septiembre de 2010, Asunto T- 155/06 [2010] ECR II- 04361, [2011] 4 CMLR 416.

Intel Corp. contra Comisión Europea (*Intel*): Tribunal General (sala séptima ampliada), 12 de junio de 2014, Asunto T-286/09.

Normativa

Chile

Decreto Ley N°211 del Ministerio de Economía, que Fija normas para la defensa de la libre competencia, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 22 de diciembre de 1973.

Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 7 de marzo de 2005.

Ley N°20.361 que modifica el DFL N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2005, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 13 de julio de 2009.

Ley N°20.945 que Perfecciona el sistema de defensa de la Libre Competencia, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 30 de agosto de 2016.

Estados Unidos

Sherman Act, 15 U.S.C. §§1–7, 1890.

Clayton Act 15 U.S.C. §§12-27, 1914.

Federal Trade Commission Act 15 U.S.C. §§41–58, 1914.

Unión Europea

Tratado de Roma, vigente desde 15 de marzo de 1957.

Tratado de Maastricht (o de la Unión Europea), vigente desde 07 de febrero de 1992, Diario Oficial [1992] C 191/01, 29 de julio de 1992.

Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, Diario Oficial [2009] C 45/02, 24 de febrero de 2009.

Tratado de Lisboa, vigente desde 01 de diciembre de 2009, Diario Oficial [2007] C 306/01, 17 de diciembre de 2007.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial [2010] C 83/47, 30 de marzo de 2010.

Reglamento N°330/2010 de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, Diario Oficial [2010] L 102/01, 23 de abril de 2010.

Directrices relativas a las restricciones verticales, Diario Oficial [2010] C 103/01, 19 de mayo de 2010.

Otros Documentos

Avenimiento entre Fiscalía Nacional Económica y Cervecera CCU Chile Limitada, 09 de julio de 2008, Causa Rol C 153-08 ante TDLC.

Requerimiento de Fiscalía Nacional Económica contra Cervecera CCU Chile Limitada, 03 de marzo de 2008, Causa Rol C 153-08 ante TDLC.

Requerimiento de Fiscalía Nacional Económica contra Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A., 19 de abril de 2011, Causa Rol C 222-11 ante TDLC.

Conciliación entre Fiscalía Nacional Económica, Embotelladora Lationamericana S.A., Industrial y Comercial Lampa S.A., Embotelladora Castel Limitada, Sociedad Comercial Antillanca Limitada, Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A., 15 de noviembre de 2011, Causa Rol C 222-11 ante TDLC.

Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. contra Nestlé Chile S.A., 08 de julio de 2011, Causa Rol C 230-11 ante TDLC.

Informe de Fiscalía Nacional Económica sobre los efectos en la competencia de Acuerdo Conciliatorio, 27 de enero de 2012, Causa Rol C 230-11 ante TDLC.

Conciliación entre Industria de Alimentos Trendy S.A. y Nestlé Chile S.A., sin fecha, Causa Rol C 230-11 ante TDLC.

Requerimiento de Fiscalía Nacional Económica contra Unilever Chile S.A., 03 de abril de 2013, Causa Rol C 249-12 ante TDLC.

Acuerdo Conciliatorio entre Fiscalía Nacional Económica, Canadá Chemicals S.A., Brillex S.A., Ecotec S.A., Industrias Cleaner Chile S.A., Miguel Maritano Industria de Jabones S.A., ICPC S.A. Aportas S.A., Prosud S.A., Procter & Gamble Chile Limitada y Unilever Chile S.A., 11 de abril de 2014, Causa Rol C 249-12 ante TDLC.