

RESTRICCIONES VERTICALES A LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DEL *RETAIL*

NICOLÁS ROJAS COVARRUBIAS*
UNIVERSIDAD DE CHILE

a. *Introducción*

La distribución de bienes y servicios al público o *retail*, ha sido uno de los principales ámbitos de preocupación del derecho de la libre competencia, tanto en Chile como en el derecho comparado. Ello se explica por varias razones: por un lado, la eficiencia que logren los sistemas de distribución es esencial para el buen desempeño de la economía; por otro, la presencia de prácticas anticompetitivas en la distribución genera efectos directos para los consumidores, lo que permite concretizar el efecto de las normas de libre competencia, que en otros casos parecen lejanas y abstractas para el gran público.

La distribución de bienes y servicios se realiza ya sea mediante los medios propios del productor –caso en que hablaremos de integración vertical– ya sea mediante mecanismos contractuales. Tal como lo señaló Coase, hace más de 70 años, la elección de una de estas alternativas, está determinada por el costo que representa para una empresa realizar esa labor en forma integrada, frente al que tendría utilizar el mercado para proveerse de ese servicio.¹

En general, los mecanismos contractuales de distribución intentan replicar los efectos de una estructura integrada verticalmente.² En ocasiones, ello supone restringir la libertad de actuar de uno o más de los agentes económicos que participan de ellos. Es en este sentido, que tales acuerdos quedan sometidos al escrutinio de los organismos de defensa de la libre competencia.

La regulación de las prácticas contractuales en el ámbito de la distribución ha pasado por diversas etapas, particularmente en los Estados Unidos. En las primeras décadas de aplicación de la *Sherman Act*, las restricciones verticales a la competencia fueron vistas con recelo y casi proscritas al calificárseles como infracciones *per se* a la libre competencia. Sin embargo, la influencia de la Escuela de Chicago llevó a una progresiva desregulación de esta área de la economía.

Desde un punto de vista pragmático, los productores y proveedores tienen incentivos para que sus sistemas de distribución sean lo más eficiente que se pueda. En este sentido, el avance de la teoría económica ha permitido justificar, desde el punto de vista de la eficiencia, la existencia de muchas de las prácticas que antiguamente fueron cuestionadas. Sin embargo, los distribuidores tienen incentivos distintos, pues la mantención de altos

* Versión a ser publicada en *Libre Competencia y Retail* (P. MONTT y N. NEHME, eds.), Santiago: Legal Publishing (2009). Agradezco la colaboración de la ayudante Daniela Severín H. en la recopilación y análisis de la jurisprudencia de las Comisiones Preventiva Central y Resolutiva.

¹ COASE (1937), p. 395.

² En esencia, las restricciones verticales son prácticas comerciales que pretenden conseguir objetivos similares a los de una integración vertical, pero mediante mecanismos contractuales. VISCUSI, *et al.* (2005), p. 257.

márgenes y la disminución de la competencia en el mercado les generan beneficios directos. Por ello, se dice que el principal foco hoy del derecho de la libre competencia en este ámbito dice relación con situaciones de abuso de poder de mercado por parte de los distribuidores más que con los sistemas de distribución que pretendan imponer los productores.³

En Chile, decisiones tempranas de los organismos de defensa de la libre competencia creados por el DL 211, conformaron un cuerpo jurisprudencial particularmente contrario a este tipo de restricciones, aunque más bien sobre la base de criterios intuitivos más que en razonamientos económicos. Si bien decisiones más modernas muestran una progresiva sofisticación de los argumentos, con posterioridad a la reforma introducida por la Ley N°19.911, no han existido pronunciamientos decisivos por parte del TDLC, lo que sumado a la escasa doctrina sobre la materia, impiden precisar el real estado de la discusión en nuestro derecho.

b. Restricciones y Acuerdos Verticales: Concepto

Relaciones verticales son las que se producen entre compradores y vendedores, esto es, entre agentes del mercado que no compiten directamente entre sí, sino que operan en distintos niveles de la cadena productiva.

Las partes en una relación horizontal tienen interés en que cada una de ellas produzca menos y cobre precios más altos, esto es, probablemente buscarán mecanismos que les permitan alzar los precios colectivamente; en cambio, en una relación vertical, ambas partes se beneficiarán de los incrementos en la demanda derivados de rebajas en los precios de los bienes.⁴ Un productor o proveedor no tiene mayor interés en proteger a uno de sus distribuidores de la competencia, pues mientras más bajo sean los precios que éste cobre, mayor será la demanda por sus productos.

Adicionalmente, las relaciones verticales no sólo van a tener menor efecto anticompetitivo que las conductas horizontales, sino que pueden generar variadas eficiencias que redundan en beneficios a los consumidores.⁵ En efecto, pueden contribuir a reducir o eliminar el denominado problema del *free rider* y generan importantes ahorros en costos de transacción cuando las relaciones entre proveedor y sus distribuidores son complejas.

Por estas razones, las relaciones verticales son miradas en forma más complaciente por la doctrina de libre competencia. Así, usualmente, las relaciones verticales van a ser consideradas anticompetitivas sólo cuando causen daño a otros competidores, incluyendo entre éstos a los potenciales entrantes al mercado.

Toda vez que las relaciones entre agentes de mercado operan en un marco contractual, por lo que usualmente reciben el nombre de *acuerdos verticales* (*vertical agreements*),

³ HOVENKAMP (2005b), p. 182-183.

⁴ KORAH (2004), p. 249.

⁵ Íd. p. 250; BORK (1993), p. 290.

particularmente en el derecho de la UE. En EE.UU., en cambio, predomina la denominación de *restricciones verticales* (*vertical restraints*).

La doctrina norteamericana considera que existe una restricción vertical “cuando una empresa está operando a un nivel o una industria establece restricciones a la rivalidad en otro nivel para su propio beneficio”.⁶

En Europa, la Comisión Europea ha dado una definición similar de estas prácticas, como “acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, 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”.⁷

Sin perjuicio de la aparente claridad de esta distinción, se han planteado problemas de calificación respecto de algunos casos, contándose entre los más famosos *Topco*,⁸ un caso de *retail*. En *Topco*, un grupo de 25 pequeñas cadenas de supermercados se asociaron para desarrollar una marca común –*Topco*– acordando que sólo un establecimiento por localidad podría utilizarla. El acuerdo contemplaba que las cadenas promocionarían sus productos en forma separada, que los precios se fijarían individualmente y que las ganancias serían también individuales. El abastecimiento de bienes, eso sí, se realizaría conjuntamente, para conseguir mejores precios de los proveedores. Incluso, se acordó que las empresas miembros podrían abrir nuevos establecimientos en territorios donde ya existía un local bajo marca *Topco*, quedándoles prohibida solamente la utilización de esa marca. La justificación de esa restricción era la posibilidad de *free riding*.⁹ La Corte Suprema de los EE.UU. calificó este acuerdo como una restricción horizontal y, en consecuencia, ilícita *per se*, sin embargo, varios autores señalaron posteriormente que el acuerdo podía haberse calificado como un contrato de licencia de uso de marca y, por ende, se trataría de una relación vertical.¹⁰

Adicionalmente, se ha discutido acerca del momento en que debe calificarse si una relación es horizontal o vertical, si al momento de la celebración del acuerdo o al momento en que se estudian sus efectos en la competencia. A este respecto, las agencias regulatorias estadounidenses tratan a un acuerdo como vertical sólo si las partes no eran competidores actuales o potenciales al momento en que el acuerdo se celebró y los compromisos de

⁶ “[W]hen a firm is operating at one level or an industry places restraints upon rivalry at another level for its own benefit” (traducción libre) BORK (1993), p. 288.

⁷ Artículo 2(1) del Reglamento (CE) N°2790/1999, de 22 de diciembre de 1999 sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

⁸ *Topco Associates, Inc. v. United States*, 405 U.S. 596 (1972).

⁹ Cfr. HOVENKAMP (2005a), p. 208. Vid., *infra*, III B.

¹⁰ KORAH (2004), p. 253. Las justificaciones para las restricciones impuestas en *Topco* parecen propias de relaciones verticales. Nótese la diferencia entre *Topco* y *General Leaseways v. National Truck Leasing Assn.*, 744 F.2d 588 (7th Cir.1984), redactado por POSNER, donde las empresas participantes del acuerdo se compensaban unas a otras en caso de invadir su territorio, lo que permitía calificarlo derechamente como un acuerdo horizontal.

inversiones se llevaron a cabo. La Comisión Europea, por su parte, no toma en cuenta este último elemento en su definición.¹¹

c. ¿Cuándo un acuerdo vertical es relevante para el derecho de la libre competencia?

Hasta fines de la década de los 60's en EE.UU., casi todas las restricciones verticales eran consideradas como ilícitas *per se*, según lo habían declarado una serie de decisiones judiciales. Así se había hecho respecto de la fijación de precios de reventa, tanto de precios máximos (*Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*¹² y *Albrecht v. Herald Co.*),¹³ como mínimos (*Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*)¹⁴ y de las ventas atadas (*International Salt Co. v. United States*).¹⁵ Los acuerdos de exclusividad, si bien no eran considerados ilícitos *per se*, habían sido declarados anticompetitivos en casos donde afectaban sólo un 6,8% del mercado (*Standard Oil Co. of California v. United States*);¹⁶ por su parte, un sistema de distribución que contemplaba restricciones territoriales fue declarado ilícito en *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*,¹⁷ aunque la Corte Suprema señaló que este tipo de acuerdos podía ser lícito en caso que se utilizaran por empresas pequeñas en su lucha contra “gigantes”.¹⁸

Durante las décadas siguientes, esos precedentes fueron cayendo uno tras otro. La Corte Suprema fue de a poco eliminando las reglas *per se* y todas las restricciones verticales caen hoy bajo la *rule of reason*,¹⁹ siendo incluso difícil encontrar fallos condenatorios por estas prácticas. Incluso, ciertos académicos propugnaron que ellas debían declararse *per se* lícitas.²⁰

¹¹ Íd., p. 251.

¹² 340 U.S. 211 (1951).

¹³ 390 U.S. 145 (1968).

¹⁴ 220 U.S. 373 (1911).

¹⁵ 332 U.S. 392 (1947).

¹⁶ 337 U.S. 293 (1949).

¹⁷ 388 U.S. 365 (1967). Estos acuerdos estaban sujetos a la *rule of reason* desde *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963).

¹⁸ Vid., BORK (1993), p. 284.

¹⁹ El fallo más relevante y que marca el cambio de tendencia es *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, relativo a sistemas de distribución territorial y que marca el reconocimiento jurisprudencial de la tesis del *free rider*; *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, sobre fijación de precios máximos de reventa; *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, sobre ventas atadas, aunque en *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*, 112 S.Ct. 2072 (1992) la Corte volvió a razonar sobre la persistencia de una regla *per se*; finalmente, puede mencionarse el voto concurrente de cuatro jueces en *Jefferson Parish* en relación con los acuerdos de exclusividad y el fallo de la Corte del Tercer Circuito en *United States v. Dentsply International, Inc.*, 399 F.3d 181 (2005). La última regla *per se* en caer fue la fijación de precios mínimos de reventa, la cual fue revocada recién en 2007 en *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007).

²⁰ Cfr. POSNER (1981), p. ; BORK (1993), p. 289.

A. EVOLUCIÓN DEL MARCO TEÓRICO

En el desarrollo del derecho de la libre competencia, particularmente en EE.UU., pueden identificarse a lo menos tres fases, directamente relacionadas con la injerencia de la Escuela de Chicago. En consecuencia, se ha denominado a cada fase como pre-Chicago, Chicago y post-Chicago, respectivamente.

- (a) El período pre-Chicago se caracteriza por decisiones jurisprudenciales intuitivas, donde no existía un riguroso razonamiento económico. Adicionalmente, se discutía cuál era el verdadero fin de las normas del derecho de la libre competencia, lo cual evidentemente influenciaba las decisiones.

La *Sherman Act* tuvo por objeto evitar que las grandes corporaciones que comenzaban a formarse alcanzaran un poder tal que amenazara las libertades políticas e incluso la democracia representativa como forma de gobierno. Tal pensamiento, llevó a una serie de decisiones judiciales en beneficio de los pequeños comercios, limitando fuertemente las posibilidades de crecimiento de las grandes empresas ya fuese por fusiones o mediante acuerdos contractuales. El número de fallos en este sentido se incrementó en el período posterior a la Gran Depresión de los años 30 y llegó a su punto más alto en los 60's, cuando la Corte Suprema de los EE.UU. era liderada por Earl Warren.

- (b) La fase siguiente corresponde al período de mayor influencia de la Escuela de Chicago. El análisis efectuado por los teóricos de Chicago consistía en el desarrollo de un modelo económico para establecer si una determinada práctica era rentable y, cuando lo fuera, señalar cuáles eran sus implicancias para el bienestar social.²¹

Los resultados mostraron que muchas prácticas normalmente consideradas ilícitas no eran rentables cuando su solo objetivo era restringir la competencia. Atendido que el objetivo de las empresas es maximizar sus beneficios y que estas prácticas ocurrían en la realidad, la conclusión de los miembros de la Escuela de Chicago fue que debían existir justificaciones de eficiencia, por ejemplo, eventuales reducciones de costos.²²

El avance que supuso el marco de análisis de Chicago para el derecho de la libre competencia fue dramático. Desde un punto de vista técnico, atendido el estado de avance de la ciencia económica, las conclusiones eran inobjetables y, en cualquier caso, gozaban de un respaldo mucho más sólido que las antiguas decisiones. Muchas conductas antes ilícitas pasaron a tener el beneplácito de las autoridades y los tribunales de justicia. Adicionalmente, una cantidad de conductas consideradas ilícitas *per se*, pasaron a ser juzgadas bajo el estándar más favorable de la *rule of reason*.

Conjuntamente con este desarrollo del marco teórico, la Escuela de Chicago propugnó (i) que el único objetivo del derecho de la libre competencia debía ser la

²¹ VISCUSI, *et al.* (2005), p. 235.

²² Íd., p. 235.

promoción del bienestar económico, entendido en términos de mayor eficiencia y (ii) que las empresas debían ser consideradas como entes racionales que buscan la maximización de sus utilidades.²³ En otras palabras, las reglas de libre competencia debían promover ante todo el aumento en la producción de bienes y servicios, pues ello redundaría en menores precios para los consumidores. Las únicas prácticas anticompetitivas, en consecuencia, debían ser las que permitiesen a un agente racional incrementar sus utilidades a expensas de lograr una mayor eficiencia.

La tesis anterior contrastaba abiertamente con los objetivos de muchas de las regulaciones de libre competencia, que discurrían sobre la protección de la existencia de “competencia” como bien jurídico protegido, particularmente al demostrarse que por medio de economías de escala las grandes empresas podían ser más eficientes y tener costos muy inferiores a los de agentes económicos de menor tamaño, lo que, en la práctica, llevó a la desaparición de cientos de empresas. El paradigma de competencia perfecta entre una multiplicidad de oferentes desaparecía frente a la búsqueda perpetua de la eficiencia.

- (c) La Escuela de Chicago reaccionó contra soluciones intuitivas e infundadas de problemas económicos, que muchas veces exageraban los eventuales efectos de las conductas supuestamente anticompetitivas que sancionaban. En ese sentido, hubo un enorme avance en el entendimiento de las actuaciones de los agentes económicos.

Sin embargo, como todo modelo de simplificación de la realidad, la ciencia económica tiene límites. Desarrollos posteriores y nuevas herramientas analíticas, como la teoría de juegos, demostraron que las tesis de la Escuela de Chicago, si bien válidas, en muchos casos asumían una serie de supuestos que no se presentaban frecuentemente en la práctica. En otros casos, bajo ciertas condiciones, se demostró que algunas de las prácticas declaradas legítimas por Chicago podían ser a la vez rentables y anticompetitivas,²⁴ mientras que, por otro lado, se demostró que tales estrategias competitivas, aunque no generaban una exclusión total de los competidores o la ampliación del poder monopólico de un mercado a otro, sí podían impedir o hacer más costoso el ingreso al mercado de nuevos competidores, igual o más eficientes que los actores dominantes. Como es habitual, la realidad demostró ser más compleja que cualesquiera modelos desarrollados por economistas, por sofisticados que sean.

B. JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES A LA COMPETENCIA. EL FENÓMENO DEL *FREE RIDER*

Considerando sus efectos en el desarrollo del derecho de libre competencia, uno de los mayores aportes de la Escuela de Chicago fue el nuevo entendimiento de las restricciones verticales, que llevó a una progresiva desregulación del área.

²³ POSNER (2001), p. ix.

²⁴ VISCUSI, et al. (2005), p. 236.

Los economistas de Chicago cuestionaron los supuestos básicos bajo los cuales se consideraban ilícitas estas prácticas. Así, mediante modelos económicos demostraron que, en general, las restricciones verticales impuestas por los productores suponían un fortalecimiento de su marca, lo que incrementaba la competencia con otros productores, y eliminaba distorsiones que podían producirse a nivel de *retail*.

En efecto, el establecimiento de restricciones “intramarcarias” (*intrabrand restraints*), tales como la fijación de precios de reventa o la asignación de territorios a distribuidores, no eliminan la competencia que enfrenta el productor de los bienes, sino sólo la que enfrenta un distribuidor respecto de otros distribuidores que comercializan los mismos productos. Por ejemplo, si Carozzi estableciera restricciones verticales a sus distribuidores, no por ello Carozzi dejaría de competir con Luchetti, pero sus distribuidores verían reducidos los niveles de competencia respecto de otros agentes que comercializaran productos Carozzi. En consecuencia, las restricciones verticales no suponen un incremento del poder de mercado del productor que las ha establecido, de modo que su existencia debe justificarse por otras razones.²⁵

Se han entregado variadas justificaciones procompetitivas para la existencia de restricciones verticales. La más recurrida es el denominado efecto *free rider*.

Este concepto nace en un artículo de Lester Telser publicado en 1960, en el cual se teoriza que la prestación de servicios asociados a la venta, tales como salas de venta apropiadas, vendedores capacitados, publicidad y promoción, por parte de los distribuidores, incrementa las ventas de un producto. Sin embargo, en ausencia de mecanismos de protección para el distribuidor que presta esos servicios, el consumidor que se vea persuadido de adquirir el producto en función de ellos, lo comprará al distribuidor que le ofrezca el menor precio, aun cuando no le ofrezca los servicios asociados. En ese sentido, ese distribuidor con precios más bajos y que no presta servicios aprovechará en forma gratuita los esfuerzos del distribuidor que sí los ofrece (obtendrá un “*free ride*”).²⁶ El resultado será que los distribuidores que ofrecen los servicios, dejarán de hacerlo para competir en precio con los otros distribuidores, perjudicando al productor.

El artículo de Telser argumenta sobre la base de la práctica de fijación de precios de reventa por parte de algunos productores. El autor señala que esta práctica era común al introducirse nuevos productos, que requerían de servicios adicionales para ingresar exitosamente al mercado. En consecuencia, el productor estaba obligado a entregar incentivos para que los distribuidores los proveyeran. En ese contexto, la fijación de precios de reventa aseguraba que el distribuidor obtendría un cierto margen, incentivándolo a tomar las medidas necesarias para fomentar la venta de ese nuevo producto. Posteriormente, este razonamiento fue extendido por la Escuela de Chicago como explicación genérica para todas las restricciones verticales.²⁷

La tesis obtuvo reconocimiento jurisprudencial en 1977, al validarse por la Corte Suprema de EE.UU. un mecanismo de distribución territorial en *Continental T.V., Inc. v. GTE*

²⁵ Vid. BORK (1993), p. 290.

²⁶ TELSER (1960), p. 91.

²⁷ BORK (1993), p. 290.

*Sylvania, Inc.*²⁸. “[N]uevos productores y productores que ingresan a nuevos mercados pueden usar las restricciones para inducir que distribuidores competentes y agresivos realicen las inversiones de capital y trabajo que muchas veces son necesarias para la distribución de productos desconocidos para los consumidores. Productores establecidos pueden usarlas para inducir a los distribuidores a realizar actividades promocionales o proveer servicios y reparaciones necesarias para la efectiva promoción de sus productos (...) La disponibilidad y calidad de esos servicios afectan la reputación de un productor y la competitividad de sus productos. Como resultado de imperfecciones del mercado como el denominado efecto “*free rider*”, esos servicios pueden no ser proveídos por los distribuidores por razones puramente competitivas, a pesar del hecho que el beneficio de cada distribuidor sería mayor si todos proveyeran los servicios que si ninguno lo hiciera”.

Con todo, el razonamiento de la Corte obvió las sutilezas del artículo de Telser, que reconocía que el fenómeno sólo se daba en ciertos grupos de productos, usualmente productos desconocidos y que requerían de asesoría especial para los consumidores (por ejemplo, nuevos electrodomésticos o nuevas categorías de productos, como en su momento lo fueron los computadores personales). Esa falta de fineza ha dado lugar a una ampliación indiscriminada del alcance y existencia del problema del *free rider*. Muchas veces se defienden restricciones verticales bajo esta justificación, pero sin considerar siquiera si la naturaleza del producto o las condiciones de mercado permitirían que algún distribuidor obtuviera un *free ride*. A este punto nos referiremos más adelante.

Otras justificaciones procompetitivas para las restricciones verticales son la entrega de incentivos para que el distribuidor promueva la marca del productor por sobre otras, en el caso de distribuidores multimarca, como los supermercados. A este respecto, como se vio, la fijación de precios mínimos de reventa otorga mayores márgenes a los distribuidores y puede servir de incentivo para que un distribuidor entregue espacio preferencial en las góndolas a un determinado productor.²⁹ Las restricciones verticales pueden usarse también para incentivar al distribuidor a llevar productos que no sean rentables. Así ocurre en muchos países respecto de la distribución de libros y discos. Un gran porcentaje de los productos que las grandes casas editoriales y disqueras lanzan cada año son fracasos comerciales, pero ello sólo se sabe con certeza con posterioridad al lanzamiento. En este sentido, la fijación de precios mínimos de reventa permite negociar con los distribuidores que se otorgue espacio en las estanterías a una amplia línea de productos, toda vez que cada venta supone altos márgenes que justifican ese costo.³⁰

Incluso, es posible argumentar que las restricciones verticales impuestas por los productores o proveedores (en oposición a las solicitadas o impuestas por distribuidores) son, por regla generalísima, *procompetitivas*. El deseo del productor al establecer una restricción vertical para sus distribuidores es lograr un sistema de distribución más eficiente, que disminuya los costos del sistema y los costos de transacción asociados. De

²⁸ 433 U.S. 36.

²⁹ HOVENKAMP (2005b), p. 184-185.

³⁰ Íd., p. 185. En general, en mercados donde la competencia por precio es muy fuerte (como los supermercados) y donde es presumible que no existe fijación de precios mínimos, la oferta de esos productos es marcadamente inferior a la existente en tiendas especializadas y se enfoca en títulos de alta demanda, aun corrigiendo por tamaño. Los precios son también, por regla general, más bajos.

esta forma, los precios tenderán a la baja, se incrementará la demanda y el productor obtendrá mayores utilidades. Por otro lado, al productor le interesará mantener a raya el eventual poder de mercado de que goce el distribuidor, para evitar que éste lo utilice para incrementar los precios. Se evita así el fenómeno de la doble marginalización. En este sentido, los intereses del productor están alineados con los intereses de los consumidores.

Como se señaló anteriormente, las restricciones verticales no tienen la potencialidad por sí mismas de incrementar el poder de mercado de los productores,³¹ pero sí pueden servir como límite al poder de mercado de los distribuidores. Por el contrario, restricciones verticales impuestas por distribuidores deben observarse con mayor recelo, más aun considerando la creciente concentración que se aprecia en los mercados de *retail*.

C. LAS RESTRICCIONES VERTICALES POST-CHICAGO

El desarrollo posterior de la ciencia económica ha vuelto a poner bajo análisis los eventuales efectos anticompetitivos de las restricciones verticales, considerando variables que habían sido desestimadas en el análisis practicado por los economistas de Chicago.

Por ello, una nueva oleada de economistas propugna una revisión de los consensos alcanzados sobre los efectos de las restricciones verticales. Particularmente, se señala que las restricciones verticales pueden y se han usado para alcanzar y mantener posiciones dominantes y que si bien ciertas prácticas como los acuerdos de exclusividad y los acuerdos de distribución territorial pueden generar incrementos de eficiencia, los beneficios no son inherentes a esas prácticas, que bien pueden impedir el acceso de los competidores a insumos clave o aumentar los costos de cambio de los consumidores.³²

Así, por ejemplo, en el período pre-Chicago, la principal preocupación del derecho de la libre competencia en relación con las restricciones verticales era la posibilidad de exclusión de ciertos competidores (*foreclosure*). La Escuela de Chicago demostró que lograr tal exclusión era casi imposible y que, de hacerse, muchas veces generaba más costos que beneficios. En consecuencia, la única justificación para la persistencia de las restricciones verticales era la existencia de una justificación de eficiencia.

Sin embargo, un análisis más sofisticado ha mostrado que los agentes económicos no necesariamente persiguen la exclusión de sus competidores. En muchos casos, a un competidor le basta con el entorpecimiento de la estrategia competitiva del desafiante para mantener una cómoda posición dominante o bien, para forzar un precio de equilibrio superior al que existiría en condiciones de competencia. Estas estrategias se han agrupado bajo la denominación de “incremento de los costos del rival” (*raising rival costs*).³³ El

³¹ En contra podría argumentarse que sistemas más eficientes de distribución otorgarán al productor una ventaja competitiva que derivaría en la obtención o incremento de poder de mercado. Sin embargo, resulta difícil considerar esa situación como un motivo legítimo para sancionar las restricciones verticales. Aun el monopolio obtenido por un agente económico a causa de incrementos de eficiencia o mejoras tecnológicas no replicables por sus competidores es considerado legítimo.

³² SALOP (2008), p. 150.

³³ Íd., p. 143.

objetivo, en este caso, no es la desaparición de los competidores o la obtención de un monopolio, sino la disminución de la intensidad competitiva en un determinado mercado.³⁴

Desde otro punto de vista y al igual que ha ocurrido con otros ilícitos anticompetitivos, se ha señalado que las restricciones verticales sólo cobran relevancia cuando participan de ellas agentes económicos que gocen de poder de mercado. Esta conclusión también es resultado de la influencia de la Escuela de Chicago. En efecto, al determinarse que el bien jurídico protegido por la libre competencia no es la existencia de múltiples competidores o la desaparición de los monopolios, sino simplemente la búsqueda de la eficiencia y el incremento de la producción, las únicas conductas que pasan a ser relevantes son aquellas que pueden influir en los niveles de producción y eficiencia de la economía en su conjunto o de un mercado en particular. La exclusión o perjuicios sufridos por actores de escaso tamaño e impacto en los números globales, o que no tengan influencia en el precio que pagan los consumidores por los servicios, no tendrían relevancia para el derecho de la libre competencia.

Así se señala explícitamente en la regulación vigente en la UE. El Reglamento 2790/1999 reconoce el potencial que poseen los acuerdos verticales para incrementar la eficiencia de una determinada actividad, al facilitar la coordinación entre los agentes que participan de una cadena de distribución, lo cual reduce los costos de transacción entre ellos. Al mismo tiempo, establece que el contrapeso que los incrementos en la eficiencia puedan tener respecto de eventuales efectos anticompetitivos depende del grado de poder de mercado que tengan esos agentes y, en consecuencia, del nivel de competencia que enfrenten de parte de otros proveedores de bienes y servicios. Consistente con lo anterior, para efectos de la fiscalización de este tipo de acuerdos, se contempla una *block exemption* para todas las restricciones verticales, salvo que en los acuerdos participen agentes que cuenten con una participación de mercado superior al 30% o se trate de conductas especialmente reprochables.³⁵

En Chile, luego de la dictación del DL 211 en 1973, los organismos de defensa de la competencia adoptaron una posición muy estricta en relación con estas prácticas, declarándolas ilícitas en casi todos los casos. Con el paso de los años, el desarrollo del país llevó a una progresiva sofisticación, tanto de las prácticas y acuerdos ejecutados por los agentes económicos, como de las decisiones de los organismos jurisdiccionales, dando espacio a las restricciones verticales más comunes. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas más desarrollados, aún carecemos de un marco de análisis de estas conductas con parámetros predefinidos.

³⁴ El análisis más complejo que permite la *rule of reason* parece apropiado para las restricciones verticales. Con todo, los ingentes costos procesales de este tipo de procesos (en oposición a los juicios simplificados bajo reglas *per se*) puede desincentivar su cuestionamiento en sede judicial, a lo que se suma la difícil cuantificación de los efectos de las conductas para la competencia y sobre los consumidores. Por ello, algunos autores propugnan la adopción de un estándar intermedio, la *quick look* o “mirada rápida”: el tribunal realiza un análisis *prima facie* del caso en cuestión y decide si sigue un procedimiento lato o uno simplificado. Vid. LAO (2008), p. 213.

³⁵ Reglamento (CE) N°2790/1999, citado, considerandos 6, 7 y 8.

D. TIPOS MÁS COMUNES DE RESTRICCIONES VERTICALES EN EL *RETAIL*

Usualmente se han identificado como las restricciones verticales más comunes, las siguientes:

- (a) *Acuerdos de exclusividad*, por medio de los cuales un productor se obliga a comercializar sus productos mediante un determinado distribuidor, quedándole prohibido realizar ventas a terceros.
- (b) *Ventas atadas*, esto es, que la venta de un producto quede sujeta a su compra conjunta con otro producto del mismo productor.
- (c) *Mantenimiento de precios de reventa*, que suponen que el productor fija los precios mínimos o máximos a los cuales el distribuidor venderá sus productos al público.
- (d) *Restricciones verticales distintas del precio*, o sea, la imposición de obligaciones de comportamiento al distribuidor distintas de la fijación de precio de reventa, como por ejemplo, los contratos mediante los cuales un productor y un distribuidor acuerdan que éste último gozará de exclusividad en un área geográfica determinada.
- (e) *Discriminación arbitraria* entre distintos distribuidores.

Las dos primeras conductas se relacionan con la llamada competencia “entre marcas” (*interbrand restraints*), porque buscan afectar la competencia entre productos de distintos proveedores, mientras que las demás son denominadas restricciones “intramarca” (*intrabrand restraints*), por cuanto afectan la forma de comercialización de los productos de un proveedor determinado.³⁶

Si bien todas las prácticas indicadas pueden tener relación con el *retail*, pues pueden darse en cualquier tipo de relación comprador-vendedor, sólo dos de ellas parecen propias de esa área del comercio: la mantención de precios de reventa y las restricciones verticales distintas del precio.

En los párrafos siguientes se realizará una breve descripción de las restricciones verticales más comunes y su impacto en la competencia, para finalizar con un análisis de la jurisprudencia nacional sobre la materia.

d. Restricciones “entre marcas”: Acuerdos de distribución exclusiva y ventas atadas

A. ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA

Los acuerdos de exclusividad son una forma de replicar los efectos de la integración vertical. Así, por ejemplo, ocurre respecto de ciertos productos de marca propia en los supermercados, en los casos en que estos últimos acuerdan la compra del total de la

³⁶ HOVENKAMP (2005b), p. 183.

producción de una determinada empresa y ésta se obliga a no vender a terceros. El supermercado así, no necesita integrarse verticalmente para ofrecer productos de marcas propias y aprovecha el *know how* específico del productor. Por su parte, el productor asegura un determinado nivel de compra, simplificando su planificación, así como el proceso de venta de sus productos, lo que debiera incidir en una reducción de sus costos. Este tipo de contratos constituye una típica restricción vertical “entre marcas”.

Los acuerdos de distribución exclusiva suponen una serie de beneficios para las partes. Ante todo, disminuyen los costos de transacción entre productor y distribuidor, en cuanto simplifican la relación comercial existente entre ellos. Adicionalmente, el productor puede invertir con confianza en capacitar al personal del vendedor en relación con sus productos, en el conocimiento que esa inversión beneficiará directamente sus ventas. Por su parte, en algunos casos, el prestigio de los productos podrá ayudar al distribuidor a entrar con mayor facilidad al mercado, como sería el caso de un pequeño distribuidor de un producto masivo, como los automóviles, o podrá favorecer una mayor diferenciación entre el distribuidor y sus competidores, como ocurre en el caso de la distribución de marcas de lujo o *premium* en los supermercados.

Estos acuerdos pueden adoptar diversas formas. Los casos más comunes son la distribución de un producto por un distribuidor en forma exclusiva, de modo que éste no puede vender ningún producto de la misma categoría o similar (por ejemplo, que los distribuidores de computadores Apple no puedan vender computadores de otras marcas); o la distribución de un producto exclusivamente por un determinado distribuidor, esto es, que ese producto no esté disponible para su venta en otros distribuidores (como ocurre, según se señaló, con ciertas marcas *premium* en los supermercados nacionales). Si bien éstos son los supuestos básicos de estos acuerdos, las modalidades contractuales que pueden adoptar las partes son infinitas.

Los efectos para la competencia en un determinado mercado son iguales si el productor está verticalmente integrado y realiza por sí mismo la distribución de sus productos, o si posee una red de distribuidores exclusivos. En consecuencia, los acuerdos de exclusividad sólo debieran ser objeto de un cuestionamiento de competencia en los mismos casos en que una fusión con resultado de integración vertical fuese considerada anticompetitiva.

En general, se descarta que estos acuerdos puedan ser anticompetitivos en ausencia de poder de mercado.³⁷ Los casos en que esta práctica puede ser cuestionable desde el punto de vista de la competencia son aquellos que presentan riesgos serios de establecer barreras a la entrada de nuevos competidores, para lo cual necesariamente se requiere que estemos en presencia ya sea de un productor o de un distribuidor que goce de posición dominante.

La creación de barreras de entrada o la exclusión de otros competidores requiere de un análisis en dos niveles, ya que no todo acuerdo de exclusividad celebrado por una empresa

³⁷ Vid., *Dentsply*, citado. Como señala VISCUSI, *et al.* (2005), p. 258 y ss., la Escuela de Chicago teorizó que todos los acuerdos de distribución exclusiva son lícitos, por cuanto para que un distribuidor aceptara un acuerdo en ese sentido, su utilidad debía ser superior al excedente que obtendría un productor monopolista, de modo que su mera existencia debía ser consecuencia de ganancias de eficiencia y no de un mero interés anticompetitivo. Sin embargo, como demuestran esos mismos autores, utilizando una técnica contractual más compleja, un productor o distribuidor que goce de posición dominante puede excluir a nuevos entrantes mediante estos contratos. *Íd.*, p. 260.

dominante supone exclusión o creación de barreras de entrada. Ante todo, se requiere poder de mercado por parte del distribuidor y, luego, se necesita demostrar que habría exclusión de competidores a nivel de producción.³⁸ Así, por ejemplo, si un supermercado controla el 80% de las ventas de detergentes para lavadoras automáticas y ese supermercado celebra un acuerdo de distribución exclusiva con un fabricante de detergente, los demás productores quedarían excluidos del 80% del mercado. Por el contrario, si ese mismo acuerdo se refiriera a la venta de bebidas cola, probablemente no se generaría exclusión, ya que esas bebidas no sólo se venden en los supermercados, sino también en bares, restaurantes, botillerías y otros comercios.

Los acuerdos de exclusividad son ilícitos cuando suponen incrementar los costos del rival o negarle acceso a un insumo necesario para operar. Así, por ejemplo, en 2003 se sancionó a Visa y MasterCard por incluir en sus contratos con los bancos emisores, cláusulas de exclusividad que prohibían a esos bancos emitir tarjetas de otros competidores, como American Express.³⁹ En el marco de un mercado altamente concentrado, donde Visa y MasterCard controlaban sobre el 70% del mismo, las cláusulas de exclusividad impedían que los competidores más pequeños pudieran crecer, toda vez que les resultaba casi imposible convencer a un banco de emitir sus tarjetas, por cuanto ello les significaba perder su membresía en la red Visa-MasterCard. Durante el proceso se demostró que esa imposibilidad de crecimiento no se debía simplemente a cuestiones comerciales, como que el producto American Express no fuese atractivo, porque se demostró que en países donde la regla de exclusividad no existía (como en la UE), American Express había tenido éxito en convencer a varios bancos de emitir su tarjeta.⁴⁰

Existen diversos parámetros para analizar los eventuales efectos anticompetitivos de los acuerdos de exclusividad. El primer aspecto a analizar es la duración del contrato. En general, son considerados lícitos los acuerdos de corta duración o que tienen cláusulas de salida mediante aviso con poca anticipación. Otros aspectos relevantes son los grados de competencia que se enfrentan, tanto a nivel de producción como de distribución, las participaciones de mercado de las partes, la presencia de barreras a la entrada, los costos de cambio para los consumidores y las justificaciones del acuerdo. En este sentido, la jurisprudencia norteamericana ha señalado, por ejemplo, que los contratos con duración menor a un año son lícitos,⁴¹ como también lo serían los casos en que no haya una exclusión de competidores de una porción relevante del mercado, representada por participaciones de mercado superiores al 30%.⁴² En caso de monopolistas o agentes de mercado que gocen de posición dominante, es previsible que estos parámetros sean objeto de un análisis más estricto.

³⁸ HOVENKAMP (2005b), p. 198-199.

³⁹ *United States of America v. Visa U.S., Inc.*, 163 F.Supp.2d 322 (S.D.N.Y. 2001), confirmado por la Corte de Apelaciones por fallo de 17 de octubre de 2003. Véase también VISCUSI, et al. (2005), p. 265.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039, citado por CALKINS (2008), p. 162. Con todo, en *Dentsply* los contratos se consideraron anticompetitivos aun cuando se trataba de operaciones individuales y de ejecución inmediata, sin que hubiese una ligazón contractual de largo plazo. En ese caso primó la consideración que se trataba de una empresa que dominaba entre un 75 y un 80% del mercado.

⁴² *Íd.*, p. 163.

B. VENTAS ATADAS

Otro tipo de restricciones “entre marcas” son las llamadas ventas atadas, que consisten en la venta de un bien o la provisión de un servicio sujeto a la condición de que se adquiera un segundo bien o servicio. A pesar de que se trata de una práctica menos restrictiva que la celebración de acuerdos de exclusividad, la venta atada es considerada desde 1940 como un ilícito *per se* en los Estados Unidos si se posee posición dominante en el producto principal del paquete.⁴³ Esta dicotomía de reglas ha llevado a que esta área del derecho de libre competencia presente un grado de incertidumbre relevante, pues los demandantes siempre intentarán calificar una determinada práctica como venta atada, para favorecerse de la existencia de un ilícito *per se*.⁴⁴

La regulación de las ventas atadas en los EE.UU. está estrechamente ligada a la tesis del *leverage*. Se señalaba que si una empresa era monopolista en un determinado mercado, podía extender su monopolio a un segundo mercado, por la vía de comercializar en forma atada con otro el producto donde gozaba de poder de mercado .

La Escuela de Chicago demostró que los fundamentos de esa tesis eran errados. Un monopolista cobra por su producto A el mayor precio que su poder de mercado le permite. En consecuencia, al intentar vender A en forma atada con el producto B, donde existe un mercado competitivo, no podrá cobrar un precio que le genere utilidades mayores a las que ya gana vendiendo ambos productos por separado.⁴⁵

En consecuencia, se señaló que las ventas atadas respondían a objetivos que no podían calificarse como anticompetitivos. Así, se argumentó que esta práctica permitía la evasión de precios regulados, ya sea en forma legal o mediante un cartel, dificultando la detección de rebajas de precios; que eran una forma de realizar discriminación de precios; y, que facilitaba la protección de la reputación de las empresas, pues les permitiría controlar la forma de uso de sus productos.⁴⁶⁻⁴⁷

Sin embargo, que la teoría del *leverage* esté errada no supone la automática validación de todas las prácticas de ventas atadas. La tesis de Chicago sólo es válida bajo un conjunto de

⁴³ La Corte Suprema de los EE.UU. no se ha pronunciado directamente sobre las ventas atadas, salvo en el voto concurrente en *Jefferson Parish*, donde parece dar lugar a la aplicación de la *rule of reason*, y en *Kodak*, donde vuelve a razonar como si existiera una regla *per se*. Vid. VISCUSI, *et al.* (2005), p. 282.

⁴⁴ HOVENKAMP (2005b), p. 200. Según este autor, se ha llegado a soluciones absurdas para calificar como ventas atadas ciertas situaciones donde evidentemente existe un acuerdo de distribución exclusiva. Así, por ejemplo, frente a un distribuidor exclusivo de motos Yamaha, se podría alegar que se le venden en forma atada las motos y el “derecho a ser un distribuidor Yamaha”. *Ibíd.*

⁴⁵ BORK (1993), p. 371; VISCUSI, *et al.* (2005), p. 267.

⁴⁶ BORK (1993), p. 375 y ss.

⁴⁷ Así, por ejemplo, si un fabricante de impresoras atara a la compra de éstas la suscripción de un contrato de suministro de tinta a los consumidores, aquél controla la calidad de los repuestos utilizados por los consumidores. Nótese que este mismo efecto se puede lograr por vía de derechos de propiedad industrial, por ejemplo, patentando el sistema de cartuchos de tinta, lo que, en los hechos, obliga a los consumidores a comprar sólo repuestos y suministros de empresas autorizadas por el fabricante.

supuestos que no siempre se presentan en la realidad.⁴⁸ Además, nuevos modelos económicos más complejos, han demostrado que las ventas atadas pueden utilizarse para mantener o alcanzar una posición dominante.⁴⁹

e. *Mantención de precios de reventa y sugerencias de precios*

La mantención de precios de reventa es una de las materias más discutidas en la regulación de las restricciones verticales a la competencia. Tempranamente, la Corte Suprema de los EE.UU. en *Dr. Miles*, declaró que la fijación de precios mínimos de reventa era un ilícito *per se*. El razonamiento no era muy complejo. Si la fijación horizontal de precios era ilícita, no había razones para considerar que la fijación vertical de los mismos no lo fuera.

La principal crítica a ese fallo no ha provenido en razón de la decisión del caso concreto, sino por la escasa prolijidad de la Corte al resolver.⁵⁰ La condena señaló que la fijación de precios era ilícita, pero al parecer se basó en la creencia que el acuerdo de fijación de precios se utilizaba como un medio para coordinar un cartel de distribuidores. De esta forma, no es evidente que *Dr. Miles* haya tenido por objeto declarar ilícita la fijación vertical de precios, o si realmente el fallo buscaba condenar la facilitación de la existencia de un cartel.

En fallos posteriores, la doctrina se hizo cada vez más confusa, pues la Corte declaró lícitos mecanismos que permitían soslayar la prohibición impuesta en *Dr. Miles*. La fijación de precios se reemplazó por la “sugerencia” de precios de reventa y la Corte en *Colgate*, declaró que era lícito para un productor negarse a vender a los distribuidores que no aceptaran vender a los precios sugeridos. Posteriormente, en *General Electric* se declaró que la prohibición de *Dr. Miles* no afectaba a los distribuidores que operasen como mandatarios de los productores y no como comerciantes independientes o a los que vendieran los productos en consignación. Con todo, *Parke, Davis*, retrotrajo la discusión, pues declaró ilícita la amenaza de un productor de cortar el suministro a distribuidores mayoristas que no adhirieran a los precios sugeridos. Con ello, el alcance de *Colgate* se redujo a los productores que vendían directamente a distribuidores minoristas, aunque no se aprecia cuál es la razón que justificaría esa distinción. Luego, *Simpson*, en los hechos, revocó la doctrina de *General Electric*, aunque sin decirlo expresamente.⁵¹

⁴⁸ Éstas serían: (1) que el monopolista tenga un monopolio durable y no regulado; (2) que los productos cuya venta se atan se consuman en proporciones fijas; (3) que todos los consumidores tengan preferencias idénticas; y, (4) que no existan eficiencias de integración. SALOP (2008), p. 145.

⁴⁹ VISCUSI, *et al.* (2005), p. 275 y ss.

⁵⁰ HOVENKAMP (2005b), p. 186.

⁵¹ El párrafo anterior sigue de cerca a POSNER (2001), p. 176-181. Según este autor, el punto cúlmine de la confusión fue la declaración de ilicitud de la fijación de precios de reventa máximos en *Albrecht*. En un fallo con un razonamiento muy pobre, la Corte declaró ilícitas estas prácticas por cuanto los precios fijados podían ser muy bajos en relación con los costos de los servicios que los distribuidores debían prestar a los consumidores; porque canalizaba la distribución mediante grandes distribuidores; y, porque el precio máximo podía transformarse en el futuro en el precio mínimo. Estas razones son fácilmente criticables. La primera, asume que los productores no saben resguardar sus propios intereses, ya que si ese fuese el caso, estarían perdiendo ventas; las otras dos no tienen base empírica. Ídem, pp. 182-183. En similar sentido se pronuncia HOVENKAMP (2005b), p. 188. La fijación de precios máximos de reventa permite aminorar el fenómeno de la doble marginalización, disminuyendo

La regla de *Dr. Miles* se mantuvo vigente hasta 2007, cuando fue expresamente revocada por *Leegin*, que estableció que la fijación de precios mínimos de reventa debía ser conocida bajo la *rule of reason*.⁵²

En *Leegin*, una empresa de vestuario deseaba diferenciar sus productos mediante su comercialización en establecimientos pequeños, que otorgaran mejores servicios de pre y post venta a los clientes que los grandes distribuidores, como Wal-Mart. Para asegurar que los distribuidores obtuvieran márgenes suficientes en la venta de los productos, estableció un programa de sugerencia de precios de reventa mínimos, rehusándose a vender a los distribuidores que no aceptaran cobrar esos precios. Adicionalmente, se alegó que la comercialización de sus productos en tiendas de descuento, podría dañar la reputación de la marca. En 2002, el proveedor, Leegin, detectó que PSKS, uno de sus distribuidores, estaba vendiendo toda la línea de productos con un 20% de descuento sobre los precios sugeridos.

Al revocar *Dr. Miles*, la Corte señaló precisamente que ese fallo había asimilado las restricciones verticales a las horizontales, a pesar de sus distintos efectos sobre la competencia, para luego citar la extensa doctrina jurídica y económica de la segunda mitad del siglo XX que favorecía la utilización de la fijación de precios de reventa como una forma de incrementar la eficiencia, sobre la base del recurrido argumento del *free rider*. La Corte señala que, aunque ello no impide que en otros casos estos acuerdos sean usados con fines anticompetitivos, la incertidumbre amerita que su análisis se realice bajo la *rule of reason*. De esta forma, el fallo sigue la tendencia al tratamiento más favorable de las restricciones verticales en sede de libre competencia, iniciado en 1977 con *Sylvania*.

A pesar de la evolución del tema en EE.UU., en la mayoría de los sistemas occidentales la fijación de precios mínimos de reventa continúa siendo un ilícito anticompetitivo. Así, en la UE la práctica ha sido considerada expresamente prohibida por la Comisión, atendido lo dispuesto en el artículo 81(1)(a) del Tratado de Roma, ilicitud que se ha extendido a la fijación de márgenes mínimos, descuentos máximos y fijación de precios a mayoristas.⁵³ La prohibición fue reafirmada en el Reglamento 2790/1999, que incluyó en la lista negra de su artículo 4º a la fijación de precios mínimos de reventa.⁵⁴ La prohibición no incluye la fijación de precios máximos ni las sugerencias de precios.

efectivamente los precios y la posibilidad de que el distribuidor ejerza el poder de mercado de que, eventualmente, dispone. Vid. VISCUSI, *et al.* (2005), p. 282. La Corte Suprema revocaría *Albrecht* en 1997, *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997), ordenando que el análisis debía realizarse bajo la *rule of reason*. A partir de esa fecha, no existe condena alguna por fijación de precios máximos de reventa y no es probable que ello ocurra en el futuro.

⁵² Con todo, cabe recordar que el alcance de *Dr. Miles* ya había sido restringido en dos casos de la década de los 80, que aumentaban la onerosidad de la prueba exigida para establecer la existencia del acuerdo de fijación de precios –*Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984)– y limitaban su aplicación a acuerdos específicos de fijación de precios, no afectando un acuerdo entre un proveedor y un distribuidor para terminar el suministro a una tienda de descuento que no respetaba los precios sugeridos –*Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988).

⁵³ PTOFSKY, *et al.* (2003), p. 646.

⁵⁴ La lista negra se refiere a los acuerdos verticales considerados ilícitos sin perjuicio de la participación de mercado que posean los agentes involucrados. Vid. KORAH (2004), p. 283.

Existen variadas razones al respecto. En lo esencial, se mantiene el argumento básico de *Dr. Miles*, pues la fijación de precios de reventa puede utilizarse como método para facilitar la colusión, al permitir un rápido monitoreo de precios. Adicionalmente, ante la concentración que se ha vivido en el último tiempo en el mercado del *retail* en casi todo el mundo, se señala que la fijación de precios mínimos puede ser utilizada por los grandes distribuidores para aminorar la competencia que enfrentan por parte de distribuidores más pequeños y especializados, con estructuras de costos más livianas y que, en consecuencia, pueden ofrecer menores precios en algunas líneas de productos.⁵⁵

f. Restricciones verticales no referidas a precios

La naturaleza de estas restricciones depende de la naturaleza de los productos y los mecanismos de distribución utilizados. Las más recurridas son los acuerdos de asignación territorial, aunque existen otras, como la diferenciación de los productos comercializados por cada distribuidor (por ejemplo, un productor que maneje dos líneas de productos, una más cara que la otra, puede comercializar sus productos en distribuidores enfocados a distintas clases de clientes) o limitaciones a las formas y métodos de venta (por ejemplo, una prohibición a la venta de los productos por medios electrónicos).

La forma más perfecta de las restricciones verticales es el contrato de franquicia, en que usualmente se recogen casi todas las formas antes señaladas. En la mayoría de los casos, existirán asignaciones territoriales de alguna clase (territorios exclusivos, límites al número máximo de locales por territorio), mecanismos de control de las formas de venta (formato de los locales, servicios que deben prestarse a los consumidores, estándares de limpieza), acuerdos de exclusividad (obligación de adquirir ciertos productos exclusivamente del dueño de la franquicia) e incluso, sugerencia o fijación de precios de venta (incluso con uniformidad de precios en los establecimientos asociados).

Para considerar la licitud o ilicitud de las restricciones, debe siempre tenerse en consideración que los mecanismos de distribución operan como una alternativa para el productor frente a la integración vertical. Un productor de electrodomésticos integrado verticalmente probablemente no mantendría tres locales comerciales a menos de dos cuadras uno del otro, lo que permite evaluar favorablemente las restricciones territoriales establecidas por ese productor en sus contratos de distribución.⁵⁶

La lógica de las restricciones verticales no referidas a precios es la misma detrás de la fijación de precios de reventa.⁵⁷ La distinción con esta última clase de restricciones verticales dice más bien relación con razones históricas que de teoría económica. Frente a la prohibición de la fijación de precios establecida en *Dr. Miles*, las empresas buscaron

⁵⁵ PAREDES (2002), p. 11. El autor señala un ejemplo de fijación de precios de reventa utilizado como herramienta anticompetitiva por parte de grandes tiendas de departamento en el mercado de la distribución de calzado deportivo.

⁵⁶ Puede citarse como ejemplo el efecto de la decisión de la Corte Suprema de EE.UU. en *Schwinn*. Ante la imposibilidad de continuar operando bajo el esquema de distribución territorial cuestionado, la empresa optó por la integración vertical. POSNER (2001), p. 187.

⁵⁷ PTOFSKY, *et al.* (2003), p. 669; HOVENKAMP (2005b), p. 190.

otros medios de alcanzar los mismos objetivos y la jurisprudencia tomó distintas posiciones respecto de ellas a lo largo de los años. La estabilidad sólo llegó con *Sylvania*, en 1977.

En *Sylvania*, previo al establecimiento del sistema de asignación territorial para sus distribuidores, GTE Sylvania (empresa que producía televisores y otros aparatos electrónicos) tenía una participación de mercado baja, entre 1 y 2%. La empresa limitó el número de distribuidores por área geográfica con el objeto de disminuir el número de distribuidores de los productos que competían entre sí y que la distribución estuviera en manos de un grupo más selecto y agresivo. Los distribuidores tenían así incentivos para concentrarse en promocionar más agresivamente los productos de la marca frente a los de marcas competitivas. Como resultado de las restricciones, la participación de mercado de la empresa aumentó sostenidamente hasta llegar a un 5% a los tres años de impuestas las restricciones. En ese contexto, uno de los distribuidores de GTE Sylvania (Continental) solicitó abrir un local en una ciudad que ya tenía otro distribuidor. La empresa se negó y el distribuidor accionó judicialmente.

Más allá de las justificaciones utilizadas por la Corte Suprema de EE.UU. para revocar la regla de ilegalidad *per se* en este caso, los hechos permitían descartar motivaciones anticompetitivas en la imposición de las restricciones verticales, así como efectos nocivos para la competencia derivados de las mismas (como se comprobó por lo demás en la resolución final del caso por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito). Por un lado, la participación de mercado de Sylvania era pequeña, por lo que no había riesgo de exclusión de mercado o de una parte sustancial del mismo para el distribuidor; por otro, existían muchas otras marcas de televisores que podían ser comercializadas por el distribuidor si optaba por abrir un local en un lugar no autorizado por Sylvania, pues los contratos de distribución no eran exclusivos.⁵⁸

De esta forma, existiendo la posibilidad de que las restricciones verticales hayan sido impuestas por razones procompetitivas, no correspondería evaluar estas prácticas bajo una regla de ilicitud *per se*, tal y como fue resuelto por la Corte Suprema de EE.UU.

En la UE estas restricciones se rigen por el Reglamento 2970/1999. En esa regulación, las restricciones territoriales se encuentran en lista negra, al igual que la fijación de precios de reventa. Con todo, se consideran ciertas excepciones, destacando la relativa a sistemas selectivos de distribución, entendidos como la selección de distribuidores sobre la base de parámetros generales y objetivos.⁵⁹⁻⁶⁰

⁵⁸ PTOFSKY, *et al.* (2003), p. 669.

⁵⁹ “Artículo 4º. La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto: (...)”

b) la restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos, excepto:

— la restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador,

— la restricción de ventas a usuarios finales por un comprador que opere a nivel de comercio al por mayor,

g. Importaciones paralelas

Las importaciones paralelas son una forma de soslayar la existencia de restricciones verticales tales como acuerdos de exclusividad o de asignación territorial. Consisten en la importación de productos para su comercialización en el mercado interno por un distribuidor que carece de relación contractual con el productor de dichos bienes. Esta práctica se produce cuando existen diferencias entre el precio del producto en el mercado interno y el precio del mismo en el extranjero, dando lugar al denominado “mercado gris”.

Existen diversas razones para que el precio de un producto sea distinto en diferentes países. Descontadas las diferencias derivadas del tratamiento impositivo, la realidad económica de un país, la eficiencia de sus sistemas de distribución o el grado de competencia que enfrentan los productores, pueden llevar a diferencias relevantes en el precio de los productos. Adicionalmente, pueden influir, entre otros factores, la fortaleza de la marca, existencia de competidores locales relevantes o leyes que fijen precios, o bien, la diferencia de precio puede ser consecuencia de una política de discriminación de precios por parte del productor.

La importancia de esta práctica dice relación con la preponderancia de las importaciones en un determinado mercado y con las condiciones de competencia del mismo. En países productores con mercados competitivos, el fenómeno es relativamente nuevo, mientras que en otros, se produce con relativa frecuencia.

En principio, las importaciones paralelas son lícitas. Una vez que el productor se ha desprendido del producto mediante una venta, carece de derechos sobre el bien y el nuevo dueño es libre de ejercer su derecho de propiedad de la manera que le plazca, incluyendo la posibilidad de reventa. Esta interpretación es propia de la teoría del derecho de propiedad y se basa en el principio de libre circulación de los bienes, vigente en la mayoría de las legislaciones occidentales. De esta forma es posible obviar las limitaciones que imponen ciertas restricciones verticales (particularmente, acuerdos de exclusividad) por la vía de adquirir el producto de una fuente distinta, externa, y luego comercializarlo en el mercado interno.

Frente a esta práctica, los productores pueden tomar ciertos resguardos para mantener la relevancia de sus sistemas de discriminación de precios. Una vía es la inclusión de cláusulas contractuales expresas que limiten los derechos del distribuidor en la reventa del bien. Una formulación típica es la que restringe la venta a consumidores o usuarios finales, en oposición a otros distribuidores, empresas o terceros. Otro mecanismo es la venta sólo

— la restricción de ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva, y

— la restricción de la capacidad del comprador de vender componentes, suministrados con el fin de su incorporación, a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el proveedor;

c) la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva, que opere al nivel de comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado (...).”

⁶⁰

KORAH (2004), p. 284.

en cantidades limitadas, prohibiéndose la venta mayorista. Con todo, estos mecanismos contractuales se enfrentan a diversos problemas. Ante todo, está la doctrina relativa al derecho de propiedad antes citada, que puede tornar en inexigibles los derechos establecidos en dichas cláusulas. Adicionalmente, su infracción en muchos casos puede ser de difícil detección. Por último, aun en caso de detección, el remedio disponible por regla general será una acción de indemnización de perjuicios la que usualmente no evitará la comercialización de los bienes en el mercado interno.

Ante estos problemas, los productores deben recurrir a otros métodos. El más simple es la distribución de sus productos mediante títulos distintos a la propiedad. Así, los productos se entregarán a consignación, o bien, el distribuidor actuará como un mero mandatario del productor, lo que le permite mantener el control sobre el destino y forma de comercialización de los bienes. Un segundo método de control, que se ha revelado mucho más relevante en la economía actual, es el reforzamiento de las restricciones verticales por medio de derechos de propiedad intelectual e industrial.⁶¹

Las normas de propiedad intelectual e industrial facilitan la imposición de restricciones verticales, incluso más allá de las reguladas por el derecho de la libre competencia. Adicionalmente, esas normas son más versátiles que las de libre competencia, pues utilizan dos formas de regulación, el otorgamiento de derechos y facultades específicos para los titulares y las prohibiciones, mientras que las normas antimonopólicas usualmente sólo establecen prohibiciones.⁶² Por último, las normas de propiedad intelectual e industrial en general presentan una mayor precisión en cuanto a su aplicación y a los remedios disponibles.⁶³

En 1922 el gobierno estadounidense reguló por primera vez la importación de bienes del extranjero con el fin de proteger a los titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial, estableciendo restricciones a la importación por terceros de bienes registrados en los EE.UU. bajo la misma marca, la cual fue prohibida, salvo ciertas excepciones.⁶⁴ La regulación, en esencia, permanece vigente hasta hoy.

En los países que componen la UE, las importaciones paralelas han recibido un tratamiento mucho más favorable. En mercados fuertemente regulados, como los europeos, las importaciones paralelas son un medio relevante para presionar a la baja los niveles de precios y romper monopolios locales. La Comisión Europea ha condenado habitualmente las restricciones a las exportaciones impuestas por productores, así como otros mecanismos que han buscado desincentivar las importaciones paralelas. Las restricciones se consideran *per se* prohibidas cuando se aplican entre países pertenecientes a la UE, aunque se tratan con menor severidad si tienen efecto sobre terceros países.⁶⁵

⁶¹ En general, en derecho comparado se usa la noción de “propiedad intelectual” para referirse tanto a la propiedad intelectual como a la industrial, sin perjuicio de identificarse distintas instituciones como el derecho de autor, las marcas registradas y las patentes. En Chile, las normas más relevantes para el tema en estudio pertenecen a la propiedad industrial, sin perjuicio de la aplicación de las normas de propiedad intelectual en ciertos casos, como el *software*.

⁶² MEURER (2003), p. 1872-1873.

⁶³ Íd., p. 1875.

⁶⁴ Vid. *K Mart Corp. v. Cartier, Inc.*, 486 U.S. 281 (1988).

⁶⁵ KORAH (2004), p. 263.

Sólo en los últimos años se ha producido en Europa una discusión que ha llevado a ciertos autores a plantear la necesidad de restringir esta práctica, de forma similar a los EE.UU. Se ha señalado que en industrias que requieren de fuertes inversiones en investigación y desarrollo, pero con bajos costos marginales, como la farmacéutica, se necesita de derechos fuertes que otorguen a las empresas los incentivos necesarios para realizar las ingentes inversiones necesarias.⁶⁶ Se argumenta que, atendida la fuerte discriminación de precios que realiza esa industria, conductas como la venta de medicamentos a bajo precio a países en desarrollo podrían desaparecer si esos medicamentos fuesen comercializados posteriormente en países desarrollados, disminuyendo los márgenes de que gozan las empresas. Adicionalmente, se señala que en caso de permitirse las importaciones paralelas, las distorsiones de precios producidas por regulaciones legales de un país determinado de la Unión Europea, o de otra parte del mundo, se extenderían a todo el mercado común.⁶⁷

h. ¿Es el problema del free rider una justificación válida para las restricciones verticales?

El aprovechamiento por algunos de los esfuerzos de otros ocurre frecuentemente en todos los ámbitos de la economía. La copia de ideas novedosas o atractivas es generalizada y sólo por excepción normas de propiedad intelectual, de competencia desleal o de libre competencia la declaran ilícita. En esencia, la posibilidad de apropiarse de ciertas ideas y técnicas es una noción moderna, que se muestra en la expansión de los derechos de propiedad (exclusivos y excluyentes) en las últimas décadas.

El efecto *free rider* fue propuesto por Telser como explicación de la fijación de precios de reventa en 1960. Posteriormente, la tesis fue propugnada como explicación comprensiva de todas las restricciones verticales por autores como Bork y es hoy la tesis dominante para argumentar la licitud de estas prácticas. Sin embargo, la tesis asume ciertas premisas que no están presentes en todos los casos de restricciones verticales.

La tesis del *free rider* se basa en la provisión de ciertos servicios por los distribuidores que serían considerados esenciales o relevantes para los productores, los cuales no serían provistos en ausencia de los márgenes supracompetitivos que obtendrían esos distribuidores a consecuencia de la aplicación de restricciones verticales. Sin embargo, no todos los productos requieren de la provisión de servicios especiales.⁶⁸ Adicionalmente, es muy probable que, aun sin restricciones verticales, existirían distribuidores que ofrecerían los servicios y otros que no lo harían.⁶⁹ Por otro lado, la imposición de restricciones verticales no supone necesariamente la prestación de los servicios por el distribuidor, el cual simplemente puede recurrir a otros mecanismos de competencia que le resulten menos

⁶⁶ KORAH (2002), p. 973.

⁶⁷ KORAH (2004), p. 266.

⁶⁸ LAO (2008), p. 201.

⁶⁹ En este sentido, se ha propugnado que un mejor método para que el productor obtuviera los servicios que requiere sería mediante contratación directa con el proveedor. Sin embargo, en contra se señala que tal medida aumentaría los costos de transacción y monitoreo de la provisión efectiva de los servicios, por lo que sería inviable. BORK (1993), p. 290.

onerosos y no prestarlos (así, por ejemplo, ocurriría si en vez de prestar los servicios, el distribuidor opta por entregar un regalo con la compra). Otros servicios, como la ambientación del establecimiento comercial, no son susceptibles de *free riding*.⁷⁰ Paradójicamente, en el caso de distribuidores multimarca, como las tiendas por departamento, los servicios a los consumidores no están relacionados con una marca en específico, por lo que si una sola de ellas impusiera restricciones verticales, en esencia, estaría autogenerando el *free riding* que supuestamente trata de evitar.⁷¹

Una explicación alternativa es que las restricciones verticales son impuestas por productores como un incentivo para que los distribuidores promuevan sus productos o, simplemente, para que sean incorporados a su oferta. En esta interpretación, estas restricciones serán típicamente utilizadas por marcas débiles que sin el incentivo de mayores márgenes no serían atractivas para los distribuidores.⁷² Esta explicación es más comprensiva que la de Telser por cuanto no depende de la existencia de *free riding* ni asume que las restricciones verticales son una herramienta para enfrentar ese problema. En efecto, respecto de muchos productos, el único “servicio” que prestará el distribuidor será incluir el producto en sus estanterías.

La explicación anterior no supone una calificación de las restricciones verticales como lícitas o ilícitas *per se*. En efecto, los eventuales efectos para la competencia de éstas estarán dados usualmente por situaciones exógenas a la existencia misma de las restricciones. En particular, debe considerarse la posición negociadora relativa del productor o distribuidor en relación con la restricción impuesta. Como se señaló, en el caso de marcas débiles o productos que se están introduciendo al mercado, el productor tendrá interés en ciertas restricciones verticales que favorezcan la promoción del producto por el distribuidor. Entre éstas se cuentan las asignaciones territoriales, los acuerdos de distribución exclusiva y la fijación de precios mínimos de reventa. En todos estos casos, el productor otorga una protección al distribuidor, disminuyendo su exposición a competencia intramarca. En este tipo de restricciones, el análisis de competencia debe centrarse en la distribución.⁷³

En la situación contraria, esto es, en relación con productores que gocen de poder de mercado o que posean marcas y productos reconocidos y atractivos, el análisis de competencia debe centrarse en la producción. Aquí, los efectos anticompetitivos serán usualmente menores, por cuanto en general no afectarán a los consumidores (ya que se

⁷⁰ GRIMES (2008), p. 186-187.

⁷¹ Uno de los ejemplos clásicos de productos que requieren de servicios adicionales son los productos electrónicos y electrodomésticos, pues se argumenta que requieren de vendedores capacitados, que puedan enseñar al cliente los beneficios de la compra, demostraciones y explicaciones. Sin embargo, suponga que un fabricante de computadores, Asus, lanza un nuevo modelo de notebook, más pequeño y portátil que sus antecesores, con un sistema operativo especial, distinto del dominante Windows. Asus fija una política de fijación de precios de reventa para incentivar a sus distribuidores a capacitar a sus vendedores en demostrar las ventajas de ese producto y por qué no se verán perjudicados por la falta de Windows. Un mes después, Acer lanza al mercado un producto muy similar, pero no asociado a restricciones verticales de ninguna especie, por lo cual tiene un precio ligeramente inferior al de Asus. Ambos productos se venden lado a lado en las grandes tiendas por departamentos.

⁷² LAO (2008), p. 200; GRIMES (2008), p. 187.

⁷³ GRIMES (2008), p. 189.

evita el efecto de doble marginalización y, en cualquier caso, el poder de mercado del productor es preexistente a la restricción vertical impuesta) y estarán dados por los potenciales abusos que pueda cometer el productor respecto de distribuidores débiles, por ejemplo, mediante ventas atadas.⁷⁴

En suma, el razonamiento que explica las restricciones verticales como medio de prevención del efecto *free rider* sólo se aplica en casos limitados. En los demás, parece mucho más relevante un análisis de la situación competitiva de los agentes de mercado que han incurrido en estas prácticas para prevenir su utilización como medio de restricción de la competencia.

i. Las restricciones verticales en la jurisprudencia nacional

A. JURISPRUDENCIA TEMPRANA DE LAS COMISIONES PREVENTIVA CENTRAL Y RESOLUTIVA

En Chile, las restricciones verticales han sido objeto de un tratamiento particularmente riguroso. En efecto, durante los primeros años de vigencia del DL 211, los organismos de defensa de la competencia desarrollaron una jurisprudencia contraria a cualquier tipo de restricciones que limitasen las condiciones de comercialización de los productos.

Esta regulación se basaba en una interpretación literal de la norma original del artículo 2º c) del DL 211, que señalaba “(...) se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia, los siguientes: (...) c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo o de varios productores; d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros (...)”.⁷⁵

Ante la amplitud de las hipótesis establecidas en el DL 211, los organismos de defensa de la competencia subsumieron en ellas los acuerdos verticales más comunes. En ese entendimiento, se consideraba contraria a la competencia cualquier restricción, fuese exclusividad en la distribución,⁷⁶ restricciones territoriales⁷⁷ o fijación de precios de reventa,⁷⁸ impuesta por vía contractual a distribuidores que operaran en forma independiente del productor.

⁷⁴ Íd., p. 188.

⁷⁵ Texto original del DL 211, publicado el 22 de diciembre de 1973.

⁷⁶ Comisión Preventiva Central, Dictamen N°20 (1974); Dictamen N°24 (1974); Dictamen N°48 (1974); Dictamen N°55 (1974); Dictamen N°56 (1974). Comisión Resolutiva, Resolución N°19 (1975); Resolución N°28 (1977).

⁷⁷ Comisión Preventiva Central, Dictamen N°32 (1974); Dictamen N°55, citado; Dictamen N°133 (1976).

⁷⁸ Comisión Preventiva Central, Dictamen N°11 (1974); Dictamen N°20, citado; Dictamen N°32, citado. Comisión Resolutiva, Resolución N°19, citada; Resolución N°25 (1976); Resolución N°33 (1977).

Adicionalmente, las Comisiones declaraban reiteradamente que ese mismo tipo de restricciones eran lícitas en cuanto fuesen impuestas a distribuidores que actuaran como mandatarios del productor, esto es, que en la comercialización de los productos operasen bajo cuenta y riesgo de este último. Las Comisiones, aplicando la normativa civil sobre mandato, establecían que en ese caso, los distribuidores estaban obligados a seguir las instrucciones del mandante por lo que podían existir todo tipo de restricciones.

Un buen resumen de esta doctrina temprana se encuentra en el Dictamen N°55, de 15 de noviembre de 1974: “Si la distribución de un producto se efectúa por medio de la venta que hace del mismo el productor al comerciante mayorista, o a uno minorista, o el mayorista al minorista, no es lícito al vendedor, productor o mayorista en su caso, imponer al comprador, mayorista o minorista, limitaciones a la libre disponibilidad del producto, que le corresponde como dueño del mismo, ni al ejercicio de su actividad comercial. Ello, porque siendo un comerciante independiente, que actúa por su propia cuenta y riesgo, mediante la compraventa se hace dueño del producto que adquirió para revender y no se divisa la razón por la cual el vendedor deba mantener una tutela sobre el producto vendido o sobre la actividad comercial del comprador”.⁷⁹

En cualquier caso, la doctrina de los organismos antimonopolio nacionales era representativa del estado de la discusión en el derecho comparado, pues es notoria su cercanía a la argumentación de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Schwinn* de 1967.⁸⁰

Sin embargo, como es también posible apreciar, no había propiamente un razonamiento económico detrás de esta interpretación, sino más bien se trataba de resolver los asuntos de libre competencia recurriendo a conceptos conocidos de derecho privado, por lo que sufría de los mismos problemas que la Escuela de Chicago hizo presente en relación con la jurisprudencia norteamericana.⁸¹

En los hechos, la doctrina seguida en esta época considera ilícitas todas las restricciones verticales, aun las libremente consentidas entre agentes económicos. En efecto, se declara que si el distribuidor actúa en forma independiente, esto es, bajo su propia cuenta o riesgo es libre de comercializar el producto de la manera que le plazca, considerándose

⁷⁹ Dictamen N°55, citado.

⁸⁰ “Cuando el productor retiene el título, dominio y riesgo respecto del producto, y la posición y función del distribuidor es, en los hechos, indistinguible de la de un mandatario o vendedor del productor, solo en caso que la restricción sea ‘irracionalmente’ restrictiva de la competencia, surgirá una violación a la sección §1 por esa restricción” (traducción libre del original: “[w]here the manufacturer retains title, dominion, and risk with respect to the product and the position and function of the dealer in question is, in fact, indistinguishable from an agent or salesman of the manufacturer, it is only if the impact of the confinement is ‘unreasonably’ restrictive of competition that a violation of § 1 results from such confinement” (*Schwinn*, citado). Esta era la llamada doctrina del “*free trader*”. Se ha señalado que tal interpretación se basaba en la noción que los distribuidores eran comerciantes pequeños, que no podían ejercer mayor contrapeso a los productores. Fox (2002), p. 982. *Schwinn* sería revocado en 1977 por *Sylvania*.

⁸¹ Sin perjuicio de ello, esta resolución intuitiva del problema goza de un cierto sentido común. En efecto, si el distribuidor operaba como mandatario, en los hechos se da una situación de integración vertical, que debía ser evaluada en su propio mérito. Por otro lado, como se verá, los efectos de esa interpretación llevaron a la declaración de legalidad casi *per se* de las importaciones paralelas.

anticompetitivos los acuerdos contractuales en contrario. De este modo, parece asumirse que, en adición a los eventuales efectos anticompetitivos de estas prácticas, los distribuidores están siempre en una posición de debilidad frente a los productores al momento de negociar.

La situación anterior derivó en la proliferación de representantes que actuaban bajo “mandato” del productor de los bienes, o bien, que operaban bajo un sistema de “consignación”. De esta forma se cumplía con el requisito de que la venta fuese “por cuenta y riesgo” del productor de los bienes y los productores (o los distribuidores) podían establecer todo tipo de restricciones.

En cualquier caso, aún en esta época, existieron pronunciamientos aislados de la jurisprudencia que permitieron restricciones verticales en casos calificados. Uno de los más relevantes fue el resuelto mediante el Dictamen N°42 (9 de agosto de 1974), sobre distribución de productos Savory. En él se introduce por primera vez como elemento de análisis la existencia de poder de mercado, toda vez que una de las razones para permitir la exclusividad en la distribución por el locatario fue “la circunstancia que cuatro establecimientos de restaurantes y fuentes de soda, en Santiago, expendan única y exclusivamente helados ‘Savory’, existiendo muchísimos otros que expenden productos de esa y otras diversas marcas [no genera una restricción para la competencia]”.

También es una rara excepción *FNE con Santillana* (1980), que declaró legítimo un sistema de fijación de precios de reventa establecido por un grupo de casas editoriales bajo la excusa que dichos valores se utilizaban para efectos de calcular el monto a pagar a los autores por concepto de derecho de autor y que los precios fijados sólo constituían una sugerencia.⁸²

B. ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA

Los primeros fallos que muestran un cambio de tendencia en esta materia son los Dictámenes N°728 (9 de enero de 1990) y N°808 (11 de junio de 1992). Lo relevante de estos fallos es que se alejan de la tesis más restrictiva antes descrita y por primera vez consideran como elemento de análisis el grado de competitividad del mercado. En particular, en ambos casos, los contratos se declararon lícitos precisamente por referirse a mercados “competitivos”. En particular, el Dictamen N°808, fue un poco más allá y declaró que los acuerdos de distribución exclusiva sólo eran relevantes para la competencia en caso que no existiera competencia o bienes alternativos de otras marcas.⁸³

⁸² Más allá de la calificación de la fijación de precios de reventa como ilícita o no, el razonamiento de esta resolución es particularmente deficiente. Por un lado, no considera la posibilidad de que el sistema se esté utilizando como medio de coordinación de precios entre las casas editoriales, lo cual era pertinente tomando en cuenta que se trataba de una restricción vertical sustentada en un acuerdo horizontal. En relación con la justificación esgrimida basada en el derecho de autor, la Comisión no se cuestiona si existen otros medios para cumplir con esa labor que generen menores riesgos para la competencia. Finalmente, como medida de transparencia, se ordenó a las editoriales transparentar los descuentos que otorgaban a las librerías, facilitando aun más la coordinación de precios.

⁸³ Adicionalmente, y sin perjuicio de la validez del acuerdo, el dictamen reafirma la licitud de las importaciones paralelas, en concordancia con la doctrina chilena sobre la materia. Véase, *infra*, nota 88 y texto acompañante.

Los acuerdos de exclusividad volvieron a la palestra pública con el requerimiento interpuesto por la FNE contra la Cervecería CCU Chile Ltda. (“CCU”), el cual se basaba en la imposición por parte de esa empresa a sus distribuidores minoristas de cláusulas de distribución exclusiva y de promoción y publicidad exclusiva. La causa llegó a término mediante avenimiento entre las partes, aprobado por el TDLC con fecha 23 de julio de 2008.

La causa se sustentaba, más que en las restricciones verticales impuestas a los distribuidores, en el poder de mercado del productor. En efecto, de acuerdo al requerimiento de la Fiscalía, CCU gozaba de una participación de mercado sobre el 90% en el canal de distribución de botillerías y almacenes, de modo que las restricciones verticales podían efectivamente excluir de ese mercado a nuevos competidores.⁸⁴ A ello se sumaba una participación de mercado general superior al 80%.

En ese contexto, el avenimiento alcanzado entre las partes excluye la posibilidad de establecer cláusulas de exclusividad en los contratos de distribución de CCU con bares, hoteles, restaurantes, pubs y discotecas, así como reducciones de precios o reembolsos en función del cumplimiento de metas de participación del productor en las adquisiciones o ventas del distribuidor. Se permitió, sin embargo, el establecimiento de cláusulas de publicidad exclusiva, aunque sujetas a plazos cortos.⁸⁵ El avenimiento fue aprobado sin observaciones por el TDLC.⁸⁶

Cabe destacar que, sin perjuicio del acuerdo alcanzado con CCU, la FNE realizó una declaración en el acta de avenimiento, en que señala que, en su opinión “en general, el establecimiento por acuerdo o imposición, de exclusividad en el suministro de bienes y servicios de un proveedor a un distribuidor, o de prohibición al distribuidor de adquirir o exhibir bienes o servicios de otro u otros proveedores, o de reducciones de precios o reembolsos en función del cumplimiento de metas de participación del proveedor en las adquisiciones o ventas del distribuidor, o de otras restricciones verticales similares, tiende a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, pues incrementa artificialmente los costos en que deben incurrir los demás proveedores para competir, excluyéndolos en todo o en parte”. Luego, extiende esos supuestos efectos anticompetitivos a la publicidad y promoción exclusiva.⁸⁷

Si bien es comprensible que la agencia encargada de velar por la libre competencia mantenga una posición restrictiva en relación con las prácticas verticales, la declaración de la FNE parece propia de otra época. En efecto, como se ha señalado anteriormente, considerar que las restricciones verticales son anticompetitivas por excluir del mercado a ciertos agentes, sólo ocurre en compañía de una posición dominante por parte del proveedor o del distribuidor, o en mercados altamente concentrados, pero no puede

⁸⁴ Requerimiento de la FNE contra CCU (8 de marzo de 2008), Causa Rol C N°153-08, pp. 19-20.

⁸⁵ Avenimiento entre la FNE y CCU (9 de julio de 2008), pp. 5-7.

⁸⁶ En este mismo sentido, puede citarse *Philip Morris con Chiletobacos* (2005), que sancionó la imposición por Chiletobacos de ciertas restricciones verticales que impedían la libre comercialización de los productos de sus competidores. Con todo, nuevamente, el punto más relevante fue la participación de mercado de sobre el 95% de Chiletobacos que convertía cualquier restricción vertical en efectiva exclusión de sus competidores. El fallo fue confirmado por la Corte Suprema con fecha 10 de enero de 2006.

⁸⁷ Avenimiento entre la FNE y CCU, citado, pp. 1-2.

argumentarse que se trate de la regla general. Por el contrario, la actitud *prima facie* en el derecho comparado es considerar que se trata de prácticas lícitas. Lo relevante en estos casos no es la existencia misma de una restricción vertical, sino si los aumentos de costos a que se vean sujetos los competidores a causa de ella son de tal magnitud que impiden que aparezcan nuevos entrantes igual de eficientes que los participantes actuales del mercado, o bien, si en los hechos se produce la exclusión de otros actores.

C. IMPORTACIONES PARALELAS

Las importaciones paralelas son un tema de relativa novedad en el ámbito de la libre competencia en el mundo desarrollado, pues la discusión se ha centrado en sede de propiedad intelectual o industrial. En Chile, por el contrario, se trató de una discusión que se desarrolló tempranamente.

Esta situación puede explicarse por dos razones. Ante todo, Chile era un país con escasa producción propia de bienes manufacturados. Adicionalmente, en los años setenta la economía se abrió y se rebajaron los aranceles de importación a niveles muy bajos, considerando la época lo que permitió la libre importación de bienes a bajo costo. Esta facilidad para adquirir bienes en el extranjero y comercializarlos en Chile afectaba principalmente a los distribuidores exclusivos de los bienes respectivos, pues la posibilidad de importar libremente esos productos impulsaba a la baja los precios.

En muchas ocasiones, los distribuidores debían cumplir con una serie de requisitos para obtener esa categoría e intentaban resarcirse de los costos producidos mediante mayores márgenes. Sin embargo, con la apertura de las fronteras, el poder de mercado que esos distribuidores podían obtener de su exclusividad para la comercialización de productos atractivos para los consumidores quedaba limitado por el valor de importación de esos mismos bienes. Algo similar ocurría respecto de sistemas de distribución con asignación territorial. Aun cuando según los acuerdos contractuales sólo podía existir un número determinado de distribuidores “oficiales” en una cierta área geográfica, nada impedía que alguien realizara una importación de los mismos productos y los comercializara libremente en la misma zona.

Los organismos de defensa de la competencia debieron pronunciarse en varias ocasiones sobre esta materia. En el marco de la extrema liberalidad imperante en los primeros años de vigencia del DL 211, las importaciones paralelas fueron expresamente permitidas aun en contra de los términos excluyentes de contratos de distribución de los mismos productos. Las comisiones señalaron que las importaciones paralelas generaban efectos beneficiosos para los consumidores, al impulsar los precios a la baja.⁸⁸ Adicionalmente, se utilizaron argumentos de derecho privado, esta vez, el principio del efecto relativo de los contratos, para establecer que las restricciones impuestas en acuerdos contractuales sólo podían afectar a quienes los suscribían, pero no a terceros.⁸⁹

A mayor abundamiento, las comisiones cuestionaron la conducta de quienes intentaban impedir la libre importación o comercialización de bienes importados sobre la base de

⁸⁸ Dictamen N°236 (1979).

⁸⁹ Dictamen N°808, citado.

acuerdos de exclusividad o asignación territorial, por considerar que se trataba de una conducta efectuada con el fin de entorpecer la competencia. La jurisprudencia se mantuvo constante con posterioridad.⁹⁰

Sin perjuicio de lo anterior, es posible inferir que la división de la jurisdicción en nuestro sistema ha llevado a la coexistencia de soluciones contradictorias en esta materia. Aunque en sede de competencia las importaciones paralelas son perfectamente lícitas, existen casos en que los titulares de derechos de propiedad industrial han ejercido directamente las acciones que les otorga la Ley N°19.039, en orden a solicitar la incautación de los bienes, causando un perjuicio aun más grave a la competencia, pero que queda fuera de la jurisdicción de los organismos de defensa de la competencia. Por el contrario, al considerarse que esas acciones corresponden al ejercicio legítimo de los derechos otorgados por la referida ley, fueron expresamente validadas por la jurisprudencia de las Comisiones Preventiva Central y Resolutiva.⁹¹

El pronunciamiento más relevante de los antiguos organismos antimonopolios en relación con la utilización de acciones de propiedad industrial para efectos de la imposición de restricciones verticales es *Ricardo Rodríguez con Epson I* (2002). El caso consistía en la utilización reiterada por parte de los titulares de las marcas Epson de las acciones de la Ley N°19.039 para entorpecer la importación de productos al país, acusando que se trataba de productos falsificados. Los hechos del caso parecen indicar que se trataba más bien de una estrategia destinada a fortalecer un acuerdo de exclusividad junto a un sistema de fijación de precios de reventa. Para estos efectos, Epson Chile S.A. entregó al Servicio Nacional de Aduanas una lista de precios FOB de los productos de esa marca, que señalarían los valores mínimos de importación, con objeto de que, en caso que se presentaran valores inferiores, se procediera a la incautación de los productos.

La Comisión señaló que “las denunciadas, en diferentes sedes, tanto jurisdiccionales como administrativas, han intentado impedir el ingreso de los productos importados por la denunciante alegando la falsedad o la falsificación de los mismos. Sin embargo y apreciando los antecedentes del proceso en conciencia, esta Comisión estima que no se ha logrado acreditar en forma fundada que dichos productos sean falsificados” (considerando 7°). Adicionalmente, se cuestionó que el único elemento utilizado por Epson Chile S.A. para efectos de establecer la autenticidad de los productos fuese el precio de importación, que contradecía dichos de la propia empresa en autos, donde reconocía que muchas veces los productos podían tener precios más bajos que sus precios de lista en el extranjero, como resultado de ofertas y liquidaciones de *stock* de distribuidores extranjeros. Todo lo anterior, en apreciación de la Comisión, configuraba un abuso de acciones judiciales con objeto de entorpecer la competencia. Con todo, la Corte Suprema, en fallo de 30 de julio de 2002, revocó *Ricardo Rodríguez con Epson I*, sobre la base de que el ejercicio de las acciones judiciales que otorga la ley no puede considerarse como un ejercicio abusivo de derechos.⁹²

⁹⁰ Véanse, a modo de ejemplo, los Dictámenes N°579, N°863, N°1157, N°1158, N°1187 y N°1272.

⁹¹ Véanse los Dictámenes N°814 (1992), confirmado por Resolución N°382, las Resoluciones N°533 (1998) y N°649 (2002).

⁹² Las mismas partes volvieron a enfrentarse en sede de competencia. *Ricardo Rodríguez con Epson II* (Sentencia N°58, 14 de agosto de 2007) ordenó a Epson Chile S.A. abstenerse de realizar campañas publicitarias que den a entender, directa o indirectamente, que los únicos insumos originales

La jurisprudencia se ha mantenido sin cambios aun tras la instalación del TDLC. Así, en *Audiomúsica con Lagas* (2008) señala “Que, por ello, es oportuno declarar que, desde el punto de vista de la legislación de defensa de la libre competencia, nada le impide al demandante importar en forma directa productos auténticos y originales, aun cuando la marca correspondiente esté inscrita a nombre de un tercero” (considerando 9º).

El mismo tribunal había ratificado anteriormente esa doctrina en *ChevronTexaco*, donde señaló “el registro de una determinada marca comercial, si bien protege al titular de cualquier intento, por terceros, de utilizar legítimamente el respectivo signo distintivo, no lo faculta para impedir que ellos importen y comercialicen en el país productos legítimos de la misma marca” (considerando 2º).

Adicionalmente, el TDLC ha manifestado su falta de competencia para conocer de las alegaciones relacionadas con la titularidad y alcance de los derechos de propiedad industrial, lo que ha impedido establecer con claridad los límites en el ejercicio de esos derechos.

Con todo, se han observado tímidos pronunciamientos sobre la materia. Así, se ha fallado que “a juicio de este Tribunal, el ejercicio del derecho de exclusividad que confiere una marca comercial sólo puede constituir una infracción a la libre competencia en la medida que se aparte o desvíe de la función esencial del mismo (...) y tenga, en cambio, por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia (...) Que la finalidad o función esencial del derecho de marca de un colegio consiste en evitar la confusión en los consumidores sobre el origen empresarial de los servicios educacionales de su titular (...)” (*Rivas con American British School*, considerandos 34º y 35º).

D. FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA

Al igual que otras restricciones verticales, la fijación de precios de reventa fue considerada inicialmente ilícita por las comisiones antimonopolio, por el consabido argumento de la independencia del *retailer* frente al productor, salvo que exista una relación de consignación o mandato. Con todo, a diferencia de otras restricciones verticales, la práctica ha sido mayoritariamente declarada ilícita hasta época reciente. Cabe hacer presente eso sí que aún no existe un pronunciamiento directo del TDLC sobre la materia.

Las decisiones judiciales no han sido uniformes. En algunos casos se ha aceptado la licitud de los sistemas de fijación de precios de reventa, mientras que en otros se ha distinguido la imposición de la mera sugerencia de precios. Así, *Macías con Toyota* (2001) no reprochó la existencia del sistema atendida la competitividad del mercado donde operaba, la venta de repuestos para automóviles. Por su parte, *CCU* (1989) permitió la sugerencia de precios por el productor, porque en el caso concreto era parte de una promoción limitada en el tiempo.⁹³ Otros pronunciamientos derechamente establecieron la ilicitud de las sugerencias de precios cuando se efectuaban en forma general.⁹⁴

disponibles en el mercado corresponden a los de su distribución. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema por fallo de 26 de diciembre de 2007.

⁹³ En el mismo sentido, Dictamen N°668 (1988).

⁹⁴ Dictamen N°1088 (1999).

Puede decirse que, en general, las comisiones antimonopolio no consideraron como justificaciones válidas de esta práctica el argumento del *free rider*, la defensa de la reputación de la marca o la necesidad de provisión de servicios especiales.⁹⁵ En ciertos casos, la fijación de precios de reventa fue declarada ilícita aun cuando constituyese una mera sugerencia de precios. La principal consideración de las comisiones estuvo dada por los efectos que se producían en el mercado. De este modo, aun cuando se tratase de una mera sugerencia, si ella tenía la aptitud para provocar una uniformidad de precios en el mercado, era considerada una práctica contraria a la libre competencia.⁹⁶

Recientemente, en *Guerra del Plasma*, una de las empresas requeridas argumentó que sus acciones estuvieron justificadas por la imposición de sistemas de fijación de precios de reventa por parte de los proveedores de artículos electrónicos.⁹⁷ De esta forma, la actividad promocional cuestionada por esa empresa, en los hechos significaba una discriminación arbitraria a su respecto. En relación con esta alegación, el TDLC argumentó siguiendo una tesis que comparte algunos de los elementos de la doctrina del *free rider*, aunque en una versión más atenuada, señalando que la imposición de este tipo de restricción por los productores tiene por finalidad obligar a los distribuidores a competir en dimensiones distintas al precio, por ejemplo, mediante servicios de publicidad, formas de exhibición de los productos o promociones.

Con todo, de acuerdo a los hechos establecidos en la sentencia, en *Guerra del Plasma* fueron los grandes distribuidores los que solicitaron a los proveedores la imposición de estos sistemas para asegurarse un margen mínimo en la venta de los productos. Como se señaló anteriormente, la imposición de sistemas de fijación de precios de reventa por parte de los distribuidores evidencia que el poder de mercado está radicado en ese nivel de la cadena de distribución. El sistema no puede justificarse en la prevención del *free riding* en un distribuidor multimarca (por el contrario, podría incluso fomentarlo), salvo respecto de nichos muy específicos. Por otro lado, atendidas las características del mercado, los grandes distribuidores no competían en la provisión de los servicios supuestamente deseados por los proveedores,⁹⁸ sino por condiciones crediticias y regalos asociados a la compra. En este sentido, cualquier beneficio procompetitivo del sistema de fijación de precios de reventa desaparece.⁹⁹

E. ACUERDOS DE ASIGNACIÓN TERRITORIAL. CLÁUSULAS RADIALES EN CENTROS COMERCIALES

Atendido el lenguaje utilizado originalmente por el DL 211, los acuerdos de asignación territorial fueron declarados ilícitos por las comisiones antimonopolio. Se entendía que la

⁹⁵ PAREDES (2002), p. 14.

⁹⁶ Dictamen N°1160 (2001), confirmado por Resolución N°626 (2001).

⁹⁷ *Guerra del Plasma*, vistos 3.8.

⁹⁸ A este respecto, es sintomática la creciente aparición de vendedores especializados en las grandes tiendas de departamentos, pero que dependen no de ella, sino del proveedor de la respectiva marca. Así, pareciera que en los casos en que los proveedores requieren de la provisión de servicios especiales para fomentar la compra de sus productos, éstos se contratan directamente, sin esperar a que los distribuidores lo hagan por propia voluntad como efecto de restricciones verticales.

⁹⁹ Véase PALDOR (2007), p. 36.

determinación de territorios exclusivos suponía una “asignación de zonas de mercado” y, en consecuencia, estas cláusulas eran ilícitas, salvo que se siguiera la tesis del mandato.

Progresivamente, las cláusulas de asignación territorial fueron miradas en forma más permisiva por las comisiones. Uno de los primeros ámbitos donde se pudo observar este cambio de criterio fue en los contratos de distribución que creaban “cadenas” de locales o, derechamente, franquicias.¹⁰⁰ Se entendía que en este tipo de acuerdos se producía una suerte de integración de vertical entre productor y distribuidor que replicaba hasta cierto punto la lógica del “mandato” utilizada en relación con las restricciones verticales. En este sentido, se permitieron los primeros acuerdos de asignación de territorios.

Esta modificación en el criterio de las comisiones fue puesta a prueba en 2001, al revisarse por la Comisión Resolutiva las cláusulas radiales establecidas en los contratos de arriendo de locales en el *mall* Plaza Vespucio. Los contratos impedían al arrendatario participar indirectamente en la propiedad, arriendo o gestión de uno o más establecimientos comerciales que vendieran los mismos productos que el local arrendado, bajo la misma marca comercial o nombre de fantasía que estuvieran ubicados en un radio de 2 a 5 kilómetros del centro comercial Plaza Vespucio.

La Comisión Resolutiva en *Plaza Vespucio* declaró que esas limitaciones eran lícitas, por ser consistentes con la comunidad de intereses entre el arrendador y el arrendatario de atraer más clientes a los locales del *mall*, señalando que el establecimiento de locales comerciales a una distancia tal que fuesen competitivos incluso podría constituir una conducta de competencia desleal. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión ordenó dejar sin efecto todas aquellas estipulaciones contractuales que significaran, en caso de infracción a las cláusulas radiales, la imposición de multas compensatorias, moratorias o de otra naturaleza, aunque dejó a salvo el derecho del arrendador de poner término anticipado al contrato.¹⁰¹

Plaza Vespucio contó con la oposición de la FNE y fue posteriormente revocado por la Corte Suprema, por fallo de 19 de agosto de 2003. La Corte señaló que las cláusulas radiales impedían a los locatarios de un centro comercial expandir sus actividades a otros sectores y pretendían evitar que otros centros comerciales pudiesen contar con determinados establecimientos comerciales, coartando la libertad de elección de los consumidores. La

¹⁰⁰ En derecho comparado, las restricciones verticales asociadas a los contratos de franquicias han sido objeto de un tratamiento más benévolo, por cuanto se les asocia a los efectos de una integración vertical. Algo similar ha ocurrido en el derecho chileno. Así, el Dictamen N°884 (1993) declaró lícitas las restricciones verticales impuestas por el productor a establecimientos comerciales independientes (incluyendo la fijación de precios de reventa), pero que pertenecían a una misma cadena, esto es, que eran identificados por el público como relacionados con el productor y no como establecimientos independientes. En el mismo sentido, el Dictamen N°942 (1995), reconociendo la competitividad del mercado en que la conducta tendría efectos (distribución de calzado) también declaró lícitas las condiciones impuestas a los locales independientes. El TDLC se ha manifestado en forma similar en *Socofar* (2006), en que reconoce la validez de las cláusulas de exclusividad en contratos de franquicias, incluso validando la imposición de un sistema de fijación de precios de reventa. Cabe destacar que este último caso fue conocido por el TDLC por consulta de la FNE y que el franquiciante gozaba de posición dominante.

¹⁰¹ Se argumentó que la imposición de multas suponía una restricción a la capacidad de los competidores de Plaza Vespucio para atraer a los locatarios ya establecidos en éste, constituyendo así una barrera de salida.

Corte, adicionalmente, señaló que las cláusulas suponían una asignación geográfica de mercados (esto es, volviendo a una interpretación literal del DL 211 vigente a la época) y la mantención de un mercado cautivo en un determinado radio geográfico.

Finalmente, la Corte Suprema consideró la posibilidad de abuso de posición dominante por parte del centro comercial, pues la inexistencia de alternativas competitivas en un determinado radio geográfico podría prestarse para el cobro de precios abusivos por el arriendo de los locales.

Ambos fallos, el de la Comisión Resolutiva y el de la Corte Suprema, son bastante pobres en sus razonamientos y carecen de un análisis económico sobre los efectos de las cláusulas radiales en el mercado relevante. Con todo, el fallo de la Corte Suprema parece haber sido influenciado por circunstancias de hecho que daban cuenta de una intención anticompetitiva, pues las cláusulas radiales cuestionadas fueron incorporadas a los contratos de arriendo sólo después de anunciada la construcción de un centro comercial ubicado a 900 metros del *mall* Plaza Vespucio. En cualquier caso, el fallo de la Corte Suprema es ligeramente más sofisticado al incluir el concepto de abuso de posición dominante en el análisis de los efectos de la restricción vertical planteada.

En efecto, la correcta decisión del caso debió haber considerado la posición competitiva del *mall* en el mercado relevante. Es conocido que los *malls* se han posicionado como un canal de distribución particularmente relevante para ciertos tipos de comercios. En este sentido, la inclusión de cláusulas restrictivas en los contratos de arriendo debía ser analizada a la luz de su potencialidad para excluir a un potencial entrante y mantener cautivos a los comercios ya establecidos que de otra forma no podrían acceder al público objetivo. Adicionalmente, era posible utilizar medios menos restrictivos de la competencia para obtener los mismos fines. Así, la circunstancia que el pago de las rentas esté ligado en un porcentaje a las ventas de los locales obliga al arrendatario a considerar el impacto en sus costos que tendría la apertura de un nuevo local en las cercanías.

En apoyo a la licitud de esas cláusulas, el propietario del *mall* podría argumentar que se han realizado inversiones relevantes para proveer distintos servicios a los locatarios (ambientación, estacionamientos amplios, seguridad, confort para los consumidores) que les benefician directamente al atraer una mayor clientela. Tales costos sólo pueden ser amortizados en un plazo más o menos extenso de tiempo y, en este sentido, resulta lógico que el propietario exija un compromiso de parte de los arrendatarios. En tal caso, lo relevante para establecer la licitud de las cláusulas será la extensión geográfica y temporal de las mismas.¹⁰²

j. Conclusiones

Las restricciones verticales son uno de los tópicos más discutidos en el derecho de la libre competencia, como lo muestran las radicales modificaciones que ha sufrido su tratamiento en las últimas décadas. Con todo, en los últimos años se ha producido un cierto consenso, impulsado por los avances en las teorías económicas en cuanto a que, en la generalidad de

¹⁰² Un excelente análisis de la relevancia y efectos económicos de los centros comerciales en el mercado del *retail* chileno en GALETOVIC y SANHUEZA (2007), p. 11 y ss.

los casos, estas prácticas no tienen efectos anticompetitivos *per se*. Así, se ha reconocido que los acuerdos verticales, en cuanto pretenden replicar hasta cierto punto los efectos de una integración vertical no pueden ser considerados anticompetitivos en casos en que la alternativa de la integración sea lícita. Por otro lado, un análisis de los incentivos en juego, lleva a la conclusión de que las restricciones verticales impuestas por productores, por regla general, estarán alineadas con los intereses de los consumidores.

Con todo, lo anterior no supone que estas prácticas deban quedar fuera del ámbito de análisis de los organismos de defensa de la competencia, como se pretendió por algunos autores. Las restricciones verticales tienen la potencialidad de producir efectos anticompetitivos, aunque, en general, se requerirá para ello que se den en compañía de otras circunstancias, particularmente la existencia de poder de mercado por parte de distribuidores, hecho cada vez más común en las economías modernas. En este sentido, es destacable la exención de bloque existente en la UE para los acuerdos verticales ejecutados por agentes con una participación de mercado inferior al 30%. Adicionalmente, en mercados concentrados no debe obviarse la potencialidad de prácticas como la fijación de precios de reventa para operar como medio facilitador de la existencia de carteles.

La jurisprudencia chilena ha avanzado desde una posición muy estricta hacia un análisis más sofisticado, que reconoce la existencia de justificaciones económicas y de eficiencia para estas prácticas. Con todo, aún no se ha presentado la oportunidad para que el TDLC se pronuncie en profundidad sobre ellas, salvo por casos donde han existido evidentes posiciones dominantes. En este sentido, la tolerancia hacia estas prácticas en el derecho chileno permanece en suspenso.

Un punto adicional a considerar es la doctrina chilena sobre importaciones paralelas. Las restricciones verticales impuestas mediante el uso de derechos de propiedad industrial han sido rechazadas consistentemente en sede de libre competencia, jurisprudencia reafirmada por el TDLC. Con todo, las presiones que se han sentido en los últimos años con miras a reforzar la protección de esos derechos, así como las modificaciones legales que han llevado la discusión a la sede jurisdiccional civil, pueden generar transformaciones relevantes en esta área en los próximos años.

BIBLIOGRAFÍA

- BORK, Robert (1993): *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself* (New York, The Free Press) 479 pp.
- CALKINS, Stephen (2008): "Wrong Turns in Exclusive Dealing Law", en: PITOFISKY, R. (edit.), *How the Chicago School Overshoot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (New York: Oxford University Press), pp. 156-178.
- COASE, Ronald H. (1937): "The Nature of the Firm", *Economica*, 1937, vol. 4, N° 16, pp. 386-405.
- FOX, Eleanor M. (2002): "Parallel Imports, the Intrabrand/Interbrand Competition Paradigm, and the Hidden Gap between Intellectual Property Law and Antitrust", *Fordham International Law Journal*, Abril 2002, N° 25, pp. 982-986.
- GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo (2007): *Un análisis económico de la fusión entre D&S y Falabella*. Informe presentado en la causa rol NC 199-07. Disponible en: www.tdlc.cl.
- GRIMES, Walter S. (2008): "The Sylvania Free Rider Justification for Downstream-Power Vertical Restraints: Truth or Invitation for Pretext?", en: PITOFISKY, R. (edit.), *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (New York: Oxford University Press), pp. 181-195.
- HOVENKAMP, Herbert (2005a): *Federal Antitrust Policy* (St. Paul, Thomson West) 841 pp.
- (2005b): *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press) 878 pp.
- KORAH, Valentine (2004): *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* 8ª ed. (Oxford, Hart Publishing) 460 pp.
- (2002): "'Consent' in relation to Curbs of Parallel Trade in Europe", *Fordham International Law Journal*, Abril 2002, N° 25, pp. 972-981.
- LAO, Marina (2008): "Free Riding: An Overstated, and Unconvincing Explanation for Resale Price Maintenance", en: PITOFISKY, R. (edit.), *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (New York: Oxford University Press), pp. 196-232.
- MEURER, Michael (2003): "Vertical Restraints and Intellectual Property Law: Beyond Antitrust", *Minnesota Law Review*, June 2003, N° 87, pp. 1871-1912.
- PALDOR, Ittai (2007): "Vertical Restraints' Paradox: Justifying the Different Legal Treatment of Price and Non-Price Vertical Restraints", SSRN eLibrary, Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951609>.

- PAREDES M., Ricardo. Vertical Controls in Newly Regulated Economies: Lessons from the Theory and Practice of RPM. Departamento de Economía. Facultad de Ciencias Administrativas. Universidad de Chile, 2002, vol. 182, 19 pp.
- PITOFISKY, Robert; GOLDSCHMID, Harvey J. y WOOD, Diane P. (2003): Trade Regulation. Cases and Materials 5^a ed. (New York, Foundation Press, Thomson West) 1358 pp.
- POSNER, RICHARD (2001): Antitrust Law 2^a ed. (Chicago, Illinois, The University of Chicago Press) 304 pp.
- (1981): "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality", University of Chicago Law Review, 1981, vol. 48, N° 1, pp. 6-26.
- SALOP, Steven C. (2008): "Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago Has Overshot the Mark", en: PITOFISKY, R. (edit.), How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust (New York: Oxford University Press), pp. 141-155.
- TELSER, Lester (1960): "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?", Journal of Law and Economics, Octubre 1960, N° 3, pp. 86-105.
- VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph y VERNON, John M. (2005): Economics of Regulation and Antitrust 4^a ed. (Cambridge, Massachusetts, The MIT Press) 953 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

A. Estados Unidos

- Albrecht v. Herald Co.* 390 U.S. 145 (1968)
- Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988)
- Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039
- Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36
- Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 220 U.S. 373 (1911)
- Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*, 112 S.Ct. 2072 (1992)
- General Leaseways v. National Truck Leasing Assn.*, 744 F.2d 588 (7th Cir.1984)
- International Salt Co. v. United States*. 332 U.S. 392 (1947).
- Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2
- K Mart Corp. v. Cartier, Inc.*, 486 U.S. 281 (1988)
- Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.* 340 U.S. 211 (1951)
- Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007)
- Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984)
- Standard Oil Co. of California v. United States* 337 U.S. 293 (1949)
- State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S.3
- Topco Associates, Inc. v. United States*, 405 U.S. 596 (1972)
- United States of America v. Visa U.S., Inc.*, 163 F.Supp.2d 322 (S.D.N.Y. 2001)
- United States v. Arnold, Schwinn & Co.* 388 U.S. 365 (1967).
- United States v. Dentsply International, Inc.*, 399 F.3d 181 (2005)
- White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963)

B. Chile

B.1 COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL

Plásticos del Pacífico (1974): Dictamen N°11, 15 de marzo de 1974
Empresa Nacional de Distribución (1974): Dictamen N°20, 5 de junio de 1974
Williamson Balfour I (1974): Dictamen N°24, 7 de junio de 1974
Chilean Autos (1974): Dictamen N°32, 15 de junio de 1974.
Savory (1974): Dictamen N°42, 9 de agosto de 1974.
Disputada de Las Condes (1974): Dictamen N°48, 10 de octubre de 1974.
Fábrica de Ácido Sulfúrico (1974): Dictamen N°55, 15 de noviembre de 1974.
Williamson Balfour II (1974): Dictamen N°56, 19 de noviembre de 1974.
Diesel Chilena (1976): Dictamen N°133, 6 de octubre de 1976.
Compañía Chilena de Tabacos con Sodici (1979): Dictamen N°236, 22 de noviembre de 1979.
Artofi (1986): Dictamen N°579, 30 de octubre de 1986.
CNC con Savory y CCU (1988): Dictamen N°668, 26 de agosto de 1988.
Neumáticos de Chile (1990): Dictamen N°728, 9 de enero de 1990.
Nichimen Corporation (1992): Dictamen N°808, 11 de junio de 1992.
Laboratorio Berenguel con Laboratorio Chile (1992): Dictamen N°814, 4 de agosto de 1992.
Internacional Manquehue con Hugo Boss (1993): Dictamen N°863, 13 de julio de 1993.
Kodak (1993): Dictamen N°884, 26 de noviembre de 1993.
Forus (1995): Dictamen N°942, 19 de julio de 1995.
General Motors Chile (1999): Dictamen N°1088, 26 de noviembre de 1999.
Bence Equipment con Agro Parts (2001): Dictamen N°1157, 18 de mayo de 2001.
Maquinaria Minera China con Maquinaria China (2001): Dictamen N°1158, 18 de mayo de 2001.
Patitas Negras con Pet Market e IAMS (2001): Dictamen N°1160, 1° de junio de 2001.
SDM con Ecotec (2001): Dictamen N°1187, 30 de noviembre de 2001.
Chile Trading con ASIMCO (2003): Dictamen N°1272, 3 de noviembre de 2003.

B.2 COMISIÓN RESOLUTIVA

FNE con Automotores Franco Chilena (1975): Resolución N°19, 5 de noviembre de 1975
Grayde con Sedylan (1976): Resolución N°25, 24 de marzo de 1976
FNE con Pisqueras (1977): Resolución N°28, 19 de enero de 1977
Exportadores de Algas con Banco Central (1977): Resolución N°33, 3 de agosto de 1977
FNE con Santillana (1980): Resolución N°71, 31 de enero de 1980.
CCU (1989): Resolución N°327, 16 de agosto de 1989.
Laboratorio Chile con Volta (1998): Resolución N°533, 16 de diciembre de 1998.
Macías con Toyota (2001): Resolución N°625, 9 de octubre de 2001.
Ricardo Rodríguez con Epson I (2002): Resolución N°637, 9 de enero de 2002.
Unimarc con Nestlé (2002): Resolución N°649, 9 de mayo de 2002.
Plaza Vespucio (2003): Resolución N°681, 12 de marzo de 2003.

B.3 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ChevronTexaco (2005): Resolución N°5/2005, 5 de mayo de 2005.
Philip Morris con Chiletobacos (2005): Sentencia N°26, 5 de agosto de 2005.

Socofar (2006): Resolución N°15/2006, 3 de agosto de 2006.

Ricardo Rodríguez con Epson II (2007): Sentencia N°58, 14 de agosto de 2007.

Rivas con American British School (2008): Sentencia N°62, de 12 de marzo de 2008.

Guerra del Plasma (2008): Sentencia N°63, 10 de abril de 2008.

Audiomúsica con Lagas (2008): Sentencia N°68, 18 de junio de 2008.

Avenimiento CCU (2008): Resolución que aprobó el avenimiento entre la FNE y CCU, 23 de julio de 2008.

B.4 CORTE SUPREMA

Ricardo Rodríguez con Epson I (2002): Corte Suprema, 30 de julio de 2002.

Plaza Vespucio (2003): Corte Suprema, 19 de agosto de 2003.

Philip Morris con Chiletobacos (2006): Corte Suprema, 10 de enero de 2006.

Ricardo Rodríguez con Epson II (2007): Corte Suprema, 26 de diciembre de 2007.