

LOS ACUERDOS VERTICALES DE REPARTICIÓN DE MERCADOS

Trabajo de grado presentado por:
NATALIA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Dirigido por:
CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHITA Ph.D.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MONOGRAFÍA JURÍDICA PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADA
BOGOTÁ
2014

LOS ACUERDOS VERTICALES DE REPARTICIÓN DE MERCADOS

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

RESUMEN

Con la presencia de nuevos métodos de distribución indirecta de bienes y servicios, se han venido desarrollando contratos que incluyen cláusulas generales o particulares que limitan la libre actuación en el mercado de algunos de los miembros de las cadenas productivas; algunas de estas cláusulas pueden configurar acuerdos de distribución restrictiva. En los diferentes países, la regulación y la aplicación que de la normativa de libre competencia que adelantan las autoridades de competencia para este tipo de acuerdos, no es uniforme y pueden describirse aproximaciones muy diferentes. Con este escrito, se buscará encontrar cuál es la mejor manera de regular el tema de las restricciones verticales de territorio, y si esta regulación puede tener incidencia en la apertura del mercado en un país y en el acercamiento que se tenga frente a los contratos de distribución.

PALABRAS CLAVE

Competencia Intra-Marca, Competencia Inter-Marca, Apertura económica, Acuerdos verticales de repartición de territorio.

VERTICAL TERRITORIAL AND CUSTOMER RESTRICTIONS

ABSTRACT

New methods that allow producers to distribute goods and services have soothed the development of contracts that include general or specific clauses that limit the freedom of market agents in production chains. Some of these clauses are vertical territorial and customer restrictions. The regulation of such restrictions varies in different countries; also, the authorities have had different approaches when sanctioning these conducts. This paper aims to find which one is the best way to regulate vertical agreements, and whether this regulation may have an impact on a country's openness to trade and on its approach to distribution contracts.

KEY WORDS

Intra-brand competition, Inter-brand competition, Openness to trade, Vertical territorial and customer restrictions.

TABLA DE CONTENIDO

Nota de Advertencia.....	2
Resumen.....	2
Palabras Clave.....	2
Abstract.....	3
Key Words.....	3
TABLA DE CONTENIDO	4
I. INTRODUCCIÓN	6
1. El Caso Japonés.....	7
2. El Problema Jurídico y la Relevancia del Tema	9
II. MARCO CONCEPTUAL	11
1. Las Restricciones Verticales de Repartición de Mercado.....	11
1.1. Las Eficiencias.....	12
1.2. Los Efectos Nocivos.....	14
2. La Apertura Económica	16
3. Los Contratos de Distribución, Suministro, Agencia Comercial y Franquicia.....	18
3.1. Generalidades.....	18
3.2. Efectos para la Competencia	20
III. RESTRICCIONES VERTICALES DE TERRITORIO	21
1. Estados Unidos	21
1.1. La Regulación sobre las Restricciones Verticales de Territorio	21
1.2. Apertura del Mercado	30
2. Unión Europea	30
2.1. Competencia del Tribunal Europeo	30
2.2. Aplicabilidad del Artículo 101.....	31

2.3. Restricciones Especialmente Graves y Restricciones por Objeto	32
2.3. El Desarrollo Inicial.....	36
2.4. La Interpretación Moderna.....	39
2.9. Apertura del Mercado	50
3. Chile.....	51
3.1. La Regulación Sobre Restricciones Verticales de Territorio.....	51
3.2. La Doctrina Temprana	51
3.3. Una Nueva Interpretación	52
3.4. Apertura del Mercado	57
4. Colombia.....	58
4.1. La Regulación sobre las Restricciones Verticales de Territorio	58
4.2. Apertura del Mercado	68
IV. CONCLUSIONES Y OPINIÓN PERSONAL.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	73
1. Libros.....	73
2. Artículos de Revistas Especializadas	74
3. Web.....	76
4. Leyes y Actos Administrativos Colombianos	77
6. Sentencias Estadounidenses.....	77
7. Regulación y sentencias europeas	77
8. Regulación y Sentencias Chilenas.....	78
9. Otros.....	78
Notas al Final.....	79

I. INTRODUCCIÓN

En la segunda mitad del siglo XIX, la industrialización cambió la forma de hacer negocios en Estados Unidos y en otros países desarrollados. En esta época, la competencia por precios en diferentes mercados fue sumamente fuerte a raíz de la sobreoferta de bienes. Esto fue tan grave, que no se alcanzaba a cubrir los costos en muchos mercados, incluyendo el ferroviario. Los dueños de los ferrocarriles, y los de otras empresas que producían bienes básicos para la economía, en este contexto, acordaron fijar un precio para que alcanzaran a cubrir sus costos. Para estas empresas, no era fácil monitorear que sus competidores cumplieran con los acuerdos; por ende, se crearon los *trusts*, figuras a las que se entregaba las acciones de cada uno de los participantes de un acuerdo. Una vez se entregaban las acciones, se perdía la facultad de direccionar económicamente la empresa (fijar precios, calidades y cualquier condición de la demanda) (*The Men Who Built America*, 2012).

Los *trusts* corporativos operaban a lo largo y ancho del país para fijar precios y distribuir mercados. Estos conglomerados estaban usando su poder económico para expulsar del negocio a sus competidores, ganar ventajas injustas de sus proveedores y aumentar los precios a los consumidores (Gerber, 2010).

Las normas existentes se mostraron insuficientes para controlar las actitudes codiciosas asumidas por los carteles, ya que estaban cobijados por principios como los de libertad contractual e interés público. Como respuesta a lo anterior, en 1890 el Congreso de los Estados Unidos expidió una ley, cuyo proyecto fue presentado por el Senador John Sherman, con el propósito de prohibir las conductas que tendieran a limitar la libre competencia (Peritz, 1996).

Para alcanzar este objetivo, la Ley Sherman prohibió toda conducta que limitara el comercio, a nivel nacional o internacional, sin importar que esta fuera un acto de una sola

empresa o un acuerdo entre varias compañías. Al día de hoy, esta ley es la piedra angular del derecho *antitrust* en los Estados Unidos, aunque hay otras normas que señalan los principios bajo los cuales se debe resolver este tipo de conductas (Miranda, 2013).

Como éste fue el primer acercamiento que, en el mundo, se tuvo al derecho de la competencia, no es sorprendente que legislaciones más recientes hayan usado los mismos conceptos que aparecen en la Ley Sherman, aunque hayan introducido modificaciones sustanciales a la estructura básica de esta norma. En la Unión Europea, por ejemplo, los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (que se sustituyeron por los artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam y, posteriormente, por el artículo 101 del Tratado de Lisboa - Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) incluyen una prohibición general contra las prácticas anticompetitivas y una lista de conductas prohibidas (Miranda, 2013).

La función principal de las políticas de libre competencia es la de contribuir a la eficiencia económica del mercado. Las normas que regulan la ocurrencia de prácticas comerciales restrictivas buscan, entonces, mantener y promover condiciones de competencia en los mercados; esto beneficia a los consumidores, porque les permite elegir entre más productos que se venden a un menor precio (Tamayo Álvarez, 2010).

1. EL CASO JAPONÉS

Según el profesor David Gerber (2012), en la década de 1980, los Estados Unidos ejerció una gran presión sobre el gobierno japonés para que este país fortaleciera su regulación sobre derecho de la competencia. Esta presión se incrementó con el déficit comercial de Japón durante la década de los ochenta; así fue cómo argumentaron que las prácticas anticompetitivas de las empresas japonesas creaban barreras que entorpecían su crecimiento.

Se creó, entonces, un nuevo modelo legislativo en materia de competencia, en la década de los noventas, que buscaba vigorizar las empresas japonesas. Uno de los temas centrales de este modelo era el de las restricciones verticales. Las restricciones verticales son “*disposiciones establecidas mediante imposición o a través de un acuerdo, destinadas a regular la interacción entre agentes económicos independientes situados en diferentes niveles de una cadena de producción (estructura vertical)*” (Fiscalía Nacional Económica, 2013). “*Se trata de prácticas o acuerdos entre un productor y un distribuidor, o entre un vendedor mayorista y otro detallista, o en general entre dos empresas que operan en secuencia en una cadena de producción y distribución de un bien*” (Miranda, 1997). Estos acuerdos o prácticas impiden o pueden limitar la libertad empresarial de competir en el mercado.

Los funcionarios norteamericanos urgieron a los japoneses a aumentar sus acciones de puesta en observancia de la ley sobre restricciones verticales de la competencia, a pesar de que, para ese momento, la ideología antimonopolios norteamericana había considerado que este tipo de acuerdos eran benéficos¹. Tal inconsistencia sugirió que los funcionarios norteamericanos estaban usando el derecho de la competencia como una herramienta de negociación para beneficiar empresas norteamericanas (Gerber, 2012). En efecto, los canales de distribución se encontraban prácticamente cerrados a empresas extranjeras, debido no solo a la presencia de acuerdos verticales entre los actores de las diferentes cadenas de producción, sino a la costumbre de celebrar contratos a muy largo plazo en los que influían, en gran medida, relaciones familiares y amistades entre familias. Los americanos, más que abogar porque hubiera una competencia justa a nivel mundial, buscaron hacer una estrategia comercial para entrar en los diferentes mercados japoneses.

Hoy en día, la economía japonesa centra su atención en relaciones verticales: hay grupos empresariales en los que se encuentran tanto las empresas proveedoras como las vendedoras. En ellas, se asegura el suministro y las cadenas de distribución y se reducen riesgos (Gerber, 2012). La presión ejercida por Estados Unidos, entonces, no produjo los resultados esperados por este país.

Sin embargo, de la anterior anécdota surgen interrogantes, que se procurarán resolver en esta monografía jurídica: ¿Cuál es la mejor manera de regular las restricciones verticales de la competencia? ¿Podría esta regulación afectar la apertura del mercado en un país, o el acercamiento que se tiene a contratos como los de distribución?

2. EL PROBLEMA JURÍDICO Y LA RELEVANCIA DEL TEMA

En esta oportunidad, se buscará encontrar cuál es la mejor manera de regular el tema de las restricciones verticales de territorio, y si esta regulación puede tener incidencia en la apertura del mercado en un país y en el acercamiento que se tenga frente a los contratos de distribución. Para investigar lo anterior, se hará un ejercicio de derecho comparado, que ayudará a determinar cómo se regula estos casos en diferentes jurisdicciones. Además, se analizará cuáles han sido los efectos de esta regulación en los índices de apertura económica y en el desarrollo de los contratos de distribución.

En cada país, una regulación sobre restricciones verticales puede tener efectos diferentes. Es por esto que se buscará encontrar, entre las distintas jurisdicciones, factores que permitan determinar cuál es el acercamiento que se debería tener en un país como Colombia para tratar estas conductas. Los regímenes que se analizarán serán los de Estados Unidos, la Unión Europea, Chile y Colombia. Los primeros dos, se eligieron debido a que sus regulaciones sobre libre y leal competencia son un ejemplo a seguir alrededor del

mundo y a que las posiciones que han tomado con respecto a este tema son diametralmente diferentes. Por otro lado, se analizará el caso chileno porque éste es un país latinoamericano en el que se ha incursionado fuertemente en el tema de libre competencia.

Primero, entonces, se dará un marco conceptual que servirá para entender el tema del que se hablará en esta oportunidad: se explicará en qué consisten las restricciones verticales de repartición de territorio y clientela, la apertura económica y los contratos de distribución. En segundo lugar, se analizará cómo se han regulado los acuerdos verticales de repartición de mercados en las jurisdicciones mencionadas más arriba, y cuáles han sido los efectos que esta regulación ha tenido. Por último, se explicará cuál debería ser el tratamiento legal que, en Colombia, se le debe dar a la distribución restrictiva.

En Colombia, como se estudiará más adelante, el tratamiento de las restricciones verticales de territorio ha sido reducido: la Superintendencia de Industria y Comercio (“SIC”) ha expedido muy pocas resoluciones tratando este tema. La doctrina, por su parte, a la hora de tratar el tema del contrato de distribución, no considera las consecuencias que el mismo puede tener para el derecho de la competencia, a pesar de que puede tener un gran impacto en su desarrollo.

La relevancia de esta monografía jurídica radica en el hecho de que ayudará a determinar cuál debe ser el acercamiento que se debe tener frente a la regulación sobre distribución restrictiva, partiendo de la experiencia de las jurisdicciones relacionadas antes. Si tener mayores limitaciones frente a este tipo de restricciones puede llevar a una apertura del mercado podría decirse que tienen un rol positivo en la economía, o si pueden impedir que se distribuyan los recursos de manera eficiente, sería factible concluir que ellas tienen un rol negativo en la economía.

Se procederá, entonces, a dar un acercamiento a los conceptos de “restricciones verticales de repartición de mercado”, al de diferentes contratos relacionados con este tema y al de “apertura económica”.

II. MARCO CONCEPTUAL

1. LAS RESTRICCIONES VERTICALES DE REPARTICIÓN DE MERCADO

La regulación que exista sobre acuerdos como los de seguridad territorial y de franquicia exclusiva, es la que se analizará a continuación. A este grupo de acuerdos se les denominará acuerdos de “restricción vertical de territorio”, de “distribución restrictiva” o “acuerdos verticales de repartición de mercados”. La Fiscalía Nacional Económica de Chile (2013), define a estos acuerdos como aquellos en los que “se asigna al distribuidor un territorio en el cual no enfrenta competencia intra-marcaⁱⁱ.”

Según el artículo “Exclusive Territorial Arrangements and the Antitrust Laws” (1964), el término “seguridad territorial” se refiere a acuerdos según los cuales un distribuidor se compromete a vender únicamente en un área geográfica específica, o a no vender a clientes cuya residencia o lugar de trabajo se encuentre por fuera de esa área. El acuerdo de seguridad territorial comúnmente se acompaña por otros, como el de “franquicia exclusiva”, de acuerdo al que el productor le asigna a distribuidores y mayoristas un territorio, dentro del que asegura que no venderá a nadie diferente. El tratamiento que se le ha dado a este tipo de acuerdos ha sido históricamente inestable.

La regulación que se ha desarrollado en diferentes jurisdicciones sobre este tipo de restricciones ha sido variada. Las restricciones verticales, en general, son ambiguas por naturaleza, ya que pueden causar impactos anticompetitivos y, al mismo tiempo, generar eficiencias importantesⁱⁱⁱ. Hoy en día, el análisis de los acuerdos verticales de repartición de

mercado desde el punto de vista del derecho de la competencia, tiene un mayor acercamiento a la regla de la razón^{iv} en la mayoría de los países del mundo, ya que se considera que un acuerdo vertical restringe el comercio irrazonablemente si así se comprueba con factores económicos; lo que cambia radicalmente de país en país, es la presunción de legalidad o de ilegalidad que tiene una determinada conducta, que hace que la autoridad de competencia persiga en mayor o menor medida cierto tipo de acuerdos (Marques de Carvalho, Verissimo, Burnier da Silveira, 2013). Esto se da porque hay menores incentivos para desarrollar este tipo de prácticas si se consideran ilegales *per se*, ya que la autoridad de competencia puede probar la ilegalidad de las conductas más fácilmente en estos casos.

1.1. LAS EFICIENCIAS

Las estructuras verticales se enfrentan a una serie de variables: los precios, la cantidad que los distribuidores compran, la cantidad que eventualmente compran los consumidores, la ubicación de los distribuidores, entre otras. Algunas de estas variables son controladas por el productor y, otras, por los distribuidores. De la misma manera, mientras que unas decisiones sólo afectan a una de las partes, otras pueden ser determinantes en las utilidades de toda la estructura vertical; su descentralización, entonces, genera externalidades, que pueden producir ineficiencias si no se manejan correctamente. Es por esto que se considera que hay escenarios en los que resulta eficiente tener restricciones verticales (Rey, 2003). Según Carlos Uribe (2009) hay dos (2) escenarios en los que un acuerdo vertical de restricción de precios puede ser eficiente.

Un primer escenario está relacionado con productos que pertenecen a categorías de marcas débiles. En esta situación, el productor esperará que el distribuidor fomente el mercadeo y la promoción de los productos y la marca en las áreas asignadas para

incrementar la demanda agregada del producto (Hay, 1987). También se pueden dar incentivos para que el distribuidor exclusivo realice campañas publicitarias o de impulso de la marca, de manera que pueda recuperar las inversiones que realice, lo que facilitaría la entrada de un nuevo producto al territorio asignado (GTE Sylvania v. Continental TV, 1977). La publicidad generada por el vendedor es barata, y muy efectiva a la hora de convencer al cliente de comprar una marca específica; ésta puede consistir, incluso, en poner los productos en un lugar determinado de la tienda. Estos beneficios no se deben poder adquirir con otros medios de mercadeo menos restrictivos (Grimes, 1992).

En un segundo escenario, se podría justificar la imposición de restricciones verticales por la complejidad misma del producto. Las inversiones que realiza un distribuidor sobre los productos del fabricante podrían ser aprovechadas por otros distribuidores que no incurren en estos costos, por lo que podrían vender los mismos bienes a un precio menor; a esto se le conoce como la externalidad de los *free-riders*, o como “competencia parasitaria” (Barrera, 2014). Lo anterior podría hacer que no se presentara el esquema de mercadeo esperado por el productor, y que tuviera que acudir a otro esquema de distribución, posiblemente, menos eficiente (Hay, 1987). Es importante mencionar que esta externalidad no se da para los servicios post-venta, ni para los servicios promocionales pre-venta, que pueden generar ventas más altas. El productor puede requerir que el distribuidor realice importantes inversiones, por lo que la restricción del territorio puede incentivar al distribuidor a realizarlas; Klein y Murphy dicen que esto es un mecanismo para asegurar el cumplimiento del contrato (Grimes, 1992). De esta manera, se podría dar solución a la externalidad del *free-rider*. Así, por ejemplo, se podría fomentar la prestación de servicios post-venta, que son servicios de los que, normalmente, se aprovechan estos *free-riders* (Barrera, 2014).

No todos los consumidores se benefician de los acuerdos verticales de la misma manera. Así, por ejemplo, una persona que compre grandes cantidades de un bien y que conozca mucho sobre sus características, no se beneficiará tanto con los servicios pre-venta y post-venta como otra que nunca ha comprado ese bien en específico. Estos consumidores, conocidos como “inframarginales”, se verán perjudicados, ya que tendrán que pagar un precio mayor como consecuencia de la reducción de competencia intra-marca; es posible que los perjuicios que sufran, superen a los beneficios de los demás consumidores. En este caso, el acuerdo dejará de ser eficiente (Hay, 1987).

Asignar mercados de manera vertical puede garantizar, además, que se preste el bien o servicio en mercados en donde los distribuidores, en condiciones normales, no querrían vender el producto determinado.

Restringir la competencia intra-marca puede ser beneficioso para el productor, que es quien asume más riesgos dentro de la cadena de producción. En efecto, este agente es quien asume la mayor cantidad de costos hundidos: Es mucho más fácil para los distribuidores (salvo casos excepcionales) distribuir productos diferentes de lo que es para el productor producir bienes o servicios de naturaleza distinta. Adicionalmente, es este agente el encargado de realizar los análisis del mercado para estudiar si la venta de un determinado producto es rentable. El hecho de que le beneficie incentiva el desarrollo de nuevas empresas y fomenta el crecimiento de las ya existentes, lo que es beneficioso para la economía.

1.2. LOS EFECTOS NOCIVOS

El profesor Hay (1982) explica que el propósito y el efecto de las restricciones verticales es el de reducir la competencia intra-marca y subir los márgenes de utilidad de los productores. El grado en el que estas restricciones reducen la competencia intra-marca

varía dependiendo del tipo de restricción y de las condiciones que la rodean. Cuando hay contratos de franquicia exclusiva acompañados por contratos de seguridad territorial, por ejemplo, la competencia intra-marca se elimina por completo en un determinado territorio.

Según Grimes (1992), para que estos acuerdos puedan dar un beneficio a la sociedad, deben superar el efecto de varios tipos de costos de bienestar, que están asociados con su uso. Entre ellos se incluyen el costo de cualquier disminución en la calidad de la información que se le da a los consumidores, los costos de monitoreo que tiene el productor, y los costos de la disminución de competencia.

En primer lugar, como los distribuidores tendrían el incentivo de promocionar la marca del productor, es posible que se venda a un precio más alto que el del mercado, o que se esté promocionando una marca de baja calidad. Esto se debe a que la presencia de una competencia intra-marca hace que los distribuidores tengan menos incentivos para hacer una promoción de los productos que no sea objetiva. Los distribuidores no mencionarán al comprador que existen otros productos más competitivos en el mercado; esto es perjudicial para la competencia, porque disminuye el grado de información objetiva a la que tienen acceso los consumidores (Grimes, 1992).

En segundo lugar, Grimes (1992) señala que la manera más barata de distribuir un producto consiste en que una persona lo compre en la puerta de la fábrica. Cuando el productor se involucra en la regulación de las prácticas del mercado, se generan unos costos relacionados con el cumplimiento del contrato y otros con la implementación de la restricción. Es claro que estos costos deberían medirse contra los de las gestiones que los productores, en un escenario normal, seguirían si las restricciones no se permitieran. En este sentido, los costos de las restricciones verticales se deben comparar con los de publicidad, los de hacer descuentos o, incluso, los de hacer una integración vertical. Lo

anterior sirve para asegurarse de que la restricción vertical es, en efecto, la opción más eficiente.

Por último, estos acuerdos afectan directamente la competencia entre distribuidores y, como resultado, los comportamientos del productor. Por ende, las restricciones verticales alteran las interacciones estratégicas entre estructuras rivales^v. Se puede decir, entonces, que modificar la competencia intra-marca afectará o puede afectar la competencia inter-marca. Muchos ensayos han mostrado cómo los acuerdos de seguridad territorial y franquicia exclusiva pueden reducir la competencia inter-marca, ya que reducen sus incentivos de vender a menores precios. Por lo anterior, los distribuidores responderán cuando sus competidores suban los precios, no cuando los bajen (Rey, 2003). Los costos que los vendedores se ahorren en sistemas de distribución más eficientes probablemente no sean trasladados al consumidor como un precio más bajo del producto (Grimes, 1992). Este tipo de restricciones verticales, por ende, son más ineficientes cuando la competencia inter-marca es precaria, es decir, cuando el productor tenga poder de mercado.

Además, bajo ciertas circunstancias, las restricciones verticales pueden cerrar el acceso al mercado y evitar la entrada de competidores potenciales; por ejemplo, con la presencia de acuerdos de exclusividad, los productores se verán obligados a crear sus propios canales de distribución. Cuando un nuevo competidor de alguno de los participantes de la cadena de valor entra al mercado, se fomenta la competencia en la industria, ya que se aumenta la competencia inter-marca; consecuentemente, se reducen las utilidades comunes de los participantes. Por ende, la estructura vertical procurará, en muchos casos, cerrarse (Rey, 2003).

2. LA APERTURA ECONÓMICA

Con la apertura económica, se estimula el intercambio de productos entre los países, reduciendo la mayor cantidad posible de barreras con las que las empresas se puedan encontrar al momento de tejer relaciones comerciales.

Una apertura económica lleva a que se incremente la oferta de los productos; en efecto, las empresas nacionales empiezan a competir con empresas extranjeras. Esto hace que se reduzcan los precios de los productos y que haya una mayor variedad de productos disponibles para el consumidor. Adicionalmente, las empresas deben incrementar su eficiencia, ya que habrá más y mejores competidores en el mercado, mejorando su organización administrativa y adquiriendo nuevas maquinarias que les permitan reducir sus costos. Los grandes beneficiados por este sistema son los consumidores. En efecto, según Mauricio Cárdenas (2013), la apertura económica “trae consigo grandes beneficios, como la ampliación de las posibilidades de elección y de intercambio, al tiempo que aumenta la eficiencia y disciplina en los mercados”^{vi}.

Los agentes económicos pueden experimentar impactos en sectores que sufren por las mayores exigencias que trae consigo la competencia, sin que obtengan oportunidades compensatorias. Lo anterior hace que sea “necesario el desarrollo de instituciones económicas y sociales indispensables para asegurar la equidad en las reglas globales de comercio y finanzas” (Cárdenas, 2013). Es necesario tener un nivel de competitividad alto, para poder obtener beneficios económicos de la apertura económica. Como lo señaló José Antonio Ocampo (2001):

No basta con las políticas macroeconómicas; la definición de estrategias de desarrollo que apunten a inducir innovaciones y construir complementariedades productivas parece ser un camino que las economías abiertas de la región no pueden dejar de tomar.

Según la Organización Mundial del Comercio (OMC), el comercio mundial se redujo de 5.3% a 3.3% en 2013. Adicionalmente, la Inversión Directa Extranjera se redujo un 18% en 2012 (Finger, Michael, 2013). El comercio internacional ha sido una de las principales herramientas para aumentar la prosperidad mundial a lo largo de los últimos 60 años; es por esto que estas cifras son preocupantes, y que se debe buscar posibles soluciones para esta caída.

La apertura al comercio promueve el crecimiento económico; las economías más abiertas han crecido más rápido que las cerradas, especialmente en los periodos de liberalización comercial (De Gregorio, 2004). Es difícil encontrar ejemplos de economías pequeñas con ingresos altos que no estén integradas con el resto del mundo.

Los acuerdos verticales de repartición de mercado, pueden subir los costos que las empresas deben enfrentar al entrar a competir con las compañías existentes en el mercado geográfico donde se presentan dichos acuerdos, siendo así que se pueda generar restricciones a la apertura del mercado (Comanor & Frech, 1985). En el caso japonés, parece que la esperanza de Estados Unidos era que al restringirse la presencia de acuerdos verticales se facilitara la apertura del comercio en este país. Si es así, debería ser una labor de las entidades dedicadas a la realización de investigaciones económicas, incluir dentro de sus valoraciones la rigidez de la regulación existente sobre las restricciones verticales en los diferentes territorios que generan efectos negativos sobre la apertura económica de los países.

3. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN, SUMINISTRO, AGENCIA COMERCIAL Y FRANQUICIA

3.1. GENERALIDADES

En los contratos de distribución, una parte, llamada “distribuidor”, adquiere a título de compraventa los bienes producidos por la otra parte, que es el fabricante de los mismos, para comercializarlos a otros distribuidores o a los consumidores finales. A cambio, el fabricante le da al distribuidor un porcentaje, que puede ser un descuento sobre el precio de venta del producto (Peña Nossa, 2006). En estos contratos, las partes intervinientes desarrollan sus actividades de manera independiente y el distribuidor actúa a nombre propio. En Colombia, la distribución es un contrato atípico (Saldarriaga, 2010).

El suministro, según el artículo 968 del Código de Comercio (C.Com.), es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

Por su parte, en la agencia comercial, que es un contrato regulado en el artículo 1317 C.Com. y siguientes, un comerciante asume en forma independiente y con ánimos de permanencia el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. En el contrato de agencia comercial, podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de 2 o más competidores.

La franquicia es un contrato atípico, en el que una parte, denominada franquiciante, le otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franquiciado, para que venda productos o servicios de su titularidad, a cambio de una contraprestación de carácter económico. El franquiciante, en estos casos, otorga al franquiciado las licencias de propiedad industrial pertinentes para que éste explote el negocio que fue ingeniado por el primero y le da el uso de sus marcas y signos distintivos; lo anterior incluye uniformidad en

el aspecto de los establecimientos de comercio. Además, le comunica conocimientos secretos para realizar el negocio, constitutivos del *know how*, y le presta servicios tendientes a una buena explotación del negocio, como, por ejemplo, estudios del mercado (Saldarriaga, 2010).

3.2. EFECTOS PARA LA COMPETENCIA

En la presencia de contratos como los descritos anteriormente, puede haber efectos dañinos para la libre competencia económica. En muchos de estos contratos se pueden constituir acuerdos verticales entre empresas independientes que operan en planos distintos de la cadena productiva y que, por ello, son susceptibles de vulnerar o restringir la libre competencia en el segmento de la venta al público (Cascón, 2009).

En el caso en que un productor comience a realizar actividades de distribución podría ocurrir que (Miranda, 2013):

- a) Se podría estar en presencia de una violación al régimen de competencia desleal regulado en la ley 256 de 1996, si se incurre en conductas como:
 - i) Violación a la prohibición general;
 - ii) Desviación de la clientela;
 - iii) Inducción a la ruptura contractual, o;
 - iv) Cláusulas desleales de exclusividad.
- b) Se podría incurrir en una práctica restrictiva de la competencia, como:
 - i) Fijación de precios unilateral y otros actos anticompetitivos;
 - ii) Aplicación de condiciones discriminatorias en las ventas a otros distribuidores;
 - iii) Fijación de precios predatorios y otros actos que pueden también constituir un abuso de la posición dominante;
 - iv) Acuerdos verticales de imposición de precios;

- v) Acuerdos discriminatorios y;
 - vi) Acuerdos de repartición de mercados.
- c) De la misma manera, la autoridad de la competencia puede considerar que algún acuerdo de distribución puede constituir una integración empresarial. Si la misma no se notifica, se incurriría en altas multas.

Como se puede ver, actitudes que podrían parecer inofensivas, como dar beneficios a ciertos distribuidores que no se relacionen con sus habilidades profesionales, podrían tener graves consecuencias para los productores. Es por esto que es menester tener presente la regulación sobre libre y leal competencia a la hora de celebrar este tipo de contratos.

En el presente escrito, se mostrará cuáles son los posibles efectos de tener acuerdos de seguridad territorial y franquicia exclusiva en diferentes jurisdicciones para celebrar este tipo de contratos.

III. RESTRICCIONES VERTICALES DE TERRITORIO

A continuación, se explicará cómo se ha regulado el tema de las restricciones verticales de territorio en Estados Unidos, la Unión Europea, Chile y Colombia.

1. ESTADOS UNIDOS

1.1. LA REGULACIÓN SOBRE LAS RESTRICCIONES VERTICALES DE TERRITORIO

La regulación sobre las restricciones verticales de territorio ha sido pedregosa en Estados Unidos (“EEUU”); en otras palabras, esta regulación ha sido poco estable y cambiante. David Gerber (2012) dice que hay dos periodos a tener en cuenta para explicar cómo se ha regulado este tema: el periodo clásico y la transformación para la interpretación económica del derecho.

1.1.1. PERIODO CLÁSICO

En 1963, con el caso de *White Motor Co. v. US*, la Corte Suprema de Estados Unidos (“la Corte”) estudió, por primera vez, un caso de distribución restrictiva, a pesar de que las restricciones verticales de territorio no eran un fenómeno nuevo en el mundo de los negocios (Campbell, 2000). En el periodo clásico, entonces, se comenzó a configurar la visión que en este país se tendría sobre limitaciones de esta naturaleza.

1.1.1.1. LA APLICACIÓN DE LA REGLA PER-SE

En esta etapa, los razonamientos empleados para las restricciones verticales eran muy parecidos a los de las restricciones horizontales. El argumento que sustenta lo anterior es el que sigue: (i) desde 1899, la Corte había señalado que, según la Ley Sherman, no había diferencia alguna entre la fijación de precios horizontal y la división de mercados horizontal: los dos serían ilegales *per se*; (ii) desde 1911, la Corte sostuvo que no había diferencias entre la fijación de precios horizontal y vertical: las dos serían ilegales *per se*; (iii) como la división de mercados horizontal es igual que la fijación de precios horizontal, la división de mercados sería ilegal *per se*. (Bork, 1977).

Las restricciones referentes a territorio y las de precio, entonces, se analizaban bajo la regla *per se*: la práctica en sí se suponía ilegal, por lo que no se consideraban las posibles eficiencias que pudieran superar los efectos negativos de la misma. La Corte Suprema, por mucho tiempo, consideró que los acuerdos verticales no eran razonables, y que, por lo tanto, eran ilegales^{vii} (Marques de Carvalho, Verissimo, Brunier da Silveira, 2013).

En efecto, en 1948, la División Antitrust del Departamento de Justicia estableció que los acuerdos verticales de distribución territorial eran ilegales *per se*, argumentando que se parecen, en gran medida, a los acuerdos horizontales de división territorial y a los de mantenimiento de precios de reventa (“Exclusive Territorial Arrangements and the Antitrust Laws”, 1964), y que, por lo tanto, debían recibir el mismo tratamiento legal. Para

evitar un eventual juicio, en ese momento, muchas compañías negociaron acuerdos con el gobierno y se comprometieron a no usar convenios verticales en el futuro (Barrera, 2014).

Estas categorías generaron pesadas cargas para las empresas, que no tenían la posibilidad de celebrar acuerdos de seguridad territorial con sus distribuidores, aún si los mismos pudieran ser eficientes (Gerber, 2012).

1.1.1.2. CASOS IMPORTANTES

A) WHITE MOTOR CO. V. UNITED STATES (1963)

En 1963, la Corte Suprema decidió el caso de White Motor Co. v. United States, en el que la defensa, que era un productor de tractores, fue acusado por haber delimitado sus territorios, por reservarse ciertos clientes, y, en casos específicos, por obligar a sus distribuidores a vender a precios fijados por él mismo. White arguyó que las provisiones restrictivas de sus contratos se habían diseñado para que él, como productor pequeño, pudiera competir con las grandes empresas que estaban en el mismo sector. La Corte Distrital sostuvo que los aspectos de fijación de precios del sistema de distribución de White constituían violaciones *per se* de la Ley Sherman. También condenó como ilegales *per se* las estipulaciones de los contratos de White de repartición de mercados. A la hora de apelar, White señaló que sus restricciones de clientela y territorios no constituían violaciones *per se* de la ley. (“Exclusive Territorial Arrangements and the Antitrust Laws”, 1964).

La Corte Suprema, en una sentencia del Juez Douglas, señaló que el Tribunal no sabía lo suficiente sobre los acuerdos verticales para decidir si debían ser declarados ilegales *per se*. Douglas señaló que sólo se podría declarar la ilegalidad *per se* de un acto cuando hubiera restricciones al comercio sin un propósito diferente a dificultar la competencia. El Juez Brennan, con una opinión concurrente, dijo que las restricciones

territoriales podrían favorecer a la competencia inter-marca, y que, si se podía demostrar que los acuerdos de seguridad territorial tenían una justificación económica y que no tenían el fin de restringir la competencia, no deberían ser castigados. Como se puede ver, la Corte se negó a aceptar ciegamente las comparaciones que el Gobierno había hecho entre las restricciones verticales de territorio, los acuerdos horizontales de repartición de mercados y el mantenimiento del precio de reventa. (“Exclusive Territorial Arrangements and the Antitrust Laws”, 1964).

B) UNITED STATES V. ARNOLD SCHWINN & CO. (1967)

En 1967, la Corte Suprema decidió el caso de United States v. Arnold Schwinn & Co., donde un productor de bicicletas tenía pactos de exclusividad con sus distribuidores, a quienes les vendía el producto para que ellos lo revendieran. En este caso, a pesar de que Schwinn no vendía sus productos directamente a los consumidores finales, limitaba la clientela de sus distribuidores y la de sus mayoristas. Consecuentemente, por ejemplo, los distribuidores no podían vender a tiendas de descuento, para aprovecharse de los beneficios que implica vender una mayor cantidad a un menor precio.

La Corte señaló, en este caso, que se debe diferenciar los casos en los que el fabricante retiene la propiedad de la mercancía y los casos en los que se desprende del derecho de dominio de la misma. Esto se debe a que, para el productor, resultaría irrazonable confinar los clientes a los que un artículo se puede vender, después de que pasa su propiedad, y por lo tanto sus riesgos, a un tercero. Concluye entonces, extrañamente, que las restricciones para la reventa, una vez se traslada la propiedad al distribuidor, constituyen una violación *per se* de la Ley Sherman, ya que irrazonablemente restringen o suprimen la competencia. (Caso GTE Sylvania, 1977).

1.1.2. PERIODO DE LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO

La Corte se percató de que las divisiones verticales de territorio no son siempre nocivas para la competencia y de que, en muchos casos, pueden llevar a eficiencias. Es por lo anterior que la interpretación del caso *Schwinn* fue desechada, por basarse en silogismos errados (Bork, 1977).

1.1.2.1. LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA RAZÓN Y LA REGLA PER SE

Las Cortes de EEUU han limitado las circunstancias en las que aplica la regla *per se*. Ahora, sólo se usa con un grupo de conductas que tienen un efecto pernicioso, y que no traen beneficio alguno para la economía. La Corte está dispuesta a revisar sentencias y precedentes en los que se haya usado la regla *per se*, para examinar si las realidades económicas han cambiado, o si la interpretación que se dio a estas realidades era errónea. Se presume, hoy por hoy, que los acuerdos deben analizarse bajo la regla de la razón. (Jones, 2010).

Adicionalmente, con la figura de las restricciones accesorias (*ancillary restraints*), se permite que conductas que, normalmente, se analizarían bajo la regla *per se*, se analicen con la regla de la razón, si dichas conductas pueden llevar a eficiencias plausibles. Así, la conducta no se sanciona automáticamente, como sucedería cotidianamente (Jones, 2010).

1.1.2.2. LOS ACUERDOS VERTICALES DE REPARTICIÓN DE MERCADOS

A partir de 1977, la Corte Suprema estadounidense ha sostenido que los acuerdos verticales de distribución restrictiva deben ser analizados bajo la regla de la razón. Se dijo en este año que los efectos que este tipo de prácticas tienen en los consumidores dependen del contexto en el que se practican, en particular, de la estructura del mercado (Gerber, 2012). Hoy, las autoridades judiciales y administrativas consideran que pueden promover la libre competencia económica. En efecto, Scott Hammond (2014) señaló que, en EEUU, las

restricciones especialmente graves (*hardcore restrictions*) sólo se dan a nivel horizontal; los acuerdos verticales pueden estar justificados.

No hay guías oficiales sobre la aplicación de las normas de competencia en acuerdos verticales en EEUU (Barrera, 2014). Allison Jones (2010) afirma que la carencia de estas guías lleva a que, dependiendo del caso y qué tan sospechosa sea la conducta, la misma se investigue en mayor o menor medida.

1.1.2.3. LA SANCIÓN

Para que se sancione a las empresas involucradas en una restricción vertical de territorio, se debe probar (i) que el promotor tiene poder de mercado, (ii) que se produjeron efectos anticompetitivos en los mercados geográficos y de producto, (iii) que el objetivo de la conducta o la conducta misma hayan sido ilegales, (iv) que hubo una motivación anticompetitiva, (v) que los beneficios que la conducta tiene para la competencia intra-marca no superan los daños que ocasiona para la competencia inter-marca, (vi) que la restricción vertical haya sido considerable, de manera que pueda fomentar la creación de un cartel horizontal, y (vii) que el demandante se haya perjudicado como consecuencia de la conducta. (Caso de Toledo Mack Sales v. Mack Trucks, 2008).

Se ha dicho que los acuerdos verticales de repartición de mercados son rentables únicamente si (i) incrementan la eficiencia en el sistema de distribución y reducen los costos del producto o si (ii) hacen que se aumente el poder de mercado del productor o faciliten la imposición de precios monopolistas (Barrera, 2014). Las diferentes prácticas se desarrollan únicamente cuando son eficientes (Rey, 2003), por lo que las mismas serán legales sólo en el primer caso; de no haber eficiencias en el sistema de distribución o reducción en los precios del producto, se presumirá que la conducta busca incrementar el

poder de mercado del productor y que, por ende, tiene una motivación anticompetitiva (Barrera, 2014).

El verdadero problema consiste en determinar si la pérdida de competencia intra-marca promueve o disminuye la competencia inter-marca, que es el objeto último de protección del derecho de la competencia norteamericano. En otras palabras, se debe establecer si el acuerdo es justificable por producir eficiencias (Barrera, 2014). “Visto desde ésta óptica las restricciones no afectarán la competencia por ser consideradas accesorias (*ancillary restraints*), bajo el fundamento que las inversiones que realiza un distribuidor serán garantizadas y el resultado que se desprende es eficiente” (Uribe, 2009).

Es importante resaltar que evitar las restricciones de la competencia intra-marca es de suma importancia para proteger a los consumidores, ya que estas limitaciones pueden generar, entre otras cosas, precios excesivos.

1.1.2.4. CASOS RELEVANTES

A) CASO GTE SYLVANIA (1977)

En 1977 la Corte Suprema conoció un caso en el que GTE Sylvania (“Sylvania”), productor de televisiones, limitó su número de distribuidores por área. En este esquema, sus franquiciados no podían vender sus productos por fuera de un área específica, mientras que el productor podía asignarle a más de un franquiciado un área determinada; por ende, había un acuerdo de seguridad territorial, no de franquicias exclusivas. Antes de aplicar este sistema, Sylvania contaba sólo con un 1 o 2% del mercado relevante; con esta estrategia, subió la participación de Sylvania en el mercado a un 5%.

No satisfecho con sus ventas en San Francisco, territorio donde solía vender Continental T.V. (“Continental”) de manera exclusiva, Sylvania le dio una franquicia a Young Brothers en esta misma área. Molesto con la decisión de Sylvania, Continental quiso

abrir un nuevo punto de venta en Sacramento; su petición fue negada por el fabricante de televisores. Después, trató de aplicar otras fórmulas para vender por fuera del área asignada. Sylvania procedió a reducir el nivel de suministro y, posteriormente, a terminar las franquicias de Continental.

Basándose en la jurisprudencia del caso Schwinn, la Corte Distrital arguyó que había una ilegalidad *per se*, ya que Sylvania vendía sus productos a sus distribuidores, por lo que ya no debía asumir los riesgos de los mismos. La Corte de Apelaciones echó para atrás esta decisión, señalando que la conducta, en este caso, no era tan grave como en el caso Schwinn, y que, por lo tanto, se debía analizar bajo la regla de la razón.

En una sentencia en la que el Juez Powell era el Magistrado Ponente, la Corte buscó clarificar el precedente del caso Schwinn, donde se declaró la ilegalidad *per se* de un acto sin explicar cuál era el impacto económico del mismo. Esta vez, se dijo que, en estos casos, se puede producir grandes eficiencias, ya que limitando la competencia intra-marca se puede promover la competencia inter-marca^{viii}. Los fabricantes son los que deben decidir el nivel de competencia intra-marca que sea óptimo para la distribución de sus productos, de manera tal que resulten competitivos frente a los productos rivales. Desde esta decisión se aplica siempre, en casos de repartición vertical de mercados, la regla de la razón. La Corte decidió aprobar la decisión de la Corte de Apelaciones.

B) CASO TOLEDO- MACK TRUCKS (2008)

Más recientemente, en 2008, la Corte decidió otro caso en el que trata el tema de las restricciones verticales de territorio. Mack Trucks (“Mack”), un productor de vehículos pesados, comerciaba sus productos con una red de distribuidores autorizados. A cada uno de estos distribuidores se les asignó un área de responsabilidad primaria. Estas áreas no

eran exclusivas, por lo que los distribuidores podían vender en cualquier parte de EEUU. Se buscaba, sin embargo, que centraran sus esfuerzos en estos territorios.

Los compradores de Mack podían escoger entre varios motores, chasis, transmisiones, etc. Una vez hecha esta elección, los vendedores preguntaban a Mack cuál sería el precio de venta en cada caso. Mack ofrecía un descuento específico, denominado “asistencia de venta”; éste variaba dependiendo de la relación entre el distribuidor y el comprador, el número de tractores que se pedían y la competencia potencial, entre otros factores. La solicitud de descuento se aprobaba por Mack. Después de que los distribuidores le ofrecían un precio a los posibles compradores; si el comprador aceptaba la oferta, el distribuidor ordenaba un tractor a Mack con las características solicitadas, y lo vendía al cliente.

Los distribuidores de Mack competían con quienes vendían otras marcas de tractores y entre ellos mismos. Toledo Mack Sales (“Toledo”) era un distribuidor autorizado de Mack, que buscaba competir siempre por precio.

En este caso, se logró probar que había un acuerdo de caballeros entre los distribuidores de Mack para no competir por precio. La Corte señaló que un cartel horizontal entre distribuidores que reduzca la competencia para poder subir los precios es – y debe ser- ilegal *per se*.

Además, se demostró que Mack pactó con sus distribuidores que negaría o demoraría la aprobación del descuento de asistencia de venta si se hacía la negociación por fuera del área de responsabilidad primaria de los distintos distribuidores. Así, con diversos mecanismos, impidió que sus distribuidores compitieran entre ellos. Para analizar este cargo, se usó la regla de la razón. Este análisis aplica para todas las conductas realizadas a

nivel vertical, incluso si el acuerdo vertical promueve acuerdos horizontales, que son ilegales *per se*. Se concluyó que la conducta era ilegal.

Como la competencia se reduce en la medida en la que se baja por la cadena de valor con las restricciones verticales, es posible que los distribuidores, que compiten entre sí, se aprovechen de dichas restricciones para hacer acuerdos horizontales entre ellos (Rey, 2003). Eso fue, precisamente, lo que sucedió en este caso.

1.2. APERTURA DEL MERCADO

La regulación sobre restricciones verticales en Estados Unidos se ha vuelto cada vez menos estricta. Hoy en día, es posible hacer acuerdos de seguridad territorial y franquicia exclusiva en EEUU sin que haya sanción alguna. Es importante, sin embargo, resaltar que, si estos contratos no traen consigo beneficios tan altos que compensen los costos que los mismos implican para el buen funcionamiento del mercado, podrían ser sancionados.

Según los estudios presentados por la Cámara de Comercio Internacional (“ICC” por sus siglas en inglés), EEUU tuvo un índice muy bajo de apertura al comercio (de 2.2 sobre 5). Una regulación muy permisiva frente a las restricciones verticales en general puede ser la causa de los bajos índices de apertura al comercio en EEUU. Esto se debe a que, como se ha visto, los acuerdos verticales de repartición de mercado pueden subir los costos que implica entrar a competir con las compañías existentes, factor que puede restringir la apertura del mercado. De nuevo, se recomienda investigar si hay una relación entre estas dos variables.

2. UNIÓN EUROPEA

2.1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO

El derecho de la competencia a nivel europeo cumple la función de controlar las prácticas anticompetitivas (acuerdos, abuso de la posición dominante y control de

concentraciones empresariales) que afectan el ámbito europeo, pudiendo controlar tanto prácticas que se realizan entre agentes económicos que pertenecen a diferentes Estados de la Unión, como a prácticas que se presentan dentro de un Estado pero que pueden generar efectos a nivel europeo. Las principales instituciones que se encargan del control de las prácticas anticompetitivas a nivel Europeo son: la Comisión Europea, el Tribunal General y el Tribunal de Justicia; siendo la primera una autoridad administrativa que se encarga de adelantar las investigaciones y determinar si un comportamiento es acorde o no con el derecho Europeo, mientras que los otros dos son autoridades jurisdiccionales y adelantan funciones diferentes en materia de libre competencia, principalmente, como órganos de apelación, pero también, el Tribunal de Justicia, es órgano consultivo en materia de decisiones prejudiciales que los Estados pueden invocar para la aplicación de las normas de competencia con efecto comunitario dentro de sus fronteras. Sumado a lo anterior, los Estados en su autonomía, también pueden aplicar las normas de libre competencia internas en conjunto con las normas comunitarias que tratan esta materia, principalmente el artículo 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En este sentido, y acorde con el objeto de esta investigación, para que los órganos de la Unión Europea puedan revisar acuerdos verticales entre empresas, debe ser posible que estos tengan una influencia directa o indirecta, actual o potencial, en el comercio entre dos países miembros o más; y de no ser este el caso, las instituciones nacionales (no las regionales) investigarán el asunto objeto de controversia (Wijckmans, y Tuytschaever, 2011).

2.2. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 101

El artículo 101 del TFUE aplica para los acuerdos verticales que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros y que impiden o falsean la competencia (Directrices

relativas a las restricciones verticales, 2010).

El apartado 1 de dicho artículo prohíbe los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o como efecto restringir o falsear la competencia de forma significativa, mientras que el apartado 3 “permite conceder una exención a tales acuerdos, siempre y cuando ofrezcan suficientes ventajas en términos de eficiencia para compensar los efectos contrarios a la competencia” (Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010).

Según el artículo 101(3), el artículo 101(1) no aplica a los acuerdos que:

- i. Produzcan beneficios específicos, mejorando la producción o distribución del bien o servicio o promoviendo el progreso económico o tecnológico;
- ii. Permitan que los consumidores perciban esos beneficios;
- iii. Contengan restricciones indispensables y razonables y;
- iv. No eliminen ni restrinjan la competencia.

2.3. RESTRICCIONES ESPECIALMENTE GRAVES Y RESTRICCIONES POR OBJETO

La Unión Europea desde la Regulación 19/65 autorizó a la Comisión Europea para crear un reglamento de exención bajo el artículo 101 (3) del TFUE que limitara la aplicación del artículo 101 (1) del Tratado. En función de la política de revisión de las restricciones verticales, la Comisión adoptó el Reglamento de exención 2790/99, que entró en vigencia el 1 de junio de 2000 y que constituía la primera regulación general de exención sobre acuerdos verticales. Sin embargo, es preciso anotar que la Unión Europea a través de su historia ha regulado diferentes exenciones en relaciones verticales; vale la pena mencionar las exenciones del sector automotriz, de los acuerdos de exclusividad, de los acuerdos de compra y de los acuerdos de franquicia. Actualmente, en la Unión Europea, la regulación vigente en materia de acuerdos verticales es el Reglamento 330 del 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101(3) del TFUE a determinadas categorías de

acuerdos verticales y prácticas concertadas, el cual reemplazó el Reglamento 2790/99. El nuevo Reglamento trajo dos importantes aportes a la política de restricciones verticales: de un lado, igualó el límite de la cuota de mercado del 30% para oferentes y compradores, y de otro lado, dio una consideración mayor sobre la distribución de bienes por internet.

El Reglamento, como lo señala el Artículo 2.1 del mismo, busca que mediante la aplicación del artículo 101 (3) TFUE, no se sancione la ilegalidad de un acuerdo vertical bajo el artículo 101 (1) del Tratado. Teniendo en cuenta lo anterior, el Reglamento presenta como excepción a la aplicación del mismo a un conjunto de restricciones consideradas especialmente graves, las cuales se enlistan en el artículo 4 del Reglamento y tienen el efecto de producir que se pierdan los beneficios de exención consagrados en éste. En este sentido, al consagrarse alguna de estas restricciones especialmente graves, las partes deben probar que la restricción específica cumple con las condiciones que permiten exceptuar una conducta en un sentido general bajo el artículo 101 (3) del TFUE, además que dado que el acuerdo pierde la exención del Reglamento, las partes a su vez deben probar que todo el acuerdo se ajusta al derecho de la competencia europeo.

Las restricciones especialmente graves que consagra el Reglamento 330/2010 en su artículo 4, corresponden a las siguientes:

a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes;

b) la restricción del territorio en el que, o de la clientela a la que, el comprador parte del acuerdo, sin perjuicio de una restricción sobre su lugar de establecimiento, pueda vender los bienes o servicios contractuales, excepto:

i) 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,

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

iii) la restricción de ventas por los miembros de un sistema de distribución selectiva a distribuidores no autorizados en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema, y

iv) la restricción de la facultad del comprador de vender componentes suministrados con el fin de su incorporación a un producto, a clientes que tengan intención de usarlos para fabricar el mismo tipo de productos que 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 operen al nivel de comercio minorista al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento no autorizado;

d) la restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles de actividad comercial;

e) la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora a otros productos que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales o a talleres de reparación o proveedores de otros servicios a los que el comprador no haya encomendado la reparación o mantenimiento de sus productos.

Es preciso destacar, entonces, que las restricciones por objeto y las especialmente graves se confunden, a menudo. En el caso *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (2008) la Corte de Apelación de París explicó que son dos conceptos diferentes.

Hay dos definiciones que se le han dado a la expresión “por objeto”: una parte de la doctrina señala que es restrictiva por objeto una conducta si su efecto inevitable es restringir la competencia, y, para otra, es restrictiva por objeto una conducta si la intención de las partes es restringir la competencia (Wijckmans, y Tuytschaever, 2011). Si se prueba que una restricción es, por objeto, anticompetitiva, es decir, si por su misma naturaleza puede restringir la competencia, no es necesario demostrar que haya tenido efectos anticompetitivos en el mercado (Svetlicini y Sad, 2011).

Cosa distinta, como ya se ha mencionado, son las restricciones especialmente graves, que incluyen a acuerdos verticales de fijación de precios, acuerdos verticales de repartición de mercado y restricciones en la venta de piezas adicionales. Se considera que este tipo de restricciones violan de manera automática el artículo 101(1), y sólo

excepcionalmente se pueden exonerar con las excepciones del artículo 101(3) (Jones, 2010). Para que se considere que una restricción es especialmente grave, es necesario que (i) sea una restricción por objeto, (ii) haya un acuerdo de voluntades, (iii) la restricción a la competencia sea considerable y (iv) el acuerdo tenga efectos en el comercio inter-estatal (Wijckmans, y Tuytschaever, 2011).

Una diferencia entre las restricciones especialmente graves y las conductas a las que se les aplica la regla *per se* en Estados Unidos, es que la presunción contra las primeras es refutable. Adicionalmente, para que se diga que un acuerdo tiene como objeto restringir la competencia, no sólo se necesita revisar su contenido o sus cláusulas, sino que es menester revisar sus objetivos y el contexto en el que se firmó (Jones, 2010).

En Europa no se utiliza, propiamente, la regla *per se* o la regla de la razón. Algunos autores consideran, sin embargo, que se usa una “regla de la razón estructurada”, en la que se prohíbe, a priori, ciertos acuerdos, pero según la cual se debe analizar, caso por caso, cada conducta (Barrera, 2014).

2.3. EL DESARROLLO INICIAL

Entre 1962 y 1996, la Comisión Europea se reservó el derecho de conducir el escrutinio para determinar si las diferentes conductas podían beneficiarse por el artículo 101(3) del TFUE. Los acuerdos verticales anticompetitivos en general sólo se podían beneficiar del artículo 101(3) si se hacía una excepción individual por parte de la Comisión (que tuvo, hasta el 2003, el poder de declarar que el artículo 101(1) era inaplicable en virtud del artículo 101(3)) o si se realizaba una excepción de bloque. Esta entidad no tenía criterios transparentes, predecibles y operables que permitieran que las compañías aplicaran este artículo.

Se requería, entonces, que las partes notificaran su acuerdo a la comisión o que procuraran que el mismo encajara dentro de una de las excepciones de bloque señaladas de antemano. Lo anterior fue problemático, porque la comisión no podía dar excepciones individuales en plazos prudentes, por lo que el sistema trataba a los acuerdos por categorías, y había reglas diferentes para acuerdos con efectos similares. En este escenario, no hubo campo para acuerdos contractuales innovadores y pro-competitivos (Jones, 2010).

2.3.1. CASO PRONUPTIA (1986)

Un ejemplo en el que la Comisión dio una excepción individual fue el caso de la compañía Pronuptia. Esta empresa, que vendía prendas y artículos para novias, se propuso firmar un contrato de concesión con varias personas jurídicas domiciliadas en la Unión y en terceros países, y, para ello, solicitó a la Comisión que hiciera una excepción individual, de manera tal que se pudiera beneficiar con el artículo 101(3).

Según las recomendaciones de la Comisión, Pronuptia modificó el contrato, precisando que los concesionarios (i) tendrían libertad para comprar productos Pronuptia a otros concesionarios, (ii) podrían comprar los artículos no vinculados al objeto esencial de la concesión a los proveedores de su elección sin menoscabar un control de calidad a posteriori y (iii) tendrían la posibilidad de fijar libremente los precios de venta.

Un concesionario de Pronuptia pidió al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre si el artículo 101(1) aplica a contratos de concesión o franquicia.

El Tribunal explicó que el contrato de concesión, más que un método de distribución, es una manera de explotar financieramente un conjunto de conocimientos sin comprometer capitales propios. Se diferencia del contrato de distribución porque el cedente y los concesionarios usan un mismo distintivo, aplican métodos comerciales uniformes y pagan cánones por las ventajas adquiridas. En el marco de este tipo de contratos, el cedente

comunica a los concesionarios sus conocimientos y les da asistencia para que puedan aplicar sus métodos. Éste debe poder adoptar las medidas necesarias para preservar la identidad y reputación de la red. El contrato permite que el cedente extienda su red de comercialización sin que deba proceder a realizar inversiones. Esto mejora la competencia inter-marca e incrementa la calidad de los productos. Además, permite que los consumidores se beneficien de las mejoras en producción y distribución.

Así, no constituyen restricciones de la competencia en este tipo de contratos las cláusulas indispensables para impedir que los conocimientos y la asistencia del cedente beneficien a sus competidores. Tampoco restringen la competencia las cláusulas que organizan el control indispensable para preservar la identidad y la reputación de la red. En cambio, son restrictivas de la competencia las cláusulas que implican un reparto de los mercados entre el cedente y los concesionarios, o entre concesionarios.

El contrato analizado por la Comisión no tenía restricciones que no fueran indispensables para alcanzar las mejoras contempladas. Por ende, se expidió la decisión de exención.

2.3.2. CASO DE GRUNDIG - CONSTEN (1964)

Grundig era una empresa alemana que producía receptores de radio, grabadoras, dictáfonos y televisores, al igual de sus partes de reemplazo y accesorios.

En abril de 1957, Grundig y Consten acordaron, por un periodo de tiempo indeterminado, que Consten fuera el único representante de Grundig en el territorio metropolitano de Francia, el Saar y Corisca. Este distribuidor ordenaría los productos en cuestión, les haría publicidad y prestaría las garantías post-venta que fueran necesarias. Ambas empresas firmaron contratos de seguridad territorial y de franquicia exclusiva. Con

esto en mente, Consten no vendería productos que compitieran con los de Grundig. Esta empresa francesa había realizado el registro de la marca “Grundig International” en su país.

En 1961, una empresa llamada Unef comenzó a importar a Francia productos producidos por Grundig en Alemania. Consten inició dos acciones contra Unef: una por competencia desleal y otra por el uso indebido de la marca “Grundig International”. Como respuesta a lo anterior, Unef impuso una demanda ante la Comisión por la presunta violación del artículo 101(1) del tratado.

La Comisión determinó, en esta oportunidad, que la posibilidad de restringir las importaciones paralelas con acuerdos de restricción territorial era incompatible con el artículo 101(1) del tratado y, por lo tanto, el acuerdo de exclusividad era ilegal, por sus efectos en la competencia intra-marca. Las partes debieron dejar de aplicar medidas que obstruyeran o impidieran la adquisición de los productos.

En esta oportunidad, la Comisión aclaró que el artículo 101(1) del tratado se refiere a todos los acuerdos que limiten la competencia en el mercado común y no establece distinción alguna entre acuerdos verticales u horizontales. Si bien la competencia intra-marca pudo no afectarse, la competencia inter-marca también es protegida, porque puede imponer barreras a terceros que deseen distribuir el producto, y puede hacer que las partes tengan beneficios injustificados a costa de los consumidores. Por los altos costos que implica la distribución de productos, ésta se debe estimular. Consecuentemente, el Tribunal de Justicia confirmó la decisión de la Comisión.

En este caso, es claro que, en la Unión Europea, las restricciones verticales de territorio se analizan en términos de la relación contractual, a diferencia de lo que sucede en EEUU.

2.4. LA INTERPRETACIÓN MODERNA

En 1996, la Comisión Europea comenzó a cambiar la interpretación de las reglas de competencia. Trató de que la aplicación de estas normas, más que revisar la forma, revisara los efectos económicos de las diferentes conductas antes de proceder a sancionarlas (Jones, 2010).

Con esta reforma al sistema de acuerdos verticales, se buscó adoptar excepciones de bloque más flexibles para las restricciones verticales hechas entre partes que no tuvieran un alto porcentaje de participación en el mercado. Además, se publicaron guías de acompañamiento en las que se explicó cómo operan las excepciones de bloque y cómo se analizan los acuerdos que no caben dentro de dichas excepciones; actualmente se encuentra vigente la Comunicación de la Comisión – Directrices Relativas a las Restricciones Verticales del 10 de mayo de 2010 – SEC(2010)411 final. La facultad de revisar acuerdos y actos jurídicos establecida en el reglamento 17 de 1962, continuó hasta el reglamento 1 de 2003.

El acercamiento que se ha tenido frente a las restricciones verticales, desde entonces, ha sido mucho más económico. Según Alison Jones (2010), por ejemplo, para que un acuerdo se sancione por restringir la competencia, se debe revisar el impacto que el mismo tiene en la competencia intra-marca e inter-marca. Adicionalmente, se ha dicho que, para que un acuerdo sea anticompetitivo, no es necesario que los consumidores finales se priven de la cantidad o precio deseables. Esto se debe a que el fin del derecho de la competencia en la Unión Europea no sólo es proteger el bienestar del consumidor; también consiste en fomentar la integración económica entre los Estados Miembros.

Los reglamentos de exenciones por categoría reconocen que los acuerdos verticales, en general, pueden tener efectos pro-competitivos, como erradicar a los *free riders*. Hay tres (3) categorías que se benefician con estas exenciones (Barrera, 2014):

- i. Acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos (2) o más empresas que operen en planos distintos de la cadena de producción o distribución, y que se refieran a las condiciones en que las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Para ello se exige:
 - a. Que el acuerdo vertical no sea suscrito entre empresas competidoras;
 - b. Que las partes involucradas cuenten con menos del 30% del mercado relevante y;
 - c. Que los acuerdos no contengan restricciones “especialmente graves”.
- ii. Acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores.
- iii. Acuerdos verticales que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o a la utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual, siempre que dichas cláusulas no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos y estén relacionados con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes.

Una falencia de esta reforma es que no se modernizó el acercamiento que se tiene frente a las restricciones especialmente graves (“*hardcore restrictions*”). Esta categoría no se fijó con criterios económicos claros, por lo que puede haber una gran cantidad de falsos positivos (Jones, 2010).

2.4.1. RESTRICCIONES VERTICALES DE REPARTICIÓN DE MERCADO: ASPECTOS GENERALES Y EL CASO NINTENDO (2002)

Aunque es claro que las restricciones verticales pueden tener consecuencias positivas, para la Comisión Europea, las restricciones verticales de repartición de Mercado reducen la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos y aumentan los precios de los

mismos. Además, pueden reducir la competencia de precios intra-marca, y es probable que incrementen los riesgos de colusión (Wijckmans, y Tuytschaever, 2011). La política de competencia de la Unión Europea desaprueba cualquier restricción de la competencia intra-marca, incluso cuando promueve la competencia inter-marca (Barrera, 2014). En general, se considera que los acuerdos verticales de repartición de mercados son restricciones especialmente graves.

Las restricciones verticales de repartición de mercado se pueden imponer de manera directa o indirecta. Son obligaciones directas, por ejemplo, la de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores. Algunas medidas indirectas destinadas a inducir al distribuidor a no vender a estos clientes incluyen terminar la oferta, reducir los volúmenes ofrecidos y amenazar con terminar el contrato.

El caso de Nintendo (2002) es un ejemplo de una sanción ejemplarizante que se ha impuesto por realizar una restricción vertical directa de repartición de mercado. En esta oportunidad, la Comisión Europea sancionó a esta compañía japonesa y a siete (7) de sus distribuidores por restringir las exportaciones paralelas de las consolas y videojuegos producidas por Nintendo dentro de la Unión. La Comisión probó que las partes investigadas realizaron una serie de acuerdos según los cuales cada distribuidor tenía la obligación de impedir exportaciones de un país a otro que se realizaran por canales no oficiales de distribución. A los comerciantes que permitían las exportaciones paralelas, se les castigaba reduciendo sus suministros o eliminando dichos suministros por completo.

Por restringir las exportaciones de los productos, los precios de las consolas y de los juegos diferían considerablemente de un país a otro, ya que se comportaban como mercados absolutamente independientes, siendo en el Reino Unido hasta un 65% más baratos que en

Alemania y los Países Bajos.

Nintendo apeló la decisión tomada por la decisión, porque, desde su punto de vista, la multa se fijó de manera errónea. Para sostener lo anterior, en primer lugar, señaló que la Comisión había impuesto una sanción mayor a esta empresa por ser tanto distribuidora como productora de sus consolas y videojuegos; el Tribunal consideró que la Comisión había tenido la razón en este sentido, ya que, como productor, Nintendo tenía una mayor capacidad de afectar, efectivamente, las condiciones del mercado. Además, se probó a lo largo de la investigación que Nintendo fue el promotor de la conducta.

En segundo lugar, Nintendo alegó que las sanciones impuestas fueron más altas de lo que debían porque participó en el programa de delación, dándole a la Comisión información que resultó ser importante para el desarrollo de la investigación. En la decisión del Tribunal, se señala que los investigados sólo se podrán beneficiar con este tipo de programas cuando se esté frente a acuerdos horizontales. Por ser éste un acuerdo vertical, y por no haber colaborado Nintendo antes de que se iniciara la investigación, no se exoneró a esta empresa de la totalidad de su multa, sino que su colaboración se tomó como un elemento atenuante, y se redujo la pena en un veinticinco por ciento (25%).

Este acuerdo no sólo afectó a los consumidores; también limitó el comercio entre los países miembros de la Unión Europea. Es por lo anterior que la multa a Nintendo fue de las más altas que se han impuesto en casos de restricciones verticales.

2.4.2. EXCEPCIONES Y JUSTIFICACIONES

La normativa sobre competencia de la comunidad no aplica, por regla general y en virtud del principio de *minimis*, si su importancia es reducida, es decir, si el acuerdo no afecta el mercado^{ix}. Si la competencia inter-marca es insuficiente (si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador, o de ambos) se investigará la

conducta (Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010). Tampoco se investigará la conducta si las restricciones son necesarias para implementar una transacción no restrictiva de la competencia, y son proporcionadas para ello (Wijckmans, y Tuytschaever, 2011).

Las restricciones verticales de territorio se tratan principalmente por la Comunicación de la Comisión bajo la rúbrica de los acuerdos de exclusividad y la asignación de cliente exclusivo.

Un acuerdo de exclusividad es un acuerdo por medio del cual el proveedor acepta vender sus productos exclusivamente a un distribuidor para su reventa en un territorio determinado. Estos acuerdos por lo general limitan la venta activa del distribuidor en otros territorios asignados en exclusiva; los mismos presentan riesgos para la libre competencia porque facilitan comportamientos de discriminación de precios. (Comunicación de la Comisión – Directrices Relativas a las Restricciones Verticales, Considerando: 151). Igualmente, los efectos de los acuerdos verticales de restricción territorial se deben valorar en función de los efectos cumulativos, esto es, de la valoración del conjunto de acuerdos de exclusividad de territorio que se presentan en el mercado relevante o mercado afectado por dichos acuerdos, dado que éstos pueden debilitar la competencia y facilitar la ocurrencia de prácticas colusorias, bien al nivel de los proveedores, o bien, al nivel de los distribuidores. En igual forma, otro de los efectos principales de los acuerdos de restricción territorial que intentan prevenirse es la exclusión de distribuidores, reduciendo la competencia en este segmento de la cadena de producción.

Por su parte, la asignación de cliente exclusivo se define como un acuerdo por medio del cual el proveedor acuerda vender sus productos solamente a un distribuidor para la reventa a un grupo particular de clientes. Al mismo tiempo, el distribuidor se ve

generalmente limitado en su venta activa a otros grupos de clientes, asignados en exclusiva. La asignación de cliente exclusivo dificulta por lo general el arbitraje de bienes, esto es, la posibilidad de los clientes de los distribuidores puedan acudir a otros distribuidores, como también que los distribuidores no designados puedan obtener productos para la reventa (Comunicación de la Comisión – Directrices Relativas a las Restricciones Verticales, Considerando: 168).

Hoy en día, existen cuatro excepciones que permiten que no se sancione a los acuerdos de restricción vertical de territorio y de clientes (Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010). En primer lugar, en referencia a las restricciones de territorio y/o clientes, los proveedores pueden restringir las ventas activas efectuadas por sus distribuidores a un territorio o a un grupo de clientes que se haya asignado exclusivamente a otro distribuidor o que el proveedor se haya reservado a sí mismo. Se debe permitir, sin embargo, las ventas pasivas en tales territorios o a esos grupos de clientes.

Por ventas activas se entiende la aproximación activa a clientes individuales; por ejemplo, mediante correo directo o visitas, o la aproximación a un grupo de clientes específico o a clientes en un territorio específico. La publicidad o promoción que sólo es atractiva para el comprador, si llega a un grupo específico de clientes o a clientes en un territorio específico, se considera venta activa a dicho grupo de clientes o clientes en ese territorio (Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010). En las ventas pasivas, no hay un esfuerzo para realizar ventas a un cierto grupo de personas. Se vende, por ende, a cualquier cliente. Usar el internet para promocionar un bien o servicio es, por regla general, un ejemplo de ventas pasivas, ya que constituye un modo razonable de permitir a los clientes llegar al distribuidor (Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010).

En segundo lugar, relacionada más con la restricción de clientes, se permite restringir que un mayorista venda a usuarios finales. Esto no implica que un mayorista no pueda vender a determinados usuarios, por ejemplo, grandes clientes industriales. Esta excepción se justifica porque la competencia se afectaría si distribuidores al por mayor, cuyos costos son proporcionalmente menores, compitieran con los minoristas.

Una tercera excepción, relacionada con las ventas a distribuidores no autorizados bajo el marco de un contrato de distribución selectiva, permite que no se sancione a los acuerdos de restricción vertical de territorio, consiste en que un proveedor puede restringir a un distribuidor designado en un sistema de distribución selectiva la venta a distribuidores no autorizados situados en cualquier territorio en donde opera dicho sistema o donde el proveedor aún no venda los productos objeto del contrato.

Por último, una excepción relacionada con la reventa de componentes, la cual permite a un proveedor restringir que un distribuidor de bienes intermedios suministrados para ser incorporados al producto, los revenda a los competidores del proveedor. Esta excepción no se refiere a bienes que compitan entre sí, sino que sean del mismo tipo. Se discute si esta restricción aplica para componentes usados para reparar y mantener los productos.

Hay varias justificaciones para las restricciones verticales de distribución de territorio, a saber (Wijckmans, y Tuytschaever, 2011):

- i. Los contratos de franquicia exclusiva se pueden justificar si son necesarios para explotar un producto y obtener utilidades por su creación;
- ii. Habrá una justificación si un distribuidor es el primero en vender una marca nueva o una marca existente en un nuevo mercado, ya que hay grandes inversiones;

- iii. También se puede restringir los mercados donde los distribuidores señalados para vender un nuevo producto o de participar en las primeras etapas de la introducción del mismo al mercado lo venderán.

También se debe señalar que, bajo las Comunicación de la Comisión sobre acuerdos verticales, la combinación de un sistema de distribución exclusiva y de uno de distribución selectiva dentro del mismo sistema de distribución puede generar problemas importantes frente a la aplicación de las exenciones del Reglamento 330/2010. En este sentido, se debe realizar una aclaración: si el sistema de distribución combina los dos esquemas (exclusiva y selectiva) para todos los distribuidores, se debe atender a lo señalado por las Comunicación de la Comisión en las Directrices sobre acuerdos verticales (Considerado 57), donde señala que “[e]n el territorio donde el proveedor realiza la distribución selectiva, este sistema no puede combinarse con la distribución exclusiva puesto que ello llevaría a una restricción especialmente grave de la venta activa o pasiva por los distribuidores autorizados en virtud del artículo 4, letra c), del Reglamento de Exención por Categorías”, sin embargo, esta prohibición no es absoluta, pues, como lo señala la misma Comisión:

“Pueden imponerse restricciones a la capacidad del distribuidor de determinar la situación de sus locales comerciales. Es posible impedir a distribuidores autorizados que desarrollen su actividad comercial en locales diferentes o que abran un nuevo establecimiento en un emplazamiento diferente. En este contexto, el uso por un distribuidor de su propia página web no puede asimilarse a la apertura de un nuevo local en un emplazamiento diferente. En caso de que el establecimiento del distribuidor autorizado sea móvil, se puede fijar una zona fuera de la cual no se puedan explotar los establecimientos móviles. Además, el

proveedor puede comprometerse a suministrar solamente a un distribuidor autorizado o a un número limitado de distribuidores autorizados en una parte concreta del territorio donde se aplica el sistema de distribución selectiva.”

Por último, es importante señalar que uno de los beneficios que pueden traer consigo las restricciones verticales es que ayudan a uniformar y normalizar el producto. Así, es posible crear una imagen de marca. En el caso de Yves Saint Laurent Parfums, se señaló que los acuerdos verticales se justifican si, con ellos, se subsidian inversiones publicitarias y si ayudan a preservar la imagen de alta calidad y prestigio de los productos (Barrera, 2014).

2.4.3. VENTAS POR INTERNET: GENERALIDADES Y EL CASO PIERRE FABRE DERMO-COSMÉTIQUE (2008)

Internet es una herramienta muy poderosa para llegar a un mayor número y diversidad de clientes que a los que se llegaría utilizando métodos de venta más tradicionales. El uso de internet puede tener efectos fuera del territorio del distribuidor o del grupo de clientes propio; esto se debe a la tecnología, que facilita el acceso a una misma página desde cualquier lugar. En principio, todos los distribuidores deben poder utilizar internet para vender productos.

Si un cliente visita la página web de un distribuidor, se pone en contacto con él y este contacto culmina en venta, ésta se considerará como una venta pasiva. Lo mismo sucede si un cliente opta por que el distribuidor le mantenga informado de manera automática, y se hace, consecuentemente, una venta. Las opciones de lenguaje utilizadas en la página web o en la comunicación se consideran parte de la venta pasiva; así, por el hecho

de que una propaganda en internet se realice en alemán, no significa que sea una venta activa para Alemania (Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010).

A diferencia de lo que se considera en la Unión Europea, en Estados Unidos se dice que, dependiendo de la naturaleza del comercial, se puede considerar que una venta por Internet es activa o pasiva. Precisamente, las páginas web interactivas, es decir, que tienen cierto tipo de contacto con los visitantes, podrían realizar ventas activas, si tienen como objetivo principal hacer negocios en un territorio específico (Rustland, 2009).

Un caso muy ilustrativo para lo explicado anteriormente es el de la empresa de cosmética Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (en adelante “PFDC”), que prohibió las ventas por internet de sus productos Klorane, Ducray, Galénic y Avène. PFDC le exigió a sus distribuidores:

- i. Que, durante las horas de venta, una persona especializada estuviera presente;
- ii. Que esta persona tuviera un título como farmacéuta y;
- iii. Que los productos se vendieran en un almacén específico y especializado.

Esta compañía señaló que las anteriores restricciones se presentaron porque sus productos se destinan al cuidado de la salud de la piel y, por lo tanto, si no se cuenta con la presencia un farmacéuta, no se cumplirían las expectativas de sus clientes.

En esta oportunidad, la Autorité de la Concurrence francesa señaló que prohibir las ventas por Internet es equivalente a prohibir las ventas activas y pasivas; lo anterior es considerado como una restricción especialmente grave en la Unión Europea, ya que restringe desproporcionadamente la competencia, y obstaculiza la integración del mercado común. Adicionalmente, no aplicaría la excepción consagrada en el artículo 101 (3), porque PFDC no demostró, a lo largo del proceso, que hubiera habido un progreso económico, ni

que la restricción hubiera sido indispensable. Así, la empresa fue multada, y debió permitir la venta de productos por internet.

PFDC apeló la decisión frente a la Corte de Apelación de París, señalando que la distribución selectiva no es anticompetitiva. Lo anterior, debido a que la restricción busca la seguridad y la mejoría en la salud de los pacientes, y a que las restricciones de las ventas en línea ayudan a mantener el buen nombre de la marca. Esta autoridad se preguntó si una prohibición general sobre distribución a usuarios finales por internet constituye una restricción especialmente grave.

El Auditor Judicial General encargado de este caso argumentó que los servicios que acompañan la venta de los bienes afecta la percepción del consumidor sobre su calidad; mantener un trato especializado puede fomentar una competencia que se base en factores diferentes al precio. Estos criterios cualitativos, sin embargo, no pueden ser mayores a los que se requieren para distribuir los bienes adecuadamente, teniendo en cuenta sus características. En el caso particular, para el auditor, las condiciones impuestas por PFDC eran irrazonables y discriminatorias, por lo que se trataba de restricciones por objeto.

La Corte de Apelación explicó que los acuerdos de distribución selectiva afectan la competencia, y, si no tienen justificaciones, se deben considerar como restricciones por objeto. Esta práctica no se puede beneficiar por la excepción de bloque, porque mantener una imagen prestigiosa no es motivo suficiente para restringir la competencia. Con todo lo anterior, se obligó a PFDC a permitir las ventas en línea de sus productos.

2.9. APERTURA DEL MERCADO

Los Estados Miembros de la Unión Europea, en términos generales, tienen altos índices de apertura al mercado y de apertura al comercio, salvo ciertas excepciones, como Portugal^x. Una de las posibles causas que llevan a la presencia de estos indicativos es que la

aproximación a las restricciones verticales es más hostil que en la Unión Europea que en EEUU.

Lo anterior se debe, por un lado, a que uno de los fines últimos de la Unión es la integración de los mercados, lo que implica que los fines del derecho de la competencia son más amplios en la Unión Europea que en Estados Unidos, y, por el otro, a que la aplicación de las restricciones especialmente graves es menos delimitada que la regla de la razón (Jones, 2010 y Barrera, 2014).

Realizar acuerdos de repartición de mercados en el marco de un contrato de distribución es sumamente riesgoso en la Unión Europea, ya que, como se ha visto, este tipo de acuerdos se consideran como restricciones especialmente graves, y las sanciones que se imponen por realizarlos son sumamente fuertes.

3. CHILE

3.1. LA REGULACIÓN SOBRE RESTRICCIONES VERTICALES DE TERRITORIO

En los artículos 1 y 3 Decreto-Ley 211 de 1973, se señala que los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas están prohibidos. Hoy en día, en esta norma, no hay una prohibición expresa para los acuerdos verticales de repartición de territorios. Por lo anterior, se dice que, en este país, este tipo de restricciones se analizarían bajo un análisis similar al de la regla de la razón.

3.2. LA DOCTRINA TEMPRANA

La norma original del artículo 2º del Decreto-Ley 211 señalaba que se consideraban como conductas contrarias a la libre competencia las referidas al comercio o distribución. Ante la amplitud de las hipótesis establecidas en esta norma, los organismos de defensa de la competencia subsumieron en ellas las restricciones territoriales (Rojas, 2009). En esta época, más que un análisis económico, las comisiones chilenas recurrían a conceptos

conocidos del derecho privado, como el del mandato, para resolver los diferentes casos.

En el Dictamen 55 de 1974, por ejemplo, se explicó que si la distribución de un producto se efectuaba por medio de la venta del productor al distribuidor, no era lícito que el primero impusiera a su comprador limitaciones a la libre disponibilidad del producto, que le correspondería como el dueño del mismo, ni al ejercicio de su actividad comercial. Esto se debía a que el distribuidor era un comerciante independiente que actuaba por su propia cuenta y riesgo, y no había motivo alguno para mantener tutela sobre el producto vendido. Como se puede ver, la doctrina temprana en Chile era sumamente similar a la que se vio en Estados Unidos en el Caso Schwinn de 1967.

Con esta situación, hubo un gran auge de representantes que actuaban “bajo mandato” del productor de bienes; así, se cumplía con el requisito de que la venta se diera por cuenta y riesgo del productor. Los productores podían, entonces, establecer todo tipo de restricciones (Rojas, 2009).

3.3. UNA NUEVA INTERPRETACIÓN

A partir de la década de 1990, las cláusulas de asignación territorial se analizaron de maneras más permisivas por las comisiones (Ruiz, 2014). Uno de los primeros ámbitos donde se pudo observar este cambio de criterio fueron los contratos de distribución que creaban franquicias. En estos casos, se entendía que se producía un tipo de integración vertical entre el productor y el distribuidor similar al mandato (Rojas, 2009).

Posteriormente, se eliminó la disposición del Decreto-Ley 211 que prohibía los acuerdos de distribución restrictiva.

La Fiscalía Nacional Económica chilena (en adelante “FNE”) expidió, en junio de este año, las guías para el análisis de restricciones verticales, que buscan dar certeza a los agentes del mercado sobre los criterios que seguirá la fiscalía al analizar este tipo de

mecanismos. En estas guías, no se explica, a profundidad, los contratos de distribución restrictiva; sin embargo, el hecho de que se revele cómo se analizará, en términos generales, a las restricciones verticales, es sumamente útil.

3.3.1. CASO PLAZA VESPUCIO (2003)

En este caso, la FNE acusó al Centro Comercial Plaza Vespucio (en adelante “Plaza Vespucio”) por asignar zonas de mercado para entorpecer, dificultar e impedir la puesta en marcha del centro comercial denominado Florida Center, de Cencosud SA. En esta oportunidad, Plaza Vespucio firmó contratos de arrendamiento en los que prohibía a los arrendatarios establecerse con otro local comercial dentro de un radio geográfico determinado, so pena de sanciones consistentes en dar por terminado el contrato, demandar el pago de multas compensatorias o exigir el cumplimiento forzado de la obligación. Lo anterior, a criterio de la FNE, constituía una fijación arbitraria de un área territorial exclusiva y aseguraba la exclusividad de la oferta en ese mercado relevante, lo que afianzaba la posición de dominio de Plaza Vespucio y evitaba la competencia.

Plaza Vespucio se defendió diciendo que la cláusula en cuestión beneficiaba a los arrendatarios, con quienes acordaron que, para ellos, era ideal no auto-competir, ya que esto desviaría la clientela del centro comercial. Esta cláusula, precisó, no se aplicaba cuando se vendían marcas diferentes y no constituía infracción a la misma el comercio de productos diferentes pero bajo la misma forma de marca utilizada en ese centro comercial. Sólo cuarenta y tres (43) de un total de doscientos trece (213) locatarios que se encontraban en ese centro comercial, tenían esa estipulación en sus contratos.

La Comisión Resolutiva dijo, en este caso, que las cláusulas penales por incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula radial tenían un efecto anticompetitivo, ya que limitaban la posibilidad de un competidor de Plaza Vespucio de

ofrecer sus servicios. Añadió que, si bien el objetivo de defender la rentabilidad de un negocio es legítimo, los instrumentos que se usen para esta defensa se deben enmarcar dentro de parámetros dirigidos a mejorar la eficiencia y a reducir los costos de entrada y los de operación. Dejó sin efecto, entonces, estas cláusulas.

En el fallo del 19 de agosto de 2003, la Corte Suprema chilena estudió este caso. Este tribunal señaló que las cláusulas radiales impedían que los arrendatarios de un centro comercial acudieran a otros almacenes, y pretendían evitar que los competidores de Plaza Vespucio contaran con la presencia de ciertos establecimientos de comercio, limitando la libertad de elección de los consumidores. 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.

Como se puede ver, en esta oportunidad no se explicó si era posible usar métodos menos restrictivos y más eficaces para obtener los mismos fines.

3.3.2. CASO SOCOFAR (2006)

En este caso, la FNE solicitó que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) determinara si las cláusulas de contratos de franquicia de la marca comercial Cruz Verde, celebrados entre la empresa Socofar S.A. y diversos farmacéuticos independientes, se ajustaban a las normas de libre y leal competencia de Chile. Las farmacias Cruz Verde, propiedad de Socofar, eran dominantes en la distribución mayorista y minorista de medicamentos.

En general, los contratos de franquicia tienen más restricciones que los de distribución, ya que protegen, por un lado, la marca, y, por el otro, el *know how* del franquiciador; es una manera de explotar los conocimientos de una empresa sin

comprometer capitales propios^{xi}. A juicio de la FNE, las cláusulas consultadas podrían considerarse como abusivas, porque, desde su punto de vista, no se justificaban en la protección de marca ni en la protección de los conocimientos del franquiciador.

Según el contrato celebrado por Socofar y sus franquiciados, estos últimos no podían ceder o transferir de cualquier forma el contrato a terceros sin tener autorización previa. Tampoco podían vender, ceder o transferir el local sin otorgar una primera opción de compra a Socofar. La FNE sugirió que se eliminara la primera de estas disposiciones, y que el precio de compra de la segunda disposición fuera determinado por el dueño del establecimiento. No obstante, el Tribunal estimó que dichas cláusulas no eran *per se* abusivas, toda vez que su aplicación estaba limitada a la vigencia del contrato de franquicia, cosa que es razonable, dado el carácter *intuitio personae* del contrato de franquicia y la eventual imposibilidad de cumplirse por el franquiciado si se transfiere el local.

En segundo lugar, el franquiciado debía vender de manera exclusiva productos de Socofar y sus asociados. La FNE señaló que esto sólo hubiera sido permisible si no hubiera habido forma de realizar un control de calidad sobre otros bienes. Para el TDLC, sin embargo, este tipo de estipulaciones puede ser de la esencia de un acuerdo de franquicia, pues lo que está siendo transferido es precisamente el derecho a usar una determinada modalidad de comercialización de productos.

El franquiciado, además, debía asegurar, a su costo, la mercadería e infraestructura del local. Estos seguros eran tomados por Socofar S.A. en su propio departamento de seguros, y su beneficiario era Socofar S.A.. Para la FNE, no era justificable que el franquiciado no pudiera elegir con qué compañía convenir el respectivo seguro. La empresa investigada explicó que el seguro era contratado por Socofar por su propio departamento; esto era un beneficio que dicha empresa ofrecía a sus franquiciados, por cuanto implicaba,

por un lado, una menor carga administrativa y, por otro, la posibilidad lograr mejores condiciones comerciales con la compañía de seguros. Al respecto, el TDLC declaró que dicha estipulación no atentaba contra las normas sobre protección de la libre competencia y que no se había acreditado que el franquiciado pudiese obtener condiciones más favorables, considerando en particular que los seguros no serían tomados con un asegurador relacionado con la empresa franquiciante, lo que hacía muy difícil la existencia de un abuso de posición dominante.

En caso de caducidad del convenio por cualquier causa, el cliente se obligaba a devolver toda la papelería. La FNE consideró que, al haber sido la papelería costada por el franquiciado, éste debía recibir un pago al devolverlas. El tribunal estimó que esta cláusula no afectaba la competencia en el mercado, por cuanto era justificable, ya que, de lo contrario, se podrían afectar sus derechos de propiedad industrial sobre los mismos, y el franquiciado, en todo caso, no podría continuar utilizando la papelería una vez terminado el contrato. Cabe tener presente que, a diferencia de lo sostenido por la FNE, Socofar afirma que no cobraría por la papelería que entrega a los franquiciados.

En la cláusula compromisoria del contrato, se decía que Socofar elegiría los árbitros. Tanto la FNE como el TDLC señalaron que el franquiciado debía tener la posibilidad de elegir, conjuntamente, quiénes serían los árbitros.

Había otras cláusulas que, para la FNE, eran potencialmente abusivas, ya que, con ellas, se hacía una transferencia no compensada de los riesgos del negocio. El tribunal no encontró suficientes elementos de convicción que permitieran establecer si tales cláusulas se condecían con el riesgo del negocio y si imponían mayores costos comerciales al dueño del local; tampoco encontró por qué estas estipulaciones atentarían contra la libre competencia.

El TDLC señaló, en esta oportunidad que, si bien los contratos de franquicia son voluntariamente acordados entre las partes, una vez perfeccionados, el franquiciado pasa a depender económicamente del franquiciador y por ello, existe la posibilidad de que cláusulas que, aparentemente, son abusivas, en realidad no sean contrarias a la libre competencia. Por otra parte, no fue debidamente acreditado en el expediente que los acuerdos de franquicia realizados entre Socofar y diversos farmacéuticos independientes afectaron, en forma actual o potencial, la entrada y la intensidad de competencia de los agentes económicos en los segmentos de distribución y de comercialización minorista de productos farmacéuticos.

Se decidió, entonces, que las cláusulas del contrato de franquicia de la marca Cruz Verde, celebrado entre la empresa Socofar S.A. y diversos farmacéuticos independientes, no son, en sí mismas, contrarias a la libre competencia. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal estimó que Socofar detentaba una posición dominante en el mercado de farmacias, por lo que le sugirió a la FNE revisar con cuidado sus actividades.

3.4. APERTURA DEL MERCADO

La transición que ha tenido el análisis sobre los acuerdos verticales de repartición de territorios en Chile ha sido muy similar que el de EEUU: la regulación temprana que hubo en Chile sobre restricciones verticales de territorio fue sumamente prohibitiva; con el paso del tiempo, este tema fue perdiendo importancia en este país, y, hoy en día, esta conducta no se prohíbe específicamente en la ley, por lo que se debe hacer un análisis similar al de la regla de la razón para sancionarla. Los casos que tratan este asunto son pocos. A la hora de celebrar un contrato de distribución en este país, entonces, es necesario analizar si las restricciones de este tipo son razonables; en caso de que no lo sean, lo ideal es no participar en ellas.

La apertura al mercado de Chile es, según la ICC, de 3.9 sobre 5; su apertura al comercio, por otro lado, es de 3.3. Este puntaje es más alto que el de EEUU (2.2), pero menor que el del promedio de la Unión Europea (3.5). Nótese que su régimen ha sido, históricamente, más riguroso que el de EEUU, pero menos estricto que el de la Unión Europea. Es recomendable que se haga un estudio para analizar si estas dos variables (a saber: prohibición de realizar restricciones verticales de territorio y apertura al comercio) están, en efecto, relacionadas.

4. COLOMBIA

4.1. LA REGULACIÓN SOBRE LAS RESTRICCIONES VERTICALES DE TERRITORIO

4.1.1. LA NORMATIVA

Los acuerdos verticales de repartición de mercados se podrían investigar por infringir éstos la prohibición general contenida en los artículos 1º de la ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992, ya que los mismos podrían restringir la competencia. Es posible pensar que el numeral 3º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 también prohíbe este tipo de acuerdos; sin embargo, por la redacción del mismo, parece claro que se refiere a acuerdos horizontales de repartición de territorio. Este artículo reza así:

*“ARTÍCULO 47, DECRETO 2153 DE 1992. - Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el Artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia entre otros, los siguientes acuerdos: (...) 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados **entre productores o entre distribuidores.**”*

(Negrillas fuera de texto).

La redacción de este artículo no parece cobijar el caso en el que un productor limite la posibilidad de un único distribuidor de vender por fuera de un determinado territorio;

este caso debería ser investigado bajo la prohibición general. Sin embargo, sí se podría investigar un acuerdo vertical que tuviera *como efecto* una repartición de mercado horizontal. Tal sería el caso en el que un productor pusiera límites a cada uno de sus distribuidores, de manera que estos no pudieran vender por fuera de un determinado territorio o a una audiencia determinada.

4.1.2. LAS DECISIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (“SIC”)

La Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “SIC”), que es la autoridad única de competencia en Colombia, no ha desarrollado en gran medida el tema de las restricciones verticales en general. En el Concepto 01082559 del 23 de octubre de 2001 señaló:

(...) cuando el acuerdo es vertical, es decir, cuando se realiza entre quienes intervienen en un mismo proceso productivo pero en diferentes instancias, (...) no opera la ilegalidad per se por cuanto las empresas no se hayan en posición de competencia, y por ende no se genera indefectiblemente su restricción. En consecuencia, si lo pretendido por los intervinientes de una misma cadena productiva es optimizar y mejorar la eficiencia de una operación, como resultado del cual, inclusive, puedan verse favorecidos los consumidores al obtener productos a mejores precios, el acuerdo no estaría, por ese simple hecho, en contradicción con las normas sobre promoción de la competencia. (Negrillas fuera del texto)

En este concepto, la SIC no fue clara a la hora de establecer si estos señalamientos aplicarían a las restricciones verticales de precios o de territorio, que son las más

problemáticas a nivel internacional. A continuación, se analizará casos en los que la SIC se ha pronunciado sobre restricciones verticales.

La SIC ha dicho que, cuando el acuerdo no busca maximizar los recursos ni optimizar el ciclo de producción, sino imponer restricciones al mercado, éste se considerará como anticompetitivo. Cuando el acuerdo no impone condiciones restrictivas al mercado, el análisis será más profundo, y se considerarán las condiciones específicas del mercado. (Ruiz, 2014).

A) CASO "PANAMCO-INDEGA, POSTOBÓN Y BAVARIA" (2000)

Mediante las resoluciones 44, 46 y 47 de 1999, la SIC abrió una investigación en contra de tres empresas embotelladoras de gaseosa (Panamco-Indega, Postobón y Bavaria), sus representantes legales y un grupo de sus distribuidores.

En las investigaciones, se había pretendido establecer si se había fijado un precio mediante la coordinación de precios, ya que las embotelladoras supuestamente habrían aumentado sus precios durante los años 1997 y 1998 el mismo día, en las mismas cifras y arribaban al mismo valor, situación que para la SIC era sospechosa.

Aparentemente, además, había habido una repartición de mercado entre Panamco - Indega, Postobón y Bavaria. Lo que sucedía es que tenían contratos de distribución similares según los cuales los distribuidores sólo podrían vender su producto en zonas determinadas. Los productores argumentaron que ellos no tenían un acuerdo horizontal, sino que le daban territorios a sus distribuidores para reducir costos e incrementar la eficiencia en su canal de distribución, y, de esta manera, aumentar la competencia intermarcas en el mercado. En la práctica sucedía que, dependiendo de cuándo pasaban los camiones para recoger el producto embotellado, se hacía un sistema de preventa, que

lograba que el transportador vendiera a los distribuidores que se encontraran en una determinada ruta.

Los investigados ofrecieron garantías mediante las cuales se comprometían a terminar las conductas investigadas, a estipular en sus contratos la obligación de los contratistas de no realizar dichas conductas, a presentar informes periódicos a la SIC para garantizar su cumplimiento, a difundir entre sus directivos información respecto al derecho de la competencia y a tomar un seguro que garantizara el 100% de la sanción máxima, en caso de un posible incumplimiento. Además, los transportadores se dejarían de comportar como agentes independientes de las embotelladoras, para que estos agentes no tuvieran una suerte económica distinta a la de los productores. Esto implica que comparten los riesgos de la distribución y que el sistema de remuneración implica comunidad de suerte. La SIC aceptó las garantías mediante la resolución 19644 de 2000.

B) CASO "BAVARIA" (2003)

En 2001, la SIC abrió una investigación en contra de Bavaria por la presunta infracción del artículo 1 de la ley 155 de 1959 y del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153, ya que esta sociedad incluía dentro de sus contratos de distribución cláusulas de seguridad territorial, según las cuales sus distribuidores sólo podrían vender en un territorio asignado previamente, por un precio específico. Esta cláusula señalaba lo siguiente:

“Me comprometo a revender los productos fabricados o distribuidos por Bavaria S.A. únicamente en el territorio que se me asigne y permitiré que Bavaria S.A. supervise el establecimiento de dicho territorio y la atención a la clientela, con el fin de asegurar un eficiente y oportuno servicio de reventa de los productos de Bavaria S.A.”

Vender a un precio determinado y en un territorio asignado previamente, para la SIC, implicaba subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio. Esto, además, limita la actividad del distribuidor.

Mediante la Resolución 19414 de 2003, la SIC aceptó las garantías ofrecidas por Bavaria para evitar fijar precios de venta, consistentes en que en los contratos que celebraría a futuro, únicamente incluiría la referencia de las normas tributarias que le son aplicables para fijar el precio de venta al detal.

Además, se incluiría en sus contratos una cláusula que contendría: (i) la facultad del oferente para realizar ventas en todo el territorio nacional, previa atención aceptable del territorio asignado y (ii) el establecimiento de cargas de información en cabeza del oferente, para permitir a Bavaria cumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes. Para determinar que en un determinado territorio se estaba vendiendo adecuadamente los productos de Bavaria, esta empresa utilizaría parámetros de calificación para sus distribuidores tales como: ventas, punto de venta, infraestructura de distribución y servicio al cliente.

C) CASO “CRISTALERÍA PELDAR” (2004)

El caso que se analizará a continuación, se refiere a un acuerdo vertical de fijación de precios. A pesar de que ese no es el tema central de este escrito, permite saber de qué manera ha analizado la SIC los acuerdos verticales en general, ya que este tema no ha sido ampliamente estudiado por la autoridad de competencia en Colombia.

Por medio de la resolución 21821 de 1 de septiembre de 2004, que fue confirmada en todas sus partes por la resolución 28350 del 22 de noviembre de 2004, la SIC sancionó a la empresa productora de vidrios Cristalería Peldar, por realizar un acuerdo vertical de

precios con tres (3) empresas transportadoras de vidrios. En dicha oportunidad, se fijó un flete del transporte de vidrio plano desde la planta de Peldar hasta la sede de los distribuidores. Con este acuerdo, según la SIC, se redujo la competencia entre los transportadores de vidrio. Peldar afirmó que no había incurrido en una restricción de la competencia, por varios motivos.

En primer lugar, señalaron que fijar los fletes de los transportadores era necesario, ya que el Gobierno Nacional no lo había hecho aún. A lo anterior, la SIC respondió que el transporte de vidrio goza de libertad tarifaria, y fijar fletes para el mismo excede los límites de la autonomía de la voluntad privada, ya que un flete común para los transportadores no es un elemento esencial del contrato de transporte: lo que sí es esencial es el precio del contrato. Adicionalmente, no todo acuerdo vertical es esencial para la actividad comercial.

Los investigados argumentaron, en segundo lugar, que no hubo una restricción efectiva del mercado, ni de la competencia, y que no se logró probar que Peldar hubiera actuado con culpa o dolo. Este argumento es erróneo, según la SIC, porque el numeral 1 del artículo 27 del decreto 2153 de 1992 prohíbe los acuerdos de fijación de precios verticales y horizontales. Esta norma tiene un carácter preventivo, por lo que no tiene que haber un perjuicio para que se sancione las conductas previstas en la misma. Tampoco es necesario probar la presencia de un elemento subjetivo para que proceda una sanción.

Por último, Peldar señaló que, con este acuerdo, se obtuvieron grandes eficiencias. La SIC respondió a lo anterior argumentando que el acuerdo no generó tales eficiencias: la competencia económica constituye la mejor manera de favorecer los intereses de los consumidores, al permitirles elegir entre más y mejores precios. Si se fijan los precios por medio de un acuerdo, se pierden los incentivos para competir por precio.

Para Peldar, los distribuidores serían los grandes beneficiados por este acuerdo, ya que son quienes pagarían los fletes. Esto, según la defensa, se da porque, como los vehículos que transportan vidrio se deben adecuar para cumplir con unos estándares básicos de seguridad, hay muy pocos transportadores de vidrio; lo anterior reduce la capacidad de negociación de los distribuidores. La SIC encontró, en este caso, que no se fortaleció el poder de negociación de los distribuidores. Si ellos hubieran estado interesados en la misma, hubieran sido parte de ella.

Como se puede ver, el estudio que realizó en esta oportunidad la SIC fue precario: no se explicó a profundidad cuáles serían los efectos perniciosos para la economía colombiana de los acuerdos verticales de fijación de precios. Tampoco analizó las posibles eficiencias de este acuerdo.

D) CASO “GASCARIBE, MUNDOGAS Y GAS NATURAL COMPRIMIDO” (2007)

La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante resolución 12628 de 2007, abrió investigación en contra de Gascaribe, Mundogas y Gas Natural Comprimido por presuntamente haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, el numeral 7 y 10 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y los numerales 3 y 6 del mismo decreto. Lo anterior se debe a que estas empresas condicionaban los servicios que prestaba a las estaciones de servicio de gas natural vehicular en Barranquilla al cumplimiento de condiciones adicionales, consistentes en contratar a Gascaribe para la conversión a gas de sus automóviles. La cláusula sexta del “Contrato de prestación de servicio de actualización e intercambio de información al sistema SUIC” señalaba:

“De igual forma, se obliga a no suministrar combustible GNCV a aquellos vehículos que se encuentren en mora en el pago del crédito del Kit de conversión del vehículo de GNCV y que al momento de contratar

dicho crédito hayan autorizado expresamente la suspensión del servicio en caso del incumplimiento en el pago.”

La conducta podía estar impidiendo a terceros el acceso al mercado de comercialización de gas natural vehicular a través de estaciones en la zona referida del país.

Las empresas se comprometieron a suspender o modificar las conductas objeto de investigación; aseguraron que se excluiría esta cláusula de los contratos, que no volverían a negociar cláusulas similares en contratos futuros, y que no negarían la prestación de servicio de gas natural vehicular a quienes estuvieran en mora en el pago de la financiación de vehículos convertidos. Finalmente, los sujetos investigados debían constituir una póliza de cumplimiento a favor de la SIC con vigencia de un año, prorrogable por un año más.

E) CASO “IBOPE” (2011)

Para establecer el valor de los minutos al aire, en el mercado de la televisión se aplica el sistema de los puntos de audiencia o *rating* (Miranda y Márquez, 2003). El mismo es calculado por una empresa llamada IBOPE, que establece el nivel de audiencia de cada operador según la franja de horario de transmisión. IBOPE era una de las únicas empresas que contaba con el conocimiento e infraestructura para proveer al mercado la medición de sintonía. Se podría considerar que, en este caso, hay un monopolio natural, ya que, como lo señaló la SIC en la Resolución No. 23890 de 2011 “posiblemente la industria no pueda demandar más de una medición, en razón de los importantes costos hundidos en los que habría de incurrir la empresa entrante”.

Ésta era la única medición electrónica de audiencia de televisión en Colombia, y sus resultados son un insumo fundamental para la industria publicitaria, en tanto dicha información les permite establecer cuál es el medio más idóneo para publicitar su producto y diseñar, así, los planes de medios por ofrecer a los anunciantes. Con fundamento en esta

medición, además, los medios de comunicación definen tanto los contenidos por ofertar como los valores por cobrar por la venta de sus espacios publicitarios a los anunciantes, agencias de publicidad y centrales de medios.

IBOPE vendió esta información de forma libre y autónoma a terceros interesados hasta el año 2009. Para fijar las tarifas aplicaba un criterio internacional en el que cada usuario pagaba una tarifa proporcional a su participación en la actividad publicitaria. Hasta ese año, en comités de toda la industria, se analizaba la calidad de la medición, los eventuales ajustes o correctivos a la metodología y el modelo de tarifas. Incluso, se realizaban auditorías a la empresa medidora.

En 2008, IBOPE presentó un estudio que mostraba que había bajado el *rating* de los canales privados de televisión nacional. RCN y Caracol señalaron que había defectos en el estudio, por lo que contrataron a un experto que revisó los estudios hechos por IBOPE. Esta persona especializada señaló que los estudios estuvieron bien hechos.

Ante esta situación, en marzo de 2009 RCN, Caracol y la Unión Colombiana de Empresas Publicitarias (“UCEP”), hicieron una convocatoria privada para elegir una empresa que hiciera el estudio nuevamente; esta vez, sólo se mediría el *rating* con base en los canales nacionales. A esta convocatoria se presentó IBOPE, y fue elegida. Estas empresas suscribieron un contrato para medir la audiencia de televisión (“infometer”) y el servicio de competencia publicitaria (“infopauta”). Estas tres partes se constituyeron como propietarias del insumo y los productos derivados de la medición de audiencia en la medición.

Se reservaron el derecho de decidir a quién se le podía vender la información que se adquiriera, cuáles serían las tarifas de la venta y cuál sería la metodología aplicable. El costo de su inversión se recuperaría por recibir ellos el ochenta por ciento (80%) de los

valores pagados por los compradores del estudio. Según a este acuerdo, no existía la posibilidad de surtir dicha información a canales internacionales, y se exigía permiso para suministrarla a otros canales nacionales interesados o a anunciantes que no fueran miembros de la UCEP. Este acuerdo, según la SIC, restringía la competencia porque consagraba exclusiones de terceros al acceso a los estudios y facultaba a los contratantes a fijar los costos de los estudios.

La SIC sancionó a las empresas investigadas porque, en opinión de esta entidad, los miembros del contrato obtuvieron una ventaja competitiva ilícita derivada de la suscripción del acuerdo, y siguieron conservando dichos privilegios de posicionamiento. Adicionalmente, se concluyó que los productos ofrecidos por IBOPE no tenían sustitutos, a pesar de que había otras empresas que hacían mediciones de *rating* para esta época.

Este caso tuvo graves falencias probatorias. No parece claro que el estudio de la IBOPE hubiera sido fundamental para que los demás agentes de este mercado desarrollaran su actividad. Tampoco parece que hayan excluido, realmente, a otros agentes del mercado. ¿Era el estudio de la IBOPE un insumo productivo para los canales y las agencias de publicidad? ¿La participación de estos canales y agencias se redujo a raíz de este acuerdo?

Con la implementación de este nuevo esquema, hubo incrementos de las tarifas que oscilaban entre el veinte (20%) y el ciento veinte por ciento (120%); lo anterior incrementó las barreras de acceso a los mercados de compra-venta de información y de compra-venta de pautas publicitarias a quienes no hicieron parte del acuerdo. Esto demostró que la conducta investigada tuvo un efecto exclusorio. La SIC no analizó, sin embargo, si el estudio mejoró tanto que su valor pudiera incrementar hasta un ciento veinte por ciento.

Para la SIC, hubo efectos anticompetitivos verticales en el mercado de medición de audiencia de televisión, y horizontales en el mercado de pauta publicitaria. Los bienes y

servicios finales del mercado de medición de audiencia son considerados insumos esenciales para la determinación del precio en el mercado de la pauta publicitaria.

Los investigados señalaron que introdujeron mejoras a la medición, que compensaban los efectos negativos que se presentaron en la competencia. En respuesta a ello, la SIC explicó: “incrementos de más del cien por ciento sobre el precio para varios adquirentes no tienen asociados una contraparte en materia de mejoras significativas y estructurales del estudio de medición de audiencia.” No todo incremento en la calidad de un producto puede reconocerse como ganancia de eficiencia.

La defensa argumentó también que el acuerdo iba dirigido a proteger derechos de autor, porque enmarca dentro de lo que se denomina un “contrato de obra por encargo”, en virtud del cual los derechos patrimoniales son conservados por quien realiza el encargo. A lo anterior, la SIC respondió: “no considera la SIC que existan derechos de autor en este caso, por cuanto no se observan los elementos constitutivos de este tipo de derechos, como son la originalidad y los requisitos del contrato de obra por encargo”. En todo caso, la normativa sobre propiedad intelectual no puede desconocer la que existe sobre libre competencia.

La SIC realizó, en este caso, un análisis pobre. Confundió los mercados involucrados, y le bastó mencionar que había una posición dominante y que hubo un acuerdo para sancionar a las empresas, sin entrar a investigar si el acuerdo vertical tuvo o no eficiencias que compensaran sus efectos negativos.

4.2. APERTURA DEL MERCADO

Según el citado estudio de la ICN, el índice de apertura al comercio en este país es de 2.4 puntos, sobre 5. Mauricio Cárdenas (2013) señala que tanto las exportaciones como las importaciones colombianas son relativamente bajas, lo que demuestra que su

crecimiento a través de los años ha sido lento. Según este autor, el comercio exterior colombiano podría ser mucho mayor, dado el tamaño de la economía de este país y su proximidad a mercados como el de Estados Unidos; esto se debe, por un lado, a que la producción está ubicada lejos de las costas, lo que encarece el comercio, y, por el otro, a que hay barreras administrativas que limitan el comercio.

Además de los motivos señalados por Cárdenas, es pertinente examinar si una nula aproximación a las restricciones verticales de territorio puede ser un factor que contribuya a determinar el bajo índice de apertura al comercio de Colombia.

Como la SIC no ha analizado muchos casos de acuerdos sobre distribución restrictiva y tampoco ha expedido guías que expliquen cuál sería su aproximación al respecto, es difícil saber qué tan estricta sería a la hora de sancionarlos. Por lo anterior, es recomendable firmar acuerdos de seguridad territorial o de franquicia exclusiva únicamente cuando se tenga certeza que los mismos podrían generar grandes eficiencias, o cuando se puedan enmarcar dentro de alguna de las excepciones contenidas en el artículo 49 del decreto 2153 de 1992^{xii}.

IV. CONCLUSIONES Y OPINIÓN PERSONAL

Ante la presencia de nuevos métodos de distribución indirecta de bienes y servicios, se han venido desarrollando acuerdos que limitan la venta de productos a un territorio o una clientela determinada. En los diferentes países, la regulación para este tipo de acuerdos cambia. Lo que parece ser común en todos ellos es que reconocen, en un mayor o menor grado, que, a pesar de que pueden restringir la competencia, también producen eficiencias.

Con este ensayo, se procuró encontrar cómo se debería regular el tema de las restricciones verticales de territorio en Colombia, y si esta regulación puede tener

incidencia en la apertura del mercado y en la manera de celebrar contratos que permitan que los bienes producidos por un determinado agente lleguen a los consumidores finales.

Se pudo ver, a lo largo de este escrito, que los agentes de los diferentes mercados en países donde el nivel de prohibición de acuerdos verticales de distribución de territorio es bajo tienen una mayor libertad a la hora de celebrar contratos como los de suministro, distribución, agencia comercial y franquicia. En efecto, como las posibilidades de que los sancionen son menores, los productores pueden llegar a determinar dónde y a quién se venderán sus productos.

Para analizar si la manera en la que se regula la distribución restrictiva puede tener incidencia en la apertura de un mercado, se explicó cómo se había regulado a los acuerdos verticales de distribución de territorio en los diferentes países, y se comparó este nivel de regulación con su respectivo índice de apertura al comercio; los resultados obtenidos fueron los siguientes:

País o comunidad	Nivel de prohibición de acuerdos verticales de distribución de territorio	Índice de apertura al comercio-ICC (puntaje sobre 5)
Estados Unidos	Bajo	2.2
Unión Europea	Alto	Promedio aproximado de: 3,7
Chile	Medianamente alto	3,3
Colombia	Bajo	2,4

Se notó que los índices de apertura al comercio, en los casos analizados, son mayores en la medida en que aumentan las prohibiciones para realizar este tipo de acuerdos. Es recomendable estudiar si hay, en efecto, una relación directa entre estas dos variables, pues es posible que la concordancia de estos índices sea coincidencia. Para hacerlo, se requieren herramientas estadísticas y econométricas, para mostrar la relación directa entre estas dos variables y el efecto de la una sobre la otra; lo anterior sobrepasa los fines de este escrito, pero puede ser interesante estudiarlo en futuros trabajos. Sin embargo,

si existe tal relación, permitir los acuerdos de distribución restrictiva en todo momento puede llegar a imponer barreras para comercializar, lo que haría que la apertura comercial en el país no fuera tan alta.

Por lo tanto, lo ideal es limitar, en cierta medida, los acuerdos verticales de distribución de territorio; esto ayudaría, si hubiera una correlación entre el nivel de prohibición de acuerdos verticales de distribución de territorio y el índice de apertura al comercio, a que la apertura de los mercados nacionales fuera mayor y a que, consecuentemente, los países fueran más desarrollados.

Según la norma colombiana, es perfectamente factible investigar a las empresas que restrinjan el comercio mediante la distribución vertical de mercados. Sin embargo, nunca ha habido una sanción por infringir estas normas; esto hace que los beneficios que se pueden obtener por cometer este tipo de conductas sean muy superiores a los costos que pueden tener para quienes las cometen, ya que la posibilidad de que haya sanciones es remota.

El problema con lo anterior es que, por más de que los acuerdos verticales de distribución de mercado puedan producir eficiencias, también tienen efectos nocivos; por ejemplo, pueden cerrar el acceso al mercado y evitar la entrada de competidores potenciales. Éste, entre muchos otros factores, puede limitar la apertura al comercio de un país.

Los funcionarios norteamericanos que, en la década de 1980, urgieron a los japoneses a aumentar sus acciones de puesta en observancia de la ley sobre restricciones verticales de la competencia dieron, en su momento, una recomendación que parece ser bastante adecuada si un país espera abrir sus puertas al comercio. En esta oportunidad, entonces, se recomienda a la Autoridad de Competencia investigar casos en que se podría

llegar a afectar las condiciones del mercado con acuerdos de distribución restrictiva, ya que hacerlo podría incrementar la apertura económica de un país como Colombia.

La autoridad de competencia, en este tipo de casos, no puede olvidar, por un lado, que la gran variedad de contratos que logran que los bienes y servicios lleguen a los usuarios finales necesitan tener tratamientos diferentes y, por el otro, que los acuerdos de distribución restrictiva pueden tener grandes beneficios para la economía en general. En Colombia, frente a casos de acuerdos de restricciones verticales de territorio y de consumidores, se debería buscar determinar la razonabilidad de las mismas, por un lado, y sus posibles efectos dañinos, por el otro, a la hora de sancionar. Una actitud muy pasiva por parte de la SIC podría resultar perjudicial para la economía.

BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS

Arrubla Paucar, Jaime. *Contratos Mercantiles. Tomo III. Contratos Atípicos*. 7ª Edición.

Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2008.

Cárdenas Santamaría, Mauricio. *Introducción a La Economía Colombiana*. 3ª ed. Bogotá:

Alfaomega Colombiana, 2013.

Cascón, Fernando. *La distribución selectiva y el comercio paralelo de productos de lujo*.

Bogotá: Ibañez, 2009.

Gerber, David J. *Competencia Global: Derecho, Mercados y Globalización*. Traducción de

Javier Cortázar Mora. Primera edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

Peña Nossa, Lisandro. *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. 2 ed.

Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2006.

Peritz, Rudolph. *Competition Policy in America*. Nueva York: Oxford University Press,

1996.

Rey, Patrick. "The Economics of Vertical Restraints". *Economics for an Imperfect World:*

Essays in Honor of Joseph E. Stiglitz. Editado por: Richard Arnott, Bruce Greenwald, Ravi Kanbur y Barry Nalebuff. Massachusetts Institute of Technology, 2003.

Rustland, Michael. *Internet Law in a Nutshell*. St. Paul: Editorial West, 2009.

Wijckmans, Frank, y Filip Tuytschaever. *Vertical Agreements in EU Competition Law*.

Oxford: Oxford UP, 2011. 33-243.

2. ARTÍCULOS DE REVISTAS ESPECIALIZADAS

- Barrera, Natalia. "Tratamiento Legal y Jurisprudencial de las Restricciones Territoriales en Estados Unidos y Europa". *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*. (2014-Por publicar).
- Bork, Robert H. "Vertical Restraints: Schwinn Overruled". *The Supreme Court Review*. (1977): 171-192.
- Comanor, William S. & H. E. Frech. "The competitive effects of vertical agreements?" *The American Economic Review* 75.3 (1985): 539-546.
- Grimes, Warren S. "Spiff, Polish and Consumer Demand Quality: Vertical Price Restraints Revised." *California Law Review* 80.4 (1992): 817-855.
- Jones, Alison. "The Journey Toward an Effects-based Approach under Article 101 TFEU - The Case of Hardcore Restraints." *The Antitrust Bulletin* 55.4 (2010): 783-818.
- Koedijk, Kees; Jeroen Kremers; Paul David & Lars-Hendrik Röller. "Market Opening, Regulation and Growth in Europe". *Economic Policy*, 11.23 (1996): 443-467.
- Marques De Carvalho, Vinivius, Marcos Paulo Verissimo, y Paulo Burnier Da Silveira. "Vertical Restraints: A Look Ahead." *Competition Policy International* 9.1 (2013): 1-7.
- Martinez, Ana Paula y Mariana Tavares de Araujo. "Resale Price Maintenance in Brazil: A Moving Target." *Competition Policy International* (2013): 2-5.
- Miranda Londoño, Alfonso. "Competition Law in Latin America: Main Trends and Features". *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC* 9.9 (2013): 181-209.
- Miranda Londoño, Alfonso. "Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados". *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial* (1997).

- Miranda Londoño, Alfonso. "Vertical Intra-Brand Competition: The Tension Created by Direct sales. Analysis under Colombian Competition Law." *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC* 9.9 (2013): 157-180.
- Miranda, Alfonso y Carlos Pablo Márquez. "El derecho de la competencia en el servicio público de televisión". *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC* (2003).
- Ocampo, J. A. (2001). Retomar la agenda del desarrollo. *Revista CEPAL*, 74, 7-19.
- Rojas, Nicolás. "Restricciones Verticales a la Competencia en el Ámbito del Retail." *Universidad de Chile* (2009): 1-37.
- Ruiz, Laura Marcela. "Las restricciones verticales en la política de competencia colombiana. Parámetros de análisis de casos". *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* 11 (2014).
- Saldarriaga Escobar, Ricardo Andrés. "El problema de confusión con el contrato de franquicia". *Cavelier Abogados* (2010).
- Svetlicinii, Alexandr y Novi Sad. "Objective Justifications of Restrictions by Object in Pierre Fabre: A More Economic Approach to Article 101(1) TFEU?" *European Law Reporter* 11 (2011).
- Tamayo Álvarez. "Fundamentos Económicos para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia y el Caso Andevip y la Existencia de Prácticas Restrictivas Absolutas en Colombia". *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC* 6.6 (2010): 145-172.
- Uribe Piedrahita, Carlos Andrés. "Cierre Vertical de Mercados." *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC* 5.5 (2009): 499-608.

3. WEB

"Apertura Económica." *Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango*. Banco De La República, 2000. Web. 13 Abr. 2014.

"Exclusive Territorial Arrangements and the Antitrust Laws." *Indiana Law Journal*. Volumen 39, artículo 5. 1964. Web. 13 Abr. 2014. Disponible en: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3529&context=ilj>>

Campbell, Raphael Martin. "Vertical Restraints: An Examination of American and European Rules." *University of Nottingham* (2000): 1-336.

Cornell University Law School. "Antitrust." *Legal Information Institute*. N.p., n.d. Web. 14 Abr. 2014.

Finger, Michael. *ICC Open Markets Index*. Rep. 2nd ed. N.p.: International Chamber of Commerce, 2013. *ICC Research Foundation*. 2013. Web. 14 Abr. 2014.

Políticas y Ley de competencia económica en México: Examen inter pares de la OCDE. Banco Interamericano de Desarrollo, OCDE. 2004. Web. 13 Jul. 2014.

Sicalides , Barbara T. . "Law Firm Of Pepper Hamilton, Attorneys at Law." *The Latest on Leegin and Resale Price Maintenance – Should Manufacturers Rest Easy after the Tempur-Pedic Decision?*. N.p., n.d. Web. 25 June 2014. <http://www.pepperlaw.com/publications_article.aspx?ArticleKey=2099>.

Van Haasteren, Augustijn. (s.f.) The judgments in the Nintendo case. *European Commission*. Retrieved August 24, 2014, de: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_2_11.pdf

4. LEYES Y ACTOS ADMINISTRATIVOS COLOMBIANOS

Ley 155 de 1959. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.* (Diciembre 24).

Decreto 410 de 1971. *Código de comercio [C.Co.].* (16 de junio).

Decreto 2153 de 1992. *Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.* (Diciembre 30).

Ley 1340 de 2009. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.* (Julio 24).

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 01082559 del 23 de octubre de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio. Caso “Cristalería Peldar S.A.”. Resolución No. 21821 de 2004.

Superintendencia de Industria y Comercio. Caso “IBOPE”. Resolución No. 23890 de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio. Caso “Bavaria”. Resolución 19414 de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio. Caso “Gases del Caribe, Mundogas y Gas Natural Comprimido”. Resolución 28463 de 2008.

6. SENTENCIAS ESTADOUNIDENSES

Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc. US Supreme Court. 23 Jun. 1977.

Toledo Mack Sales & Services, Inc. v. Mack Trucks, Inc. United States Court of Appeals for the Third Circuit. No. 07-1811. 17 Jun. 2008.

7. REGULACIÓN Y SENTENCIAS EUROPEAS

Directrices relativas a las restricciones verticales. Comisión Europea, 2010.

GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission of the European Communities. Caso T-168/01. 27 de septiembre de 2006.

Consten & Grundig v. Commission of the European Communities. Casos 56 y 58. 13 Jul. 1966.

Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/30937 — Pronuptia).

8. REGULACIÓN Y SENTENCIAS CHILENAS

Guías para el análisis de restricciones verticales. Fiscalía Nacional Económica, Chile. 2013.

Dictamen 55, 15 de noviembre de 1974. Consulta de Fiat Chile S.A.

Decreto-Ley 211 de 1973. *Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973*.

Resolución No. 681, 12 de marzo de 2003. Caso “Plaza Vespucio”.

Resolución No. 15, 03 de agosto de 2006. Caso “Socofar”.

9. OTROS

Conferencia Scott Hammond. Dir. Alfonso Miranda. Centro De Estudios De Derecho De La Competencia, 2014.

De Gregorio, José (2004, Mayo). “Economic Integration and Development in Latin America”. *Banco Central de Chile*. Conferencia dictada en LACEA, Santiago.

The Men Who Built America. Escrito por: Stephen David, Patrick Reams, Keith Palmer, Randy Counsman, Ed Fields, y David C. White. Actores: David Donahoe, Matt Boliek, Adam Jonas Segaller, Cary Donaldson, John C. Bailey, Eric Rolland, Justin Morck. History Channel, 2012.

NOTAS AL FINAL

ⁱ La doctrina norteamericana consideraba, en este punto, que las restricciones verticales de la competencia eran benéficos. La jurisprudencia no tenía una postura clara al respecto.

ⁱⁱ “La clasificación más comúnmente utilizada en materia de restricciones verticales distingue entre aquellas restricciones que se refieren a la forma en que los propios productos de un fabricante son distribuidos (restricciones *intra-marca*) y aquellas que gobiernan la relación entre los productos de un fabricante y los de su competencia (restricciones *inter-marca*)” (Fiscalía Nacional Económica, Chile, 2013).

ⁱⁱⁱ “Las restricciones verticales pueden resultar aptas para mitigar las externalidades asociadas a los conflictos de agencia existentes entre quiénes las acuerdan, permitiendo a vendedor y comprador reducir sus costos de transacción (principalmente costos de búsqueda y costos asociados a comportamientos oportunistas), optimizar los niveles de inversión y eliminar las distorsiones de precios que pudieren surgir.

“Asimismo, pueden servir para incrementar los niveles de eficiencia productiva y asignativa, beneficiando tanto a quienes las suscriben como a los consumidores finales.

“Sin embargo, las restricciones verticales también pueden debilitar la intensidad de la competencia dentro de la misma estructura vertical o entre estructuras verticales rivales. En este sentido, aun resultando eficiente para las partes a las que se aplican, las restricciones verticales podrían resultar indeseables desde el punto de vista del bienestar social. Así, la conformidad de una restricción vertical con la normativa sobre defensa de la

libre competencia dependerá de la ponderación de las eficiencias y los riesgos inherentes a la misma” (Fiscalía Nacional Económica, Chile, 2013).

^{iv} Ante la presencia de una violación *per se*, no se requiere que se investigue los efectos actuales de la práctica o las intenciones de los individuos que adelantaron dicha práctica para que se sancione. Cuando hay una práctica que, en ciertos casos, constituye una conducta anticompetitiva y, en otros, puede fomentar la competencia en un determinado sector, se aplica la regla de la razón. Las autoridades deben analizar una serie de factores económicos que les permita determinar si una determinada práctica restringe el comercio irrazonablemente (Cornell University Law School).

^v Es importante resaltar que la competencia intra-marca puede afectar gravemente a los consumidores. Por lo anterior, protegerla es también un objetivo del derecho de la competencia.

^{vi} Agrega Cárdenas (2013):

“Los países que más comercian son más ricos debido al mayor aprovechamiento de las ventajas comparativas por medio de la especialización, al acceso a grandes mercados que reducen los costos de producción por unidad, al mayor intercambio de ideas y a la mayor difusión tecnológica por medio de la inversión externa”.

^{vii} La Ley Sherman (1890) consagra que se debe presumir como ilícito todo acto cuyo objeto sea irrazonable desde un punto de vista económico. Esta ley busca prohibir acuerdos anticompetitivos entre firmas independientes; su objetivo es el bienestar del consumidor (Jones, 2010).

^{viii} En esta misma decisión, se señaló que proteger la competencia intra-marca es el fin principal del derecho antimonopolio.

^{ix} Los acuerdos verticales celebrados entre empresas cuya cuota de mercado sea inferior al 15%, se consideran excluidas del ámbito de aplicación del artículo 101 (Barrera, 2014).

^x Resultados del ICN Open Markets Index (2013):

País	Apertura Económica	Apertura al comercio
Bélgica	4,8	4.6
Malta	4,7	4.9
Países Bajos	4,7	4.4
Irlanda	4,6	4.2
Estonia	4,5	4.5
Eslovaquia	4,4	4.8
Suecia	4,4	4.0
Austria	4,3	4.0
Dinamarca	4,3	3.9
República Checa	4,2	4.2
Finlandia	4,2	3.7
Alemania	4,2	3.6
Grecia	4,2	2.1
Hungría	4,2	4.2
Eslovenia	4,2	4.4
Bulgaria	4,1	3.4
Chipre	4,0	3.0
Lituania	4,0	3.8
Reino Unido	4,0	2.6
Lotvia	3,9	3.5
Francia	3,8	2.6
Polonia	3,8	3.0
Italia	3,7	2.5
Romania	3,7	3.0
España	3,7	2.5
Portugal	3,6	2.5
Croacia	-	-
Luxemburgo	4.9	4.8

^{xi} La franquicia ha sido considerada una especie del contrato de concesión mercantil, dentro del cual los autores señalan que quien determina el precio es el concedente. Así se vio en el caso Pronuptia de la Unión Europea. El doctor Jaime Arrubla Paucar (2008), señala:

“En la concesión propiamente dicha, en la cual el concesionario es un empresario independiente, el beneficio se encuentra localizado en la diferencia que se le permite al concesionario entre el precio de adquisición de los productos y el precio de venta al público, que también suele ir determinado por el concedente”

^{xii} El artículo 49 del decreto 2153 reza así:

“ARTICULO 49. EXCEPCIONES. *Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:*

“1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.

“2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.

*“3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas
y formas de utilización de facilidades comunes.”*