

Análisis de Exclusividades en Temas de Competencia

Alexander Elbittar y Elisa V. Mariscal¹

Septiembre, 2014

¹Elbittar es profesor investigador de economía en el CIDE (Centro de Investigación y Docencia Económica), Mariscal es profesor asociado de economía en CIDE y Managing Director de Global Economics Group. Agradecemos a Alexis Pirchio el excelente apoyo de investigación, así como al Centro Regional de Competencia de América Latina (CRCAL) por el apoyo financiero. Las opiniones aquí expresadas pertenecen a los autores.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|---|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN | 3 |
| II. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS EXCLUSIVIDADES | 6 |
| II.1. Efectos de exclusión o desplazamiento | 8 |
| II.1.1. Mecanismos de penalidades por liquidación de acuerdos | 8 |
| II.1.2. Explotación de la incapacidad de coordinar acciones | 9 |
| II.1.3. Competencia potencial y contratos de exclusividad de marca | 11 |
| II.1.4. Competencia espacial a nivel de revendedor | 11 |
| II.2. Efectos de alineación de incentivos: eficiencias | 11 |
| II.2.1. Problema del aprovechamiento gratuito | 11 |
| II.2.2. Reducción del problema de riesgo moral | 13 |
| II.2.3. Reducción del problema de información (sin diferencias en aversión al riesgo) | 13 |
| II.2.4. Reducción del problema de información (con diferencias en aversión al riesgo) | 13 |
| II.3 Resumen de las predicciones de los modelos | 13 |
| III. EVIDENCIA EMPÍRICA | 16 |
| III.1. Métodos informales de análisis de incentivos para la exclusión | 17 |
| III.2. Métodos de análisis de regresión | 19 |
| IV. ANÁLISIS DE LAS EXCLUSIVIDADES EN CASOS DE COMPETENCIA | 21 |
| IV.1. Estados Unidos | 21 |
| IV.2. Unión Europea | 25 |
| IV.3. América Latina | 28 |
| IV.4. Resto del Mundo | 33 |
| V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 36 |
| BIBLIOGRAFÍA | 38 |

I. INTRODUCCIÓN

Existe una amplia discusión académica y de instrumentación de la política de competencia sobre si los *contratos de exclusividad de marca* permiten a las empresas con *posición dominante* en un mercado detener la entrada de nuevos competidores aguas arriba, impidiendo que los distribuidores aguas abajo ofrezcan a los consumidores los bienes y servicios producidos por los nuevos competidores entrantes (Motta, 2004; Lafontaine y Slade, 2006; Rey y Verge, 2006).²

En términos teóricos, los contratos de exclusividad de marca han sido modelados teóricamente como prácticas usadas por empresas posicionadas en un mercado específico (empresas incumbentes) con el objeto de impedir, obstruir y/o prevenir el acceso de empresas competidoras (empresas entrantes) más eficientes. Así, los contratos de exclusividad de marca son una forma de forzar a los potenciales entrantes a establecer sus propios canales de distribución, pudiendo ocasionar un incremento en sus costos y afectando, por tanto, su capacidad de competir.

Un ejemplo de esta situación puede ser ilustrada a través de la potencial entrada de un nuevo competidor multiproducto más eficiente, interesado en participar a través de un canal de distribución que mantiene sinergias para la colocación de diferentes líneas de productos a través del aprovechamiento de economías de alcance. La prevalencia de contratos de exclusividad de marca puede llegar a forzar al potencial entrante a incrementar sus costos de distribución, limitando su participación en el mercado.

En términos generales, los contratos de exclusividad de marca se han considerado como un tipo de *restricción vertical* que impone un productor a sus distribuidores y en el cual se ofrece a cada distribuidor el suministro del producto a condición de no ofrecer los productos de empresas competidoras.³ Esta práctica se ejerce usualmente mediante la generación de una externalidad sobre los competidores rivales.

Los contratos de exclusividad de marca pueden operar en ambas direcciones de la cadena de valor. Cuando operan en dirección aguas abajo, la empresa incumbente le

² Igualmente, el uso de estos contratos puede estar dirigido a cerrar el acceso de nuevos entrantes rivales a un insumo esencial, ya sea incrementando su costo de acceso o haciéndoles más difícil su obtención.

³ Existen otros mecanismos de restricciones verticales. Entre los más usados se encuentran, en primer lugar, el ofrecimiento de esquemas tarifarios no lineales, tales como franquicias, tarifas de dos partes o descuento por volumen. En segundo lugar, el establecimiento de precios (mínimos o máximos) de reventa. En tercer lugar, la fijación de montos de compras, mediante la obligatoriedad de compras mínimas o el racionamiento de compras. Finalmente, la asignación de territorios exclusivos de distribución. Otro tipo de prácticas que han sido consideradas por algunos autores como restricciones verticales son las ventas atadas y las negativas de trato.

exige a sus distribuidores no ofrecer a la venta bienes y servicios que compitan con los suyos. Cuando operan en dirección aguas arriba, la empresa incumbente le exige a su proveedor de insumos no ofrecerlos a empresas que produzcan bienes y servicios que compitan con los suyos. En tal sentido, la práctica se realiza en forma vertical, pero sus efectos son de carácter horizontal.

El objetivo del presente trabajo es documentar los modos a través de los cuales las empresas pueden llegar a proteger, reforzar o extender su poder de mercado mediante el uso de contratos de exclusividad de marca y explorar algunos de los métodos empíricos que se han utilizado desde el punto de vista de análisis de la competencia.⁴

El uso de contratos de exclusividad de marca puede ser entendido como una estrategia dirigida a *incrementar los costos de los rivales*. En otras palabras, el incumbente puede incrementar los costos de entrada de los rivales al compensar al distribuidor por el riesgo tomado al aceptar la exclusividad. Tal compensación se expresa mediante beneficios extras que se generan luego que se impide la entrada del potencial competidor (Salop y Scheffman, 1983; Krattenmaker y Salop, 1986; Salop y Scheffman, 1987).

La exclusión o desplazamiento de los rivales puede, asimismo, facilitar la cartelización de los agentes en las distintas etapas de la cadena de comercialización. Por ejemplo, la exclusión de productores aguas arriba puede facilitar la coordinación entre los productores incumbentes y, aunado al uso de ciertas prácticas de precios de reventa o asignación de territorios de exclusividad, puede facilitar el mantenimiento de precios cercanos a los de monopolio.

Sin embargo, como veremos más adelante, no se puede afirmar que los efectos anticompetitivos de estas prácticas sean generalizables. El uso de estas prácticas puede estar igualmente motivado por ganancias en eficiencia mediante la mejora en la coordinación de acciones en las distintas etapas de la cadena de comercialización o al alinear incentivos que reduzcan los conflictos de intereses que pudiesen existir entre los productores y distribuidores (Motta, 2004).

Por ejemplo, puede existir el interés de una empresa incumbente de proteger su inversión en publicidad y calidad del producto frente a competidores rivales que ofrecen sólo un menor precio. Esto sucede cuando un distribuidor luego de brindar un servicio de atención a sus clientes para convencerlos acerca de la compra de un producto, éstos terminan acudiendo a otros distribuidores que le ofrecen un menor precio sin que hayan incurrido en los costos de servicio brindados por el primer distribuidor.

⁴ Existen otros tipos de restricciones verticales basadas en precios y en ventas atadas con el mismo propósito, pero que no serán examinadas en este documento. Por ejemplo, una restricción vertical es evaluada negativamente en la medida que genera efectos restrictivos similares a las restricciones horizontales.

En tal sentido, el uso de la *regla de razón estructurada* ha sido requerido por las cortes de competencia, tanto en los Estados Unidos (EE.UU.) como en la Unión Europea (UE), al comparar los efectos positivos (competencia inter-marca) versus los efectos negativos (disminución o eliminación de competencia intra-marca) que se derivan de los contratos de exclusividad.

Iniciamos el documento presentando el marco analítico que se ha desarrollado en la literatura para el análisis de este tipo de prácticas. Posteriormente revisaremos algunos métodos que se han usado para medir los efectos restrictivos a la competencia de los contratos de exclusividad de marca. Finalmente, resumiremos algunos casos recientes en materia de exclusividades analizados por distintas agencias en distintos países.

II. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS EXCLUSIVIDADES

De acuerdo con la posición tradicional de la escuela de Chicago (Posner, 1976 y Bork, 1978), la estrategia de ofrecer contratos de exclusividad de marca no es rentable para un productores establecido dado que tendrían que compensar a los distribuidores por la pérdida que les genera el rechazar productores más eficientes luego de aceptar un arreglo de exclusividad. Por lo tanto, este tipo de práctica no debería ser objeto de supervisión por parte de la autoridad de competencia.

La justificación de este razonamiento parte del supuesto de que es difícil pensar en situaciones en donde una empresa incumbente, tendría la posibilidad de ofrecer contratos de exclusividad de marca a sus distribuidores y/o los incentivos para ofrecer estos contratos con el propósito de cerrarle paso a un potencial competidor o de desplazar a uno existente. Al argumento central de este modelo es cuestionar si una empresa incumbente puede efectivamente proveer los alicientes al distribuidor para impedir la entrada de un competidor potencial más eficiente. A continuación el modelo:

Supongamos que la demanda de un distribuidor es $D(p)=100-p$ y que el costo marginal de la empresa incumbente, $c_I=10$. Este costo marginal del incumbente es mayor que el costo marginal del entrante, $c_E=0$ (i.e., $c_I > c_E$).

Si la empresa incumbente mantiene un monopolio, su beneficio sería representado por el área BDEF en la Figura 1 ($\pi^m=(100-c_I)^2/4=2,025$) y el distribuidor obtendría un excedente representado por el área ABF ($CS^m=(100-p_m)^2/2=(100-c_I)^2/8$).

Si el competidor potencial decide entrar colocando un precio por debajo de c_I , el distribuidor obtendría un excedente igual al área ACE de la Figura 1 ($CS^e=(100-c_I)^2/2$).

Para que el distribuidor pudiera ser persuadido a quedarse operando con la empresa incumbente, tendría ésta que ofrecerle como mínimo ($t_{min}=CS^e-CS^m=3(100-c_I)^2/8$) una transferencia de similar a la representada por el área FBCDE.

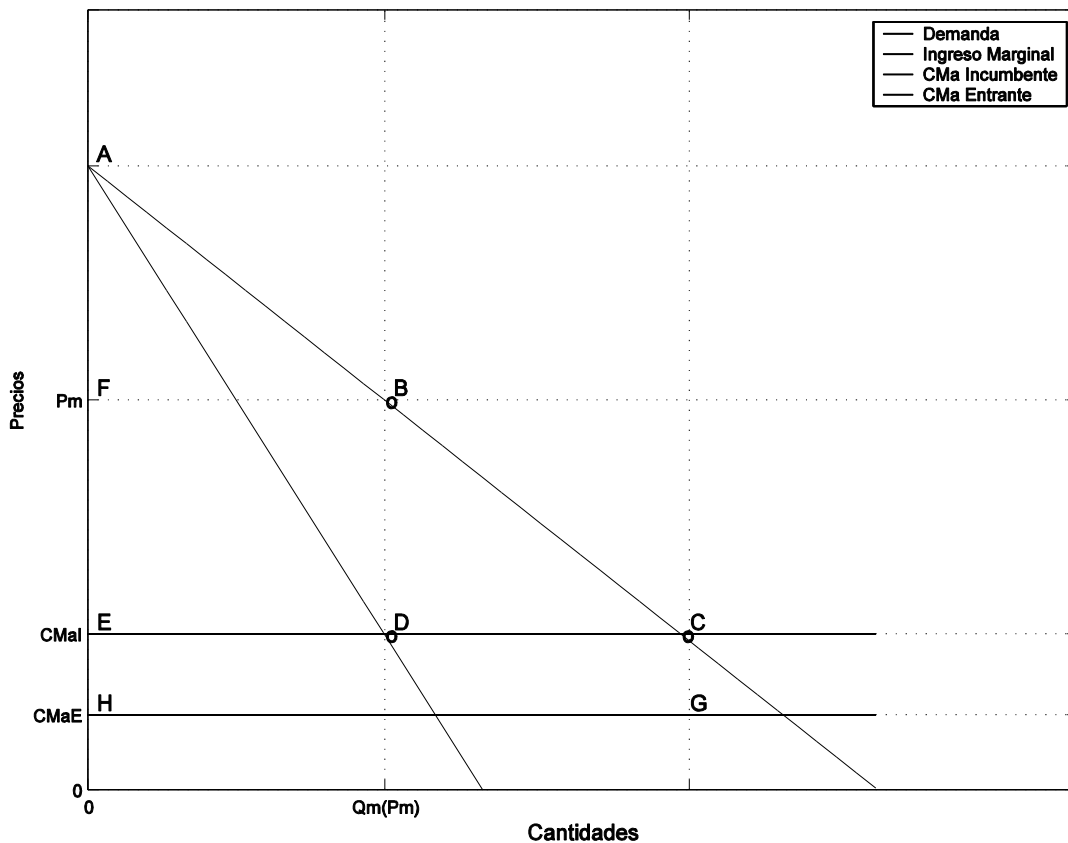
Sin embargo, la compensación máxima ($t_{max}=\pi^m$) que la empresa incumbente estaría dispuesta a pagar por el contrato de exclusividad estaría representada por el área FBDE en la Figura 1, la cual es menor que el monto mínimo que el distribuidor estaría dispuesto a recibir (i.e., $t_{min}=(100-c_I)^2/8=3,037 > t_{max}=(100-c_I)^2/4=2,025$).

El argumento detrás del ejemplo puede ser expresado de la siguiente manera: Para que el distribuidor o revendedor esté dispuesto a firmar un contrato de exclusividad, la empresa incumbente debería ofrecerle un excedente más una transferencia tal que sea al menos tan generosa como el excedente que obtendría sin la firma del contrato y luego de la entrada del nuevo competidor (que en este caso es más eficiente). La transferencia deseada por el distribuidor (representada por el área BCDEF) es, sin embargo, mayor a lo que la empresa incumbente pudiese obtener por el poder monopolístico que adquiere (representado por el área BDEF).

En términos de sus implicaciones de política de competencia, este análisis significa que aun cuando puedan existir contratos de exclusividad de marca, no existen razones por las cuales la autoridad de competencia deba intervenir y/o prohibir los acuerdos que sean beneficiosos tanto para la empresa incumbente como para el distribuidor, en particular cuando existen ganancias en eficiencia.

No obstante su enorme utilidad para describir los incentivos (y desincentivos) que existen para utilizar este tipo de contratos de marca como un mecanismo de impedimento a la entrada, el modelo es una simplificación de la realidad que enfrenta una autoridad de competencia. Contiene supuestos importantes que pudieran, de relajarse, llevar a diferentes decisiones de política. Por ejemplo, puede ser que la industria tenga una naturaleza tal que sea deseable la entrada de un “*maverick*”—independientemente de su nivel de eficiencia—o que los consumidores valoren la variedad de forma importante de tal manera que el uso de contratos de marca para impedir la entrada sea especialmente dañino.

Figura 1



II.1. EFECTOS DE EXCLUSIÓN O DESPLAZAMIENTO

Modelos posteriores a los defendidos por los proponentes originales de la escuela de Chicago enfatizan la posibilidad de que los contratos de exclusividad de marca tengan efectos anticompetitivos de exclusión. Un caso puede ser el efecto anticompetitivo que se genere por motivos de presencia de externalidades. Por ejemplo, la exclusión de los rivales permite al monopolista establecido obtener beneficios derivados de otros mercados, los denominados relacionados, que son adicionales a los obtenidos en el mercado original. De este modo, la empresa incumbente pudiera hacer una oferta al distribuidor lo suficientemente atractiva que le resulte poco atractivo rechazar el contrato de exclusividad. Los posibles efectos que plantean los distintos modelos se resumen en la Tabla 1 más abajo.

II.1.1. MECANISMOS DE PENALIDADES POR LIQUIDACIÓN DE ACUERDOS

El primer mecanismo que se plantea es la introducción de penalidades propuesto por Aghion y Bolton (1987). Estos autores presentan un modelo donde el distribuidor debe pagar una penalidad por su liberación de un contrato firmado con la empresa incumbente, que permite al incumbente extraer el excedente que el potencial entrante obtendría en caso de que decidiera entrar. En otras palabras, la empresa incumbente podría usar parte de sus beneficios adicionales para garantizar a los distribuidores (en forma *ex ante*) un nivel mínimo de ganancia que cubra el riesgo de un contrato de exclusividad y, al mismo tiempo, incrementar los costos de entrada de un nuevo productor, ya que le transfiere la externalidad de la penalidad que debería pagar el revendedor por incumplimiento de contrato.

Esta idea se expresa a través del siguiente argumento. Sea el costo marginal de la empresa incumbente, c_i , un valor entre cero y uno; sea el costo marginal del entrante, c_e , una variable aleatoria que se distribuye uniformemente entre cero y uno; sea la demanda final inelástica e igual a una unidad, $v=1$; sea r el precio fijado por el distribuidor al consumidor final, tal que $r > c_i$. Existe entonces un contrato (p, p_0) de acuerdo con el cual el distribuidor obtendría el producto por un precio $p=r-c_i(r-c_i)$ y pagaría una penalidad $p_0=(1-c_i)(r-c_i)+c_i/2$ en el caso que desee rescindir el contrato. Como resultado, los beneficios esperados de la empresa incumbente y el distribuidor serían mejores con un contrato de exclusividad que sin él.

La Figura 1 representa este razonamiento de la siguiente manera. La empresa incumbente ofrece un contrato de exclusividad que le garantice al distribuidor un excedente equivalente al valor esperado de los beneficios que este último obtendría cualquiera que sea la decisión de entrada del potencial entrante. Este sería el monto mínimo que de acuerdo con Posner (1976) debería aspirar el distribuidor. Aun cuando el entrante pudiera ser más eficiente que la empresa incumbente, su entrada puede ser parcialmente obstruida al imponerse una penalidad al distribuidor en caso de incumplir el contrato de exclusividad, la cual estaría representada por el área EDCGH de la Figura 1. En el caso de decidir entrar, el entrante tendría que compensar al distribuidor el monto de la penalidad. Nótese, sin embargo, que aun existe la

posibilidad de que entre un rival, siempre que su costo marginal sea lo suficientemente inferior al costo de la empresa incumbente (i.e., siempre que $c_E \leq c_I/2$).

En otras palabras, los costos contingentes de entrada para el nuevo productor serían mayores al tener que asumir la penalidad incurrida por el revendedor por incumplimiento de contrato. Así, los daños por liquidación de contratos generados por el entrante favorecerían conjuntamente al incumbente y al distribuidor, al incrementar la suma de sus excedentes por incrementos del precio de venta al revendedor. En resumen, los daños por liquidación generan una externalidad que le transfiere al entrante en términos de excedentes potenciales.⁵

Comanor y Rey (2000) muestran que los acuerdos de exclusividad pueden sostenerse aun sin la extracción de rentas. El razonamiento es el siguiente. El productor y el revendedor incumbentes tienen intereses conjuntos de limitar la competencia en ambos niveles de la cadena dado que mayor competencia en una de las etapas tiene un impacto competitivo en la otra etapa, reduciendo los beneficios conjuntos. El uso de estas prácticas favorecería la colusión y exclusión de competidores en todos los niveles de la cadena de valor, permitiendo un incremento de los precios en toda la cadena de valor y una reducción en las cantidades.

II.1.2. EXPLOTACIÓN DE LA INCAPACIDAD DE COORDINAR ACCIONES

Rasmusen, Ramseyer y Wiley (1991) ilustran cómo los acuerdos de exclusividad pueden facilitarle al incumbente excluir a sus rivales sin que sea necesaria la introducción de penalidades. Utilizan para ello un modelo que no exige más allá que una escala mínima eficiente en la provisión de bienes a, por lo menos, dos distribuidores. La empresa incumbente puede excluir a sus rivales explotando la incapacidad de sus clientes distribuidores para coordinar sus acciones. El siguiente ejemplo resume esta idea:

Sea el costo marginal del incumbente, c_I , mayor que el costo marginal del entrante, c_E (i.e., $c_I > c_E$); sea que la demanda de cada uno de los dos distribuidores (compradores) es igual a $D(p) = \theta - p$ y que al menos uno acepta el contrato de exclusividad de parte del incumbente a precio de monopolista, $p^m = (\theta + c_I)/2$; sea que es beneficioso para el entrante decidir competir siempre que tenga a los dos distribuidores (i.e., $2(\theta - c_I)(c_I - c_E) - f > 0$, donde f es el costo fijo por entrar), pero no le sea beneficioso tener sólo a uno de los distribuidores (i.e., $(\theta - c_I)(c_I - c_E) - f < 0$).⁶ Entonces, existe un equilibrio de Nash en subjuego en el cual ambos distribuidores firmarán el contrato con el incumbente, excluyendo al rival más eficiente.

⁵ Como una extensión, Spiegel (1994) muestra que aun cuando la introducción de daños por liquidación previene la entrada, tal y como lo establece Aghion y Bolton, la introducción de restricciones legales en los daños por liquidación puede generar un excedente mayor para el conjunto.

⁶ Sea, por ejemplo, debido a la presencia de costos medios decrecientes.

El argumento detrás del ejemplo opera de la siguiente manera: La entrada no será beneficiosa para el entrante si el incumbente puede convencer a un número mínimo (suficiente) de distribuidores que entren en el acuerdo. Los acuerdos de exclusividad generalizados producen rentas adicionales para el incumbente. Éste puede así ofrecer a los distribuidores compartir con ellos—y todos aquellos que son miembros del acuerdo—las ganancias que se producen por estos acuerdos. Existe al menos un equilibrio de Nash en subjuego en el cual todos los distribuidores aceptan el acuerdo de exclusividad. Dado que ningún revendedor puede comprar por su cuenta suficiente cantidad para hacer viable la entrada de un nuevo producto, ningún revendedor individualmente tendrá incentivos para desviarse y rechazar el contrato de exclusividad. Existe, sin embargo, otro equilibrio de Nash en subjuego en el cual ninguno de los distribuidores firmará el contrato, permitiendo la entrada del rival.

Para tener una apreciación gráfica de la proposición, consideremos que la empresa incumbente ofrece a dos distribuidores, cada uno con demandas similares a las de la Figura 1. Sería suficiente para que la proposición sea cierta que lo máximo que pudiera ofrecer el incumbente (i.e., dos veces el área de su excedente, BDEF) sea mayor a lo mínimo que estuviera dispuesto a recibir al menos uno de los distribuidores para aceptar firmar el contrato (i.e., el excedente que recibiría en el caso de que entrara el rival (ACE) menos el que recibiría en el caso de que sólo se mantuviera el incumbente (ABF)).

Segal y Whinston (2000a), por su parte, muestran que el equilibrio sugerido por Rasmusen *et al.* no es a prueba de la conformación de sub-coaliciones que se desvíen del acuerdo si las ofertas no son discriminatorias. Es decir, que los resultados podrían cambiar si se permite que los agentes actúen dentro de subgrupos cuyos intereses no necesariamente sean similares. En particular, la efectividad de la exclusión se basa en la externalidad que generan los agentes que aceptan el contrato de exclusividad sobre el resto de los distribuidores. Por lo tanto, Segal y Whinston sugieren una serie de contratos discriminatorios que inducirían a los primeros distribuidores a entrar inmediatamente a la modalidad de contratos de exclusividad de marca, asegurando la exclusión de los rivales por no poder obtener la escala mínima eficiente para operar. Los autores denominan a esta estrategia como “divide y vencerás”. Asimismo, Segal y Whinston muestran cómo el uso de contratos discriminatorios ofrecidos en forma secuencial puede dominar la estrategia de “divide y vencerás” al ofrecer incentivos decrecientes sobre un orden predeterminado de distribuidores—es decir, ventajas a los primeros adherentes.

Cabe destacar que para los dos últimos modelos descritos, es un supuesto implícito que los distribuidores se comporten como un monopolista en el mercado final. En el caso de que exista competencia suficiente entre los distribuidores en el mercado final, la aceptación del contrato de exclusión no ocurre en el equilibrio. Fumagalli y Motta (2006) ilustran este caso cuando hacen explícito el supuesto de monopolio en su modelo. En este caso, los contratos de exclusividad de marca son rentables para el revendedor sólo si la competencia intra-marca es limitada. En otras palabras, mayor competencia intra-marca favorecería una reducción de los precios a nivel de revendedor y una mayor venta de productos.

II.1.3. COMPETENCIA POTENCIAL Y CONTRATOS DE EXCLUSIVIDAD DE MARCA

En contraste con la literatura que enfatiza el incremento de los costos de los rivales para la entrada en el mercado, Matthewson y Winter (1987) presentan un modelo en el cual la competencia potencial entre productores reemplaza la competencia en el mercado de reventa. Específicamente, el modelo describe una situación en la cual dos productores presentes en el mercado compiten en precios al mayor con el objetivo de que el revendedor los seleccione. El modelo supone que los distribuidores poseen poder local de fijación de precios, pero no así en el mercado al por mayor. Los contratos de exclusividad de marca reducen la competencia a nivel de revendedor y restringen el conjunto de posibilidades de consumo.

II.1.4. COMPETENCIA ESPACIAL A NIVEL DE REVENDEDOR

Al igual que Matthewson y Winter (1987), Besanko y Perry (1994) consideran un modelo de dos competidores en un mercado de distribuidores diferenciados espacialmente. Los contratos de exclusividad de marca reducen la competencia a nivel de distribuidores e incrementa los precios a nivel de productores y distribuidores, reduciendo el bienestar de los consumidores aguas abajo.

II.2. EFECTOS DE ALINEACIÓN DE INCENTIVOS: EFICIENCIAS

Hasta ahora, la literatura que hemos mencionado no destaca los efectos positivos que se derivan de los contratos de exclusividad de marca. Estos efectos permiten atenuar los conflictos de intereses entre los productores y distribuidores, con potenciales mejoras en la eficiencia. La Tabla 2, al final de esta sección, resume el conjunto de efectos positivos que pueden generar los contratos de exclusividad de marca.

II.2.1. PROBLEMA DEL APROVECHAMIENTO GRATUITO

De acuerdo con Marvel (1982), los contratos de exclusividad de marca tratan de atender al problema de la protección de los derechos de propiedad de modo que favorezca la inversión del productor dirigida a la venta de sus productos. Por ejemplo, si se impiden contratos de exclusividad de marca se limitan las posibilidades de eliminar el problema del aprovechamiento gratuito (*free riding*) por parte de los competidores rivales, ya que esto permite a los distribuidores usar la inversión del productor para la venta de productos de otros productores rivales.⁷

El uso de contratos de exclusividad de marca que frenen el problema del aprovechamiento gratuito genera incrementos en los precios de los productores y

⁷ Desde una perspectiva similar a Marvel, Grossman y Hart (1986) argumentan que el uso de contratos de exclusividad de marca surgen de la necesidad de proteger a los productores de comportamientos oportunistas de parte de los distribuidores que se derivan del uso para fines particulares de los datos o información esencial para el desarrollo del negocio del productor (por ejemplo, el uso de la lista de clientes).

distribuidores, así como en las cantidades vendidas, al permitir alinear los incentivos entre los productores y los distribuidores. El efecto de las inversiones, sin embargo, puede variar dependiendo de su uso. Si las inversiones incrementan la demanda, Marvel asegura que los precios ofrecidos por los distribuidores se incrementarían. En el caso de que redujera los costos de venta del revendedor, los precios ofrecidos se reducirían, de acuerdo con Besanko y Perry (1993).

Marvel igualmente destaca que, en primer lugar, la presencia de contratos de exclusividad de marca está usualmente acompañado por otros tipos de restricciones verticales, tales como

- i) El desarrollo de campañas conjuntas,
- ii) Las restricciones de garantías y
- iii) Las cuotas de ventas, todas con el objetivo similar de alinear los incentivos de los distribuidores con las metas de los productores.

En tal sentido, la inversión realizada por el productor busca garantizar una mejora y fortalecer el producto o servicio en el mercado, bien a través de la provisión de certificaciones de la calidad del producto, o de algún otro servicio atado que garantice la satisfacción del cliente final.

Así, una de las predicciones que se derivan del modelo de Marvel es que los contratos de exclusividad de marca tienen mayores posibilidades de aplicarse cuando la promoción a nivel del productor es más relevante que la promoción a nivel del distribuidor. En consecuencia, las comisiones que cobran los distribuidores independientes pudiesen ser menores que las que cobran los distribuidores exclusivos. Asimismo, los productores contratarían más distribuidores exclusivos mientras mayores sean los gastos absorbidos por promociones (Sass y Gisser, 1989).

Las garantías de servicio y calidad que se ofrecen, también pueden incrementar los costos de los productos, favoreciendo al consumidor marginal pero desfavoreciendo al consumidor inframarginal. Esto debido a que los incrementos en los costos actuarían con mayor fuerza sobre estos últimos. Este problema, sin embargo, introduce un elemento de incertidumbre en la determinación de los beneficios de los consumidores a partir de la práctica de los contratos de exclusividad de marca.

Por otra parte, Marvel señala la presencia simultánea de los contratos exclusivos con las prácticas de exclusividad de territorios y mantenimiento de precios al detalle. Aun cuando estas últimas dos restricciones verticales tienen el objetivo de asegurar a los distribuidores que el mercado de los productos y servicios ofrecidos no sea objeto de abuso de parte de competidores marginales, el uso de los contratos de exclusividad de marca sin la presencia de exclusividad territorial abriría las puertas para que los distribuidores cambiaran de marca a marca sin muchas restricciones. De este modo se valora la capacidad del revendedor de guiar la compra del consumidor.

Finalmente, las posibilidades de este tipo de inversiones atadas a contratos de exclusividad de marca es que favorecerían la entrada de nuevos productores en

sectores donde se requiere asegurar desde el inicio la aceptación por parte del público. Esto se puede lograr, nuevamente, ofreciendo garantías de servicio y calidad del producto vendido.

II.2.2. REDUCCIÓN DEL PROBLEMA DE RIESGO MORAL

Aun cuando tanto el productor como el distribuidor pueden ser maximizadores de beneficios, distintos niveles de aversión al riesgo entre ellos puede conllevar modos diferentes en los cuales se evalúe la tasa de intercambio entre los beneficio de la empresa y la incertidumbre.

Sass y Gisser (1989) destacan que la existencia de contratos de exclusividad de marca permite efectivamente reducir los costos de oportunidad de los distribuidores, reduciendo sus oportunidades alternativas, y, por lo tanto, dedicar sus esfuerzos a incrementar la venta de los bienes y servicios generados por los productores.

La presencia de contratos de exclusividad de marca reduciría la competencia intra-marca y favorecería la competencia inter-marca al fortalecer al revendedor y, en consecuencia, al bien o servicio ofrecido. Bajo este arreglo, las comisiones a los distribuidores exclusivos se reducirían frente a los independientes, mientras que su cooperación dependería de que su compensación sea tan favorable como en el caso de que vendan productos de la competencia. Asimismo, predice que mientras mayor es el volumen de ventas, mayores son las probabilidades de que el productor utilice distribuidores exclusivos.

II.2.3. REDUCCIÓN DEL PROBLEMA DE INFORMACIÓN (SIN DIFERENCIAS EN AVERSIÓN AL RIESGO)

Martimort (1996) muestra que los distribuidores no exclusivos pueden explotar información privada y obtener rentas informacionales. Como consecuencia, productores de bienes diferenciados, que son sustitutos, establecerán contratos de exclusividad de marca mientras mayor sea la dispersión de la información privada de los distribuidores.

II.2.4. REDUCCIÓN DEL PROBLEMA DE INFORMACIÓN (CON DIFERENCIAS EN AVERSIÓN AL RIESGO)

En el caso de diferencia en aversión al riesgo, de acuerdo con Bernheim y Whinston (1998), el revendedor no fijará los precios finales óptimos. Las ganancias de los arreglos de exclusividad se generan cuando las ganancias por tener múltiples proveedores son inferiores a las que se derivan de eliminar conflictos de interés por tener un solo proveedor. Así el productor incrementa sus precios y el revendedor los suyos, con una consecuente reducción en las ventas.

II.3 RESUMEN DE LAS PREDICCIONES DE LOS MODELOS

A continuación hacemos un recuento de los distintos modelos que presentamos y sus predicciones sobre precios de productores, revendedores, y la venta de productos, ya sea en sus efectos anticompetitivos, como posibles eficiencias que los motivan.

Ambas tablas pueden servir para orientar a un regulador en la construcción de una teoría de daño coherente en casos de competencia, pudiendo servir para privilegiar una explicación sobre otra, y para explorar los incentivos de los agentes que entran en este tipo de contratos.

Tabla 1. Posibles efectos de exclusión de los contratos de exclusividad de marca

| | Precios de los Productores | Precios de los Revendedor | Ventas de productos |
|--|----------------------------|---------------------------|----------------------------------|
| <i>Penalidad por liquidación de acuerdos</i> | | | |
| Aghion y Bolton (1987) | Incrementa | Incrementa | - |
| Comanor y Rey (2000) | Incrementa | Incrementa | Reduce |
| <i>Incapacidad de coordinarse</i> | | | |
| Rasmusen, Ramseyer y Wiley (1991) | Incrementa | Incrementa | Reduce |
| <i>Incapacidad de coordinarse con discriminación de precios</i> | | | |
| Segal y Whinston (2000) | Incrementa | Incrementa | Reduce |
| <i>Incapacidad de coordinarse , pero con competencia intra-marca</i> | | | |
| Fumagalli y Motta (2006) | Incrementa | Reduce | Incrementa |
| <i>Competencia aguas arriba</i> | | | |
| Matthewson y Winter (1987) | Reduce | Reduce o incrementa | Restringe el conjunto de consumo |
| <i>Competencia espacial a nivel de distribuidores</i> | | | |
| Besanko y Perry (1994) | Incrementa | Incrementa | Reduce |

Fuente: Sass (2005) y clasificación propia.

Tabla 2. Posibles efectos de mejoramiento de la eficiencia de los contratos de exclusividad de marca

| | Precios de los Productores | Precios de los Revendedor | Ventas de productos |
|--|----------------------------|---------------------------|---------------------|
| <i>Protección de inversión</i> | | | |
| Marvel (1982) | Incrementa | Incrementa | Incrementa |
| Besanko y Perry (1993) | Incrementa | Reduce | Incrementa |
| <i>Riesgo Moral</i> | | | |
| Sass y Gisser (1989) | Incrementa | Incrementa | Incrementa |
| <i>Asimetrías de información</i> | | | |
| Martimort (1996) | | Reduce | Incrementa |
| <i>Diferencias en aversión al riesgo</i> | | | |
| Bernheim y Whinston (1998) | Incrementa | Incrementa | Reduce |

Fuente: Sass (2005) y clasificación propia.

III. EVIDENCIA EMPÍRICA

Las secciones anteriores muestran el carácter ambiguo de los contratos de exclusividad de marca sobre la competencia en el mercado. Como hemos visto, por una parte, el objetivo de exclusión de una práctica de contrato de exclusividad de marca es eliminar a los competidores rivales del mercado, lo cual resultaría, en términos generales, en un incremento de precios y una reducción de las cantidades vendidas. Por la otra, el objetivo de la empresa incumbente es proteger su propia inversión en publicidad y calidad, previniendo que los distribuidores terminen conduciendo a los consumidores a la adquisición de productos de la competencia.

Estos resultados ambiguos sobre la eficiencia nos obligan, por una parte, a considerar el uso de la regla de la razón en la evaluación de las restricciones verticales, en general, y de los contratos de exclusividad de marca, en particular. En segundo lugar, nos motiva a considerar métodos empíricos apropiados a la situación analizada. En tal sentido, una regla de actuación es proceder al análisis de competencia cuando la probabilidad de no dictaminar una acción como anticompetitiva cuando efectivamente lo fuese (Error tipo II) sea mayor a la probabilidad de determinar una conducta como anticompetitiva cuando efectivamente no lo fuese (Error tipo I) (Cooper *et.al.*, 2005).

Las técnicas de análisis más usadas son los métodos informales de análisis de incentivos para la exclusión, el análisis de regresión (en forma reducida o estructural), los experimentos naturales y los estudios de eventos de mercado de acciones.

- El método informal de análisis de incentivos para la exclusión intenta evaluar el tamaño de los incentivos que existirían para la empresa que ejerce la práctica de restricción vertical.
- El método de análisis de regresión usa datos recabados mediante estadísticas de primera o segunda mano para estimar el impacto en la demanda y los precios del ejercicio de prácticas de restricción vertical. Las formas de análisis pueden ser mediante la estimación de una ecuación en forma reducida de un modelo de equilibrio o mediante la estimación de una ecuación en forma estructural derivada del modelo teórico.
- El uso de experimentos naturales consiste en aplicar las técnicas de regresión al análisis de diversos casos en los cuales el uso de una práctica de restricción vertical pueda ser tratado como un evento de ocurrencia aleatoria.
- El estudio de eventos de mercado de acciones intenta medir el impacto de las prácticas de restricción vertical sobre las expectativas de ganancias de las empresas que las ejecutan.

Cabe resaltar, que ninguno de estos métodos es infalible en el proceso de identificación de los elementos más importantes de las prácticas de restricciones verticales. Para este trabajo nos concentraremos en los primeros dos métodos.

Los casos que se presentan se refieren a fusiones verticales como ejemplos de análisis debido a que los contratos de exclusividad de marca tienen alguna semejanza con el tipo de análisis que se hace para las prácticas de integración vertical: una integración vertical es una forma extrema de una exclusividad a perpetuidad entre dos agentes económicos que acuerdan sólo comprarse (río arriba y río abajo) productos y servicios el uno al otro. Aunque no necesariamente implica que alguno de los agentes que participa en la integración vertical no podrá vender o comprar a un agente distinto al que se fusiona, sí puede cambiar sus incentivos para hacerlo. Referimos al lector a Davis y Garcés (2009) para una revisión más detenida de estos métodos de análisis.

III.1. MÉTODOS INFORMALES DE ANÁLISIS DE INCENTIVOS PARA LA EXCLUSIÓN

English Welch and Scottish Railway Holding/Marcoft Engineering, 2006

La posible fusión que se planteó entre English, Welch and Scottish Railway Holding (EWS) (empresa dedicada al transporte y almacenamiento de alimentos vía ferroviaria) y Marcoft Engineering (ME) (empresa dedicada al mantenimiento de la industria de transporte ferroviaria de alimentos) es el primer ejemplo de este tipo de análisis aplicado a una fusión vertical.

En el año 2006, algunos clientes de ME, que también eran competencia de EWS en el sector de transporte, expresaron su preocupación por tener que depender de un competidor en la provisión de servicios esenciales de mantenimiento. La fusión de ambas empresas podría generar un agente que tuviera el incentivo y la capacidad para subir los precios o restringir producción en el segmento de mantenimiento del transporte ferroviario, con el fin de afectar negativamente el transporte y almacenamiento de carga ferroviaria. Es decir, se argumentaba que EWS tendría el incentivo para aumentar su cuota de mercado en el sector de transporte de carga ferroviario al restringir el insumo esencial de sus competidores en este sector y limitar su capacidad para competir.

En tal sentido la agencia de competencia del Reino Unido (Office of Fair Trade, OFT) decidió

- i) Evaluar los beneficios potenciales que tendría EWS por poseer la ventaja estratégica de ser el único que se sirviera de los servicios de ME en el mercado de aguas abajo y
- ii) Las pérdidas aguas arriba que ocasionaría a EWS por impedir que ME dejara de proveer los servicios de mantenimiento a sus competidores.

Un cálculo de los incentivos para el bloqueo requería evaluar las pérdidas aguas arriba por mantenimiento versus las ganancias por incrementos en los beneficios aguas abajo por el almacenamiento, suponiendo en ambos casos que los márgenes de ganancia no se vieran afectados. En otros términos, suponiendo que el margen por almacenamiento es mayor al margen por mantenimiento y que la variación en el

volumen por almacenamiento es mayor a la variación por mantenimiento—siempre que el volumen por almacenamiento sea mayor al de mantenimiento—habría entonces que encontrarse que el beneficio por almacenamiento aguas abajo sería mayor al beneficio aguas arriba por mantenimiento. Este análisis supuso implícitamente que cambios esperados en el nivel de las ventas eran el reflejo de un cambio general en el nivel de actividad económica. La autoridad de competencia consideró que existían suficientes elementos para iniciar una investigación con mayor profundidad.

TomTom/TeleAtlas, 2008

Otro ejemplo de este tipo de análisis es la posible fusión que se planteó entre TomTom (TT) (empresa dedicada a la producción de mecanismos de navegación personal) y TeleAtlas (TA) (empresa dedicada a la provisión de bases de datos de mapas digitales de navegación) en 2008.

Nuevamente, la necesidad de determinar los incentivos para la exclusión, planteó el requerimiento de evaluar las pérdidas de beneficio aguas arriba y las potenciales ganancias aguas abajo. Esta evaluación supone un sacrificio en términos de eficiencia y pérdidas de bienestar. Por una parte, la integración vertical de ambas empresas supone ganancias en eficiencia por eliminación de doble marginalización y los consecuentes beneficios a los consumidores que se derivan de la reducción de precios e incremento de cantidades.⁸ Por la otra, supone pérdidas de bienestar al incrementar los costos de los competidores rivales. Sin embargo, es incluso posible que la reducción de los costos de la empresa que se está integrando verticalmente pudiese no ser significativa, en cuyo caso los las pérdidas de bienestar del consumidor serían inequívocas.

Empecemos calculando las posibles pérdidas aguas arriba. Según datos presentados en el caso analizado, en el mercado de mapas digitales de navegación (MDN) se vendían 10.8 millones de unidades. Por su parte, TA vendía su base de datos a un número de empresas competidoras de TA que abarcaban entre un 10% y un 30% del total del número de unidades a un precio promedio de €14.6 por unidad. Es decir, vendía a las competidoras de TT entre 1.1 y 3.2 millones de unidades. Dado que el

⁸ Uno de los problemas que surgen en las relaciones verticales es el de la *doble marginalización* y consiste en el poder de mercado que se ejerce en las distintas etapas de la cadena de valor por parte de los productores y distribuidores y que se traduce en mayores precios de venta al consumidor, menores cantidades compradas y menores niveles de bienestar (Spengler, 1950). Este problema también se le conoce también como el *problema de externalidad vertical*. Para solucionarlo, o atenuarlo, se requiere de un mecanismo que controle la externalidad que genera el poder de mercado ejercido por los distribuidores, pudiendo así alcanzar un nivel de ventas equivalente al de una integración vertical entre los productores y distribuidores. Un debilitamiento del poder de mercado de los distribuidores facilitará una reducción en los precios a los consumidores y un aumento de los excedentes de los productores y del bienestar en general. Los contratos de tarifas de dos partes y los precios máximos de reventa son normalmente los instrumentos que se usan para controlar el problema de externalidad. Asimismo, mecanismos de integración vertical entre empresas que permitan endogenizar la doble marginalización son igualmente opciones que se presentan usualmente.

margen bruto de ganancia de TA era de un 85%, la estrategia de fusión suponía una pérdida de entre €13.7 y €39.7 millones.

Pasemos ahora a calcular las posibles ganancias aguas abajo. La variación de beneficios de TT serían iguales a los beneficios luego de la fusión menos los beneficios antes de la fusión. Esto puede ser expresado de la siguiente manera:

$$\Delta B_{TT} \approx P_1 Q_1 (P_1 - C_1) / P_1 - P_0 Q_0 (P_0 - C_0) / P_0.$$

El margen bruto de ganancia de TT era alrededor de un 25% en promedio. Antes de la fusión TT poseía el 40% del mercado y se esperaba un incremento al 45%, lo cual representaba un cambio de 4.31 millones a 4.85 millones de unidades. Dado que el ahorro por la adquisición de TA representaba cerca del 50% de la reducción en el costo de €12.4 por unidad ($=0.85 \times 14.6$), el precio pasaría de €200 a €193.8 por unidad. Por lo tanto, los beneficios de TT se incrementarían en €19.5 millones.

Ambos resultados no muestran un claro caso para que se apruebe o no la fusión. Sin embargo, la posibilidad de que la fusión genere efectos positivos sobre los incentivos de TT para impedir (total o parcialmente) el acceso de sus competidores a los mapas de TA se muestra suficiente como para proceder a un análisis con mayor detenimiento.

III.2. MÉTODOS DE ANÁLISIS DE REGRESIÓN

A continuación se presentan el caso de Chipty (2001) como un modelo de análisis de regresión. Chipty analiza los efectos de la integración vertical entre los servicios de programación y distribución en la televisión por cable, particularmente cuando se presenció una negativa de las operadoras de cables a transmitir los servicios de programación de las empresas rivales.

El artículo de Chipty utiliza tanto los métodos de estimación de ecuaciones reducidas como la de métodos de estimación estructurales. Mediante el método de estimación de ecuaciones reducidas, Chipty intenta capturar la independencia de los efectos de la integración vertical en los resultados de los equilibrios del modelo competitivo, usando como variables la calidad, los precios medidos, la demanda y los costos variables para medir el impacto sobre el número de canales ofrecidos por los distribuidores.

La autora encuentra que la integración vertical con proveedores de contenidos básicos de cable incrementa significativamente el número de canales básicos (uno más), mas no el número de canales premium. La integración con un proveedor de contenidos premium resulta en promedio una reducción tanto en los canales básicos, como también en los premium. También establece que al ver los canales de distribución los proveedores de contenidos premium transmiten menos canales de los rivales premium y menos canales básicos que compitan con los premium. A pesar de no analizar los precios, el resultado es consistente con la hipótesis de exclusión. Al analizar los efectos sobre los precios, la integración con proveedores premium reduce

los precios de los canales básicos, mientras que aumenta los de los premium. La integración con los proveedores básicos genera efectos opuestos. Los resultados ambiguos en los precios nos señalan que los efectos sobre los consumidores dependerá de las características de consumo de éstos.

Luego Chipty procede a estimar usando métodos estructurales. Con ello intenta determinar si los consumidores valoran suficientemente los servicios ofrecidos luego de la integración vertical de los servicios. Chipty estima dos funciones de demanda (tasa de penetración), una para cada tipo de servicio: básico y premium. Las edades y el tamaño del hogar fueron las variables instrumentales usadas para identificar. En sus resultados se encuentra una demanda más inelástica para el caso de consumidores básicos más premium comparado con el consumidor básico. En particular, encuentra que el excedente del consumidor es mayor cuando la integración vertical es con un proveedor de contenido *premium*.

IV. ANÁLISIS DE LAS EXCLUSIVIDADES EN CASOS DE COMPETENCIA

El análisis de exclusividades por parte de las principales agencias de competencia ha cambiado a lo largo del tiempo. De un análisis *per se*, que consideraba las exclusividades como una práctica facilitadora para la coordinación entre agentes económicos (cartel), las agencias han transitado hacia un análisis donde se toma en cuenta posibles eficiencias derivadas de la exclusividad.

Asimismo, nuevas aportaciones teóricas permitieron ver las exclusividades como un problema no sólo de restricciones verticales sino de abuso de dominancia en el sentido de que un agente económico con poder sustancial de mercado o dominancia, podía utilizar los incentivos—rebajas o programas de fidelidad—como mecanismos que discriminaran entre consumidores exclusivos y no exclusivos y que así pudiera ofrecer ventajas exclusivas a quienes se adhieran a estos programas. Estos mecanismos podían crear ventajas indebidas y/o podían excluir a competidores solamente si el número de consumidores o distribuidores que se adhieran a ellos fueran lo suficientemente grandes de forma tal que hubiese un daño indebido a la competencia.

En el resto de la sección se analizarán casos de competencia en los que hayan existido acuerdos de exclusividades, vistos desde una perspectiva de abuso de dominancia o como prácticas de exclusión vertical. El análisis que se realiza es multiregional, por lo que se tienen en cuenta muy diversas jurisdicciones en donde estos acuerdos de exclusividad ocurrieron. La idea es presentar la diversidad existente en la jurisprudencia internacional de acuerdos de exclusividades, como así también poder presentar de manera cronológica la evolución en el tratamiento de este tema.

IV.1. ESTADOS UNIDOS

*Standard Oil Co., 1949*⁹

Uno de los casos más emblemáticos de acuerdos de exclusividad dentro de relaciones verticales es el de los Estados Unidos contra Standard Oil Company de California en 1949. En este caso la demandada había establecido contratos con comerciantes independientes de productos de petróleo y accesorios de autos.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Lo más relevante del mismo es la manera en que los acuerdos de exclusividad se consideraban en ese momento en dicho país. Dichos acuerdos se consideraban ilegales en sí mismos o también denominados ilegales de manera *per se*, y violatorios de la Sección 1 de la Ley Sherman y de la Sección 3 de la Ley Clayton. La Sección 1 de la Ley Sherman plantea que “Todo contrato, combinación en la forma de cártel, o conspiración, que restrinja el

⁹ US v. Standard Oil Company of California, 337 U.S. 293 (1949).

comercio entre los estados miembros será considerado ilegal”. Adicionalmente, la Sección 3 de la Ley Clayton plantea que “Debe ser ilegal [...], o fijar el precio que se cobra, o el descuento, sobre las condiciones, acuerdos o entendimientos que el arrendatario o comprador no deba utilizar o comerciar dichos bienes, [...], en donde el efecto de dicho condicionamiento sea disminuir sustancialmente la competencia o tienda a crear un monopolio en alguna línea de comercio”.¹⁰

La conducta constituía la firma de un contrato de exclusividad entre una empresa de petróleo con distribuidores independientes de productos de petróleo y accesorios de automóviles en donde estos últimos acordaban comercializar en exclusiva productos comercializados de la empresa. En 1947, los contratos afectaban el 6.7% del negocio en un área geográfica que comprendía siete estados del occidente de Estados Unidos. La Suprema Corte de Justicia falló en una decisión dividida 6-3 sosteniendo la ilegalidad en sí misma del acto con base en la Ley Clayton.

*Tampa Electric Co., 1961*¹¹

Siguiendo cronológicamente con la jurisprudencia de Estados Unidos, puede verse un cambio en el análisis de los acuerdos de exclusividades en el caso Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co. *et.al.* En el presente caso se acusa a Tampa Electric, un productor de energía eléctrica que la vende en la zona de Tampa, Florida, de contratar todas sus necesidades de carbón a Nashville Coal, para una nueva planta, por un período de 20 años.

La corte de distrito declaró que el acto violaba la Sección 3 de la Ley Clayton y la corte de apelaciones confirmó la decisión. Sin embargo, cuando llegó a la Suprema Corte de Justicia se consideraron ciertos atenuantes de estos actos que revirtieron la decisión. La Suprema Corte consideró que un contrato de exclusividad solamente violaba la Sección 3 del Clayton Act si se demostraba que cerraba la competencia a una proporción sustancial del comercio afectado. Por tanto, debía afectarse una proporción sustancial del mercado relevante. En este caso el mercado relevante constituía aquel mercado en donde 700 productores de carbón competían efectivamente, y en este mercado los requerimientos de carbón de Tampa Electric no constituían más del 1% del consumo.

La decisión cobra así importancia por la determinación de la Corte de definir un mercado relevante de acuerdo a dónde se da la competencia efectiva, y de determinar el efecto del acuerdo de exclusividad sobre la competencia en este mercado relevante.

Jefferson Parish Hospital, 1984

Otro caso de acuerdos de exclusividades fue el caso Jefferson Parish Hospital v. Hyde.¹² Jefferson Parish es un hospital en el área metropolitana de Nueva Orleans,

¹⁰ Traducción propia.

¹¹ Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co. 365 U.S. 320 (1961).

área en la cual existen otros 20 hospitales. En este caso, el Dr. Hyde, un médico anesthesiólogo, demandó al hospital Jefferson Parish, por mantener un acuerdo de exclusividad con una empresa de servicios de anestesiología, que no le permitía a él formar parte del personal médico del hospital.

El caso primero pasó por la corte de distrito y luego por la corte de apelaciones, llegando finalmente a la Corte Suprema. La Suprema Corte analizó la validez de las exclusividades. Lo interesante del análisis de la Corte Suprema es que consideró el impacto de este contrato de exclusividad, tanto sobre los consumidores de servicios médicos, como también sobre los proveedores de servicios de anestesiología—en efecto tomando en cuenta que éste era un mercado de dos lados. En su conclusión solamente el mercado en el que los dos productos concurrían—el mercado de servicios para pacientes, y no el mercado de acuerdos contractuales de servicios de anestesiología—era relevante para el análisis. También planteó que tanto el Dr. Hyde, como otros anesthesiólogos, si bien fueron afectados por este acuerdo de exclusividad para brindar sus servicios al Hospital Jefferson Parish, podían haber brindado dichos servicios en cualquiera de los otros 20 hospitales de la zona. En particular, su decisión reconoce que puede generarse poder de mercado ya que los pacientes tienen información insuficiente para comparar servicios hospitalarios, pero este poder de mercado no es suficientemente grande para generar un daño anticompetitivo.

Así, la Corte Suprema no encontró evidencia de que el mercado en su conjunto se hubiera visto afectado por la existencia de este tipo de acuerdos. Adicionalmente consideró que un acuerdo de exclusividad solamente restringe el comercio de manera no razonable cuando una fracción significativa de compradores y vendedores son excluidos del mercado por dicho acuerdo.

Dentsply International Inc., 2005

Otro caso involucró a Dentsply International Inc.,¹³ un vendedor de artificiales prefabricados. El caso lo investigó el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) quien demandó a Dentsply alegando que la empresa mantuvo su monopolio en dientes artificiales prefabricados, previniendo que otros productores de dientes independientes pudieran distribuir dientes fabricados por rivales de Dentsply. De acuerdo con la corte de distrito, la demandada poseía entre 75% y 80% de participación en el mercado de venta de dientes artificiales prefabricados.

Esta decisión llegó a la Suprema Corte de Justicia quien consideró que la corte de distrito había determinado correctamente el mercado relevante, e incluso había caracterizado correctamente el rol de líder de precios que jugaba Dentsply en el mercado quien actuaba de forma independiente a los cambios en precios que

¹² Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde, 466 US 2 (1984).

¹³ Dentsply International Inc. v. United States 05-337, U.S. Supreme Court.

introdujeran sus rivales—un elemento central en determinar la posibilidad de monopolizar un mercado. Sin embargo, la corte de distrito consideró que existían alternativas para que los competidores de Denstply pudieran establecer sus propios mecanismos de distribución y que el poco éxito de los rivales de Dentsply se debía a sus propias decisiones de negocios y no al comportamiento de Denstply.

El DOJ apeló la decisión, particularmente sobre la conclusión de la corte de distrito de que el monopolio de Dentsply no podía mantenerse: la consideración del juez de distrito de que existían mecanismos de distribución viables distintos a los de los distribuidores de Dentsply. La corte de apelación unánimemente, coincidió con la postura del DOJ e invirtió la resolución. La corte de apelación consideró que Dentsply sí contaba con suficiente poder de mercado para excluir a sus rivales.

Adicionalmente, concluyó que la respuesta pasiva de rivales en el mercado se debía a que la demandada bloqueaba el acceso a los distribuidores principales y no se debía a la falta de agresividad de los rivales. La corte de apelación notó que las “realidades del mercado” hacían impráctico que un productor se abocara a comercializar de forma directa con los laboratorios y, en cambio, era crucial apoyarse en distribuidores claves. Por último, concluyó que la conducta tenía un efecto significativo en preservar el monopolio de la demandada y fue un sólido pilar para dañar la competencia. La Corte Suprema de Justicia negó reabrir el caso.

*Tyco Healthcare Group, 2010*¹⁴

De manera más reciente tenemos el caso de Allied Orthopedic v. Tyco Healthcare Group LP en el año 2010. Los demandantes, un grupo de hospitales y oferentes de servicios de salud que adquirirían sensores de oximetría de pulso de Tyco, lo acusaron de cobrar sobrepagos por estos sensores, ya que utilizó acuerdos de comercialización para excluir a competidores. De acuerdo con los denunciantes, la conducta de Tyco era violatoria de las secciones 1 y 2 del Sherman Act, primero porque los acuerdos cerraban la competencia y segundo porque su sistema de comercialización le permitía mantener su monopolio sobre el mercado de sensores. Dichos acuerdos y estrategias se basaban en realizar descuentos importantes si el cliente comprometía cierta cantidad de sus necesidades de sensores a Tyco.

La corte de distrito negó la certificación de clase a los denunciantes, argumentando que los acuerdos no violaban las secciones 1 y 2 del Sherman Act. La corte de apelaciones también concurrió con la corte de distrito en que las patentes del diseño del producto de Tyco, que era un nuevo entrante en el mercado, evidenciaban una mejora sobre diseños previos, por lo que los acuerdos eran válidos. En las palabras de la corte de apelaciones “la innovación no es una violación a las leyes antimonopolios en sí mismas, y no existe evidencia que Tyco utilizara su poder monopólico para forzar a sus clientes a adoptar su nuevo producto.”

¹⁴ [US] Allied Orthopedic Appliances Inc. / Natchitoches Parish Hospital / Tyco Health Care Group LP. DC No. 2:05-cv-06419-MRP-AJW. Enero 6, 2010.

Para introducir su nuevo producto Tyco ofrecía a sus clientes descuentos pre-negociados por la compra de porcentajes mínimos de sus productos. La corte de apelaciones consideró que la única consecuencia de no entrar en estos acuerdos era la pérdida de los descuentos. Así, se consideró que estos acuerdos no tenían efectos excluyentes sustanciales sobre la competencia. Más aún, la corte de apelaciones reafirmó los tres elementos esenciales para establecer una violación de la sección 2 del Sherman Act:

- (a) la posesión de poder de mercado en un mercado relevante
- (b) la adquisición deliberada o el mantenimiento de este poder
- (c) evidencia de causa del daño anticompetitivo

En este caso en particular, la corte de apelación consideró que las mejoras a un producto, aún si las lleva a cabo un monopolista y daña a competidores, no constituye una violación a la sección 2 del Sherman Act y puede convertirse en un estándar de prueba difícil de administrar: “no hay criterios que las cortes puedan utilizar para calcular la cantidad “óptima” de innovación que maximice las ganancias sociales y minimice el daño anticompetitivo”. Más aún, existía evidencia indiscutible que el nuevo producto representaba una mejora importante y que Tyco no había utilizado su poder de mercado para forzar la adopción de su nuevo producto.

IV.2. UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea inicia sus análisis marcando la manera en que los acuerdos de exclusividad se establecen como mecanismos de exclusión vertical.

*Stergios Delimitis c/ Henninger Bräu AG, 1991*¹⁵

El primer caso resaltante es el de Stergios Delimitis c/ Henninger Bräu AG en 1991. El demandante en este caso, el Sr. Stergios Delimitis, entró en un acuerdo con una cervecera, Henninger Bräu AG, para obtener provisiones de cerveza y bebidas de la demandada. La Comisión Europea realizó un análisis y estudió cuáles eran las posibilidades de que el acuerdo de exclusividad impidiera que potenciales competidores adquirieran una cervecería conjuntamente con sus redes de ventas. La presencia de revendedores de cerveza al por mayor independientes, no atados a los productores, era también un factor capaz de facilitar a un productor de cervezas el acceso a dicho mercado. Adicionalmente, señaló que para poder evaluar el alcance de los acuerdos de exclusividades se debía estudiar la posición en el mercado de las empresas en cuestión. En este caso, la Comisión Europea terminó permitiendo los acuerdos de exclusividades, ya que no afectaban la competencia y el comercio entre los estados miembros.

*Prokent-Tomra, 2009*¹⁶

¹⁵ [UE] Stergios Delimitis c/ Henninger Bräu AG. Caso C-234/89. Febrero 28, 1991.

Un caso de 2009 en la Unión Europea ilustró la manera en que los países desarrollados estaban analizando los acuerdos de exclusividades. El caso en cuestión fue el de Prokent AG v. Tomra Group. Tomra es una empresa dedicada a recolectar contenedores de bebidas usados y ofrecer RVMs (Reverse Vending Machines) a nivel mundial. En su momento poseía alrededor del 80% del mercado y defendía su posición de mercado muy fuertemente. Prokent también participaba en el mercado de RVMs principalmente en Alemania y había intentado incursionar en otros mercados. Prokent denunció a Tomra aduciendo un abuso de su posición dominante, realizando acuerdos con el grupo Royal Ahold y otros.

El análisis de la Comisión Europea se centró, por un lado, en demostrar que existían acuerdos de exclusividad con las empresas mencionadas, y por el otro, que dichos acuerdos se realizaban con objetivos de exclusión, para bloquear el acceso a los clientes y, por lo tanto, a la competencia existente o a la entrada de nuevos operadores en el mercado, y de esta manera eran un abuso de dominancia por parte de Tomra.

Para probar que existían los acuerdos de exclusividad, la Comisión entendió que la utilización de palabras como “acuerdos de proveedor preferencial”, “asociaciones de largo plazo”, “acuerdos de oferta”, en el contexto de “atar” a los consumidores, tenía un propósito de excluir a los rivales, y que el término “proveedor preferencial” estaba atado a la idea de exclusividad.

Por su parte, Tomra no pudo explicar por qué (i) requería órdenes en volumen, (ii) aplicaba cláusulas de exclusividad cubriendo periodos clave en cada mercado, (iii) adquiriría competidores que tenían cierto potencial de competir, y (iv) aplicaba compromisos de cantidades personalizados y un sistema de descuentos retroactivos.

Por último, otro punto importante en el análisis de la Comisión fue que consideró que Tomra no había podido justificar sus prácticas con ahorros de costos. Por lo tanto, se consideró que la empresa cometió un abuso de acuerdo al Artículo 82 del Tratado y Artículo 54 del acuerdo EEA.

*Virgin Atlantic v. British Airways, 2007*¹⁷

Otro caso de interés es el de Virgin Atlantic Airways y British Airways (BA). British Airways tenía una participación dominante en el mercado del Reino Unido, alcanzando el 37% para vuelos locales. Virgin Airways inició los procedimientos contra BA, alegando que la empresa infringió el Artículo 81 y 82 realizando prácticas anticompetitivas a través de los contratos que establecía con los agentes de viajes, específicamente en el (i) ofrecimiento de descuentos y otros incentivos con la condición de obtener todos o casi todos los requerimientos de vuelos, (ii) ofrecimiento de descuentos, pagados retroactivamente, condicionados a sus clientes, y (iii)

¹⁶ [UE] The Tomra Group / Prokent AG. COMP/E-1/38.113. Marzo 23, 2009.

¹⁷ [UE] Virgin Atlantic Airways v. British Airways. 2000/74/EC. Julio 14, 2014.

ofrecimiento de vuelos de corta distancia, mejores u otros incentivos nominales, con la condición de que los consumidores compraran vuelos de larga distancia.

La Comisión Europea consideró que los acuerdos de comisiones de BA resultaban en un abuso de su poder de dominio. Adicionalmente, los pagos de comisiones extras estaban basadas en si el agente de viajes superara o no las ventas en años anteriores, por lo que no tenía ninguna base en eficiencias o ahorros de costos. Por otra parte, estos descuentos discriminaban entre agencias de viajes. Por estos motivos, la Comisión consideró que la práctica infringía los artículos mencionados e impuso una multa de €6.8 millones a British Airways. Adicionalmente la empresa fue obligada a terminar de inmediato su estrategia de comisiones con las agencias de viajes.

*AMD v. Intel, 2009*¹⁸

En otro caso, la fabricante de microprocesadores AMD demandó a Intel Corporation por estrategias de comercialización exclusorias, que consistían en descuentos condicionados a que los OEMs (fabricantes de equipos originales), compraran todo o casi todos sus requerimientos a Intel. Para tener un contexto del mercado, de acuerdo con la Comisión, Intel poseía una participación del 80% en el mercado.

El análisis de la Corte de Justicia Europea también arrojó datos nuevos a la investigación y eran que Intel realizaba pagos a ciertos clientes para que retrasaran el lanzamiento de productos que tuvieran un microprocesador de AMD. La Comisión llegó a la conclusión de que los descuentos por lealtad y los pagos de Intel indujeron a los OEMs a tener lealtad por Intel y los efectos de esto complementaron para disminuir significativamente la habilidad de los competidores de Intel para competir en base a méritos en los CPUs x86. Por último se fijó una multa para Intel del €1,060 billones.

*Fakro v. Velux, YYYY*¹⁹

En otro caso de la Unión Europea, la empresa Fakro, productora de ventanas, denunció a su competidor Velux por utilizar descuentos y otras tácticas comerciales para que los revendedores no incrementaran sus stocks de productos. Ambas empresas son las productoras más grandes de ventanas para techos en el mundo.

En el análisis de la Comisión no se encontró que los descuentos fueran individualizados y cambiaran de país en país. Los descuentos realizados eran denominados incrementales, los cuales se pagaban por las unidades vendidas en exceso de cierto parámetro estipulado. La investigación concluyó que era improbable que los descuentos de Velux hubieran tenido efectos de desplazamiento u otros resultados anticompetitivos, debido a la forma en la que operaban los descuentos

¹⁸ [UE] Caso Intel. COMP/37.990. Mayo 13, 2009.

¹⁹ Caso Velux. COMP/39.451. 2008.

incrementales, a diferencia de los descuentos retroactivos. La Comisión decidió cerrar el caso.

IV.3. AMÉRICA LATINA

Chile

Para América Latina encontramos una variedad de casos resueltos bajo distintas formas. Por ejemplo, un caso importante en Chile es el de Compañía Chilena de Fósforos (CCF) y Canadá Chemicals S.A., en el año 2009.²⁰ La demanda fue iniciada por el Tribunal de Competencia y luego Canadá Chemicals se adscribió a la misma. Se acusó a la CCF de entrar en acuerdos con distribuidores incentivados por exclusividades, adicionalmente a un esquema de incentivos por ventas realizadas en el pasado.

Siguiendo el análisis del Tribunal, se consideró que la CCF estableció barreras a la entrada al ofrecer descuentos por el cumplimiento de metas de ventas mayores a las conseguidas por el distribuidor cuando estaba vigente la cláusula de exclusividad.

Se consideró asimismo que para ciertos acuerdos de incentivos por cumplimiento de metas de ventas—los cuales no tenían acuerdo de exclusividad—el Tribunal entendió que habría existido un propósito de impedir el ingreso de nuevos competidores, ya que no hay evidencia de que ello trajera economías de escala o eficiencias. Tampoco se explicaba por qué se pactaron descuentos tan disímiles para cada competidor. El Tribunal concluyó que CCF había explotado su posición de dominio al establecer barreras artificiales a la entrada consistentes con la (i) imposición de cláusulas de exclusividad, (ii) el establecimiento de sistemas de incentivos por el cumplimiento de metas de venta para mantener la exclusividad señalada y (iii) la creación de un sistema de incentivos por el cumplimiento de metas de ventas no vinculadas a contratos de exclusividad anteriores.

Se concluyó con la decisión del Tribunal de ordenar que la CCF se abstuviera de celebrar con sus clientes o distribuidores, contratos o acuerdos que incluyeran términos o condiciones discriminatorios respecto de las características de quién adquiriera o distribuyera sus productos.

En otro caso ocurrido en Chile, la competidora Phillip Morris demandó a la Compañía Chilena de Tabacos (CCT).²¹ Se acusó a CCT por imponer exclusividad en los espacios de exhibición mediante la adquisición por parte de la CCT del derecho de uso

²⁰ [CHI] Compañía Chilena de Fósforos (CCF) / Cánada Chemicals S.A.. Sentencia 90/2009. Diciembre 14, 2009.

²¹ [CHI] Compañía Chilena de Tabacos v. Tobacco Marketing Limitada. Sentencia 115/2011. Noviembre 17, 2011.

de espacios publicitarios. Para tener un contexto del mercado, la CCT poseía un 98% del mercado de cigarrillos en Chile al momento de la demanda.

El Tribunal de Competencia entendió que las cláusulas contractuales que imponían las exclusividades publicitarias no debían ser consideradas en general como anticompetitivas, sino como un mecanismo adicional para competir. En ciertos casos eran consideradas restricciones verticales ilícitas si eran utilizadas de manera tal que tuvieran los efectos de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. En el presente caso la exclusividad publicitaria se consideró que entorpecía la competencia, debido a que: (i) existían restricciones legales para otro tipo de publicidad de cigarrillos, (ii) la CCT tenía significativo poder de mercado, (iii) algunos comerciantes habían hecho interpretaciones erróneas y aplicado las exclusividades de manera que restringían la exhibición y venta de productos de la competencia y (iv) resultaba difícil para los consumidores cambiar las preferencias adquiridas en materia de cigarrillos.

El Tribunal resolvió que la CCT debía terminar con su práctica de exclusividad promocional en los estantes de sus clientes o kioscos y reservar hasta el 20% del “facing” de las cigarrerías de la CCT en caso que los competidores no tuvieran un lugar adecuado.

Argentina

En Argentina encontramos el caso de Godoy c/ Círculo Médico de Misiones en el año 1997.²² En este caso, el denunciante consideró que el Círculo Médico de Misiones le había impedido trabajar en el mercado de la seguridad social por haber sido excluido del padrón de prestadores de esa entidad, que centraliza la totalidad de las contrataciones asociadas con las obras sociales.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) afirmó que con el fin de eliminar a la única empresa competidora en el servicio de emergencias médicas, el Círculo Médico de Misiones aplicó de forma retroactiva la penalidad que establecía la renuncia tácita para los médicos que prestaran los mismos o similares servicios que el Círculo.

Adicionalmente, la Comisión consideró que dicha conducta constituía un abuso de su posición dominante en el mercado, ya que producía una limitación de la oferta en el mercado de las prestaciones médicas y una distorsión en el mercado con afectación al interés económico general. La posición de dominio de la empresa estaba dada porque la misma detentaba el monopolio de acceso, por parte de los médicos de la zona, a los contratos de las obras sociales y finalmente, porque era en los hechos la principal y obligada fuente de trabajo para los médicos, de forma tal que, si existían prohibiciones o restricciones al ingreso o permanencia en el mencionado círculo, se estarían

²² [AR] Godoy c/ Círculo Médico Misiones zona Sur. Dictamen N° 229. Resolución N° 1148. Octubre 31, 1997.

generando barreras a la entrada al mercado, restringiendo la oferta de profesionales e impidiendo ejercer el derecho a trabajar.

La Comisión obligó a la acusada a terminar inmediatamente con las prácticas de abuso de posición de dominio.

Otro caso de interés en Argentina fue el de SADIT y otros c/ Massalin Particulares y otros.²³ En este caso ciertos particulares acusaron a las principales productoras de cigarrillos del país, Massalin Particulares y Nobleza Piccardo, de imponer exclusividad en los distribuidores de cigarrillos.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia consideró tanto los aspectos negativos y como los positivos de dichas prácticas. En este caso, es importante destacar que los distribuidores tenían entera libertad de elegir los productores que deseaban servir. Adicionalmente, la Comisión aceptó los argumentos de Massalin de mejora en los costos y en el control de los canales de distribución y concluyó que dichos argumentos también era válidos para Nobleza Piccardo, y que esta última, adoptó las políticas de acuerdos de exclusividad, como respuesta competitiva a las acciones de Massalin Particulares.

Por otra parte, la Comisión consideró que la práctica dificultaba la entrada de nuevos competidores en el mercado de cigarrillos, ya que cerraba el “mercado de distribución mayorista” a otras empresas que no fueran Massalin o Nobleza Piccardo. Sin embargo, un entrante podía igualmente utilizar otros canales de distribución, como por ejemplo, distribuidores de otros productos, como golosinas, juguetes, artículos de librería, etc. Un elemento que en otros casos reforzaría el poder de mercado de las empresas demandadas, era las limitadas ventas de las otras empresas competidoras a través de subdistribuidores.

Las posibilidades de ejercer este poder de mercado y discriminar precios entre los distintos submercados en los que Massalin Particulares y Nobleza Piccardo compartían el mercado como consecuencia de sus contratos de distribución exclusiva, se veía totalmente limitada por el control que la autoridad impositiva ejercía sobre la fijación de precios de los cigarrillos. Por estos motivos, los precios de los cigarrillos se habían mantenido estables y las prácticas comerciales implementadas no tenían efecto sobre el excedente de los consumidores.

Por lo tanto, la Comisión afirmó que todos los elementos mencionados hacían pensar que el interés económico general se había visto beneficiado. Por eso, la Comisión aceptó como suficiente las explicaciones de las empresas demandadas y desestimó las denuncias.

Brasil

²³ [ARG] SADIT y otros c/ Massalin Particulares y otros. Dictamen N° 268 / Resolución N° 942. Septiembre 19, 1997

En el caso de Brasil, encontramos como relevante el caso de Asociación de Tiendas de Shoppings c/ Shopping Center Iguatemi, en el año 2007.²⁴ El proceso se inició contra Shopping Center Iguatemi por adoptar cláusulas de radio en contratos de locación de espacios comerciales en centros comerciales de Porto Alegre. Dichas cláusulas consistían en la prohibición a sus inquilinos a poner locales en la misma rama de comercio en un radio determinado de distancia desde el centro comercial. Dichas cláusulas no tenían limitaciones temporales y no existía justificación económica para las mismas.

En el análisis realizado por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE por sus siglas en portugués), se planteó que dada la jurisprudencia nacional e internacional, este tipo de cláusulas no eran un ilícito *per se*, y el análisis de los mismos en cada caso se realizaría utilizando una regla de la razón estructuradas.

Adicionalmente, se planteó que para este tipo de cláusulas de radio de localización, a medida que su distancia era cada vez menor, mayor la competencia pero menos eficiente era en términos de traslado de los consumidores. Por otra parte, cuanto más distancia el radio de localización impuesto, menor la competencia pero más eficiente para los consumidores en términos de traslado. Por eso el CADE decidió que radios hasta 2 km eran razonables y radios superiores a los 5 km no podían ser aceptados, mientras que los radios de exclusividad mayores a 2 km y menores a 5 km, con cláusulas de duración superior a 5 años, debían ser analizados caso por caso.

Por último, el CADE concluyó que las cláusulas en algunos de estos Centros Comerciales podían considerarse como anticompetitivas. Dichos establecimientos no lograron justificar de manera razonable la extensión temporal de dichas cláusulas, adicionalmente a que no tenían finalización en términos temporales e imponían restricciones a otras ramas del negocio.

México

Para México, resulta de interés el caso de Grupo Coca-Cola en 2011.²⁵ En este caso, se acusó a diversas embotelladoras pertenecientes al Grupo Coca-Cola de lo siguiente: (i) vender productos Coca-Cola a los establecimientos revendedores con la condición de no vender productos producidos, distribuidos y/o comercializados por otros competidores, a través de acuerdos de exclusividad con dichos revendedores, (ii) condicionar descuentos u otros incentivos en la venta de sus productos a cambio de que los compradores se abstengan de adquirir productos de terceros, otorgan descuentos o incentivos con la finalidad de establecer exclusividades para sus productos, (iii) le niegan a los revendedores la venta de sus productos si venden refrescos Pepsi.

²⁴ [BR] Asociación de Tiendas de Shoppings c/ Shopping Center Iguatemi. Proceso Administrativo 08012.012740/2007-46. Mayo 16, 2014.

²⁵ [MEX] Grupo Coca-Cola / IRSA / INOR / BEPUSUR / Potosí. DE-013-2008. Diciembre 9, 2011.

De acuerdo al análisis realizado por la Comisión Federal de Competencia (CFC), el mercado investigado corresponde a la distribución y comercialización al mayoreo de bebidas carbonatadas en envase cerrado en el canal tradicional, con una dimensión geográfica regional. Adicionalmente, para que las acciones fuesen violatorias a la ley mexicana, el agente económico debía tener poder sustancial de mercado. En el análisis de poder sustancial, la CFC encuentra que las empresas tienen una alta participación en cada uno de los mercados relevantes estudiados; tienen capacidad de fijar precios unilateralmente sin que sus competidores puedan contrarrestarlas; existen barreras a la entrada constituidas por la inversión necesaria para desarrollar sistemas de distribución alternativos y por el valor de la marca que representa Coca-Cola; los competidores de los embotelladores de Coca-Cola no tienen poder para contrarrestar al respectivo embotellador de Coca-Cola.

La exclusividad en este caso fue analizada bajo la Fracción V del Artículo 10, como negativa de trato, pero adicionalmente se podían adecuar a los supuestos previstos en la Fracción III (ventas atadas), IV (condicionamiento), VIII (incentivos sujetos a condicionamiento) y XI (incremento de costos y/o reducción artificial). Se analizaron 12 mercados relevantes y no se encontraron indicios de que la conducta hubiera un daño al proceso de competencia.

Esta conclusión se basó en una prueba de 3 partes con base en la siguiente pregunta: ¿Qué condiciones se deben cumplir en el mercado para actualizar una hipótesis de daño? A lo cual la CFC consideró que debían actualizarse las siguientes tres condiciones:

- A. Bajo condiciones “normales”, la firma entrante debe ser al menos igual de eficiente en la distribución de bebidas carbonatadas que la dominante o con posibilidades de alcanzar un nivel eficiente
- B. La cantidad y representatividad de exclusividades (prevalencia) debe impedir alcanzar los niveles de eficiencia “normales”, i.e. el no alcanzar estos niveles se debe a las exclusividades
- C. La firma dominante debe mantener o incrementar su poder con las exclusividades (esto independiente de que pudieran existir eficiencias para justificarlas en una etapa posterior)

Otro caso ocurrido en México ilustra la manera en que surge un análisis de acuerdos de exclusividades a partir de un acto de concentración. Dicho caso se trata de la concentración entre Alsea y Walmex, siendo ambas empresas cadenas de restaurantes.²⁶

Cuando la Comisión Federal de Competencia analizó la fusión, encontró que Walmex poseía contratos que contaban con cláusulas de exclusividad celebrados con

²⁶ [MEX] Alsea / Walmex. Expediente No. CNT-095-2013. Febrero 21, 2014

los dueños, desarrolladores u operadores de centros comerciales para la renta de espacios donde se ubican sus restaurantes. Estos acuerdos los poseía en centros comerciales en los que rentaba espacios para la operación de sus restaurantes.

Dicha práctica de imposición de cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento podía incidir de manera negativa en la entrada de competidores de Alsea y Walmex en centros comerciales.

Por lo tanto, la transacción como fue planteada podía generar diversos riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia. Particularmente por el mayor poder de negociación con desarrolladores de centros comerciales, siendo precisamente donde se planteaba que se diera el mayor crecimiento de restaurantes de servicio completo.

Por otra parte, los promoventes plantearon cuestiones de eficiencia derivadas de la operación, como la renovación y modernización de los restaurantes de Walmex, la reducción de los costos operativos, el desarrollo e introducción de nuevas opciones y nuevos productos, el mejoramiento de la calidad de los productos ofrecidos, la posibilidad de una mejor identificación y atención de las necesidades del cliente. Sin embargo, la Comisión consideró que las empresas no acreditaron cómo las ganancias en eficiencias derivadas de la operación pudieran generar mejoras en el bienestar del consumidor suficientemente para aminorar los efectos adversos sobre las condiciones de competencia en los mercados. Por último, la Comisión resolvió condicionar la transacción propuesta.

IV.4. RESTO DEL MUNDO

Sudáfrica

En Sudáfrica, la autoridad de competencia del país, falló en el año 2001 en el caso Patensie Citrus Beherend.²⁷ Los demandantes eran accionistas de Patensie Citrus. Los mismos crearon la compañía en el pasado para poder realizar el empaquetamiento de sus productos de cítricos para fabricar el paquete en el que iban a vender los mismos. Los demandantes acusan a Petensie Citrus por un acuerdo que los obligaba a entregar toda su cosecha a la empaquetadora Patensie.

Bajo la ley Sudafricana, participar en actos que promuevan el cierre de mercado, a menos que se demuestren eficiencias, está prohibido para empresas dominantes. Los demandantes no tenían que probar que el acto es exclusorio, sólo debían probar que alguno de los actos especificados en la Sección 8(d) (de no comerciar con un competidor), hubiese sido realizado y que el perpetrador fuera dominante, entonces se presuponía la naturaleza exclusoria del acto. La Ley permitía la posibilidad de demostrar eficiencias de este tipo de actos que contrarrestaran sus efectos

²⁷ [SUD] Jakobus Johannes Petrus Bezuidenhout, Jan Daniel du Preez v. PAtensie Citrus Beherend Beperk. 37/CR/Jun01. Junio 2001

anticompetitivos. No se impuso multa en este caso, pero se ordenó terminar con la práctica exclusoria.

Singapur

Siguiendo con el análisis internacional, se encontró un importante caso en Singapur, en donde la Comisión de Competencia local, acusó a SISTIC de realizar acuerdos con The Esplanade Co., requiriendo que todos los eventos realizados por Esplanade utilizaran a SISTIC como sistema proveedor de tickets, adicionalmente a un acuerdo con Singapore Sports Council, bajo el cual se restringía que todos los eventos en el estadio Singapore Indoor, utilizaran el servicio de tickets de SISTIC. La empresa, al momento de la investigación, contaba con un 90% del mercado.

El análisis realizado por la Comisión estudió que los servicios de venta de tickets eran un intermediario entre dos grupos de consumidores, los promotores del evento y los compradores de tickets, a los cuales les proveían una plataforma para comprar y vender tickets. Si Esplanade estaba obligado a utilizar SISTIC, los que realizaban los eventos en el Esplanade no tenían otra opción que contratar los servicios de tickets de SISTIC, y por otra parte, los consumidores de tickets, tampoco tenían otra opción que comprar sus tickets a través de SISTIC.

Por lo tanto, la Comisión concluyó que estos acuerdos de exclusividad dañaban la competencia, restringían la elección tanto de los promotores de eventos con respecto al servicio de tickets, perpetuando de esa manera la posición dominante de SISTIC. Para evitar esto en el futuro, la Comisión multó a SISTIC con S\$ 989,000 y le obligó a que detuviera la práctica de exclusividades.

Canadá

Por otra parte, otro caso interesante es el de Canadá Pipe Co.²⁸ En el presente caso, la demandada era una importante productora de desagües de hierro fundido, y solo existían dos productores del producto en Canadá. La Comisión de Competencia canadiense acusó a la compañía de realizar actos anticompetitivos mediante descuentos por lealtad y acuerdos de exclusividades. El caso llegó a la corte de apelaciones.

El tribunal de primera instancia consideró que los acuerdos de exclusividades, cuando eran realizados por un proveedor grande en el mercado, probablemente (i) impedían la entrada o expansión de una empresa en el mercado, (ii) obstruían la introducción de un producto o el crecimiento de las ventas de un producto en el mercado o (iii) tenían otros efectos de exclusividad en el mercado. Adicionalmente, consideró que para ser anticompetitiva, la práctica debía tener el efecto de “prevenir” o “disminuir” sustancialmente la competencia en el mercado.

²⁸ [CA] Canada Pipe Co. A-106-05. Junio 23, 2006

Posteriormente, la corte de apelaciones cambió el enfoque teniendo en cuenta por el tribunal de primera instancia. La corte de apelaciones determinó que el tribunal tendría que haber considerado si la práctica de exclusividades impidió o dañó la competencia que hubiera existido si la práctica de exclusividades no existiera en el mercado. Lo anterior implica que se tendría que haber realizado un estudio de las condiciones contra fácticas teniendo en cuenta lo que hubiera acontecido en el caso de que no existiera la práctica. La corte de apelaciones determina que la práctica consistió en una práctica de exclusividades, pero que la misma no había tenido efectos de exclusión.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El análisis económico de los acuerdos de exclusividades ha ido evolucionando en el tiempo y el consenso actual considera que los mismos pueden tener, por una parte, efectos positivos para la competencia y el bienestar económico, tales como la disminución de costos de las empresas y la generación y aprovechamientos de eficiencias económicas. Por otra parte, pueden tener igualmente importantes efectos anticompetitivos que impidan o cierren el acceso a mercados de nuevos y potenciales competidores, particularmente cuando son realizados por empresas con poder sustancial en el mercado.

Conjuntamente con esta evolución en el análisis económico de los acuerdos de exclusividades, ha habido un movimiento en el tratamiento de casos bajo el análisis de competencia. En los Estados Unidos, por ejemplo, este movimiento partió de un tipo de análisis que consideraba los acuerdos de exclusividad como ilegales en sí mismos o ilegales *per se* (es decir, solamente por realizar estos acuerdos se estaba rompiendo la ley), hacia un estado actual en que se realiza un análisis según la regla de la razón estructurada.

El tratamiento actual de las exclusividades implica la construcción de una teoría de daño y metodología de análisis que permita determinar caso por caso, los efectos de este tipo de acuerdos y la consideración tanto de sus efectos procompetitivos, como de sus efectos anticompetitivos. Dicha evolución ya lleva varias décadas y puede afirmarse que en el caso *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co. et.al.* en 1961 ya se consideran los acuerdos de exclusividades de esta manera. En términos generales, en los Estados Unidos actualmente se considera que los acuerdos de exclusividad generan eficiencias, y los mismos serán permitidos siempre y cuando los efectos anticompetitivos no superen a las eficiencias mencionadas. Es decir el estándar es más cercano a considerarlos como *per se legales*, permitiéndose un análisis más profundo cuando hay elementos que indiquen que pueden tener efectos anticompetitivos mayores a las eficiencias generadas.

Por otra parte, en la Unión Europea, también el análisis en los casos de competencia ha ido evolucionando hacia un análisis con base en la regla de la razón estructurada. Sin embargo, dicha evolución se ha dado mucho más recientemente que en los Estados Unidos y data de los casos de competencia evaluados por la autoridad de competencia en la última década. En la actualidad, a diferencia de los Estados Unidos, la visión más generalizada en los casos de competencia es considerar a estos acuerdos como anticompetitivos, y que las partes deban demostrar las eficiencias generadas, y que las mismas superen los efectos anticompetitivos generados para permitir dichos acuerdos.

En América Latina y en el resto del mundo el análisis de estas conductas también ha evolucionado. En todos los casos analizados las autoridades de competencia de cada país realizan una evaluación de los acuerdos de exclusividades utilizando una regla de

la razón estructurada y determinan sus posibles efectos anticompetitivos caso por caso.

Resulta importante destacar la importancia que surge entonces en la determinación de diversos elementos de análisis: mercado relevante, poder sustancial y capacidad de excluir—contrastada con las posibles eficiencias que estos acuerdos pudieran generar. En el caso de mercado relevante, dicha determinación cobra preeminencia ya que los mayores efectos anticompetitivos de los acuerdos de exclusividades surgen cuando son realizados por empresas que poseen poder sustancial de mercado y dicho poder se infiere de la posición de las empresas en el mercado relevante estudiado. Por lo tanto, una errónea determinación del mercado relevante puede llevar a las autoridades a tomar decisiones erróneas al permitir o prohibir acuerdo de exclusividades.

En el caso del análisis de poder de mercado, es importante notar como lo ilustra el caso de Dentsply, por ejemplo, la cuidadosa distinción que debe hacerse entre un hallazgo de poder de mercado y la capacidad de su uso para excluir a rivales. Mientras una corte, la de distrito en este caso, puede encontrar todos los elementos de la existencia de poder [sustancial] de mercado o de dominancia, su análisis puede llevarla a concluir que no hay daño competitivo real. En cambio, en un análisis subsecuente otra corte, la de apelaciones, encuentra que este poder de mercado o dominancia es sustancial de forma tal que la empresa denunciada abusa de su posición dominante y excluye a sus rivales. En todo esto el elemento central versa en lo que el ex presidente de la autoridad de competencia del Reino Unido menciona, “la cuestión no es reglas versus discreción, sino qué tan sólido es el fundamento económico de las reglas.”²⁹

²⁹ “So the issue is not rules versus discretion, but how well the rules are grounded in economics.” Vickers (2005).

BIBLIOGRAFÍA

Aghion, Philippe y Patrick Bolton (1987) "Contracts as a barrier to entry". *The American Economic Review*, Vol. 77, Nro. 3, pp. 388-401. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1804102>

Bernheim, B. Douglas y Michael D. Whinston (1998) "Exclusive dealing". *The Journal of Political Economy*, Vol. 106, No. 1, pp. 64-103. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/250003>

Frasco, Gregg (1991) *Exclusive Dealing: A Comprehensive Study*. London: University Press of America.

Besanko, David, y Martin Perry (1993) "Equilibrium incentives for exclusive dealing in a differentiated products oligopoly". *The RAND Journal of Economics*, Vol. 24, No. 4, pp. 646-667. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2555751>.

Besanko, David y Martin Perry (1994) "Exclusive dealing in a spatial model of retail competition". *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 12, Issue 3, pp. 297-329. Disponible en: http://econpapers.repec.org/article/eeeindorg/v_3a12_3ay_3a1994_3ai_3a3_3ap_3a297-329.htm.

Bork, Robert (1978). *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books.

Card, David, Kostis Hatzitaskos y Vandy Howell (2013) "Guidelines on Quantitative Techniques for Competition Analysis". Guía Transversal del Centro Regional de Competencia de América Latina (CRCAL). Disponible en: <http://www.crcal.org/guias-y-estudios/guias/transversales?start=5>.

Chipty, Tasneem (2001) "Vertical integration, market foreclosure, and consumer welfare in the cable television industry". *American Economic Review*, Vol. 91, No. 3, pp. 428-453. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2677872>

Comanor, William S. y Patrick Rey (2000) "Vertical restraints and the market power of large distributors". *Review of Industrial Organization*, Vol. 17, Issue 2, pp. 135-153. Disponible en: <http://link.springer.com/article/10.1023/A%3A1007857709649>

Cooper, James C., Luke M. Froeb, Dan O'Brien, and Michael G. Vita (2005) "Vertical antitrust policy as a problem of inference". *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 23, pp. 639-64. Disponible en: <http://www2.owen.vanderbilt.edu/lukefroeb/froeb.papers/Vertical/2005.IJIO.pdf>

Davis, Peter y Eliana Garcés (2009) *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton University Press.

Fumagalli, Chiara y Massimo Motta (2006) “Exclusive dealing and entry, when buyers compete”. *The American Economic Review*, Vol. 96, No. 3, pp. 785-795. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/30034071> .

Grossman, Sanford J. y Oliver Hart (1986) “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”. *Journal of Political Economy*, Vol. 94, No. 4, pp. 691-719. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1833199>.

Klein, Benjamin (1988) “Vertical integration as organizational ownership: The Fisher Body- General Motors relationship revisited”. *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 4, No. 1, pp. 199-213. Disponible en: <http://links.jstor.org/sici?sici=8756-6222%28198821%294%3A1%3C199%3AVIAOOT%3E2.0.CO%3B2-W>

Krattenmaker, Thomas G. y Steven C. Salop (1986) “Anticompetitive exclusion: Raising rivals’ costs to achieve power over price”. *The Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 2, pp. 209–293. Disponible en: http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/Krattenmaker%20and%20Salop%20class%206%20required.pdf.

Lafontaine, Francine y Margaret Slade (2006) *Handbook of Antitrust Economics . Chapter 10: Exclusive contracts and vertical restraints: Empirical evidence and Public Policy*, edited by Paolo Buccirossi. The MIT Press.

Martimort, David (1996) “Exclusive Dealing, Common Agency, and Multiprincipals Incentive Theory”. *The RAND Journal of Economics*, Vol. 27, No. 1, pp. 1-31. Disponible en: <http://kgt.bme.hu/targyak/msc/ng/BMEGT30MN40/data/martimort.pdf>

Marvel, Howard P. (1982) “Exclusive dealing”. *Journal of Law and Economics*, Vol. 25, No. 1, pp. 1-25. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/725222>

Matthewson, G. Frank y Ralph A. Winter (1987) “The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment”. *American Economic Review*, Vol. 77, No. 5, pp. 1057-1062. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1810233>

Motta, Massimo (2004) *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

Posner, Richard A. (1976) *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Rasmusen, Eric B., J. Mark Ramseyer y John S. Wiley Jr. (1991) “Naked Exclusion”. *The American Economic Review*, Vol. 81, Issue 5, pp. 1137-1145. Disponible en: http://www.rasmusen.org/xpacioli/published/Rasmusen_91AER.exclusion.pdf

Rey, Patrick, y Thibaud Verge (2006) *Handbook of Antitrust Economics, Chapter 9: Economics of Vertical Restraints*, edited by Paolo Buccirossi, The MIT Press.

Salop, Steven C. y David T. Scheffman (1983) "Raising rivals' costs". *American Economic Review*, Vol. 73, No. 2, pp. 267–271. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1816853>.

Salop, Steven C. y David T. Scheffman (1987) "Cost raising strategies". *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 36, No. 1, pp. 19–34. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2098594>.

Sass, Tim R. y Micha Gisser (1989) "Agency cost, firm size, and exclusive dealing". *Journal of Law and Economics*, Vol. 32, pp. 381–400. Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jlecono32&div=22&id=&page=>

Segal, Ilya R. y Michael Whinston (2000a) "Naked exclusion: Comment". *American Economic Review*, Vol. 90, pp. 296–309. Disponible en: <http://www.stanford.edu/~isegal/comment.pdf>

Segal, Ilya R. y Michael Whinston (2000b) "Exclusive contracts and protection of investments". *The RAND Journal of Economics*, Vol. 31, No. 4, pp. 603–633. Disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.295.5406&rep=rep1&type=pdf>

Spengler, Joseph J. (1950) "Vertical integration and antitrust policy". *Journal of Political Economy*, Vol. 58, No. 4, pp. 347–352. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1828887>

Spiegel, Yossi (1994) "On the Economic Efficiency of Liquidated Damages". *Economics Letters*, Vol. 45, Issue 3, pp. 379–383. Disponible en: http://econpapers.repec.org/article/eeeecolet/v_3a45_3ay_3a1994_3ai_3a3_3ap_3a379-383.htm.

Verouden, Vincent (2003) "Vertical Agreements and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis". *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, No. 525–575. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/40843595>.

Vickers, John (2005) "Abuse of market power", *The Economic Journal*, 115 (Junio), F244–F261.