

TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS RESTRICCIONES TERRITORIALES EN ESTADOS UNIDOS Y EUROPA

NATALIA BARRERA SILVA*

RESUMEN

Los acuerdos verticales de restricción de mercados han sido objeto de estudio por parte de diferentes autoridades del mundo debido a sus posibles efectos nocivos en la libre competencia.

Por esta razón, el objetivo principal de la presente investigación consiste en hacer un análisis de la doctrina y jurisprudencia de Estados Unidos y la Unión Europea en relación con este tipo de acuerdos, ya que representan el principal referente en la materia.

Para tales efectos, se analizan algunos pronunciamientos que indican el tratamiento dado en dichas jurisdicciones a los acuer-

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Máster en Derecho, LLM, Columbia University, Nueva York. EE.UU. (2011). Especialista en Regulación y Gestión de las Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia (2010). Especialista en Derecho de la Competencia y del Libre Comercio de la Pontificia Universidad Javeriana (2007).

dos verticales en general. Así mismo, debido a su vinculación con los acuerdos de repartición de mercados, se hará una reseña del análisis europeo y norteamericano de otras conductas verticales como los acuerdos de exclusividad, el mantenimiento de precios de reventa y los programas de incentivos verticales.

Palabras clave: acuerdos verticales, repartición de mercados, acuerdos de exclusividad, mantenimiento de precios de reventa, programas de incentivos verticales.

LEGAL AND JURIPRUDENTIAL TREATMENT OF THE TERRITORIAL RESTRICTIONS IN THE UNITED STATES AND EUROPE

ABSTRACT

Different authorities around the world have studied vertical agreements due to their possible harmful effects regarding free competition.

Hence, the principal aim of the present investigation to analyze the doctrine and jurisprudence of The United States and the European Union regarding these agreements, since they represent the principal model in the matter.

In order to do so, some decisions that illustrate the treatment given to vertical agreements in these jurisdictions are analyzed. Likewise, due to their relation with market distribution agreements, other vertical conducts such as exclusivity agreements, resale price maintenance and vertical incentive programs will be examined according to the European and North American doctrine.

Key words: *Vertical agreements, market distribution, exclusivity agreements, resale prices maintenance, incentives, vertical programs.*

I. LOS ACUERDOS VERTICALES DE REPARTICIÓN DE MERCADOS EN EL DERECHO COMPARADO

1. ESTADOS UNIDOS ACUERDOS Y RESTRICCIONES VERTICALES

1.1 GENERALIDADES

Para analizar la evolución de la jurisprudencia de Estados Unidos sobre restricciones verticales, es preciso tener en cuenta que en esa jurisdicción se han utilizado tradicionalmente dos sistemas para determinar si una conducta es restrictiva de la competencia o no. Dichos sistemas son las llamadas “regla *per se*” (*per se rule*) y la “regla de la razón” (*rule of reason*).

Las conductas que se analizan bajo la regla “*per se*” siempre se consideran anticompetitivas, pues por su naturaleza, características y efectos, tienen necesariamente efectos perniciosos para la competencia y, por tanto, deben ser consideradas ilegales en cualquier caso. En consecuencia, las conductas que se evalúan bajo este estándar no admiten ninguna justificación o atenuante, por lo cual basta probar que la conducta ocurrió para que se declare su ilegalidad. Este es el caso, por ejemplo, de los acuerdos horizontales de precios.

Por su parte, las conductas analizadas bajo la regla de la razón se caracterizan porque no siempre resultan anticompetitivas, motivo por el cual deben ser analizadas en cada caso en concreto las características del mercado que se ve afectado, el propósito de la

práctica, sus efectos, el poder de mercado de los investigados y, en general, todas las condiciones bajo las cuales se llevó a cabo la conducta.

Los acuerdos verticales que restringen la competencia se encuentran prohibidos por los artículos 1º y 2º de la Ley Sherman (prohibición general y prohibición de abuso de la posición dominante) y el artículo 3º de la Ley Clayton (sobre restricciones intra-marca). Tanto entidades del gobierno¹ como particulares están habilitados para interponer demandas judiciales en contra de quienes infrinjan estas normas. Dichas demandas son resueltas por los jueces federales y en algunas ocasiones son revisadas por la Corte Suprema de Justicia.

En 1985 el Departamento de Justicia emitió unas guías sobre restricciones verticales, pero fueron retiradas en 1993 en cuanto no guardaban relación con las condiciones legales y la jurisprudencia actual. No obstante, hoy en día la jurisprudencia sobre la materia está suficientemente decantada y las reglas bajo las cuales se analizan las conductas son relativamente claras, como se muestra a continuación.

Las cortes y autoridades administrativas de Estados Unidos consideran que los acuerdos verticales pueden, en principio, tener resultados procompetitivos².

A pesar de que en algún momento ciertas clases de acuerdos verticales fueron analizados bajo una regla de ilegalidad *per se*, hoy en día todas las conductas verticales son estudiadas bajo la regla de la razón, que evalúa las condiciones y contexto en el que ocurrió la conducta para determinar si es o no anticompetitiva.

1 Comisión Federal de Comercio y División Antimonopolio del Departamento de Justicia.

2 DOUGLAS MELAMED, Principal Deputy Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. Department of Justice, Conferencia “*Exclusionary Vertical Agreements*” ante la American Bar Association Antitrust Section, Washington, D.C., abril 2, 1998.

1.2 ACUERDOS VERTICALES DE RESTRICCIÓN TERRITORIAL

Los acuerdos de exclusividad territorial fueron, en un principio, analizados bajo la regla *per se*. Se consideraban necesariamente perjudiciales para la competencia y se creía que debían ser siempre ilegales. Sin embargo, después de varias décadas de decisiones inconsistentes, en 1968 la Corte declaró que estos acuerdos debían analizarse bajo la regla de la razón, pues en algunos casos están justificados y generan efectos procompetitivos.

En esencia, la restricción debe ser calificada como legal cuando busca incrementar la eficiencia del sistema de distribución y ayudar a bajar los costos del producto, e ilegal cuando tiene como fin incrementar o afianzar el poder de mercado del productor y facilitar la imposición de precios monopolistas³.

A continuación se señalarán los principales casos sobre la materia y se hará un resumen del análisis hecho por las cortes para determinar la legalidad de esta clase de acuerdos.

a. Principales casos

- ***White Motor (1963)*⁴: La Corte se abstiene de pronunciarse sobre la ilegalidad per se de los acuerdos de restricción territorial**

En 1948, la División Antimonopolio del Departamento de Estado (La “División Antimonopolio”) estableció que los acuerdos verticales de distribución territorial eran *per se* ilegales. Con el propósito de evitar un eventual juicio, muchas compañías que utilizaban ese tipo de esquemas de distribución negociaron acuerdos

3 *Antitrust Law and Economics of Product distribution*, ABA Section of Antitrust Law, 2006, pág. 157 y HERBERT HOVENKAMP. *Antitrust*, fourth edition, Thomson West, 2005, pág. 218.

4 *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963).

(*settlements*) con el gobierno y se comprometieron a no usar convenios verticales en el futuro⁵.

White Motor Co. era una empresa fabricante de vehículos pesados que tenía acuerdos con sus concesionarios, en virtud de los cuales estos solo podían vender vehículos en los territorios que les habían asignado. A cambio de ese compromiso, White Motor les otorgaba la exclusividad en cada uno de esos territorios.

El acuerdo fue demandado por la División Antimonopolio para que se declarara *per se* ilegal. En su defensa, White Motor argumentó que el esquema de concesionarios fomentaba la competencia inter-marcaria, y que requería de estas restricciones territoriales para operar.

A pesar de que la Corte de primera instancia falló a favor de la División, la Corte Suprema, al revisar el asunto, se resistió a confirmar la aplicación de la regla *per se* en este tipo de casos, por considerar que no se contaba con evidencia suficiente. Su postura la manifestó en los siguientes términos: “*Este es el primer caso que envuelve una restricción territorial en un acuerdo vertical, y sabemos muy poco del impacto real de esas restricciones y las que ocasiona a los consumidores como para poder llegar a una conclusión basados en [...] la evidencia que se nos presenta*”⁶.

La Corte Suprema ordenó a la Corte inferior juzgar el caso bajo la regla de la razón, pero antes de que se volviera a fallar, White Motor llegó a un acuerdo con la División y abandonó los acuerdos de exclusividad⁷.

5 D. BLAIR, ROGER *et al.* *Antitrust Economics*, second edition. Oxford University Press, New York, 2009, pág. 462.

6 White Motor Co. v. United States, 372 U.S. 253 (1963), pág. 261.

7 D. BLAIR, ROGER *et al.* *Antitrust Economics*, second edition. Oxford University Press, New York, 2009, pág. 464.

- ***Schwinn (1967)*⁸: Aplicación de la regla per se a los acuerdos de restricción territorial**

En 1967, la Corte Suprema analizó nuevamente el tema de los acuerdos verticales de división territorial, en una decisión que en su momento fue muy criticada por economistas y abogados expertos en el tema⁹.

Schwinn, fabricante de bicicletas, tenía acuerdos de exclusividad territorial con sus distribuidores, a quienes vendía sus bicicletas para que estos las revendieran a los consumidores.

La Corte señaló que debía diferenciarse aquellos casos en los que el fabricante retiene la propiedad de la mercancía (por ejemplo, los casos de consignación), de los casos en que el fabricante, por el contrario, se desprende del dominio en favor de sus distribuidores. Respecto a este último evento, la Corte ha señalado que para un productor resultaría “irrazonable, sin más, (...) buscar restringir o confinar áreas o personas con las cuales un artículo puede ser comercializado después de que el productor ha pasado la propiedad a un tercero”.

Con base en estas consideraciones, la Corte determinó que las restricciones para la reventa de mercancía, una vez la propiedad había sido trasladado al distribuidor, constituían violaciones *per se* de la Ley Sherman.

- ***GTE Sylvania*¹⁰ – aplicación de la regla de la razón a los acuerdos de restricción territorial**

Tras varios años de duras críticas en contra de la decisión adoptada en Schwinn, en 1968 la Corte Suprema decidió el caso *GTE*

8 *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

9 *Antitrust Law and Economics of Product distribution*, ABA Section of Antitrust Law, 2006, pág. 155.

10 *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).

Sylvania - Continental TV, a partir del cual los acuerdos de restricción territorial –y en general los acuerdos verticales no relativos a precios– comienzan a ser analizados bajo la regla de la razón.

Con el objetivo de promover la distribución de sus productos (televisores), *Sylvania* diseñó un esquema en el que sus franquiciados no podían vender los productos fuera de sus áreas asignadas. Sin embargo, *Sylvania* podía aumentar el número de franquiciados de cada área a su propia discreción, lo cual implicaría la eventual coexistencia de varias franquicias en una misma área. En ejercicio de este derecho, *Sylvania* decidió introducir un segundo franquiciado al área de San Francisco, zona que hasta el momento era exclusiva de *Continental TV*. Como retaliación a esta decisión, *Continental* decidió vender los productos de *Sylvania* en áreas diferentes a las asignadas, por lo cual *Sylvania* terminó el contrato de franquicia celebrado entre ellos. *Continental TV* demandó a *Sylvania* por considerar que la cláusula de restricción territorial era una violación *per se* de la Ley Sherman, bajo la doctrina establecida por la Corte en el caso *Schwinn*.

Para la Corte Suprema, era indudable que las restricciones verticales reducen de alguna forma la competencia, pues limitan el número de vendedores o las condiciones de venta de un mismo producto. No obstante, la Corte encontró que la exclusividad geográfica que exigía *Sylvania* a sus franquiciados tenía como objeto incrementar la competencia entre las diferentes marcas de televisores (competencia inter-marca), aunque esto disminuyera la competencia entre los distribuidores de su propia marca (competencia intra-marca).

En este sentido, al considerar que “*la competencia inter-marca ... es la principal preocupación del derecho antimonopolio*”, la Corte determinó que son los mismos productores o fabricantes los que deben decidir el nivel de competencia intra-marca que sea óptimo para la distribución de sus productos, de tal manera que estos

resulten competitivos frente a los productos rivales. Conforme a ello, debe entenderse que las restricciones verticales territoriales pueden llegar a “*promover la competencia inter-marcaria al permitir al fabricante lograr ciertas eficiencias en la distribución de sus productos*” lo cual, en últimas, beneficia al consumidor.

Bajo las anteriores consideraciones, la Corte Suprema concluyó que los acuerdos verticales de repartición de mercados deben analizarse bajo la regla de la razón. Aunque dejó abierta la posibilidad de que existan acuerdos que en su análisis justifiquen la aplicación de la prohibición per se; hasta el momento ni la Corte Suprema ni las cortes de menor jerarquía han decidido un caso bajo este criterio¹¹.

b. Análisis de la legalidad de las restricciones territoriales

Actualmente no existen guías o directrices oficiales sobre cómo se debe aplicar la regla de la razón a los acuerdos verticales en general ni a los acuerdos verticales de repartición de mercados en particular.

A pesar de ello, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado el tema sobre restricciones territoriales. En concreto, se ha determinado que el demandante debe probar una serie de hechos para que proceda la declaratoria de ilegalidad sobre las restricciones, a saber:

- i. El promotor del acuerdo tiene un poder de mercado significativo en el mercado relevante;
- ii. La motivación de quien impone la restricción es anticompetitiva y no tiene como fin la eficiencia del sistema de distribución¹² y

11 *Antitrust Law and Economics of Product distribution*, ABA Section of Antitrust Law, 2006, pág. 156.

12 *Antitrust Law and Economics of Product distribution*, ABA Section of Antitrust Law, 2006, pág. 158.

iii. La conducta no beneficia la competencia inter-marca o los beneficios no superan el daño sufrido por la competencia intra-marca.

i) Poder de mercado

Los efectos de un acuerdo de restricción territorial solo pueden considerarse anticompetitivos una vez se haya probado el poder de mercado significativo del promotor del acuerdo en el mercado relevante. Esto resulta de gran importancia ya que, en caso de que no se tenga ese poder, la existencia de una competencia inter-marcaria significativa compensaría y disciplinaría las restricciones que pudieran imponerse a la competencia intra-marcaria.

La mayoría de las cortes concurren en señalar que si no existe evidencia de que hay algún tipo de poder de mercado, el acuerdo no puede tener un efecto anticompetitivo¹³. En efecto, *“el poder de mercado es un elemento crucial pues sin él, la reducción de la competencia intra-marcaria no puede tener un efecto paralelo en la competencia inter-marca”*¹⁴. Adicionalmente, algunas cortes exigen que el poder de mercado que se pruebe sea *“sustancial”*¹⁵.

En el caso *Assam Drug Co., Inc., Downtown, Inc.*, una Corte Federal señaló que *“si quieren sobrevivir, las empresas que carecen de poder de mercado no pueden adoptar restricciones que tengan efectos anticompetitivos. (...) En consecuencia, de*

13 *Assam Drug Co., Inc., Downtown, Inc.*, 798 F.2d 311.

14 *Assam Drug Co., Inc., Downtown, Inc.*, 798 F.2d 311.

15 Ver, por ejemplo, *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 221 (D.C.Cir.1986); *General Leaseways, Inc. v. National Truck Leasing Association*, 744 F.2d 588, 596 (7th Cir.1984); *Graphic Products Distributors, Inc. v. Itek Corp.*, 717 F.2d 1560, 1568-69 (11th Cir.1983); *Davis-Watkins Co. v. Service Merchandise*, 686 F.2d 1190, 1202 (6th Cir.1982), cert. denied sub nom. *Service Merchandise Co. v. Amana Refrigeration, Inc.*, 466 U.S. 931, 104 S.Ct. 1718, 80 L.Ed.2d 190 (1984); entre otros (citados por *Assam Drug Co., Inc., Downtown, Inc.*, 798 F.2d 311).

probarse que no tienen poder de mercado, no es necesario analizar los [posibles] efectos anticompetitivos de una restricción acusada”¹⁶.

En la mayoría de los casos, se considera que si la participación de quien impone el acuerdo representa menos del 20% del mercado relevante, no hay poder de mercado, y, por tanto, tampoco se genera efecto anticompetitivo¹⁷.

No obstante, hay situaciones en las cuales es posible que el acuerdo no tenga efectos anticompetitivos, así haya una participación elevada o un fuerte poder de mercado. Es el caso, por ejemplo, de *Cowley v. Branden Industries Inc.*, en el cual la Corte decidió que el acuerdo no era restrictivo de la competencia a pesar de que el demandado tenía una participación del 70% del mercado relevante¹⁸.

ii) Motivación anticompetitiva

Algunas cortes analizan el motivo que puede tener el promotor de los acuerdos restrictivos para implementarlos. Como indica Hovenkamp, se debe partir de la premisa básica de que un productor o fabricante solo utilizará restricciones en su sistema de distribución si le es rentable, es decir, si puede ganar más con las restricciones que sin ellas¹⁹. Las restricciones verticales son rentables únicamente en dos casos:

- Cuando incrementan el poder de mercado del productor y le permiten imponer precios monopolísticos, o

16 *Assam Drug Co., Inc., Downtown, Inc.*, 798 F.2d 311.

17 *Antitrust Law and Economics of Product distribution*, ABA Section of Antitrust Law, 2006.

18 *Cowley v. Branden Industries Inc.*, 613 F.2d 751.

19 HOVENKAMP, HERBERT. *Antitrust*, fourth edition, Thomson West, 2005, pág. 218.

- Cuando incrementan la eficiencia del sistema de distribución y disminuyen los costos del producto²⁰.

Por tanto, si no es posible probar ningún tipo de eficiencia al sistema de distribución o disminución en los costos del producto, las cortes podrán tomar esto como un indicio de que el motivo para imponer la restricción es anticompetitivo.

iii) Beneficios generados a la competencia inter-marca

Muchas cortes consideran que la ausencia de poder de mercado no es suficiente para determinar si una conducta vertical de repartición de mercados es legal. Incluso en esos casos –y por supuesto también en los que sí existe poder de mercado– se requiere comprobar que los beneficios generados a la competencia inter-marca superan el daño sufrido por la competencia intra-marca. Así “*el verdadero problema es si la pérdida de competencia intra-marca promueve o disminuye la competencia inter-marca*”²¹.

Al respecto, la mayoría de las cortes consideran que son circunstancias que tienden a probar los beneficios de la competencia inter-marca y por tanto, justifican la imposición de restricciones verticales las siguientes:

1. Fomento de mercadeo y promoción de la marca

Se considera beneficioso para la competencia inter-marca que las restricciones estén encaminadas a fomentar la realización de acti-

20 *Antitrust Law and Economics of Product distribution*, ABA Section of Antitrust Law, 2006, pág. 157 y HERBERT HOVENKAMP, *Antitrust*, fourth edition, Thomson West, 2005, pág. 218.

21 *Graphic Products Distributors, Inc., Plaintiff-appellee, v. Itek Corporation*, 717 F.2d 1560.

vidades de mercadeo y promoción de los productos y de la marca en las áreas asignadas²².

2. *Facilitar la entrada exitosa de un nuevo producto*

Las restricciones territoriales pueden hacer que la entrada de un nuevo producto sea exitosa, ya que el distribuidor exclusivo tiene incentivos para realizar campañas agresivas de mercadeo y para hacer las inversiones de capital y trabajo necesarias para la distribución de productos que son desconocidos para el consumidor²³.

3. *Solución al problema del “parasitismo” o “free riding”*

El “*free riding*” es una externalidad que se da cuando un vendedor ofrece costosos servicios de preventa o posventa, lo cual naturalmente aumenta la demanda del producto. La externalidad se presenta cuando terceros distribuidores que no han invertido en estos servicios participan de esa demanda y pueden, además, ofrecer mejores precios²⁴. Este es el caso, por ejemplo, de los concesionarios que no ofrecen servicios personalizados y aún así pueden vender a mejores precios que aquellos que sí lo hacen²⁵.

Las restricciones territoriales muchas veces pueden ser útiles para solucionar esta externalidad.

4. *Fomento de servicios posventa*

La disponibilidad y calidad de servicios de posventa y reparación, afecta el *good will* del fabricante y la competitividad de su pro-

22 Ver, por ejemplo, *Cowley v. Branden Industries Inc.*, 613 F.2d 751, *State of N.Y. By Abrams v. Anheuser-busch, inc.* 673 F.Supp. 664 (1987).

23 *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).

24 Ver, por ejemplo, *Muenster Butane, Inc., Etc., Plaintiff-appellee, v. the Stewart Company*, 651 F.2d 292

25 *Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp.*, 483 F. Supp. 750 (D. Md 1980)

ducto. Sin la posibilidad de poner restricciones verticales, puede ocurrir que estos servicios no se llegaren a prestar o se prestaren escasamente debido al problema del “parasitismo”. Así las cosas, los mismos distribuidores o minoristas se benefician de algunas de estas restricciones²⁶.

1.3 ÁREAS DE RESPONSABILIDAD PRIMARIA

La figura del “área de responsabilidad primaria”, o APR por sus siglas en inglés²⁷, ha sido utilizada por algunos productores como alternativa a los acuerdos de exclusividad territorial. Las APR son áreas en las cuales un distribuidor debe concentrar sus esfuerzos, aunque no les está prohibido vender en otros territorios. Usualmente, el productor implementa incentivos para que los distribuidores respeten sus áreas de responsabilidad.

Debido a que esta clase de sistemas de distribución tienden a ser menos restrictivos y permiten un balance adecuado entre la competencia intra-marca y la inter-marca, han sido tradicionalmente considerados legales y analizados bajo la regla de la razón, incluso antes del caso de GTE Sylvania.

No obstante, las APR pueden llegar a ser declaradas ilegales si se comprueba que son una forma de imponer una restricción territorial ilegal que resulte anticompetitiva. Este sería el caso de las APR que eliminan completamente las ventas extraterritoriales y que, además, son usadas junto con otras restricciones para penalizar a distribuidores por realizar ventas por fuera de su área²⁸, o,

26 Ver, por ejemplo, *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), *State of N.Y. By Abrams v. Anheuser-busch, inc.* 673 F.Supp. 664 (1987).

27 “Area of Primary Responsibility”.

28 EIBERGER, 622 F.2d at 1076, *Ohio-Sealy Mattress Mfg. Co. V. Sealy Inc.* 776 F.2d 646 (1985) (citados por *Antitrust Law and Economics of Product distribution*, ABA Section of Antitrust Law, 2006).

bien, que se empleen para facilitar acuerdos horizontales entre los distribuidores²⁹.

- ***Toledo Mack Sales v. Mack Trucks***³⁰

Mack Trucks es un fabricante de vehículos pesados que pactó áreas de responsabilidad primaria con sus concesionarios. Para incentivar el cumplimiento de este acuerdo, Mack Trucks decide otorgar un descuento especial a las ventas que los concesionarios hagan dentro de sus territorios, y negarlo cuando las hacen por fuera de ellos.

En primera instancia, el caso fue decidido sumariamente (*summary judgement*) a favor del demandado y la Corte se negó a enviar el caso para que fuera decidido por un jurado. Sin embargo, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito revocó la decisión por considerar que, aún bajo la regla de la razón, había suficiente evidencia de posibles efectos anticompetitivos. En consecuencia, existía mérito para la que se remitiera el caso al jurado. Para la Corte de Apelaciones, el demandado tenía un significativo poder de mercado y había evidencia de que el sistema de APR de incentivos era utilizado para cubrir un acuerdo horizontal entre los distribuidores, que tenía efectos anticompetitivos.

Por lo anterior, la Corte de Apelaciones revocó el fallo de la Corte inferior y dio instrucciones para que el caso fuera enviado para decisión de un jurado.

1.4 RESTRICCIONES RELATIVAS A PRECIOS

La fijación de precios de reventa (Resale Price Maintenance), tanto mínimos como máximos, ha sido la restricción relacionada con la fijación de precios más discutida y condenada.

29 Toledo Mack Sales & Service, Inc. v. Mack Trucks, Inc., --- F.3d --- (3d Cir. 2008) Case No. No: 07-1811.

30 Toledo Mack Sales & Service, Inc. v. Mack Trucks, Inc., --- F.3d --- (3d Cir. 2008) Case No. No: 07-1811.

En un principio, ambos casos eran considerados *per se* ilegales, pero en 1968 la Corte Suprema declaró que la fijación de precios máximos de reventa podía ser procompetitiva en algunas ocasiones, razón por la cual debían analizarse bajo la regla de la razón.

Por su parte, la fijación de precios mínimos de reventa fue considerada como *per se* ilegal durante casi un siglo. No fue sino hasta el año 2007 que la Corte Suprema modificó el precedente y estableció que estos acuerdos también debían ser analizados bajo la regla de la razón, pues en algunas circunstancias son eficientes y promueven la competencia.

a. Principales casos

- ***State Oil Co. v. Khan*³¹ (1968): aplicación de la regla de la razón para los acuerdos de precios máximos de reventa**

En este caso, la Corte Suprema declaró que la fijación de precios máximos de reventa debía estudiarse bajo de la regla de la razón y no conforme a los criterios de la regla *per se*. Para justificar esta decisión, la Corte cita el análisis realizado por el juez que revisó el caso en la Corte de Apelaciones (el juez RICHARD POSNER) para quien “*a menos que el productor sea un monopsonista, no puede exprimir los márgenes de sus distribuidores por debajo de un nivel competitivo; intentarlo solo enviaría al distribuidor a los brazos de otro proveedor. Un productor podría, sin embargo, fijar un precio máximo de reventa para prevenir que sus distribuidores exploten una posición de monopolio*”.

A pesar de lo anterior, la Corte aclara que “*no quiere decir que la fijación vertical de precios sea per se legal, sino simplemente que su ilegalidad debe ser evaluada bajo la regla de la razón, que puede identificar efectivamente esas situaciones en las cuales implica una conducta anticompetitiva*”.

31 *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 118 S.Ct 275 (1997).

- ***Leegin vs. PSKS*³² (2007): aplicación de la regla de la razón para acuerdos de precios mínimos de reventa**

Al ocuparse de este asunto, la Corte estableció que el análisis de los acuerdos de fijación de precios mínimos de reventa debía hacerse conforme a la regla de razón, puesto que en algunos casos pueden generar efectos benéficos en la competencia, en especial si aumentan la competencia entre marcas. Esta decisión dejó sin efectos el precedente establecido por *Dr. Miles Medical Co. vs. John D. Park & Sons* (1911)³³, según el cual esta conducta debía ser considerada per se ilegal. A pesar de lo anterior, la fijación de precios mínimos de reventa continúa siendo ilegal en las legislaciones de competencia de algunos estados.

1.5 ACUERDOS DE EXCLUSIVIDAD

Dentro de la categoría de acuerdos verticales, los acuerdos de exclusividad han sido objeto de particular análisis por las cortes y autoridades, debido a sus posibles efectos anticompetitivos. Para HOVENKAMP, los acuerdos de exclusividad pueden ser considerados como anticompetitivos bajo dos teorías: la teoría del cierre de acceso al mercado (*foreclosure theory*) y la teoría de las barreras de entrada.

32 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

33 Al analizar este caso, la Corte Suprema declaró el acuerdo ilegal por considerar que las restricciones verticales de precios eran análogas a los acuerdos horizontales de precios y, por tanto, debían ser considerados como ilegales per se. Este precedente fue seguido por las cortes norteamericanas por cerca de 100 años, aunque cada vez con más distinciones y excepciones. Ver *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

a. Principales casos

- *Standard Oil Co. of California v. United States (1949)*³⁴

Para resolver el caso, la Corte Suprema utilizó la teoría del cierre de acceso al mercado y, con base en ella, señaló la necesidad de analizar el porcentaje en que el mercado quedaba cerrado al acceso de otros competidores.

En concreto, encontró la Corte que otras refinerías diferentes a Standard Oil también utilizaban la misma clase de contratos de exclusividad, de tal forma que, colectivamente, cerraban el 65% del mercado a nuevos competidores. No obstante, los acuerdos de Standard Oil con sus minoristas cerraban únicamente un 7% del mercado relevante. Bajo estas circunstancias, la Corte consideró que no era posible condenar el acuerdo de Standard Oil por contribuir solo parcialmente con el cierre del acceso al mercado.

El análisis hecho por la Corte Suprema en este asunto se conoce como el *test de “sustancialidad cuantitativa”*, en el cual, para determinar la razonabilidad de un acuerdo, se toma en consideración el porcentaje de mercado que se cierra como consecuencia del mismo.

- *Tampa Electric Co v. Nashville Coal Co. (1961)*³⁵

En este caso, la Corte Suprema modificó el test de “sustancialidad cuantitativa” hacia uno de *“sustancialidad cualitativa”*. Bajo este test, la Corte concluyó que a la hora de analizar la razonabilidad de un acuerdo de exclusividad deben mirarse otros factores adicionales, diferentes al porcentaje de cierre de acceso al mercado.

34 *Standard Oil Co. v. United states*, 337 U. S. 293 (1949).

35 *Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961).

- ***Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc.***³⁶

En 1984, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito aplicó el test establecido por la Corte Suprema en *Tampa Electric v. Nashville Coal*, y determinó que el demandante, para probar la irrazonabilidad de un acuerdo de exclusividad, y por tanto, su ilegalidad, debía demostrar lo siguiente:

“Primero, debe probar que es posible que evite que por lo menos un competidor significativo del demandado participe del negocio en el mercado relevante. Si no hay exclusión de un competidor significativo, no se puede decir que el acuerdo causa un perjuicio a la competencia. Segundo, debe probar que el efecto probable (no necesariamente cierto) de la exclusión será el de subir los precios por encima (y por tanto reducir la producción por debajo) de los niveles competitivos, o de alguna otra forma causar un perjuicio a la competencia; en otras palabras, debe mostrar que los efectos anticompetitivos de la exclusión, en caso de existir, exceden cualquier beneficio que se pudiere obtener con él”.

1.6 PROGRAMAS DE INCENTIVOS

La Ley Robinson - Patman prohíbe que un productor venda un producto a diferentes precios a distribuidores que se encuentran en las mismas condiciones. Es decir, que prohíbe la discriminación de precios. Los incentivos verticales y programas promocionales han sido objeto de profundo análisis por parte del derecho de la competencia, debido a que pueden ser utilizados como mecanismos de discriminación de precios.

En Estados Unidos, la jurisprudencia ha analizado con particular detenimiento los descuentos por volumen³⁷, los descuentos por

³⁶ *Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc.*, 749 F.2d 380 (7th Cir.1984).

³⁷ Ver, por ejemplo, *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), *Barry Wright v. ITT Grinnell* 724 F.2d 227 (1983). *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37, 46 (1948) (ver también, KOBAYASHI, BRUCE H., *The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States*.

cuota de mercado³⁸, los descuentos funcionales³⁹ y los descuentos por asignación de espacio en los estantes⁴⁰ (*slotting allowances*).

A pesar de lo anterior, la ley y la jurisprudencia estiman que la discriminación de precios no es ilegal cuando existe cualquiera de las siguientes justificaciones⁴¹:

1. El descuento es necesario para igualar el precio competitivo. Cuando el vendedor “actúa en buena fe para igualar un precio igualmente bajo de un competidor”, se entiende que no se causa un efecto anticompetitivo.

2. Existe una justificación de costos. La discriminación no será ilegal cuando es posible demostrar que las diferencias en precios “corresponden a diferencias en los costos de manufactura, venta o entrega como resultado de los diferentes métodos o cantidades en que son vendidos o entregados los bienes a los compradores”.

3. Hubo un cambio de circunstancias. No hay una discriminación de precios ilegal cuando se justifican por un “cambio de circunstancias que afecten el mercado o la mercadeabilidad de los bienes”. Por ejemplo, ante el inminente o real deterioro de bienes perecederos, la obsolescencia de bienes de temporada o la imposición de una orden judicial de venta.

4. Disponibilidad práctica de los bienes para quien alega ser desfavorecido⁴². Tampoco se considera que la discriminación

Competition Policy International, vol. 1, No. 115, Autumn 2005; George Mason Law & Economics Research Paper No. 05-26. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=794944>).

38 *Concord Boat Corporation v. Brunswick Corporation*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000).

39 *Texaco, Inc. v. Hasbrouck* (87-2048), 496 U.S. 543 (1990).

40 *FTC v. McCormick* (FTC Dkt. No. C-3939 (2000)).

41 *Antitrust Law and Economics of Product distribution*, ABA Section of Antitrust Law, 2006, pág. 157 y HERBERT HOVENKAMP, *Antitrust*, fourth edition, Thomson West, 2005, págs. 324-328.

42 Ver, entre otros, *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37, 46 (1948).

haya sido ilegal cuando quien alega haber sido desfavorecido por ella estuvo en la posibilidad de beneficiarse y no lo hizo.

2. EUROPA ACUERDOS Y RESTRICCIONES VERTICALES

2.1 GENERALIDADES

La aproximación de la Unión Europea a las restricciones verticales ha sido históricamente mucho más hostil y menos flexible que la norteamericana⁴³. Esto se debe, entre otras razones, a que uno de los fines mismos de la Unión es la integración de los mercados comunes.

Aunque en la doctrina y jurisprudencia europea no se utilizan formalmente los sistemas de análisis norteamericanos de la regla *per se* y la regla de la razón, algunos autores hacen una analogía de los mismos y consideran que en Europa se utiliza una “regla de la razón estructurada”, que incluye ciertos elementos de la regla *per se*, como por ejemplo la prohibición *a priori* de ciertos acuerdos, y elementos de la regla de la razón, pues siempre es necesario analizar las conductas caso por caso⁴⁴.

Además de la doctrina y jurisprudencia sobre la materia, la política de la Unión Europea, en relación con las restricciones verticales, se encuentra sintetizada en la Comunicación de la Comisión Europea titulada “Directrices relativas a las restricciones verticales” publicada el 5 de octubre de 2010 (“las Directrices”) y en el Reglamento No. 330/2010 del 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del Tratado “a determinadas categorías de acuerdos

43 Al interior de la Unión Europea, sin embargo, se considera que el Tribunal de Justicia es más flexible que la Comisión Europea. (SERGIO BACHES OPI, *The Approaches of the European Commission and the U.S. Antitrust Agencies Towards Exclusivity Clauses in Licensing Agreements*, 1998. Disponible en http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/lwsch/journals/bcicl/24_1/03_TXT.htm)

44 HILDEBRAND, DORIS. *Economic Analyses of Vertical Agreements*, Kluwer Law, International, 37.

verticales y prácticas concertadas” (“Reglamento de exención por categorías”).

El artículo 101 (antiguo 81) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“el Tratado”) prohíbe los acuerdos que puedan afectar al comercio entre los países de la Unión que logren restringir la competencia. Esta prohibición incluye cualquier clase de acuerdos verticales que restrinjan la competencia. Se considera que los acuerdos verticales que contengan restricciones son en principio contrarios a la competencia y, por tanto, ilegales, salvo que:

- a. No afecten significativamente la competencia y, en consecuencia, se entiendan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101.1.
- b. A pesar de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 y de restringir de alguna forma la competencia, se demuestre que están justificados bajo los criterios establecidos en el artículo 101.3.
- c. Estén incluidos en algún Reglamento de Excepciones por Categoría emitido por la Comisión Europea.

a. Acuerdos legítimos por estar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1

Para las autoridades europeas, la imposición de condiciones verticales son restrictivas de la competencia únicamente cuando alguna de las partes tiene suficiente poder de mercado. Según las Directrices,

“En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia inter-marca es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador, o de ambos. Por lo general, las restricciones verticales son menos perniciosas que las horizontales y pueden proporcionar un margen sustancial para que se produzcan eficiencias”.

Teniendo en cuenta lo anterior, los acuerdos verticales celebrados entre empresas cuya cuota de mercado sea inferior al 15% del mercado, se consideran excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101 y, por tanto, legítimos.

b. Acuerdos legítimos por estar justificados conforme al artículo 101.3

A pesar del rechazo que tradicionalmente ha mostrado la Unión Europea hacia los acuerdos verticales, las Directrices reconocen que *“las restricciones verticales pueden tener consecuencias positivas cuando, en particular, fomentan la competencia en aspectos distintos de los precios y mejoran la calidad de los servicios”*.

Por ello, el artículo 101.3 del Tratado reconoce que algunos acuerdos verticales pueden estar justificados y ser legales a pesar de restringir la competencia; siempre y cuando sea posible demostrar que contribuyen a:

“mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; ni
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

Por consiguiente, los acuerdos verticales que cumplan estos requisitos se considerarán legítimos bajo la legislación europea de competencia.

c. Acuerdos legítimos por estar exceptuados por un Reglamento de Exenciones por Categorías

De conformidad con las facultades que le otorga el Tratado⁴⁵, la Comisión ha expedido dos Reglamentos de Exenciones por Categoría, en los cuales exime de la prohibición del artículo 101.1 a ciertas categorías de acuerdos verticales que califica, *a priori*, como no restrictivos de la competencia. Uno de los reglamentos se refiere de manera específica al sector de vehículos automotores⁴⁶, y el otro, el Reglamento de Exenciones por Categorías, que es aplicable a todos los sectores. El Reglamento de Exenciones por Categorías excluye de la aplicación del artículo 101 a ciertos acuerdos, previo cumplimiento de las condiciones en él descritas. La versión actual de este Reglamento, además de remplazar la expedida en el año 1999, actualiza la normativa teniendo en cuenta los recientes cambios culturales y, en particular, la aparición de Internet.

Adicionalmente, el Reglamento reconoce que las restricciones verticales pueden tener efectos procompetitivos, pues pueden ayudar a un productor a entrar a un nuevo mercado, y solucionar los problemas del *free riding*. También pueden permitirle a un proveedor depreciar la inversión destinada a un cliente en particular.

i. Categorías beneficiadas con la exención

La exención aplica a “*los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en*

45 Artículo 105 del TFUE.

46 Reglamento 461/2010 “sobre la aplicación del artículo 101(3) a las categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos automotores”.

las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios” que cumplan con las exigencias y condiciones establecidas en el Reglamento, las cuales serán explicadas más adelante.

Así mismo, se consideran beneficiarios de la exención:

- a. “Los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores”⁴⁷,
- b. “Los acuerdos verticales que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador, o la utilización por el comprador, de derechos de propiedad intelectual, siempre que dichas cláusulas no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos y que estén directamente relacionadas con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes”.

ii. Exigencias para la aplicación de la exención

Las condiciones requeridas por el Reglamento para que opere la exención son:

1. Que el acuerdo vertical no sea suscrito entre empresas competidoras⁴⁸;
2. Que las partes involucradas cuenten con menos de 30% del mercado relevante de cada una⁴⁹ y;

47 La exención aplicará en estos casos “únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año”.

48 Artículo 2, apartado 4.

49 Sobre el mercado en el que se debe calcular la cuota del distribuidor, las Directrices señalan: “La cuota de mercado del comprador o distribuidor debe calcularse no en el mercado en el que «revende» los productos o servicios, sino en un mercado aguas arriba, de «aprovisionamiento» o compra de los insumos o servicios”.

3. Que los acuerdos no contengan restricciones consideradas como “especialmente graves”.

2.2 ACUERDOS VERTICALES DE RESTRICCIÓN TERRITORIAL

Como se expuso anteriormente, la Comisión y las cortes europeas han sido tradicionalmente más estrictas y rigurosas en el análisis de las restricciones territoriales, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos⁵⁰. Prueba de ello, es la prohibición que existe no solo respecto de los acuerdos verticales que restringen la competencia intra-marca sino también sobre aquellos que limitan la competencia inter-marca.

El tradicional rechazo de la Unión Europea hacia los acuerdos de restricción territorial está justificado por tres de los objetivos del derecho de la competencia europeo: i) la promoción de la competencia intra-marca, ii) el logro de la integración del mercado dentro de la Unión y iii) la protección del “comerciante paralelo”⁵¹.

En efecto, la política de competencia de la Unión Europea desapueba por lo general cualquier restricción de la competencia intra-marca, incluso cuando promueve la competencia inter-marca. Para la doctrina y jurisprudencia europea, esto es considerado como un medio indirecto de promover la armonización de las condiciones de mercado en la Unión⁵².

De igual forma, la política de competencia de la Unión busca fomentar el “comercio paralelo”. Dicho comercio ocurre fuera del sistema de distribución del productor o fabricante. Ejemplo de ello

50 Competition Law of the European Community, fifth edition, Van Bael & Bellis, Wolters Kluwer, 2010, pág. 210.

51 Competition Law of the European Community, fifth edition, Van Bael & Bellis, Wolters Kluwer, 2010, pág. 210.

52 Competition Law of the European Community, fifth edition, Van Bael & Bellis, Wolters Kluwer, 2010, pág. 211.

es el que se presenta en el arbitraje comercial. Esta política es considerada de vital importancia para la integración de la Unión, pues promueve el arbitraje entre los precios de los diferentes países.

A pesar de lo anterior, no puede afirmarse que estos acuerdos sean “per se” ilegales, ya que, de acuerdo con la doctrina de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal, existen varias circunstancias que pueden legítimarlos.

Adicionalmente, se considera que los acuerdos de repartición territorial pueden ser consecuencia de acuerdos **directos** en los que se estipule la exclusividad territorial, como también de acuerdos **indirectos** que estén destinados a desincentivar que el distribuidor venda en territorios diferentes a los asignados, como por ejemplo⁵³:

1. La negación o reducción de primas o descuentos;
2. La negativa a suministrar;
3. La reducción o limitación de los volúmenes suministrados;
4. La amenaza de rescisión del contrato;
5. La exigencia de un precio más elevado para que se exporten los productos;
6. La limitación de la proporción de ventas que pueden venderse extraterritorialmente;
7. Obligaciones de transferencia de beneficios.

53 Directrices relativas a las restricciones verticales” publicadas el 5 de octubre de 2010.

a. Principales caso

- Grundig - Consten⁵⁴

En el caso de Grundig-Consten, una empresa en Francia buscaba importar al país los productos producidos por Grundig en Alemania, pero no pudo hacerlo debido a que Grundig tenía un acuerdo de exclusividad territorial con Consten para la distribución de sus productos en ese país.

La empresa denunció el acuerdo ante la Comisión Europea, quien, en su decisión, determinó que la posibilidad de prevenir las importaciones paralelas con acuerdos de restricción territorial era incompatible con el artículo 101 del Tratado y, por tanto, el acuerdo de exclusividad era ilegal. El análisis de la Comisión se basó únicamente en los efectos intra-marca y no consideró las consecuencias que la restricción tenía en la competencia inter-marca. Para la Comisión, *“Aunque la competencia entre productores es por lo general más evidente que aquella entre distribuidores de los mismos productos, esto no quiere decir que el acuerdo que tiende a restringir la competencia debería escapar a la prohibición del artículo 81.1 simplemente porque podría incrementar la primera”*.

El Tribunal de Justicia confirmó la decisión de la Comisión y, además, estableció por primera vez que la prohibición del artículo 101.1 aplica no solamente a los acuerdos horizontales, sino también a los verticales.

- Yves Saint Laurent Parfums⁵⁵

En este asunto la Comisión analizó la legalidad de una cláusula contractual propuesta por Yves Saint Laurent Parfums que tenía

54 *Grundig - Consten*, JO 1964 161/2545, pág. 342.

55 *Yves Saint - Laurent Parfums* 16.12.1991, Official Journal: L 12 - 18/01/1992, pág. 24.

como fin prohibir a sus distribuidores hacer ventas activas de productos que no hubieran sido lanzados en sus territorios. Específicamente, el distribuidor se obligaba a no realizar ventas activas del producto por un plazo de un año a partir de la fecha del primer lanzamiento del producto en otro país.

La Comisión determinó que, si bien la conducta cabía en la prohibición del artículo 101.1, podía estar justificada en cuanto se impuso solo por un tiempo razonable, de tal forma que no se interfiriera con la campaña publicitaria del productor.

En palabras de este organismo,

“el lanzamiento de un nuevo producto cosmético de lujo es una operación industrial y comercial compleja que da lugar a inversiones importantes y a una promoción publicitaria sutil. El éxito de esta operación supone una cooperación estrecha entre el fabricante y sus distribuidores autorizados, que necesitan una formación específica para ofrecer al cliente final el asesoramiento profesional oportuno.

Consideradas en su conjunto, estas ventajas prevalecen claramente sobre el inconveniente de que sólo se conceda la autorización a los comerciantes cualificados dispuestos a asumir las obligaciones adicionales mencionadas. Estas restricciones garantizan que los productos Yves Saint Laurent sólo se distribuyen en condiciones que preservan su imagen de alta calidad y el prestigio de los productos cosméticos de lujo”⁵⁶.

- Nungesser⁵⁷

Un instituto de investigación agronómica financiado por el gobierno francés denominado INRA, desarrolló una especie híbrida de semilla de maíz que podía ser cultivada en los climas fríos del norte de Europa. INRA otorgó licencia a Nungesser en Alemania para cultivar y vender el maíz que había sido desarrollado por él. Para el efecto, el instituto francés se comprometió a que no

⁵⁶ *Yves Saint - Laurent Parfums* 16.12.1991, Official Journal: L 12 - 18/01/1992, pág. 24.

⁵⁷ *Nungesser v. Commission*, 1982 E.C.R. 2073.

otorgaría otras licencias en el territorio alemán y autorizó a Nungesser para prevenir la importación y exportación de las semillas hacia y desde el territorio alemán. Soportado por sus derechos de licencia, Nungesser logró restringir las importaciones paralelas de algunas empresas francesas que buscaban importar las semillas a Alemania.

Al analizar el acuerdo, la Comisión siguió una interpretación estricta de la prohibición del artículo 81 y decidió que el acuerdo infringía el Tratado y era restrictivo de la competencia.

Por su parte, el Tribunal, al revisar el caso, decidió que la Comisión había errado en su análisis, puesto que en algunos casos las licencias exclusivas territoriales son necesarias para la adecuada difusión de nuevas tecnologías. En este sentido, los acuerdos de esta clase no son contrarios al artículo 81.1 del Tratado, porque con ellos puede crearse un beneficio para toda la Unión.

Para el Tribunal,

“en el caso de una licencia de un derecho de obtención vegetal para semillas de maíz híbrido nuevamente desarrolladas en un Estado miembro, una empresa establecida en otro Estado miembro que no tenga la certeza de que no va a sufrir la competencia por parte de otros concesionarios de licencias para el espacio territorial que le haya sido concedido o por parte del mismo titular del derecho, podría verse inclinado a no aceptar el riesgo del cultivo y de la comercialización de este producto, resultado que sería perjudicial para la difusión de una nueva tecnología y que por ello iría contra la competencia entre el nuevo producto y los productos semejantes en el territorio de la Comunidad”.

No obstante, la Corte hizo énfasis en que *“una protección territorial absoluta va manifestamente más allá de lo que es indispensable para mejorar la producción o la distribución o fomentar el progreso técnico”*.

- Coditel⁵⁸

Al resolver la controversia, el Tribunal decidió que una exclusividad territorial puede ser, en ciertos casos, indispensable para poder explotar un producto y obtener el retorno necesario por su creación, tal y como ocurre con los derechos de autor sobre una obra cinematográfica. Así, las restricciones que son ancilares a acuerdos de licencia de propiedad intelectual pueden no ser violatorias del artículo 101, incluso cuando generan una protección territorial absoluta.

El Tribunal, sin embargo, fue enfático en afirmar que las licencias exclusivas sí pueden estar prohibidas por el artículo 101.1, como cuando:

1. El ejercicio del derecho exclusivo crea barreras que son injustificables.
2. Existe la posibilidad de cobrar tarifas que excedan un retorno de la inversión justo.
3. El periodo de exclusividad sea irrazonable.

b. Restricciones territoriales en el Reglamento de Exenciones por Categoría

En principio, las restricciones territoriales verticales no están beneficiadas por el Reglamento de Exenciones por Categoría pues se consideran como conductas “especialmente graves”. Sin embargo, existen algunas restricciones específicas que no se consideran dentro de esta categoría, según se explica a continuación.

58 *Coditel SA et al. v. Cine Vog Films SA and Others*, 1982 E.C.R. 3381.

i. Restricciones territoriales no consideradas como “especialmente graves”

El Reglamento establece que no son conductas “especialmente graves” y, por tanto, sí pueden beneficiarse de la exención por categorías, las siguientes:

1. Restringir o limitar el lugar geográfico en el que el distribuidor debe ubicar sus centros de distribución y almacenes.
2. Restringir o limitar las ventas activas del distribuidor en un territorio que se ha asignado exclusivamente a otro distribuidor o que el productor se ha reservado para sí. Lo anterior, siempre y cuando no se restrinjan las ventas pasivas a dichos territorios.
3. Restringir las ventas activas o pasivas a usuarios finales de distribuidores mayoristas.
4. Restringir las ventas activas o pasivas de los miembros de un sistema de distribución selectiva⁵⁹ a otros distribuidores no autorizados en cualquier territorio en el que el proveedor no pudiere operar⁶⁰.
5. Restringir la facultad del distribuidor de vender de forma pasiva o activa componentes suministrados con el fin de su incorporación a un producto, a clientes que tengan intención de utilizarlos como insumo para fabricar el mismo tipo de productos que el productor.

59 El Reglamento define un sistema de distribución selectiva “un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, solo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema”;

60 “Directrices relativas a las restricciones verticales” publicadas el 5 de octubre de 2010.

ii. Ventas activas y pasivas consideradas como
“especialmente graves”

Salvo en las circunstancias descritas en los numerales 3, 4 y 5 anteriores, la Comisión estima que restringir las ventas pasivas de los distribuidores es una conducta especialmente grave.

Según las directrices, se consideran **ventas pasivas**

1. La respuesta a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes.
2. Las actividades de carácter general de publicidad o promoción que alcancen a clientes de otros territorios pero que *“constituyen un medio razonable para llegar a los clientes situados fuera de esos territorios (...), por ejemplo para llegar a los clientes en territorios no asignados o en el territorio propio”*.
3. Ventas a través de la página Web del distribuidor.

Para la Comisión, son conductas “especialmente graves” y anticompetitivas las siguientes formas de restricción de las ventas pasivas por Internet:

1. Acordar que el distribuidor impedirá a los clientes situados en otro territorio visitar su página Web o pondrá en su página Web una redirección automática de los clientes a las páginas Web del fabricante o de otros distribuidores exclusivos.
2. Acordar que el distribuidor rescindiré las transacciones de los consumidores por Internet en cuanto los datos de la tarjeta de crédito revelen una dirección que no esté en el territorio del distribuidor;
3. Acordar que el distribuidor limitará su proporción de ventas realizadas por Internet. Sin embargo, sí es posible exigir que

el distribuidor venda una determinada cantidad (en valor o en volumen) del producto fuera de línea para garantizar el funcionamiento eficiente de su establecimiento físico⁶¹;

4. Acordar que el distribuidor pagará un precio más alto por los productos destinados a ser revendidos en línea que por los destinados a revenderse fuera de línea.

Sin embargo, la restricción de ventas activas, sí es permitida en algunos casos. Conforme a las Directrices, se consideran **ventas activas**:

1. La aproximación activa a clientes individuales, como por ejemplo, correo directo, correos electrónicos no solicitados o visitas.
2. La aproximación activa a un grupo de clientes en un territorio específico, como por ejemplo, la publicidad en medios de comunicación, Internet u otras actividades destinadas específicamente a clientes en ese territorio.
3. Publicidad en línea dirigida específicamente a clientes de determinado territorio.
4. En general, los esfuerzos por ser encontrados específicamente en un territorio concreto como, por ejemplo, pagar a un motor de búsqueda o a un proveedor de publicidad en línea para que publique anuncios destinados específicamente a usuarios en un territorio concreto.

61 Según las Directrices, “Esta cantidad absoluta de ventas exigidas fuera de línea puede ser la misma para todos los compradores, o bien determinarse individualmente para cada comprador sobre la base de criterios objetivos, como el tamaño del comprador en la red o su localización geográfica”.

c. Análisis de la legalidad de los acuerdos de restricción territorial

Cuando un acuerdo de restricción territorial o, en general cualquier restricción vertical, no se encuentra fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 ni está exento de su aplicación por un reglamento, la autoridad debe hacer una evaluación del caso individual, en la cual se analicen los siguientes criterios.

i. Existencia de la restricción

En primer lugar, la Comisión analiza la estructura del mercado para verificar si se causa una restricción a la competencia dentro del mismo. Para tales efectos, examina, entre otros factores, (i) la naturaleza del acuerdo, (ii) la posición de mercado de las partes, (iii) la posición de mercado de los competidores, (iv) la posición de mercado de los compradores y de los productos objeto del contrato, (v) las barreras de entrada; (vi) la madurez del mercado, (vii) el nivel de comercio y (viii) la naturaleza del producto.

ii. Justificación de la conducta

En caso de verificar restricciones a la competencia en el mercado objeto de estudio (a nivel intra-marca o inter-marca), la Comisión estudiará si el demandado ha probado que la conducta está justificada bajo los parámetros establecidos en el artículo 101.3 del Tratado.

El acuerdo estará justificado si:

1. Produce beneficios económicos objetivos;
2. Las restricciones de la competencia son indispensables para conseguir las eficiencias;

3. Se reserva a los consumidores una participación equitativa en las eficiencias obtenidas y;
4. El acuerdo no elimina la competencia respecto de una parte sustancial de los productos relevantes.

En concreto, se considera que los beneficios específicos que siguen pueden justificar un acuerdo de esta naturaleza:

1. Resolver un problema de “parasitismo” o “free riding”

Como se ha mencionado, un distribuidor puede aprovecharse de las actividades de promoción realizadas por otro, lo cual genera la externalidad denominada “*free riding*”. Es posible que los acuerdos de distribución exclusiva o restricciones similares contribuyan a evitar este problema.

2. Abrir nuevos mercados

Con el propósito de introducir una marca de manera exitosa, pueden requerirse inversiones iniciales, de tal manera que la llegada de nuevos productos a un mercado geográfico distinto arroje los resultados esperados. En efecto, “Para convencer a un distribuidor local de que realice estas inversiones, cabe la posibilidad de que sea necesario ofrecer protección territorial al distribuidor, de forma que pueda recuperar estas inversiones fijando un precio más elevado temporalmente. En ese caso, durante un período limitado de tiempo se debería restringir a los distribuidores establecidos en otros mercados que vendiesen en el nuevo mercado”⁶².

62 “Directrices relativas a las restricciones verticales” publicadas el 5 de octubre de 2010, pág. 107.

3. *Economías de escala en la distribución*

Para lograr economías de escala y, por tanto, obtener una reducción de costos y un precio más competitivo para el producto, es posible que el productor desee concentrar la reventa de su producto en un número reducido de distribuidores⁶³.

4. *Facilitar la consecución de capital*

Los proveedores de capital (bancos, mercados de capitales) ofrecen préstamos de capital más competitivos si existen activos o circunstancias que puedan garantizar el préstamo⁶⁴. Así, una relación privilegiada y el beneficio de una exclusividad territorial pueden dar mayor seguridad sobre la inversión a quienes otorgan este tipo de préstamos a proveedores.

5. *Uniformar y normalizar el producto*

La restricción vertical puede contribuir al incremento de las ventas mediante la creación de una imagen de marca. Lo anterior se debe a que es posible imponer a los distribuidores un cierto grado de uniformidad y normalización de la calidad pues da al consumidor final si estos pueden. Este fenómeno puede verse, por ejemplo, en la distribución selectiva y la franquicia.

iii. Factores que aumentan o disminuyen el efecto anticompetitivo de las restricciones territoriales

Existen varios factores que pueden aumentar o disminuir la posibilidad de que un acuerdo de restricción territorial tenga un efecto anticompetitivo.

63 “Directrices relativas a las restricciones verticales” publicadas el 5 de octubre de 2010.

64 “Directrices relativas a las restricciones verticales” publicadas el 5 de octubre de 2010.

Según las directrices, es más probable que la Comisión encuentre que hay efectos anticompetitivos cuando:

1. La restricción se da en el nivel mayorista⁶⁵.
2. Al menos una de las partes tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado.
3. El acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado o permite a las partes valerse del mismo.

Así mismo, existen algunos factores que permiten suponer que el acuerdo genera una eficiencia, por ejemplo cuando:

1. Tiene una duración limitada.
2. Contribuye a la introducción de nuevos productos complejos.
3. Protegen las inversiones destinadas a fortalecer determinadas relaciones negociales o facilitan la transferencia de conocimientos.

2.3 RESTRICCIONES RELATIVAS A PRECIOS

En Europa, cualquier restricción vertical de precios es considerada como “especialmente grave”, y difícilmente se permiten justificaciones o excepciones. El Reglamento de Exención por Categorías evidencia esta postura al calificar el mantenimiento de precios de reventa como una restricción “especialmente grave”.

No obstante, el Reglamento suaviza la postura tradicional y reconoce que pueden existir circunstancias en las cuales se generan eficiencias suficientes para justificar el acuerdo bajo el artículo 101.3 del Tratado. Por ejemplo, las Directrices admiten la aplicación de

65 En efecto, “Si un mayorista se convierte en distribuidor exclusivo de un número significativo de proveedores, esto puede no solamente reducir la competencia entre estas marcas, sino también llevar a la exclusión en el comercio al por mayor”. (Directrices relativas a las restricciones verticales” publicadas el 5 de octubre de 2010).

precios promocionales durante un periodo de tiempo limitado para la introducción de un nuevo producto o servicio. También se autorizan en el marco de acuerdos de franquicia o sistemas de distribución similar. Igualmente, es posible considerar admisible la fijación del precio de reventa para evitar el “parasitismo” en la introducción de un nuevo producto o servicio complejo en el mercado.

2.4 PROGRAMAS DE INCENTIVOS

En la Unión Europea la discriminación de precios se encuentra prohibida bajo la modalidad de abuso de posición de dominio. Debido a que los programas de incentivos pueden constituir un mecanismo de discriminación de precios, son con frecuencia analizados y condenados por la Comisión y el Tribunal.

En 2008 la Comisión publicó un documento de orientación sobre las conductas excluyentes abusivas, titulado “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”. En esta comunicación la Comisión pretende dar mayor claridad y previsibilidad acerca de la aplicación de esta prohibición.

El documento determina los parámetros utilizados por la Comisión para establecer cuándo existe una conducta de exclusión en programas de incentivos, como los descuentos condicionales y los descuentos multiproducto.

Los parámetros establecidos en esta guía resultan de gran utilidad para distinguir entre la competencia legítima de precios y las conductas que causan el cierre de acceso al mercado a competidores y daño a los consumidores⁶⁶.

66 GIULIO, FEDERICO. *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach*, *Journal of European Competition Law & Practice*. (2011) 2 (3): 277-284.

Estos parámetros en materia de prácticas exclusionarias han sido aplicados recientemente en los casos de Intel⁶⁷ y Tomra⁶⁸.

En el caso Intel, la Comisión encontró que el fabricante de chips había ofrecido descuentos especiales a los fabricantes de computadores con la condición de que usaran sus chips con exclusividad. Al realizar el análisis de los hechos, la Comisión concluyó que esta conducta tenía efectos exclusionarios y por ello impuso una multa de US\$1.45 mil millones de dólares.

CONCLUSIONES GENERALES

De lo expuesto es posible llegar a las siguientes conclusiones:

1. A pesar de que existen diferencias en el tratamiento que se le da a los acuerdos verticales de restricción territorial en Estados Unidos y la Unión Europea, en ambas jurisdicciones se considera que este tipo de convenios pueden tener efectos procompetitivos y, por tanto, no se consideran ilegales *per se*.
2. Los acuerdos de repartición territorial pueden darse como consecuencia de acuerdos directos en los que se estipule la exclusividad territorial, o de acuerdos indirectos que estén destinados a desincentivar que el distribuidor venda en territorios diferentes a los asignados, como por ejemplo:

Acuerdos de responsabilidad primaria.

- La negación o reducción de primas o descuentos.
- La negativa a suministrar.
- La reducción o limitación de los volúmenes suministrados.

67 Diario Oficial N° C 227 de 22/09/2009, págs. 0013-0017.

68 Tomra Systems and Others v Commission, OJ C 190, 12.8.2006.

- La amenaza de rescisión del contrato.
 - La exigencia de un precio más elevado para que se exporten los productos.
 - La limitación de la proporción de ventas que pueden venderse extraterritorialmente.
 - Obligaciones de transferencia de beneficios.
3. Un acuerdo de repartición territorial puede estar justificado económicamente y no restringe sustancialmente la competencia cuando:
- Promueve la competencia inter-marcaria.
 - Permite al fabricante lograr eficiencias en la distribución de sus productos.
 - Disminuye los costos finales del producto.
 - Soluciona el problema del “parasitismo” o “free riding”.
 - Fomenta el mercadeo y promoción de la marca.
 - Fomenta los servicios de preventa y posventa.
 - Facilita el lanzamiento exitoso de un nuevo producto.
 - Es necesario para la adecuada difusión de nuevas tecnologías.
 - Es indispensable para poder explotar un producto y obtener el retorno necesario por su creación.
 - Genera economías de escala en la distribución.
 - Facilita la consecución de capital a los distribuidores.
 - Sirve para uniformar y normalizar el producto.

4. Son factores que reducen el posible efecto anticompetitivo de un acuerdo de repartición de territorios:
 - Que no se haya trasladado la propiedad al distribuidor.
 - Que las restricciones sean impuestas solo por un tiempo razonable.
 - Que el acuerdo contribuya a la introducción de nuevos productos complejos.
 - Que proteja las inversiones destinadas a fortalecer determinadas relaciones negociales.
 - Que sea utilizado para facilitar la transferencia de conocimientos (como en el contrato de franquicia).
 - Que la restricción se dé a nivel minorista.

5. Se considera que un acuerdo de repartición de territorios puede ser anticompetitivo cuando se den algunos de los siguientes factores:
 - El promotor del acuerdo tenga un poder de mercado significativo en el mercado relevante (usualmente, más de 20 ó 30 por ciento).
 - La motivación de quien impone la restricción sea anticompetitiva y no tenga como fin la eficiencia del sistema de distribución.
 - La conducta no beneficia la competencia inter-marca o los beneficios no superan el daño sufrido por la competencia intra-marca.
 - Se incrementa el poder de mercado del productor y se le permite imponer precios monopolísticos.
 - Sean usados para facilitar acuerdos horizontales entre los distribuidores.
 - La restricción se dé en el nivel mayorista.

BIBLIOGRAFÍA

- MELAMED, DOUGLAS, Principal Deputy Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. Department of Justice, Conferencia “Exclusionary Vertical Agreements”, American Bar Association Antitrust Section, Washington, D.C., Abril 2, 1998
- HOVENKAMP, HERBERT, Antitrust, Fourth Edition, Thomson West, 2005.
- ROGER D. BLAIR, et al. Antitrust Economics, Second Edition. Oxford University Press, New York, 2009.
- KOBAYASHI, BRUCE H., The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States. Competition Policy International, Vol. 1, No. 115, Autumn 2005; George Mason Law & Economics Research Paper No. 05-26.
- BACHES OPI, SERGIO, The Approaches of the European Commission and the U.S. Antitrust Agencies Towards Exclusivity Clauses in Licensing Agreements, 24 Boston College International and Comparative Law Review, 85, 2000.
- HILDEBRAND, DORIS, Economic Analysis of Vertical Agreements, Kluwer Law, International, Septiembre, 2005.
- VAN BAELE & BELLIS, Competition Law of the European Community, Fifth Edition, Wolters Kluwer, 2010
- FEDERICO, GIULIO, The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach, Journal of European Competition Law & Practice (2011).

Otros documentos citados

- Reglamento 461/2010 de la Comisión Europea “sobre la aplicación del Artículo 101(3) a las categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos automotores”.
- Directrices relativas a las restricciones verticales 2010/C 130/01, Comisión Europea, publicadas el 5 de octubre de 2010.
- Antitrust Law and Economics of Product distribution, ABA Section of Antitrust Law, 2006.

Casos

- Assam Drug Co., Inc., Downtown, Inc., 798 F.2d 311
- Barry Wright v. ITT Grinnell 724 F.2d 227 (1983)
- Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S.209 (1993)
- Coditel SA et al. v. Cine Vog Films SA and Others, 1982 E.C.R. 3381
- Concord Boat Corporation v. Brunswick Corporation., 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000).
- Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977)
- Cowley v. Branden Industries Inc., 613 F.2d 751
- Davis-Watkins Co. v. Service Merchandise, 686 F.2d 1190, 1202 (6th Cir.1982), cert. denied sub nom.
- Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp., 483 F. Supp. 750 (D. Md 1980)
- Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911)
- Eiberger, 622 F.2d
- FTC v. McCormick (FTC Dkt. No. C-3939 (2000).
- FTC v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37, 46 (1948)
- General Leaseways, Inc. v. National Truck Leasing Association, 744 F.2d 588, 596 (7th Cir.1984);
- Graphic Products Distributors, Inc. v. Itek Corp., 717 F.2d 1560, 1568-69 (11th Cir.1983)
- Grundig – Consten, JO 1964 161/2545, (francés)
- Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007)
- Muenster Butane, Inc., Etc., Plaintiff-appellee, v. the Stewart Company, 651 F.2d 292
- Nungesser v. Commission, 1982 E.C.R. 2073.
- Ohio-Sealy Mattress Mfg. Co. V. Sealy Inc. 776 F.2d 646 (1985)
- Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc., 749 F.2d 380 (7th Cir.1984),
- Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc., 792 F.2d 210, 221 (D.C.Cir.1986)
- Service Merchandise Co. v. Amana Refrigeration, Inc., 466 U.S. 931, 104 S.Ct. 1718, 80 L.Ed.2d 190 (1984)

- Standard Oil Co. v. United states, 337 U. S. 293 (1949)
State of N.Y. By Abrams v. Anheuser-busch, inc. 673 F.Supp. 664
(1987)
State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3, 118 S.Ct 275 (1997)
Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961)
Texaco, Inc. v. Hasbrouck (87-2048), 496 U.S. 543 (1990)
Toledo Mack Sales & Service, Inc. v. Mack Trucks, Inc., - F.3d - (3d
Cir. 2008) Case No. No: 07-1811
Tomra Systems and Others v Commission, OJ C 190, 12.8.2006
United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)
White Motor Co. v. United States, 372 U.S. 253 (1963)
Yves Saint-Laurent Parfums 16.12.1991, Official Journal : L 12 -
18/01/1992

