

SEGUNDO CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO EMPRESARIAL

**FORMAS DE CONTROL, COLABORACION, COMPETENCIA
EMPRESARIAL Y PROPIEDAD INDUSTRIAL**

PONENCIA TITULADA:

**“LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS DE
REPARTICION DE MERCADOS”**

**MODULO II: “PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA
COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL”.**

**Autor: Alfonso Miranda Londoño
Dirección: Diagonal 68 No. 11A-38
Teléfono: 2494743
Fax: 3130573**

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre de 1997

LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS DE REPARTICION DE MERCADOS

Por: Alfonso Miranda Londoño¹

1. INTRODUCCION.

Los Acuerdos de Repartición de Mercados pertenecen a esa categoría de conductas anticompetitivas, que reciben un tratamiento más estricto cuando son realizadas entre competidores. En efecto, es común en las legislaciones sobre libre competencia, darle un tratamiento de ilegalidad *per se* a los acuerdos horizontales de repartición de mercados, mientras que los acuerdos verticales -realizados entre empresas que se encuentran en diferentes niveles del proceso productivo, como por ejemplo entre un productor y un distribuidor- son usualmente analizados bajo la llamada regla de la razón.²

Los Acuerdos de Repartición de Mercados se encuentran prohibidos en Colombia dentro de lo que he llamado el Régimen General de la Libre Competencia³, por el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, y los artículos 46 y 47 numeral 3° del Decreto 2.153 de 1992⁴. Las mencionadas normas jurídicas dicen lo siguiente:

¹ Abogado y Socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho Económico Comparado de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia en las Universidad Javeriana. Director del Centro de Estudios del Derecho de la Competencia - CEDEC.

² Para una explicación del funcionamiento de los sistemas de análisis *per se* y de la regla de la razón en el derecho norteamericano, puede consultarse mi artículo "Anotaciones sobre el derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica". Revista de Derecho Privado No. 11, 1992. Universidad de los Andes pags 139 y s.s.

³ El Régimen General de la Libre Competencia se encuentra en la Ley 155 de 1959, modificada por el Decreto Ley 3.307 de 1963, el Decreto Reglamentario 1.302 de 1964 y el Decreto Especial 2.153 de 1992. Este núcleo normativo, a cuyas características generales me referiré en otro documento, contiene las normas generales aplicables a cualquier actividad económica en relación con la cual el legislador no haya expedido normas especiales relacionadas con la libre competencia. Como lo he señalado en numerosas oportunidades, en Colombia a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991, han proliferado las normas especiales sobre libre competencia, lo cual unido a la designación de diversas autoridades de la competencia, constituye uno de los más serios problemas en la aplicación del Derecho de la Competencia en Colombia. En relación con este problema puede consultarse mi artículo "Presente y Futuro del Derecho de la Competencia en Colombia". Revista de Derecho No. 3. Universidad del Norte. Barranquilla 1994. Págs. 80 y 81.

⁴ No me referiré en este escrito a otras formas de repartición de mercados como las contenidas en los numerales 4° y 5° del artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992, por razones de espacio y por considerarlos variaciones del tipo principal contenido en el numeral 3° del mismo artículo.

Ley 155 de 1959. Artículo 1.- “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”

“Parágrafo.- El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.”

Decreto 2.153 de 1992. Artículo 46.- “**PROHIBICION.** En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.”

Decreto 2.153 de 1992. Artículo 47.- “**ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.** Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el Artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia entre otros, los siguientes acuerdos:

“ ... ”

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.”

“ ... ”

El presente documento pretende analizar de manera específica los Acuerdos de Repartición de Mercados con el objeto de explicar las importantes diferencias que existen entre los acuerdos horizontales y los verticales, las cuales han sido recientemente reconocidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el “Caso de los Automóviles”.⁵

2. ACUERDOS HORIZONTALES DE REPARTICION DE MERCADOS.

Los Acuerdos Horizontales de Repartición de Mercados se producen cuando dos empresas que compiten en el mismo nivel del proceso productivo acuerdan en forma directa o indirecta repartirse el mercado.⁶

En los Estados Unidos la Corte Suprema de Justicia ha castigado firmemente aquellos acuerdos horizontales por medio de los cuales los competidores se dividen los mercados en zonas geográficas, con el objeto de evitar que

⁵ La Superintendencia de Industria y Comercio inició investigaciones contra la totalidad de los fabricantes de automóviles de Colombia, por presunta violación de las normas de la competencia. La Superintendencia acusó a las mencionadas empresas de fijación de precios con su red de distribuidores y de la práctica conocida como ventas atadas, por imposición de condiciones adicionales al contrato de distribución de vehículos firmado con sus respectivas redes de distribuidores. Una de las prácticas atadas que la Superintendencia glosó, fue la de distribución geográfica de mercados. Los casos fueron resueltos entre finales de 1996 y mediados de 1997 mediante el procedimiento de ofrecimiento de garantías establecido en el artículo 52 del Decreto 2.153 de 1992. La Superintendencia reconoció en este caso la legalidad de las cláusulas de exclusividad territorial, por considerarla naturales dentro del contrato mercantil de concesión.

⁶ Para una explicación general de las conductas anticompetitivas de tipo horizontal y vertical, puede consultarse mi artículo “El Derecho de la Competencia en Colombia”. Revista de Derecho Económico No. 9. 1989. Pags. 55 y S.S.

algunos se aprovechen gratuita e injustamente de los esfuerzos de mercadeo de otros.⁷

En el caso de *Topco Associates Inc. v. U.S.*⁸, la Corte condenó un acuerdo firmado entre unas 25 pequeñas cadenas de supermercados, por el cual se dividía el mercado en zonas geográficas para la distribución de ciertos productos que eran comprados en forma masiva por la asociación de supermercados. El ejemplo más claro era el de los productos distinguidos con la marca "Topco", que había adquirido grán acogida entre los consumidores. De conformidad con el acuerdo, cada cadena de supermercados podía distribuir los productos Topco dentro de su respectiva zona geográfica, con lo cual ninguna de las otras cadenas se aprovechaba en forma gratuita de la publicidad que se le hiciera al producto y por el contrario, todas tenían el incentivo de publicitar el producto en su propia zona, como consecuencia de lo cual el producto (de propiedad de todas ellas) competía en forma más agresiva contra las marcas de los grandes supermercados.

Algunos tratadistas como Robert Posner⁹, afirman que en la decisión de *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania*,¹⁰ la Corte modificó la jurisprudencia sentada en *Topco*. La jurisprudencia del caso *Sylvania* será analizada en detalle en el capítulo siguiente.

Aunque en el presente documento no me detendré a analizar en forma detallada las características de las normas que componen el Régimen General de la Libre Competencia en Colombia, resulta indispensable explicar que esta clase de acuerdos se encuentran expresamente prohibidos por las normas transcritas en el punto 1. de este documento, en la siguiente forma:

- De conformidad con el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 se encuentran prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la distribución o el consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros.
- Bajo la norma citada es necesario demostrar la existencia del acuerdo o convenio y la intención directa o indirecta de limitar la distribución o consumo del respectivo producto o servicio. Debe anotarse que en atención al carácter *ex-ante* de la Ley 155 de 1959, no es necesario que el acuerdo o convenio haya producido un efecto anticompetitivo o un perjuicio, ya que es suficiente para la

⁷ Esta preocupación es señalada por los doctrinantes y cortes Norteamericanos, refiriéndose a ella simplemente como el "*free rider problem*", consistente como ya se dijo en el aprovechamiento gratuito de los esfuerzos de otro competidor. En Colombia este fenómeno ha sido denominado "Competencia Parasitaria".

⁸ Op Cit. Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 247. Puede verse el texto del caso.405 U.S. 596 (1972).

⁹ Posner, Robert. "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Illegality" University of Chicago Law Review. (1981).

¹⁰ Op Cit. Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 315. Puede verse el texto del caso.433 U.S. 36 (1977).

aplicación de la norma, que el acuerdo exista y que se haya realizado con una intención anticompetitiva.

- Esta prohibición se encuentra reafirmada de manera general por el artículo 46 del Decreto 2.153 de 1992, de conformidad con el cual, en los términos de la Ley 155 de 1959, se encuentran prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados.
- De acuerdo con el numeral 3° del artículo 45 del decreto 2.153 de 1992, por conducta se debe entender “*todo acto o acuerdo*”. La definición de acuerdo se encuentra en el numeral 1° del mismo artículo, según el cual es “*Todo contrato, convenio concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.*”
- Es importante tener en cuenta que tanto la prohibición del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, como la contenida en el artículo 46 del Decreto 2.153 de 1992, cobijan los acuerdos horizontales al igual que los verticales. Adicionalmente, bajo estas dos normas el análisis de la conducta se hace bajo la regla de la razón, ya que hay lugar a argumentar que el acuerdo no tiene por objeto limitar la distribución del producto y/o que no afecta la libre competencia en los mercados.
- Por su parte, el numeral 3° del artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992 es mucho más específico, ya que considera anticompetitivos los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
- Es necesario resaltar que la norma citada en el párrafo anterior, crea una presunción de derecho sobre la ilegalidad de los acuerdos horizontales de repartición de mercados. Por lo tanto, lo único que hay que demostrar es la existencia de un acuerdo cuyo objeto o efecto sea la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores, para que dicha conducta sea considerada anticompetitiva *per-se*. Lo único que puede alegarse bajo este sistema de análisis, es que no existe un acuerdo de repartición de mercados.
- El carácter *ex-ante* del Decreto 2.153 de 1992 se encuentra acentuado por la naturaleza objetiva de la norma. Lo anterior es cierto, ya que bajo el Decreto 2.153 de 1992 no es necesario probar la intención anticompetitiva, cuando la autoridad de la competencia tiene pruebas de que la conducta produce efectos contrarios a la libre competencia.
- Ahora bien, de la simple lectura del numeral 3° del artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992, se deduce que la norma se refiere de manera exclusiva a los Acuerdos Horizontales de Repartición de Mercados, que son aquellos que se realizan “*entre productores o entre distribuidores*”. Lo anterior como se

demostrará a lo largo del presente documento, resulta absolutamente coherente con la doctrina y la jurisprudencia que sobre el particular se ha desarrollado *aliunde*, y según las cuales no resulta apropiado someter a los Acuerdos Verticales de Repartición de Mercados, a un régimen de ilegalidad *per se*. Hoy en día, y a raíz del Caso de los Automóviles, la Superintendencia de Industria y Comercio comparte esta posición.

3. ACUERDOS VERTICALES DE REPARTICION DE MERCADOS.

Las prácticas restrictivas de la competencia de tipo vertical son aquellas ejercidas por una o más personas en forma unilateral o concertada, y dirigidas contra (o realizadas en conjunto con) empresas o personas que se encuentran en un nivel diferente del proceso productivo. Se trata de prácticas o acuerdos entre un productor y un distribuidor, o entre un vendedor mayorista y otro detallista, o en general entre dos empresas que operan en secuencia en una cadena de producción y distribución de un bien.

Como se verá en el presente acápite, las prácticas de tipo vertical han sido analizadas de manera más favorable por las autoridades antimonopolísticas del mundo, debido al impacto positivo que pueden tener sobre la competencia y sobre el bienestar de los consumidores.

He considerado valioso en este caso, así como lo he hecho en oportunidades anteriores, hacer referencia a los antecedentes conceptuales de este tipo de conductas en el derecho comparado y más específicamente en la jurisprudencia de la CEE y de los EUA, la cual se ha ocupado profusamente de estos asuntos.

Es necesario advertir que al hacer un análisis comparativo, no se pretende de ninguna manera que se adopte o acate la jurisprudencia producida en otras latitudes, sino simplemente aprovechar la experiencia extranjera y con el fin de que se establezca la doctrina más acorde con la realidad de nuestros mercados y nuestros sistemas jurídico y económico en general.

3.1. Antecedentes en la Comunidad Económica Europea.

Por regla general tanto la Comisión como la Corte de las Comunidades Europeas ha considerado ilegales, prácticas verticales tales como la división de mercados y la FUP, a pesar de lo cual ha establecido importantes excepciones a la aplicación de la regla general, en casos como el de los automóviles, en los cuales se pueden obtener importantes eficiencias.

3.1.1. Las Excepciones de Bloque.

La Comisión de las Comunidades Europeas ha desarrollado una gran cantidad de regulaciones en relación con con las relaciones entre

fabricantes y distribuidores de productos, aplicando para el efecto el numeral 3° del artículo 85 del Tratado de Roma, el cual permite establecer Excepciones de Bloque “*Block Exceptions*”, que permiten hacer inaplicable la prohibición general contenida en el numeral 1° del mencionado artículo 85, cuando se trata de prácticas que contribuyen a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico, a la vez que se permite que los consumidores obtengan una porción justa de los beneficios que se obtengan.¹¹

Uno de los casos más importantes en los que la Comisión ha decidido utilizar las excepciones de bloque, que han permitido aplicar de manera específica reglas selectivas de distribución, con el objeto de regular una industria, ha sido el de los automóviles, la cual se explicará por resultar adecuada para el desarrollo del argumento. Esta excepción, que se venía estudiando desde hacía varios años, fue implementada a través del Reglamento No. 123 de 1985, el cual fue sustituido por el Reglamento No. 1.475 del día 28 de Junio de 1995, “*Relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles*”.

Las excepciones de bloque establecidas de manera especial para el mercado de los automóviles por medio del Reglamento No. 1.475 de 1995, son aplicables en virtud del Reglamento No. 19 de 1965, por el cual la Comisión es competente para aplicar mediante reglamento el numeral 3° del artículo 85 del Tratado.

3.1.2. El Reglamento 1.475 de 1995.

Según lo afirman los tratadistas, este tipo de reglamentos, examinados desde el punto de vista de la competencia tienen un doble significado: En primer lugar demuestra el deseo de la Comisión de regular en gran detalle un sector económico específico; y en segundo lugar, al presionar a los fabricantes de vehículos para que determinen sus precios, la Comisión trata de utilizar las normas de la competencia con el objeto de controlar los precios. Es necesario preguntarse si cualquiera de estos objetivos es válido desde el punto de vista del derecho de la competencia.¹²

El Reglamento No. 1.475 de 1995 establece, como se verá más adelante, excepciones de bloque para conductas que aunque tienen generalmente “*como objeto o surten el efecto de impedir, retringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común y pueden afectar, en*

¹¹ Van Bael, Ivo y Bellis, Jean Francois. “Competition Law of the EEC” Second Edition. Pags. 20-22; 101 y siguientes.

¹² Van Bael, Ivo y Bellis, Jean Francois. Op. cit. pag. 146 y siguientes.

términos generales, al comercio entre los Estados miembros, la prohibición dictada en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado puede, no obstante, en virtud del apartado 3 del artículo 85, ser declarada inaplicable a estos acuerdos, aunque sólo con condiciones limitativas".

De conformidad con el considerando 3° del Reglamento, las conductas a que hace referencia el reglamento, estarían prohibidas por el numeral 1° del artículo 85 del Tratado, debido a que son idénticas en todo el mercado común, ya que *"Los fabricantes de automóviles penetran en el conjunto del mercado común o en zonas sustanciales del mismo por medio de conjuntos de acuerdos que implican restricciones análogas de la competencia y afectan por tanto no sólo a la distribución y al servicio de venta y postventa en el interior de los Estados miembros, sino también al comercio entre ellos".*

Sin embargo, el considerando No. 4° del Reglamento, considera que *"Las cláusulas relativas a la distribución exclusiva y selectiva pueden ser consideradas racionales e indispensables en el sector de los vehículos automóviles, que son bienes muebles de consumo de una cierta duración que necesitan a intervalos regulares, así como en momentos imprevisibles y en lugares variables, operaciones de mantenimiento y reparación especializadas. Los fabricantes de automóviles cooperan con los distribuidores y talleres especializados para asegurar un servicio de venta y de postventa especialmente adaptado al producto. Aunque sólo fuera por razones de capacidad y eficacia, una cooperación de este tipo no puede extenderse a un número limitado de distribuidores y talleres. La combinación de los servicios de venta y postventa con la distribución debe considerarse más económica que la disociación de la organización de venta de los vehículos nuevos por una parte, y la organización del servicio de venta y postventa, incluyendo la venta de piezas de recambio, por otra parte, tanto más cuanto que la entrega del vehículo nuevo vendido al usuario final debe ir precedida de un control técnico, conforme a las directrices del fabricante y efectuado por la empresa propietaria de la red de distribución."*

3.1.3. La Exclusividad Territorial.

De conformidad con el artículo 1° del Reglamento, este tipo de restricción está permitida en la C.E.E.

Artículo 1. "Con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, el apartado 1 del artículo 85 es declarado inaplicable, en las condiciones fijadas en el presente Reglamento, a los acuerdos en los que no participen más que dos empresas y en los que una de las partes se

comprometa, con respecto a la otra, a no suministrar en el interior una zona definida del mercado común:

1. más que a dicha empresa; o
2. más que a dicha empresa y a un número determinado de empresas de la red de distribución;

con fines de reventa, vehículos automóviles nuevos concretos, de tres o más ruedas, destinados a ser utilizados en las vías públicas y, en relación con ellos, sus piezas de recambio.”

El motivo que indujo a la Comisión a permitir esta clase de restricción, se encuentra explicado en el considerando 9º del Reglamento, el cual dice que *"Las restricciones impuestas a las actividades del distribuidor fuera del territorio convenido le llevan a asegurar mejor la distribución y el servicio en un territorio convenido y controlable, a conocer el mercado desde un punto de vista más próximo al del usuario y a orientar su oferta en función de las necesidades (puntos 8 y 9 del artículo 3). La demanda de productos contractuales debe, no obstante, seguir siendo móvil y no regionalizarse. Los distribuidores deben poder satisfacer no solamente la demanda de estos productos en el territorio convenido, sino también la que emane de personas y empresas radicadas en otros territorios del mercado común. No debe impedirse al distribuidor que utilice medios publicitarios que se dirijan a los consumidores de fuera del territorio convenido, dado que esta publicidad no afecta a la obligación de promocionar mejor las ventas en el territorio convenido. Los medios publicitarios admitidos no abarcan a los contactos directos y personalizados con la clientela ya sea mediante presentación a domicilio, por comunicación telefónica o por otros medios de telecomunicación o por carta individual"*.

Adicionalmente, el artículo 2º del Reglamento, permite que la exclusividad que se le otorga al concesionario, abarque también la obligación del fabricante o proveedor, de no distribuir directamente los productos al consumidor final y le permita no garantizar el servicio.

De acuerdo con la posibilidad que establece el Reglamento de dividir geográficamente el mercado, es lícito que los concesionarios se obliguen a no mantener sucursales o depósitos para la distribución de los productos por fuera del territorio convenido; a no hacer prospección de clientela utilizando medios de publicidad personalizada; y a no conferir a terceros la distribución o el servicio de venta o de postventa de los productos fuera del territorio convenido. (Numerales 8º y 9º del artículo 3º del Reglamento).

3.1.4. Límite.

La exención de bloque diseñada para vehículos no es de ninguna manera absoluta, de hecho tiene importantes limitaciones, de las cuales resulta importante destacar dos.

En primer lugar, la exención está diseñada para los acuerdos de tipo vertical, Lo cual quiere decir, que no es posible aplicar la exención a acuerdos horizontales, o sea aquellos que se puedan realizar entre dos o más fabricantes de automóviles. En este sentido el numeral 1° del artículo 6° del reglamento establece que la exención no es aplicable “*cuando ambas partes del acuerdo u otras empresas vinculadas a ellas sean fabricantes de vehículos automóviles*”.

En segundo lugar, de acuerdo con el Numeral 2° del artículo 6° mencionado, la exención no opera “cuando el fabricante, el proveedor u otra empresa de la red restrinja directa o indirectamente la libertad del distribuidor de fijar los precios y, descuentos de reventa de los productos contractuales o productos correspondientes”.¹³

Los numerales 7° y 8° del artículo 6° de la resolución, establecen límites a la exención de bloque, cuando se afecta la capacidad de decidir de los consumidores o usuarios y cuando se establecen precios discriminatorios.

3.2. Antecedentes en los E.U.A.

Resulta de la mayor importancia analizar la evolución que ha tenido la jurisprudencia de los E.U.A. en relación con el tema de las restricciones verticales, ya que en dicho país se partió de la ilegalidad *per se* de todas las prácticas, para ir decantando dicha posición hacia la aplicación de la regla de la razón y finalmente al reconocimiento de la legalidad de muchas de las prácticas verticales y en especial de los Acuerdos Verticales de Repartición de Mercados. Como se verá a lo largo de este capítulo, la Corte Suprema de Justicia de los E.U.A. ha sido menos estricta al calificar las prácticas restrictivas de tipo vertical, debido a que dichas prácticas con mayor frecuencia generan algún tipo de eficiencia o ventajas para los consumidores.

Las restricciones verticales a la libre competencia en los E.U.A. caen bajo el imperio de la §1 de la ley Sherman, que considera ilegal todo contrato, combinación o conspiración tendiente a restringir el comercio; y bajo la §3 de la ley Clayton, que prohíbe la celebración de contratos que otorguen

¹³ Aquí se presenta una divergencia de fondo con el derecho Antitrust de los E.U.A., ya que, como se verá más adelante, la jurisprudencia de la Corte ha permitido aplicar la Fijación Unilateral de Precios o FUP, por parte de los fabricantes de productos, como una consecuencia del caso Colgate, que introdujo en 1919 una excepción fundamental a la prohibición *per se* establecida por el caso de Dr. Miles.

descuentos o tratos preferenciales, con la condición de que no se usen, consuman o adquieran los productos de la competencia.

3.2.1. Primera Etapa. Ilegalidad Per Se.

El estudio de la División Vertical de Mercados ha implicado una gran evolución en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia en los E.U.A. En efecto, la Corte parte de la suposición de que si la regla general es que los acuerdos de fijación de precios son ilegales *per se* aún cuando sean verticales (Dr. Miles), entonces los acuerdos verticales para la división de mercados también deben ser ilegales por cuanto tienen un efecto similar. Adicionalmente, el Juez Hughes dijo que si la división horizontal de mercados era ilegal *per se*, la división vertical también debería serlo.

En 1963 la Corte decidió el caso de *White Motor Co. v. United States*¹⁴, en el cual la División Antitrust del Departamento de Justicia de los E.U.A. demandó el sistema distribución implementado por White Motor, un fabricante de camiones que establecía exclusividades territoriales para sus distribuidores y se reservaba algunos clientes, los cuales solamente podían ser atendidos directamente por él.

Aunque el caso fue ganado por el Estado en las cortes inferiores, la Corte Suprema de Justicia consideró que la División Vertical de Mercados no podía ser considerada ilegal *per se*, ya que se conocía muy poco acerca de las consecuencias económicas de la práctica. El Juez Douglas, quien era el ponente de la decisión, sugirió que las limitaciones territoriales de tipo vertical, podrían ser “*protecciones permisibles contra competidores agresivos, o la única forma en que en la práctica una firma pequeña podría ingresar o permanecer en un mercado*”. Por estas razones, el Juez Douglas estableció que a este tipo de casos le debía ser aplicada la regla de la razón.

A pesar de que esta decisión parecía indicar que las restricciones verticales solamente podían ser utilizadas por firmas pequeñas que estuvieran luchando con gigantes, resulta importante destacar que ya la Corte Suprema de Justicia empezaba a reconocerle algunos efectos pro-competitivos a estas prácticas y sobre todo, a estudiarlas bajo la regla de la razón.

La oportunidad para aclarar la doctrina sobre división vertical de mercados se le presentó nuevamente a la Corte en 1967, con la decisión

¹⁴ *White Motor Co. v. United States* 373 U.S. En Bork, Robert H. “The Antitrust Paradox. A Policy at War With Itself”. The Free Press. 1993. Pag. 282.

del caso de *United States v. Arnold Schwinn & Co.*¹⁵, en el cual le correspondió ser ponente al Juez Fortas. Sin embargo, nuevamente fue imposible discernir algo diferente a lo que ya se había establecido en el caso de *White Motor*, en el sentido de que este tipo de prácticas debían ser estudiadas de acuerdo con la regla de la razón.

Arnold Schwinn & Co. era una sociedad familiar que se dedicaba a la fabricación de bicicletas. En 1959 tenía el 22.5% del mercado en los E.U.A. y era el fabricante de bicicletas más importante de ese país. Diez años después, la participación en el mercado de la compañía había caído al 12.8%, a pesar del considerable incremento en el volumen de producción. La participación en el mercado perdida por Schwinn, había sido adquirida por su competidor, *Murray Ohio Manufacturing Company*.

El sistema de distribución de Schwinn se basaba en una red de 22 distribuidores mayoristas, mientras que la venta de las bicicletas al público era realizada a través de un gran número de distribuidores minoristas. Aproximadamente el 10% de las ventas eran realizadas a través de *B.F. Goodrich*, empresa que vendía las bicicletas a los consumidores en forma directa a través de su red propia de distribuidores.

El gobierno argumentó entre otras cosas, que Schwinn había violado la sección primera de la ley Sherman, al requerir a sus distribuidores que aceptaran los precios establecidos para los productos de Schwinn, así como al establecer exclusividades territoriales para sus distribuidores mayoristas. Como se puede observar, el gobierno formuló cargos tanto de fijación de precios como distribución de mercados. Aunque la fijación de precios no se demostró, quedó claro que la Corte Suprema de Justicia continuaba viendo la fijación vertical de precios como una violación de la Ley Sherman.

Al estudiar el punto de la división de mercados, la Corte concluyó que cualquiera que fuera el plan de ventas, de los varios utilizados por Schwinn, resultaba claro que Schwinn exigía de manera firme que los distribuidores vendieran solamente dentro de sus territorios asignados, y solamente a distribuidores minoristas autorizados por él. Por su parte los distribuidores minoristas solamente podrían venderle a los consumidores. La consecuencia de incumplir estas condiciones consistía en la terminación del respectivo contrato

La Corte reconoció que el propósito de Schwinn era el de mejorar la eficiencia de su sistema de distribución; pero esa cualidad en si misma no servía para convalidar dicho sistema. La Corte no consideró que los esfuerzos para incrementar la eficiencia en la distribución fueran tan

¹⁵ 388. US. En *Ibid.* Bork, Robert H. Pag 283.

valiosos como los que se pueden utilizar para incrementar la eficiencia en la producción; sin embargo, una vez más la Corte aplicó la regla de la razón para el análisis del caso.

La Corte estableció sin mayores explicaciones, que existía una diferencia entre aquellos casos en los cuales el fabricante mantenía la propiedad sobre los artículos que eran distribuidos por su red de comercialización, y aquellos en los cuales el fabricante vendía a los distribuidores los productos. En este segundo caso, es decir, cuando el fabricante enajenaba los productos y su reventa corría exclusivamente por cuenta y riesgo de los distribuidores, la Corte consideraba que cualquier restricción de tipo vertical, ya sea relacionada con precios o con distribución de territorios resultaba ilegal.

La opinión de la Corte se basó en que en estos casos, cuando el fabricante ya ha vendido los productos, no tiene porque intervenir en las operaciones subsiguientes que se relacionen con ellos. La crítica de este análisis consiste en que pretende proteger y darle mayor libertad a los distribuidores, sin pensar en el bienestar del consumidor. Nuevamente la Corte estableció que aplicaría la regla de la razón para considerar aquellos casos en los cuales el fabricante tuviera la propiedad sobre los artículos distribuidos, porque de esta manera se estaría favoreciendo a las empresas pequeñas que quisieran penetrar mercados a través de una red de distribución con comerciantes independientes. Sin embargo esta explicación continúa siendo bastante confusa y poco satisfactoria y no se compadece con las necesidades del comercio moderno.

La última de las distinciones que dejó el caso de Schwinn, consistió en establecer que la fijación vertical de precios era ilegal en todos los casos, mientras que la división territorial de mercados debía ser estudiada bajo la regla de la razón en algunos casos como se vió anteriormente. No existe ninguna razón económica, jurídica válida para mantener esta distinción, ya que ambas prácticas de tipo vertical tienen un efecto económico similar sobre los consumidores.

3.2.3. Segunda Etapa. El Caso de GTE Sylvania.

Solamente hasta el año de 1977, diez años después de la criticada decisión de Schwinn, el Juez Powell tuvo la oportunidad de clarificar la jurisprudencia con la expedición de la sentencia de *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania*,¹⁶ con la cual se modificó la doctrina de la Corte sobre ilegalidad *per se* de la distribución vertical de mercados. La importancia de este caso radica en que por primera vez la Corte entra a sopesar los

¹⁶ Op Cit. Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 315. Puede verse el texto del caso.433 U.S. 36 (1977). Ver 5.3.2. Supra

efectos negativos que la práctica produce en cuanto a disminución de la competencia dentro de la misma marca, contra los efectos positivos que produce en relación con el incremento de competencia entre marcas diferentes.

Cuando la Corte se enfrentó a las inconsistencias que contenía el legado del caso Schwinn, según el cual la división territorial de tipo vertical, así como otras restricciones también de tipo vertical podían ser consideradas legales bajo ciertos parámetros, se vio forzada a analizar las consecuencias de prohibir definitivamente esta clase de restricciones: Podría suceder que los fabricantes tuvieran que aceptar como distribuidor, a cualquiera que cumpliera con unos requisitos mínimos, y/o permitirle a sus distribuidores situarse en cualquier punto del territorio, con la consecuente desorganización de cualquier red de distribución y el perjuicio de los consumidores. De manera alternativa podría suceder que fuera la ley la que especificara el número de distribuidores que podría tener el fabricante en cada zona geográfica, lo cual resulta totalmente absurdo e impracticable.

Como consecuencia del anterior análisis, la Corte decidió permitir de manera libre la división vertical de mercados, con el fin de darle consistencia a la jurisprudencia y proteger los intereses de los consumidores. Adicionalmente este caso creó una forma de razonamiento que demostraría ser muy beneficioso en el estudio de los problemas de la competencia.

En Sylvania la Corte se negó a declarar ilegal el esquema de distribución, aunque restringía la competencia entre sus distribuidores. Antes de 1962 Sylvania era una pequeña fábrica de televisiones con una participación del 2% en el mercado, que decidió disminuir la competencia entre sus distribuidores con el fin de que pudieran competir más agresivamente contra otras marcas. Para el efecto, Sylvania operaba con una pequeña red de distribuidores cuidadosamente seleccionados, entre los cuales dividió el mercado en regiones geográficas. La participación de Sylvania se incrementó hasta llegar en 1965, a ser del 5% del mercado global.

Cuando Sylvania nombró otro distribuidor en el área señalada al demandante (Continental TV Inc.), éste reaccionó abriendo un puesto de ventas fuera de su región (Continental estaba localizado en San Francisco y decidió abrir una sucursal en Sacramento). Sylvania redujo el nivel de suministro y posteriormente terminó la franquicia.

Con el argumento de que el precedente de Schwinn había prohibido las cláusulas territoriales, Continental demandó a Sylvania, ganó el caso en la

Corte del Circuito, perdió en la apelación y llevó el caso a la Corte Suprema de Justicia.

Al decidir el caso con ponencia del Juez Powell, la Corte consideró que debido a los efectos positivos de la práctica sobre la competencia con otras marcas de televisores, no se debía aplicar la Regla *per se* a la división vertical de mercados, convalidó el esquema de distribución de Sylvania y reversó el precedente jurisprudencial de Schwinn.

Debe tenerse en cuenta que la propiedad de los televisores en el caso bajo estudio, en todos los casos pasaba al distribuidor, a pesar de lo cual dicho distribuidor estaba sometido a restricciones verticales. En estas circunstancias, bajo el precedente de Schwinn, el caso debía ser decidido bajo la regla *per se* en favor de Continental. Sin embargo el Juez Powell llegó a la conclusión de que las distinciones establecidas en el caso de Schwinn eran ilógicas y en vez de aplicar el precedente, decidió analizar a fondo el asunto.

Fue así como la Corte concluyó que aunque las restricciones verticales de tipo territorial podían restringir la competencia entre los distribuidores de la misma marca de un producto, bajo la Regla de la Razón serían declaradas legales cuando se demostrara que producían el efecto de incrementar la competencia con otras marcas dentro del mercado relevante. Según el juez Powell el incremento en la competencia se presenta debido a que las restricciones verticales dentro de la misma marca, le permiten al fabricante incrementar la eficiencia en la distribución de sus productos. Como no se logró demostrar que las restricciones verticales tuvieran un efecto perverso sobre la competencia, se concluyó, como ya se dijo, que la aplicación de la regla *per se* era totalmente inapropiada.

En la opinión de Bork, la gran virtud del caso Sylvania no consiste simplemente en que logró salvar un esquema de distribución que resulta valioso para los consumidores, sino más bien en el alto grado de sofisticación económica que contiene su análisis, que de aplicarse en forma consistente, es capaz de hacer nuevamente, que la política de la competencia se aplique de manera racional y en beneficio de los consumidores. Esto es así, debido a que por primera vez la Corte toma en consideración el criterio de la eficiencia de las empresas al establecer sus decisiones, lo cual hasta este momento era considerado como irrelevante en el análisis *Antitrust*.¹⁷

4. CONCLUSIONES.

¹⁷ Ibid. Bork, Robert H. Pag. 280-288.

El lento desarrollo de la jurisprudencia Norteamericana en relación con las prácticas verticales, hasta llegar a su situación actual con el caso *Silvania*, se debió fundamentalmente a la premisa errónea sobre la cual se basó la Corte en el caso de *Dr. Myles*. En este caso la Corte consideró que era tan anticompetitivo el que un fabricante redujera la rivalidad entre sus distribuidores, como el hecho de que los distribuidores disminuyeran y eliminaran la competencia entre sí. Esta premisa es falsa. Es evidente que los acuerdos horizontales entre competidores pretenden básicamente fijar precios monopolísticos o bien restringir la oferta con el objeto de que los precios suban, conductas que en realidad tienen el mismo efecto. Cuando el fabricante decide restringir la rivalidad entre sus distribuidores, su objetivo de ninguna manera es el reducir la oferta, ya que ésta es una decisión que él podría tomar de manera unilateral y autónoma si con ello pudiera ganar algo, o hacer más eficiente su operación. Cuando un fabricante fija unilateralmente los precios de venta al público o divide los mercados geográficamente o de otra manera entre sus distribuidores, su motivación no es la de restringir la oferta, sino únicamente la de crear eficiencias en la distribución. Este motivo debe ser respetado por la ley, lo cual sucedió en los E.U.A. a raíz de la expedición de la decisión de *Silvania* en 1976.

Esta línea de pensamientos ya había sido prevista por el Juez Taft en el caso de *Addyston Pipe & Steel*. En este caso la Corte aprobó un contrato realizado entre la compañía de ferrocarriles y la compañía de carros cama. En este contrato, la compañía de carros cama aceptó prestar el servicio de carros cama en la línea del ferrocarril, siempre y cuando no hubiera ninguna otra compañía a la que se le permitiera prestar ese mismo servicio en esa línea. En esta forma se eliminó completamente la competencia en ese mercado.

El Juez Taft dijo que la compañía de ferrocarriles podría haber prestado directamente ese servicio al público realizando una integración vertical y eliminando completamente la competencia, o bien podría contratar a alguien para que lo hiciera y asegurar las inversiones de capital necesarias para el efecto, garantizándole a la compañía encargada la misma ausencia de competencia que la compañía de ferrocarriles hubiera tenido si hubiera prestado directamente el servicio.

Como se puede observar, las condiciones de competencia no habrían cambiado, pero se habría obtenido una ganancia en eficiencia, puesto que la compañía de ferrocarriles solamente contrata a la compañía de carros cama por cuanto es más económico el servicio prestado en esa forma, lo cual quiere decir que se presentan eficiencias en la prestación del servicio. Como consecuencia de lo anterior, esta práctica vertical no resulta en ninguna restricción en la oferta del servicio, sino en una reducción en su costo, lo cual beneficia a los consumidores y esto es cierto cualquiera que sea participación en el mercado que tenga la compañía de ferrocarriles.

No es posible considerar que un fabricante utilizaría la fijación unilateral de precios con el objeto de darle a sus distribuidores una utilidad o ganancia mayor de la que obtendría en un esquema de competencia, ya que dichas ganancias saldrían directamente de su bolsillo sin ninguna razón. El

fabricante comparte con el consumidor el deseo de que la distribución se haga en la forma más eficiente y al más bajo costo. Esta es la razón por la cual las cortes no necesitan dudar de los beneficios que trae la reducción en la competencia dentro de una misma marca, cuando está acompañada de un incremento en la competencia entre marcas diferentes. Está demostrado que cuando el fabricante toma este tipo de decisiones, lo hace en una forma consistente con el bienestar del consumidor y ninguna Corte o autoridad es capaz de hacer una evaluación más certera de la que puede hacer un comerciante que tiene mayor información, interés y conocimiento del mercado.

Está demostrado que las restricciones verticales no son un mecanismo para crear restricciones en la oferta sino eficiencias, la más evidente de las cuales es la adquisición de una mayor capacidad de comercialización de los productos y prestación de servicios de postventa, de parte de los distribuidores que conformen la red.

En presencia de una fijación unilateral de precios de tipo vertical (FUP), los distribuidores competirán entre si por medio de los esfuerzos de mercadeo y servicios. En aquellos casos en que no se presente el FUP, existe el potencial de la competencia parasitaria o *"free rider"*, ya que los consumidores podrán dirigirse al distribuidor más organizado y obtener toda la información y asistencia de ventas, para después dirigirse a otro más barato pero con menos servicios y efectuar la compra. El resultado será la disminución en los esfuerzos de ventas y de prestación de servicios por parte de toda la red, con el consiguiente perjuicio para los consumidores y el fabricante; y por supuesto, con una reducción en el nivel de competencia con otras marcas. Por el contrario, al aplicar restricciones verticales tales como la división de mercados o el FUP, se crea el incentivo para que cada uno de los distribuidores se esfuerce al máximo dentro de su territorio, compitiendo agresivamente con servicios y facilidades.

Debe reiterarse por lo tanto, que la doctrina establecida en los E.U.A. por el caso *Sylvania*, se encuentra plenamente incorporada dentro de la legislación colombiana en el numeral 3° del artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992, el cual señala como acuerdos anticompetitivos *"Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores"*.

Como se puede observar, la ley prohíbe en forma absoluta la división vertical de mercados, esto es, la que se establezca entre un productor y sus distribuidores. El numeral transcrito es claro al establecer la prohibición de aquellos acuerdos de tipo horizontal, que buscan u obtienen la división de mercados entre competidores: *"entre productores o entre distribuidores."*

En este sentido se pronunció la Superintendencia de Industria y Comercio, en el Caso de los Automóviles, en el cual aceptó la legalidad de la Distribución Vertical de Mercados que vienen practicando los fabricantes de automóviles con sus redes de concesionarios, por considerar que dicha conducta es natural dentro de un contrato mercantil de concesión.

Por último es necesario señalar que para analizar de manera integral la legalidad de una cláusula de Repartición Vertical de Mercados en particular, es necesario mirarla a la luz tanto de las normas que se han venido mencionando en este documento, como del artículo 19 de la Ley 256 de 1996.

En efecto, la ley 256 de 1996 sobre Competencia Desleal, tipifica en su artículo 19 los “Pactos Desleales de Exclusividad”. El mencionado artículo dice lo siguiente:

“Artículo 19.- PACTOS DESLEALES DE EXCLUSIVIDAD: Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales.”

Por lo tanto a la hora de analizar en un caso particular, la legalidad de una cláusula de exclusividad territorial, que implique una Repartición Vertical de Mercados, a parte de las consideraciones arriba mencionadas, debe tenerse en cuenta que este tipo de acuerdos se consideran desleales cuando tengan por objeto o como efecto *“restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios”*. Sin embargo, el análisis detallado de esta conducta de competencia desleal, tendrá que ser acometido en una ocasión posterior.