

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



“Contratos de exclusividad y libre competencia:
tratamiento legal y jurisprudencial en búsqueda de un
estándar para el análisis de la conducta”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR

Arturo Chumbe Panduro

ASESOR

Gilberto Alejandro Falla Jara

JURADO

Luis José Aurelio Diez Canseco Núñez

Eduardo Jesús Quintana Sánchez

LIMA - PERÚ

2011

INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata un tema controvertido en el Derecho de la Competencia: los contratos de exclusividad como conductas sancionables por afectar la libre competencia.

Es un tema importante en la actualidad, puesto que las justificaciones planteadas para suscribir un contrato de exclusividad están basadas en eficiencias económicas.

La economía nacional se sustenta, entre otros aspectos, en el respeto que deben mantener los agentes por las normas que rigen la libre competencia, así como la existencia de normativa para que las empresas puedan acceder al mercado sin limitaciones innecesarias. Es decir, que de la observación de las conductas empresariales no se concluya una finalidad destinada a vulnerar el sistema de competencia y que el Estado no establezca barreras burocráticas que dificulten la libre iniciativa privada.

Así, las empresas tienen la libertad para celebrar los contratos que deseen, pudiendo establecer de manera discrecional las cláusulas que consideren necesarias para el mejor desarrollo empresarial. Por ello, las empresas se vincularán entre ellas con el objetivo de ser más competitivas en el mercado, ahorrando costos de producción y elevando la calidad de los productos ofrecidos para captar la preferencia de los consumidores.

Sin embargo, estos contratos pueden tener como finalidad afectar el proceso competitivo, excluyendo a los competidores de alguno de los contratantes, reduciendo las alternativas disponibles de los consumidores.

El Derecho de la Libre Competencia no puede desconocer esta situación, por lo que es importante evaluar los supuestos en los cuales la actuación de las empresas podría basarse en aspectos ineficientes.

Con el fin de demostrar lo que se plantea, se analiza la posible afectación de las conductas originadas como consecuencia de los contratos de

exclusividad en el proceso competitivo, inclusive si se presentan eficiencias en el mercado, por ejemplo, si los contratos de exclusividad están destinados a garantizar la recuperación del financiamiento realizado por inversionistas, la reducción de costos, entre otros.

Por lo tanto, para la evaluación de conductas, se propone la elaboración de un estándar que ordene nuestro análisis. Así, en la primera sección se definirá el objeto de protección de las normas de libre competencia, determinando los niveles de la cadena de producción.

Asimismo, se señalará los tipos de restricciones verticales en general que podrían ser el objeto de los contratos anticompetitivos, como por ejemplo, la fijación de precios de reventa, la asignación de territorios exclusivos, las ventas atadas.

En la segunda sección, se abordará los contratos de exclusividad en particular como conductas sancionables, para lo cual se definirá el mercado relevante, las posibles justificaciones planteadas para celebrar este tipo de contratos y los posibles perjuicios ocasionados en el mercado.

Asimismo, se hará referencia al tratamiento legislativo y jurisprudencial desarrollado por los Estados Unidos de América y la Unión Europea para el tratamiento de los contratos de exclusividad como conductas sancionables por afectar la libre competencia. En la parte final de la segunda sección, se propondrá un estándar para el análisis de los contratos de exclusividad.

En la tercera sección, se aplicará el estándar para el análisis de la conducta en los principales pronunciamientos emitidos por las autoridades de competencia nacional¹ en primera y segunda instancia administrativa.

Así, se abordará la denuncia interpuesta por Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A., Telefónica Multimedia S.A.C., Fox Latin American

¹ Nos referimos al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

Channel Inc., y Turner Broadcasting System Latin America Inc. por el desarrollo de prácticas anticompetitivas consistentes en el establecimiento de acuerdos de distribución de señales mediante la televisión por cable.

Se abordará la denuncia interpuesta por Depósito Santa Beatriz S.R.L. y otras contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. por presunto abuso de posición de dominio consistente en el establecimiento de contratos de afiliación para otorgar menores precios, y que a partir de dichos contratos existiría la obligación para los afiliados de proveerse de otros materiales de construcción, además del cemento.

También se tratará la denuncia interpuesta por Group Multipurpose S.R.L. y otra contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. por la implementación de restricciones verticales, toda vez que las denunciadas celebraron un contrato de distribución exclusiva mediante el cual Clorox Perú S.A. adquiriría posición de dominio en el segmento de distribución de hipoclorito de sodio y, en consecuencia, Quimpac S.A. se negó a satisfacer la solicitud de compra de hipoclorito de sodio de las denunciadas.

Finalmente, se analizará la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI mediante la cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia declaró la conclusión del procedimiento iniciado por denuncia interpuesta por Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C contra de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. y otras por presunto abuso de posición de dominio, por haber implementado una estrategia para impedir el acceso de la denunciante al denominado "Sistema de Intercambiabilidad de Envases", suscribiendo contratos con distribuidores quienes no podrían comercializar productos de la competencia de la denunciada.

De esta manera, el presente trabajo tiene como finalidad proponer un estándar y aplicarlos a los principales pronunciamientos emitidos por la agencia de competencia nacional.

ESQUEMA DE TRABAJO

SECCIÓN I: POR QUÉ REGULAR LA LIBRE COMPETENCIA

1.1 Objeto de protección de las normas de libre competencia

1.2 Relaciones en la distribución de productos

SECCIÓN II: POR QUÉ EVALUAR LOS CONTRATOS DE EXCLUSIVIDAD

2.1 Motivaciones para la suscripción de contratos

2.1.1 Facilitar la especialización en la comercialización de un producto o prestación de un servicio

2.1.2 Evitar el free riding u oportunismo

2.1.3 Ahorrar costos de transacción

2.1.4 Proteger el financiamiento de inversiones

2.1.5 Para evitar el problema de cautividad

2.1.6 Para evitar el problema del parasitismo de certificado

2.2 Clases de acuerdos para alinear intereses de los agentes que participan en la cadena de producción

2.2.1 Fijación de precios de reventa

2.2.2 Asignación de territorios exclusivos

2.2.3 Contratos de exclusividad

2.3 Posibles perjuicios ocasionados por la implementación de los contratos de exclusividad

2.3.1 Cierre del mercado

2.3.2 Dificultad para salirse del contrato

2.4 Marco legislativo y jurisprudencial en los Estados Unidos de América y en la Unión Europea para el tratamiento de los

contratos de exclusividad: Principales elementos para su configuración

2.5 Estándar propuesto para el análisis de los contratos de exclusividad como conductas que afectan el proceso competitivo

2.5.1 Evaluación de la estructura de mercado

2.5.1.1 Determinación del mercado relevante

2.5.1.2 Determinación de la posición de dominio

2.5.2 Evaluación de la conducta del infractor

2.5.2.1 Conducta unilateral

2.5.2.2 Duración del contrato

2.5.2.3 Facilidad para salirse del contrato

2.5.3 Evaluación del mercado afectado

2.5.4 Balance de efectos

SECCIÓN III: APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR PROPUESTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS DE EXCLUSIVIDAD EN LOS PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS NACIONALES

3.1 Resolución 062-CCO-2000 del 21 de diciembre de 2000, mediante la cual el Cuerpo Colegiado Ordinario del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones declaró fundada la demanda interpuesta por Tele Cable S.A. contra Telefónica Multimedia S.A.C. por haber incurrido en prácticas restrictivas de la libre competencia y abuso de posición de dominio, y; Resolución 005-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003, mediante la cual la Comisión de Libre Competencia (hoy Comisión de Defensa de la Libre Competencia) declaró infundada la denuncia interpuesta por Tele Cable S.A. contra Fox Latin American Channel Inc. Y Turner Broadcasting System Latin American Inc.

3.2 Resolución 006-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003, mediante la cual la Comisión de Libre Competencia declaró infundada

las denuncias interpuestas por Depósito Santa Beatriz S.R.L. y otras contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. por presunto abuso de posición de dominio.

- 3.3 Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC del 22 de febrero de 2008, mediante la cual la Comisión de Libre Competencia declaró fundada la denuncia interpuesta por Group Multipurpose S.R.L. y otra contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. por la implementación de restricciones verticales.
- 3.4 Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI del 25 de junio de 2009, mediante la cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia declaró la conclusión del procedimiento iniciado por denuncia interpuesta por Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C contra de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. y otras por presunto abuso de posición de dominio.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

SECCIÓN I. POR QUÉ REGULAR LA LIBRE COMPETENCIA

1.1 Objeto de protección de las normas de libre competencia

A fin de conocer el objeto de la regulación de la libre competencia, resulta necesario empezar determinando cuál es el objeto de protección. Es decir, entender, de manera previa, los beneficios que los agentes obtienen en el mercado como consecuencia de su correcto funcionamiento. Por ello, ante posibles actos que repercutan negativamente en el sistema económico del país, el Estado deba prever mecanismos de protección. En otras palabras, comprender la relevancia que tiene la economía social de mercado como sistema económico adoptado constitucionalmente y, sobre todo, aquellas conductas empresariales que puedan afectar su normal desarrollo.

En efecto, entender que el correcto funcionamiento del mercado implica, entre otros aspectos, que la determinación de los precios se efectúa como consecuencia de la interacción libre entre la oferta y la demanda. En otras palabras, sin una intervención que desincentive la mayor participación de ofertantes².

Sin embargo, la pregunta aún se mantiene: cuál es el objeto de regulación de la libre competencia. Para responder a esta pregunta, se debe hacer referencia, en primer lugar, a la relevancia del mercado en el sistema económico.

Un mercado puede ser definido como el espacio de confluencia entre vendedores de un determinado bien o prestadores de un servicio y los compradores de dichos bienes o servicios. De esta confluencia se puede mencionar a los siguientes tres agentes participantes: las empresas, los consumidores y el Estado.

² Salvo los supuestos de monopolio natural en los cuales el Estado interviene a través de la regulación de precios.

La participación de las empresas tendrá como objetivo ser preferida por los consumidores frente a sus competidores, lo cual les permitirá incrementar sus ventas y así obtener una mayor cuota de participación en el mercado.

Los consumidores también se benefician, puesto que obtendrán bienes y servicios a menores precios y mejor calidad.

Por parte del Estado, el beneficio se obtiene mediante el impulso de la producción nacional y el incremento de los ingresos a través de la recaudación fiscal.

En efecto, la relación establecida entre las empresas y los consumidores en un escenario de competencia permite que aquéllas pretendan ser más eficientes. Así, las empresas reducirán sus costos de producción (eficiencia productiva³), mejorarán la calidad y diversidad de sus bienes y servicios (eficiencia innovativa⁴), y colocarán en el mercado sus productos a precios más cercanos a sus costos (eficiencia asignativa⁵). Es decir, las eficiencias económicas antes indicadas se presentan en una situación en la que los agentes intervinientes rivalizan entre sí, generando beneficios que se traducirán en menores precios, mayor diversidad de productos de mejor calidad para beneficio de los consumidores.

Si como consecuencia de las eficiencias productiva e innovativa una empresa produce un bien a un menor costo pero a un elevado precio, dicha circunstancia permitirá la autoregulación a través del incentivo que tendrían otras empresas para ingresar a dicho mercado y obtener ganancias similares.

³ "La eficiencia productiva consiste en que todos los productos son elaborados con el mínimo costo posible" (Carlton 1994:102).

⁴ "Una eficiencia innovativa se logra, por ejemplo, cuando se reducen costos involucrados con la investigación y desarrollo o por una mejor combinación de tecnología de punta" (González 2007:3).

⁵ "La eficiencia asignativa se presenta cuando no es posible reorganizar o producir de una manera tal que alguien esté mejor sin que alguien salga perdiendo" (Pearce 1992:13).

Luego de haber hecho referencia a los beneficios que los agentes económicos obtienen en un mercado competitivo, a continuación se abordará la libre competencia como objeto de protección normativo.

Al respecto, el artículo 61 de la Constitución Política del Perú dispone lo siguiente:

Artículo 61.-

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

De la lectura del referido artículo constitucional, se puede colegir que el Estado tiene principalmente las siguientes acciones: i) acción promotora, a través de la facilitación y vigilancia del correcto funcionamiento del mercado, ii) acción represiva, mediante el combate de las conductas contrarias al correcto funcionamiento del mercado, y iii) acción limitante, a través de la prohibición de crear monopolios naturales.

Por su parte, el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, garantiza la libre iniciativa privada, reconociendo a la libre competencia y el libre acceso de cualquier persona a la actividad económica como las bases de la economía⁶.

De las normas antes mencionadas, se tiene una primera aproximación al objeto de protección de la libre competencia, puesto que de su lectura se comprende que la economía nacional se sustenta en la libre competencia y

⁶ Artículo 2.- El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.

en el libre acceso a las actividades económicas; es decir, las posibilidad que tiene cualquier persona de emprender aquellas actividades que deseen y participar libremente en el mercado.

Ahora bien, luego de habernos referido al rol pro motor del Estado y al libre acceso de los particulares a la actividad económica, corresponde hacer mención al mecanismo represor implementado por el Estado para combatir las conductas contrarias a la libre competencia.

Al respecto, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, señala como finalidad prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con el objetivo de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

En tal sentido, lo que las normas de libre competencia protegen es el correcto funcionamiento del mercado, entendido como la libertad que tienen los agentes para competir en igualdad de condiciones y sin que la conducta de otros agentes distorsione su participación.

De esta manera (...)

(...) la libertad de competencia es una facultad inderogable del empresario y motor del sistema económico de mercado. No es solo un derecho, sino también una obligación, que entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita: la primera cuando en su artículo 58 señala que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía social de mercado, y cuando en el artículo 59 garantiza la libertad de empresa; y explícita cuando en su artículo 61 afirma que el Estado facilita y vigila la libre competencia, y combate las prácticas que la limiten y el abuso de posición de dominio (Kresalja 2009:494)

La protección de la rivalidad entre las empresas se sustenta en la mejor asignación de recursos. Así, las empresas buscarán reducir sus costos de producción a través de mecanismos eficientes para que el precio fijado sea

equivalente a su costo marginal, es decir, el costo que demanda la producción de una unidad adicional.

De lo antes expuesto, se comprende que el objetivo de la regulación de la competencia es garantizar y preservar el proceso competitivo en el que participan las empresas para que ellas y los consumidores se beneficien de la mejor asignación de recursos. En efecto, los beneficios para los agentes y los incentivos sobre la producción constituyen las razones de protección del bien jurídico libre competencia.

1.2 Relaciones en la distribución de productos

Uno de los aspectos importantes en la comercialización de productos es su distribución, esto es la manera cómo los productores deciden que sus bienes o servicios lleguen a los destinatarios finales y que los productos sean preferidos por los consumidores para incrementar su cuota de participación en comparación a la de sus competidores.

Existen diversas modalidades de distribución y dependerán del mecanismo de venta implementado por el productor a partir del establecimiento de la persona que tendrá el control de las actividades de distribución. A saber: trato directo con el cliente o venta a través de terceros⁷.

En la relación productor – consumidor, será el productor quien control la distribución de sus productos (trato directo); mientras que en la relación productor – tercero – consumidor, será el tercero quien controle la distribución de los productos del productor hacia el consumidor (trato indirecto). A continuación, se explicará cada modalidad a través de algunos ejemplos.

Respecto del trato directo, dependiendo el producto o servicio que se ofrezca en el mercado, el productor podrá recurrir a la venta a través de internet o catálogos.

⁷ En el presente trabajo se hará referencia al término “tercero” para referirnos indistintamente al distribuidor, comerciante o intermediario.

Otra forma de venta directa es a través de la creación de una subsidiaria. Esta alternativa permite que el productor tenga un alto nivel de control sobre la distribución, pero requiere una mayor participación en la administración de la subsidiaria y aporte de elevadas sumas de dinero para la constitución y puesta en marcha de la subsidiaria.

Otra alternativa es la integración entre el productor y el distribuidor. En efecto, a través de esta modalidad, el productor controla las acciones de la empresa integrada; sin embargo, el productor, al estar “atado” con la integrada, no podría vincularse con otra distribuidora sin incurrir en mayores costos.

Para controlar la distribución realizada por el tercero, el productor podría realizar lo siguiente: i) monitorear la conducta del tercero; o, ii) crear incentivos para el tercero.

Cabe mencionar que el monitoreo de conducta implica que el productor esté dispuesto a realizar inversiones que le permitan lograr dicho objetivo. Esto implicaría que el productor tenga la capacidad para establecer pautas de cómo el tercero tiene que realizar la distribución de sus productos (política comercial).

El control de la distribución por parte del productor puede originarse, por ejemplo, en base a la integración con un tercero. Es decir, la integración vertical que puede ser definida como la adquisición que realiza una empresa (empresa adquirente) de los activos de otra (empresa adquirida), ejerciendo aquélla un control de ésta.

Ahora bien, “La decisión de integrarse verticalmente depende [...] de las posibilidades de asegurarse un aprovisionamiento adecuado de los insumos, o una distribución satisfactoria del bien o servicio final, así como de los incentivos para invertir e innovar en activos físicos o humanos. (Fernández-Baca 2006: 220)”

Decidir integrarse dependerá del resultado satisfactorio que obtenga la empresa en términos de aprovisionamiento de un insumo, o su distribución final, y de los incentivos generados para invertir.

Por lo tanto, una empresa se considera integrada verticalmente con otra cuando existe entre ambas una relación de control, siendo que una participa en un nivel "aguas arriba" y la otra en un nivel "aguas abajo"⁸. Así, se estará ante una única unidad de decisión que opera en dos o más distintos niveles de la cadena de distribución o producción.

Por su parte, el trato indirecto implica que el productor confíe en otros para la colocación de sus productos en el mercado. Es decir, el productor traslada al tercero determinados riesgos, como el crediticio, que es el ocasionado por la morosidad de los clientes. Así, si el cliente no cumple con el pago por la adquisición de los productos, será el tercero y no el productor el que asuma dicha morosidad. Un segundo riesgo trasladado al tercero es el relacionado con la publicidad del producto.

Una diferencia entre el trato directo y el indirecto se refiere a que en éste último el tercero y no el productor es el que tiene el control sobre el sistema de distribución. En efecto, será el tercero el que tome las decisiones sobre la manera de comercializar los productos en el mercado. Cabe mencionar que si bien el productor y el tercero tienen como finalidad realizar más ventas. En muchas oportunidades, el productor y el tercero no necesariamente tienen el mismo interés ni la misma motivación para implementar una determinada forma de venta. Se explica a continuación.

En la venta indirecta no habría una participación activa del productor en la forma como se colocan sus productos en el mercado, toda vez que sería el tercero el que adoptaría unilateralmente la política de ventas según sus intereses.

⁸ Cabe señalar que Hovenkamp considera una definición más amplia de integración vertical. Según él una empresa puede integrarse verticalmente de tres formas: i) ingresando a un nuevo mercado, constituyendo una empresa, ii) adquiriendo una empresa que ya se encuentra operando en el mercado, iii) una empresa puede suscribir contratos de largo plazo con otra empresa bajo los cuales ambas empresas coordinan ciertos aspectos de su comportamiento. (1985:369)

Así, podría darse el caso que el productor tenga como interés la mayor colocación de sus productos en el mercado y que se comercialicen a un menor precio en relación a los de sus competidores. Como consecuencia, el productor podría incrementar su cuota de participación.

Sin embargo, el tercero podría tener como interés la obtención de mayores ingresos económicos, independientemente de la cantidad de productos vendidos. Es decir, ganar un mayor margen de utilidad en el menor tiempo posible.

En este escenario, se tendría intereses no alineados. Por parte del productor, que desea menor precio de comercialización, y del distribuidor, que desean mayor precio de comercialización.

Otra situación en la que se podría observar intereses no alineados se da al interior de una competencia intramarca, es decir, cuando existe competencia entre canales de distribución de un mismo productor en un determinado territorio.

De esta forma, si el productor tiene al menos dos canales de distribución (terceros) que colocan sus productos en una misma zona, los terceros competirán para obtener mayores ventas. Sin embargo, dependiendo del producto en cuestión, un tercero no se sentirá comprometido para realizar inversiones en publicidad del producto, puesto que su competidor podría beneficiarse de dicha inversión.

Así, por ejemplo, el tercero no incurrirá en costos para capacitar a su personal para mejorar la venta del producto comercializado, puesto que un cliente podría visitar su local solo para informarse del producto a través del personal capacitado, pero adquirir dicho producto en el local del competidor que no incurrió en costos de capacitación y sus precios son más bajos.

En este escenario, se tendrían intereses no alineados. Por parte del productor, que desea que el tercero invierta en publicidad o capacitación, y

del tercero, que no desea incurrir en costos por la inversión, puesto que lo colocaría en una situación desventajosa frente a su competidor.

Otro caso en el que se observa intereses no alineados se presenta cuando un tercero requiere capital para su negocio y el productor que lo abastece tiene dinero disponible para invertir, pero no tiene la garantía de que recuperará su inversión.

Así, por ejemplo, el tercero podría necesitar ampliar su estación de servicio, renovar maquinaria, pero no dispone de dinero para realizar dichas inversiones. Por su parte, el productor sí estaría dispuesto a invertir en mejorar el local del tercero. Con dicha inversión, el productor buscaría que el local donde se venden sus productos sea más atractivo para los consumidores.

Sin embargo, el productor no tiene la seguridad de que el tercero continúe vendiendo sus productos luego de obtener las mejoras en su local y no opte por vender los de su competencia. De darse este supuesto, el productor se vería perjudicado por haber invertido en el local del tercero y no haber obtenido beneficios por la falta de venta de sus productos.

En este escenario, se tendrían intereses no alineados. Por parte del productor, que desea recuperar su inversión y obtener beneficios, y del tercero, que podría cambiar de productor luego de las mejoras realizadas en su local.

Los ejemplos antes mencionados, se refieren al denominado problema de la agencia, que "surge cuando dos partes firman un contrato. La parte que es responsable del diseño y formulación del contrato con el propósito de obtener un determinado resultado es el principal. La parte contratada por el principal para la consecución de dicho resultado es el agente, quien decide si acepta o no el contrato" (Fernández-Baca 2006:85).

El éxito o fracaso del contrato dependerá del grado de interés que muestre y desarrolle el agente en la distribución de productos. Así, "para que este

contrato sea aceptado voluntariamente por el agente, el programa de optimización del principal debe considerar una condición de participación, es decir, una propuesta de remuneración que le garantice al agente una utilidad esperada no menor de la que obtendría en un empleo alternativo (...)” (Fernández-Baca 2006:86).

Cabe mencionar que:

[...] cuando toda la información pertinente, en especial el esfuerzo del agente, es verificable, el programa de optimización de agente necesita una sola restricción, que es precisamente la condición de participación. Pero, cuando existe información asimétrica y el esfuerzo del agente no es verificable, el principal tiene que asegurarse de que dicho esfuerzo contribuya efectivamente al logro de los resultados deseados. Esto implica incorporar una restricción adicional, conocida como condición de compatibilidad de incentivos. Esta condición implica una propuesta remunerativa acorde con los resultados de la empresa. (Fernández-Baca 2006:86)

Para evitar posible desinterés en la distribución, el productor podría adoptar políticas para incentivar las habilidades de los terceros en la colocación de sus productos, como el otorgamiento de descuentos o comisiones en función a las ventas que realice o la asignación de un determinado territorio en exclusiva.

En efecto, en el supuesto de que el esfuerzo del agente y la información sobre la distribución sean verificables, el productor sólo deberá medir el nivel de participación del agente o tercero (puesto que su participación es verificable a través del nivel de ventas realizadas); sin embargo, en el supuesto de que el esfuerzo del agente no sea verificable y exista asimetría de la información, el productor deberá crear incentivos para que el agente o tercero tenga una participación suficiente para lograr los objetivos esperados. Esta última situación podría ocasionar que la posición del tercero sea más ventajosa que la del productor.

Otra modalidad de trato directo es la franquicia que consiste en otorgar el derecho de usar la marca en un territorio definido a cambio de un pago inicial y periódicos, dependiendo el nivel de ventas del producto o servicio.

Como se ha podido observar, existen varias formas cómo colocar los productos en el mercado, siendo la venta a través de terceros la que podría presentar mayores problemas debido a que las motivaciones del productor y del tercero no son las mismas. Es decir, no existe una convergencia de intereses.

Es común que surjan problemas como consecuencia de la relación establecida entre el productor y el tercero para colocar los productos. Estos problemas se refieren a “la asimetría de información originada como consecuencia de las divisiones de labores, los objetivos diferentes y, por lo general, contrapuestos, así como los riesgos que las partes están dispuestas a asumir” (Lassar y Kerr: 614).

En efecto, el tercero posee una ventaja sobre el productor, puesto que al estar en relación directa con el consumidor final conoce las necesidades de éste y tiene a su alcance los canales de distribución mediante los cuales puede llegar a satisfacerlas.

Esta ventaja podría ser un problema, por lo que el productor debe realizar actos para alinear los objetivos. Esta circunstancia, como se mencionó, se denomina Teoría de la Agencia: “La Teoría de la Agencia predice que la relación principal agente dependa de costos relativos de controlar el oportunismo del agente, ya sea monitoreando la conducta del agente o a través de estructurar incentivos que den como resultados aquéllos esperados por el principal” (Lassar y Kerr: 615).

A continuación se hará referencia a la creación de incentivos como medio para controlar la distribución y alinear los intereses del productor y del tercero.

La creación de incentivos se refiere al establecimiento de condiciones que le permitan al productor controlar la conducta del tercero. Para lograr este fin, el productor y el tercero celebrarán contratos en los cuales se establecen las condiciones que regirán su relación comercial.

En efecto, la celebración de contratos es el medio para controlar de manera indirecta los mecanismos de distribución del tercero. En ese sentido, el productor no requiere realizar elevadas inversiones como sería la constitución de una sucursal o la adquisición de los activos del tercero.

Tampoco necesita contratar personal especializado cuyo comportamiento sea monitoreado por el productor, puesto que la mayor o menor colocación de productos dependerá de la habilidad que tenga el tercero en el negocio.

Lo que sí deberá hacer el productor es establecer determinadas políticas que estarán supeditadas al mayor rendimiento que tenga el tercero en sus ventas, es decir, crear incentivos.

La mayor o menor cantidad de incentivos dependerá del producto que se trate y de los agentes intervinientes en particular. Por ejemplo, un productor que ya tiene ganada una posición considerable en el mercado le permitiría otorgar menos incentivos a los distribuidores, e inclusive, podría darse el supuesto que sea el distribuidor el único sobre el cual recaigan las obligaciones económicas (franquicia).

A diferencia de lo antes mencionado, el productor que recién incursiona en el mercado se vería obligado a establecer mayores beneficios a los terceros para que éstos prefieran comercializar sus productos y no los de sus competidores.

Así, alternativamente a la integración vertical que generaría costos, se puede recurrir a la celebración de contratos como mecanismo para controlar la distribución de productos a través de la fijación o establecimiento de incentivos. Este último mecanismo sería más ventajoso que la integración vertical por la facilidad de salida que se tiene, la no generación de grandes

inversiones y la posibilidad de replantear los términos contractuales según cambien las situaciones que atraviesen las partes involucradas en el mercado.

De esta manera, se concluye que ante problemas que surjan por la no alineación de intereses provenientes del lado del productor y del tercero (comerciante o distribuidor), existen mecanismos de solución, siendo la celebración del contrato el que podría tener mayores beneficios para las partes.



SECCIÓN II. POR QUÉ EVALUAR LOS CONTRATOS DE EXCLUSIVIDAD

Los acuerdos celebrados entre el productor y terceros para la distribución de los productos son necesarios en las relaciones comerciales y permiten ahorrar costos y obtener beneficios para ambas partes.

Estos acuerdos pueden tener como objetivo controlar el sistema de distribución implementado por el tercero, asignándole incentivos. A continuación, se hará referencia a las distintas motivaciones que pueden surgir para la celebración de contratos.

2.1 Motivaciones para la suscripción de contratos

Las principales motivaciones están relacionadas con aspectos de eficiencias económicas que pueden generar, así por ejemplo, se puede celebrar contratos para:

2.1.1 Facilitar la especialización en la comercialización de un producto o prestación de un servicio.- Esta motivación se podría relacionar con la existencia de una marca única que le permite al tercero especializarse en su distribución. En efecto, “[e]llo provee a los distribuidores con un fuerte incentivo para promocionar y vender dicha marca”⁹. De esta manera, el distribuidor se esforzará en promocionar una sola marca en lugar de varias de ellas.

La especialización en la venta de un producto incrementa el expertise y las habilidades generadas como consecuencia del conocimiento de dicha marca. Ejemplos de la especialización son los distribuidores de automóviles que se concentran en promocionar una marca de manera exclusiva.

Esta motivación permite que el productor traslade al distribuidor los costos de marketing o publicidad. Asimismo, otorgará mayor

⁹ Traducción libre del siguiente texto: This provides dealers with a strong incentive to promote and sell that brand (American Bar Association 2006:247).

confianza en los destinatarios finales, quienes no dudarán en recurrir a su distribuidor en caso de algún defecto o servicio post venta.

La especialización en la comercialización de un producto genera eficiencias innovativas, toda vez que permite mejorar la calidad y el servicio de los bienes ofrecidos en el mercado.

2.1.2 Para evitar el free riding u oportunismo. Es común que las empresas, productoras o terceros, realicen inversiones para la comercialización de sus productos a través de la adquisición de nueva maquinaria, contratación de personal, contratación de una agencia de publicidad para sus productos, capacitación a su personal, entre otros. Como resultaría lógico, el resultado esperado sería la obtención de beneficios mediante el incremento de sus ventas. Sin embargo, pueden ocurrir situaciones en las cuales otro agente, sin incurrir en los costos propios de la inversión, obtenga el beneficio esperado.

Esta situación se denomina oportunismo o free riding y se refiere a la posibilidad de que un agente sin haber participado en la contratación ni haber incurrido en gastos adicionales, obtenga beneficios gratuitos. Así, se puede mencionar cuando un proveedor otorga cierta ventaja competitiva a su distribuidor para conservar los productos que le suministra, como máquinas conservadoras para las bebidas. Sin embargo, dicho distribuidor podría también comercializar los productos lácteos. En tal situación, el distribuidor podría colocar las bebidas y los productos lácteos en la misma máquina conservadora, otorgando un beneficio adicional a los productos lácteos sin que sus productores hayan incurrido en un costo para ello.

Otro ejemplo podría darse en torno a la capacitación en las ventas que un distribuidor obtenga de su proveedor. Dicho conocimiento podría ser utilizado no solo para la venta de los productos de su proveedor que lo capacitó sino también para la venta de los productos de la competencia.

Así, lo que se busca es evitar que los competidores de la empresa inversora se beneficien gratuitamente de su inversión, puesto que el free riding dificulta que las inversiones se puedan realizar para mejorar la calidad de los bienes (eficiencia innovativa).

2.1.3 Para ahorrar costos de transacción.- Esta motivación se relaciona con el hecho de evitar los costos que demanda la revisión o negociación individual de los términos contractuales para llevar a cabo actos propios del giro del negocio.

Cabe mencionar que una de las características para el ahorro de estos costos es que se traten de productos homogéneos y se suelen utilizar las denominadas cláusulas generales de contratación¹⁰.

Así, en el abastecimiento de un determinado insumo de manera masiva, resultaría razonable que al inicio el productor destine tiempo para establecer las cláusulas contractuales que regirán la relación comercial con sus distribuidores, pero debido a que el suministro será continuo, y como negociar el contrato con cada distribuidor resultaría engorroso, para las contrataciones posteriores, resultaría razonable que el productor establezca unilateralmente las cláusulas contractuales y el distribuidor decida aceptarlas o no.

El ahorro de costos de transacción genera eficiencias innovativas, ya que permite que los agentes económicos destinen tiempo para mejorar la calidad del producto o servicio ofrecido.

2.1.4 Para proteger el financiamiento de inversiones.- Esta motivación se relaciona con el hecho de que el inversionista no se vea burlado, luego de haber realizado una inversión en el local del distribuidor, y que éste no venda sus productos, imposibilitando la recuperación de su inversión.

¹⁰ Los productos son considerados homogéneos cuando son substitutos perfectos y los compradores no perciben ninguna diferencia real o verdadera entre los productos ofrecidos por firmas diferentes. Traducción libre del siguiente texto: Products are considered to be homogenous when they are perfect substitutes and buyers perceive no actual or real differences between the products offered by different firms (OECD 2003:48)

En efecto, debido a la naturaleza de algunas transacciones, resultaría importante que el inversionista se proteja frente a un posible comportamiento oportunista del tercero.

[...]

de acuerdo con la probabilidad de que surja el llamado “problema de la cautividad” (hold-up problema). Dicho problema ocurre cuando, como consecuencia de una transacción o de una serie de transacciones regidas por un contrato, se vuelve posible que una de las partes quede cautiva del oportunismo de la otra (Coloma 2002:98).

De esta manera, luego de efectuada la inversión, el productor podría quedar cautivo a la voluntad del tercero sobre la comercialización de los productos.

Para evitar este problema, las empresas podrían celebrar contratos de exclusividad que garanticen la provisión de determinado insumo antes de incurrir en grandes inversiones.

Así, en muchas oportunidades, “los contratos de exclusividad son utilizados con la finalidad de obtener y asegurar financiamiento para determinadas inversiones. En efecto, el contrato de exclusividad sirve para proteger la inversión específica de conductas oportunistas de una firma una vez que los activos están colocados”¹¹.

La protección del financiamiento de las inversiones genera eficiencias innovativas, toda vez que permite mejorar la calidad de los productos (por ejemplo, mejorar el proceso productivo) o servicios (por ejemplo, ampliar el local comercial).

2.1.5 Para evitar el problema de la cautividad.- A través de esta motivación, se busca evitar que una de las partes se encuentre capturada por el oportunismo de la otra parte. Así, el inversionista podría encontrarse “cautivo” debido a las inversiones específicas que ha realizado en un determinado mercado.

¹¹ Traducción libre del siguiente texto: exclusive dealing serves to protect the specific investment from opportunistic behavior by a firm once the assets are in place (American Bar Association 2006:249).

Evitar el problema de la cautividad genera eficiencias innovativas, toda vez que permite mejorar la calidad de los productos (por ejemplo, mejorar el proceso productivo) o servicios (por ejemplo, ampliar el local comercial), sin que exista un oportunismo de alguna de las partes contratantes.

- 2.1.6 Para promover las ventas en relación al parasitismo de certificado.- Esta motivación está relacionada a la buena reputación que tienen algunos vendedores minoristas, respecto de los productos que comercializan. Así, el productor que desee ganar una impresión favorable en los consumidores, deberá recurrir a estos vendedores minoristas, sobre todo, si se trata de un productor nuevo en el mercado.

En efecto, de acuerdo a las Directrices relativas a las restricciones verticales, “[s]i, en un principio, el fabricante no puede limitar sus ventas a las tiendas de calidad corre el riesgo de que su producto no se oferte, por lo que la introducción del mismo podría fracasar” (2000: 23).

El parasitismo de certificado también genera eficiencias innovativas, toda vez que permite mejorar la calidad de los productos (por ejemplo, mejorar el proceso productivo) o servicios (por ejemplo, ampliar el local comercial), sin que exista un oportunismo de alguna de las partes contratantes.

A continuación, se hará referencia a los posibles acuerdos que celebraría el productor y el distribuidor para alinear sus intereses en base a la generación de eficiencias.

2.2 Clases de acuerdos para alinear intereses de los agentes que participan en la cadena de producción

2.2.1 Fijación de precios de reventa

La fijación de precios de reventa consiste en que el proveedor establece un importe al que su distribuidor debe comercializar su producto.

Una de las motivaciones para sostener la necesidad de un acuerdo sobre fijación de precios de reventa es evitar la doble marginalización o *double mark up*, es decir, el establecimiento de precios elevados como consecuencia de las ganancias obtenidas por el productor y el distribuidor.

Así, un distribuidor se sentiría atraído para vender los productos que comercializa a un mayor precio, a diferencia del productor, quien desearía vender mayor cantidad de sus productos a un menor precio. Por tal motivo, el productor puede establecer un precio máximo al cual el distribuidor podrá comercializar los productos. De esta forma, el productor limitará que su distribuidor venda muy caro sus productos.

Cabe mencionar que la fijación de precios de reventa puede referirse a una fijación mínima a la que el tercero puede comercializar los productos, pero también una fijación máxima.

Respecto al tratamiento de la fijación de precios mínima,

[e]n los Estados Unidos, es a partir de 1911 que la fijación de precios mínimos es considerada como una violación per se de la sección 1 de la Ley Sherman, a raíz de una decisión de la Corte Suprema en el caso *Dr. Miles Medical Co. contra John d. Park and Sons Co.* El denunciante, *Dr. Miles Medical Co.*, era una empresa radicada en Indiana, dedicada a la fabricación de medicinas por medio de métodos y fórmulas secretas identificadas con envases, etiqueta y marcas distintivos. (Fernández Baca 2006:256)

En el caso antes mencionado, *Dr. Miles* establecía precios de sus productos a nivel mayorista y minorista. *John D. Park and Sons Co.*, distribuidor mayorista denunciante, se negó a aceptar los precios fijados por *Dr. Miles*.

El argumento de *Dr. Miles* era que los precios mínimos le permitían mantener una buena reputación y que el distribuidor conocía los términos

contractuales establecidos y los había aceptado, toda vez que contrataba con Dr. Miles desde hace tiempo.

La Corte Suprema de los Estados Unidos declaró fundada la denuncia e inválido los contratos sobre fijación de precios mínimos.

Posteriormente, en 1919, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció la doctrina Colgate, en el caso United States contra Colgate & Co., donde señaló que “el fabricante es libre de anunciar por anticipado su política de no hacer negocios con distribuidores que vendan por debajo de los precios de lista sugeridos y, en consecuencia, es libre también de terminar su relación con los distribuidores que no respeten los términos anunciados de antemano” (Fernández Baca 2006:258).

De esta manera, la Corte de los Estados Unidos planteaba la defensa de la libertad de contratar de las partes, siempre que éstas hayan conocido previamente los términos que regirán su relación comercial.

Sin embargo, cabe mencionar que “la acusación alegada en Colgate fue que el demandado había violado el artículo 1 por haber implementado un esquema de fijación de precios al por menor, pero también se había asegurado de que los distribuidores se adhieran a la lista de precios en el futuro¹².

Respecto a la fijación de precios máximos, en el caso Albrecht contra Herald Co. De 1968, la Corte:

determinó que los precios máximos también fueran considerados ilegales durante un periodo de treinta años. La empresa denunciada, Herald Co., editora del periódico St. Louis Globe-Democrat, había decidido dar por concluida la relación con la denunciante (Albrecht), uno de sus distribuidores exclusivos, porque había excedido el precio

¹² Traducción libre del siguiente texto: the indictment in colgate alleged that the defendant had violated article 1 by implementing a comprehensive scheme of fixing retail prices, but also secured assurances from offending dealers that they would adhere to the price list in the future (Ross 1993:262).

máximo de venta al público fijado por la editora, y reemplazarlo por otro distribuidor que sí estaña dispuesto a aceptar este precio. (Fernández Baca 2006: 258)

Cabe mencionar que si bien la denuncia fue declarada infundada en primera y segunda instancia, la Corte Suprema revocó dicho fallo y declaró ilegal la fijación de precios máximos.

En el caso State Oil contra Khan de 1997, operador de una estación de servicio perteneciente a State Oil. Khan presentó una denuncia contra State Oil debido a que el contrato de abastecimiento establecía un precio de venta, y si Khan vendía a un precio mayor debía pagar una suma a State Oil. El juzgado de primera instancia falló a favor de State Oil, pero la Corte de Apelaciones (equivalente a la Corte Superior) indicó que sí existía la fijación de precios máximos y, en consecuencia, debía sancionarse per se.

En el caso Leegin Creative Leather Product, Inc. contra PSKS Inc., la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó el criterio sobre la ilegalidad per se de los precios mínimos de reventa y aplicó la regla de la razón basada en las justificaciones pro competitivas. En efecto,

Leegin recoge la doctrina económica y la evidencia empírica existente sobre los efectos pro y anticompetitivos de las restricciones verticales a la competencia, para afirmar la imposibilidad de decretar con carácter absoluto la ilegalidad de la fijación vertical de precios. En efecto, según el Tribunal, no cabe concluir que en términos generales la fijación de los precios de venta minorista restrinja la competencia y limite la producción. A pesar de que tengan el efecto de elevar los precios finales de los productos, pueden existir otros beneficios positivos derivados de estos acuerdos, por ello la formulación de una regla de prohibición per se o absoluta, que prescindiera de la situación y de las circunstancias del caso concreto, deviene a todas luces excesiva. Sin embargo, la incertidumbre en que este pronunciamiento suma a las empresas, agravada por la posible divergencia en la regulación y tratamiento de la cuestión en algunos Estados, se verá probablemente compensada con lo menores incentivos para la

denuncia o demanda judicial contra este tipo de acuerdos. Además, la extensa sentencia proporciona elementos a tener en cuenta para evaluar la posible ilicitud de los acuerdos verticales anticompetitivos, entre las que destaca obviamente la cuota de mercado del proveedor. Si el productor establece un precio máximo que cobrará el tercero para que revenda sus productos, en teoría, generaría incentivos para que el tercero innove en servicios adicionales (por ejemplo, post venta, capacitación de personal) para captar la preferencia de los consumidores. (Boletín Latinoamericano de Competencia Febrero 2009: 72)

En conclusión, la fijación de precios de reventa actualmente es tratada bajo la regla de la razón, debido a que podría aumentar la eficiencia distributiva, puesto que se evita el establecimiento de un precio por encima del establecido por los competidores que podría resultar una disminución de la demanda, e incrementa la competencia intermarcas en la fijación del precio. En efecto,

[para el Juez Richard Posner], el mantenimiento de precios de reventa no solo tiene potenciales beneficios, sino que en algunos aspectos es menos restrictivo que los territorios exclusivos. Por ejemplo, la fijación de precios de reventa puede permitir la competencia entre los minoristas para comprometerse con una significativa competencia no basada en precios, mientras que los acuerdos de territorio exclusivo eliminan toda competencia intra marca al por menor dentro del área designada¹³.

2.2.2 Asignación de territorios exclusivos

La asignación de territorios exclusivos como cláusula en un contrato se presenta cuando el fabricante (...) "divide el mercado en varios territorios exclusivos, de tal manera que cada distribuidor tenga poder monopólico dentro de un determinado territorio. Esto permite que cada distribuidor

¹³ Traducción libre del siguiente texto: "He argues that RPM not only has potential benefits, but in some respects is less restrictive than exclusive territories. For example, resale price fixing still allows competing retailers to engage in significant non price competition. Whereas exclusive territorial agreements eliminate all intra brand retail competition within the designated area" (Ross 1993:233).

tenga incentivos apropiados para invertir en la promoción del producto, dado que dispondrá de un mercado cautivo que responderá de manera directa y exclusiva a sus esfuerzos de venta” (Fernández-Baca 2006: 253).

La asignación de territorios exclusivos tendría como consecuencia la eliminación del denominado free riding, es decir, las externalidades generadas que podrían ser aprovechadas por los competidores, sin que hayan invertido en ellas, motivo por el cual, frente a este aprovechamiento, las empresas se verían desincentivadas a invertir.

Otra motivación que sustentaría este tipo de cláusulas se relaciona con la protección del financiamiento de inversiones. Así, a través de la asignación de territorios se busca proteger al inversor frente a cualquier competidor que podría desincentivarlo. De esta forma, el inversor tendría un mercado cautivo respecto del cual podría percibir los retornos de su inversión.

La asignación de territorios exclusivos también brinda mayor confianza al consumidor sobre la calidad del producto. En efecto, debido a que el distribuidor sólo se dedicará a comercializar un determinado producto, el consumidor tendrá la seguridad de que podrá recurrir al distribuidor exclusivo en caso de cualquier defecto.

Respecto al tratamiento de los territorios exclusivos en los Estados Unidos de América, en 1963, “la Corte Suprema se negó a condenar los contratos de White Motor Co., un fabricante de camiones, en los que cada uno de sus distribuidores tenía un territorio exclusivo de ventas y el fabricante se reservaba una lista de clientes” (Fernández-Baca 2006: 265).

En el caso United States c. Arnold Schwinn & Co de 1967, principal fabricante de bicicletas que vendía a sus distribuidores mediante territorios exclusivos, la Corte Suprema señaló “que todas las restricciones territoriales constituyen una violación ilegal per se de la Ley Sherman, pero solo en el caso en que el fabricante cede la propiedad del artículo al distribuidor y luego le impone restricciones territoriales” (Fernández-Baca 2006: 266).

Para los Estados Unidos de América, los contratos sobre territorios exclusivos había sido analizado como una práctica per se, sin embargo, esta decisión fue revocada en 1977 en el fallo emitido con relación a una denuncia presentada por Continental T.V., un distribuidor minorista de televisores de San Francisco, contra GTE Sylvania Inc. donde:

[e]l Tribunal Supremo invalidó la decisión adoptada en el caso Estados Unidos contra Schwinn & Co., y sostuvo que las restricciones verticales distintas a precios debían ser juzgadas bajo la regla de razón. Conforme a la regla de razón, un demandante debe mostrar que el acuerdo tiene "probables efectos adversos sobre la competencia." Para sostener su abandono del tratamiento per se, el Tribunal Supremo observó en el caso Sylvania cómo los territorios exclusivos tenían el potencial para "inducir a minoristas agresivos a hacer inversiones de capital y trabajo que a menudo se requieren en la distribución de productos desconocidos por el consumidor". Años más tarde, en Monsanto co. contra Spray Rite Service Co., el Tribunal nuevamente aprobó las restricciones verticales que animan el servicio de venta al público, apoyando el derecho de un fabricante de terminar el descuento otorgado a un distribuidor para prevenir el free riding¹⁴

Es decir, respecto de restricciones verticales distintas a precios, para las cortes norteamericanas, se cambió la regla per se (criterio adoptado a partir del caso United States c. Arnold, Schinn & Co.) por la regla de la razón (criterio adoptado a partir del caso Continental TV Inc. c. GTE Silvana Inc.), debido a posibles beneficios que otorgan determinadas zonas, toda vez que el productor decidió disminuir la competencia intramarca para generar competencia intermarca. "Así, la corte concluyó que la regla de la razón es

¹⁴ Traducción libre del siguiente texto: the Supreme Court overruled United States v. Schwinn & Co., and held that non-price vertical restrictions were to be judged under the rule of reason. Under the rule of reason, a plaintiff must show that the agreement is likely to have "genuine adverse effects on competition." in support of its abandonment of per se treatment, the Supreme Court observed in Sylvania how exclusive territories had the potential to "induce competent and aggressive retailers to make the kind of investment of capital and labor that is often required in the distribution of products unknown to the consumer." A few years later, in Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Co., the Court again endorsed vertical restrictions that encourage retail service, supporting a manufacturer's right to terminate a discounting dealer to prevent free riding. (Cooper, Froeb, O'Brien y Vita 2005)

un mejor acercamiento al caso, que la regla per se, a la luz de los mejores beneficios que potencialmente se pueden generar con la cláusula impuesta". (Uribe 2006: 161-162).

2.2.3 Contratos de exclusividad

Los contratos de exclusividad pueden ser definidos como aquellos acuerdos por los que el proveedor prohíbe al distribuidor que venda los productos elaborados por los competidores de aquél. De tal forma que los agentes que participan en la relación contractual son el proveedor y el distribuidor.

Como se verá más adelante, entre las posibles motivaciones para la celebración de un contrato de exclusividad están la eliminación del free riding, así como la recuperación de la inversión realizada.

En efecto, los contratos de exclusividad buscan evitar que los competidores del productor se aprovechen de las inversiones realizadas por éste, como la capacitación en ventas del personal de su distribuidor.

Así, el productor que invirtió en mejorar el local del tercero, se puede poner de acuerdo con éste para que no venda los productos de los competidores "aguas arriba" en su local. De esta forma, el productor tendrá la seguridad que en un determinado tiempo podrá recuperar la inversión realizada al no enfrentar competencia en el local del tercero.

La envergadura de algunos negocios puede requerir la participación de un gran inversionista que pueda respaldar la incursión de la empresa en el mercado. Así, por ejemplo, la construcción de un mall puede originar que su administración suscriba un contrato de exclusividad con otras empresas que sirvan como "anclas" para garantizar la asistencia de los consumidores. En tal sentido, la celebración del contrato está destinada a garantizar la recuperación de la inversión.

Entre los efectos negativos se pueden mencionar la eliminación de la competencia, a través del cierre de posibles canales de distribución. En

efecto, como señala Motta, “[...] el contrato de exclusividad puede permitir a una firma que goza de posición de dominio disuadir la entrada en el mercado, cerrando un insumo crucial (la cadena de distribución) o haciéndolo más difícil o costoso para el entrante obtener tal insumo”¹⁵.

Asimismo, los contratos de exclusividad podrían permitir una reducción del precio al cual se comercializa el producto, toda vez que,

el distribuidor minorista actuaría como un agente para el consumidor, puesto que un productor tendría que sobornar al distribuidor elegido para llevar sus productos exclusivamente y sería así solo bajando sus precios al por mayor. El distribuidor minorista aceptaría el acuerdo de exclusividad solamente si la reducción del precio es más que compensado por la reducción en la elección del consumidor¹⁶.

Sin embargo, si bien los contratos de exclusividad pueden celebrarse para generar las eficiencias antes mencionadas, en algunas oportunidades, estos contratos podrían ocasionar problemas al proceso competitivo, como cuando el productor tiene como finalidad incrementar su cuota de participación por causas distintas a la eficiencia económica, por ejemplo, ocasionando la salida del mercado de sus competidores para beneficiarse de las cuotas de mercado de ellos.

En resumen, respecto de la aplicación de la regla per se o de la regla de la razón en la evaluación de las restricciones verticales, las cortes

¹⁵ Traducción libre del siguiente texto: It has suggested, for instance, that exclusive dealing might allow a firm enjoying dominant position to deter entry into the market, by foreclosing a crucial input (the distribution network) or by making it more difficult or expensive for the entrant to obtain such input. It has also been suggested that a vertical merger might have similar effects: if an upstream firm that has a dominant position takes over one of many downstream sellers, it might stop supplying the competition of its downstream subsidiary, or supplying them at a higher price which puts them at a disadvantage. (Motta 2004:362)

¹⁶ Traducción libre del siguiente texto: “The retailer acts as an agent for the consumer. A manufacturer would have to bribe the single retailer to carry its product exclusively and could do so only by lowering its wholesale price. The retailer would accept the exclusive arrangement only if the reduction in price more than compensated for the reduction in the consumer’s choice set” (Matthewson y Winter 1987:1).

norteamericanas han asumido cambios en el tratamiento de las conductas anticompetitivas; así, por ejemplo:

- En 1911, a partir del caso John D.Park and Sons Co. c. Dr. Miles, se aplicó la regla per se (fijación de precios mínimos).
- En 1967, a partir del caso United States c. Arnold, Schwinn & Co, se aplicó la regla per se (asignación de territorios exclusivos).
- En 1977, a partir del caso Continental TV, Inc. c.GTE Silvana Inc., se aplicó la regla de la razón (asignación de territorios exclusivos).
- En 2007, a partir del caso Leegin Creative Product, Inc. c. PSKS Inc., se aplicó la regla de la razón, basada en justificaciones pro competitivas del acuerdo (fijación de precios mínimos).

En las siguientes secciones, se hará referencia al criterio utilizado por la Unión Europea y las cortes norteamericanas para evaluar los contratos de exclusividad.

2.3 Posibles perjuicios ocasionados por la implementación de los contratos de exclusividad

En los párrafos precedentes se ha pretendido establecer que los contratos de exclusividad no son necesariamente malos y que en muchas oportunidades son utilizados como mecanismos para alinear los intereses contrapuestos del productor y del distribuidor, generando beneficios. Sin embargo, también se puede recurrir a estos contratos para obtener beneficios por medios distintos a la eficiencia económica, ocasionando perjuicios al normal desarrollo del proceso competitivo.

Entre los perjuicios ocasionados se pueden mencionar la eliminación o disminución que realiza el productor de los canales de distribución disponibles para sus competidores.

En efecto, "un importante factor en la evaluación de legalidad de los contratos de exclusividad con distribuidores es el grado en el cual los

competidores pueden llegar a los últimos consumidores del producto empleando una alternativa real o potencial de canales de distribución”¹⁷.

Para establecer posibles efectos negativos a la competencia, se debe tomar en cuenta los canales de distribución disponibles para los otros productores o para aquellos que deseen ingresar al mercado.

De esta manera, “si luego de llevado a cabo los acuerdos de exclusividad, un competidor no encuentra fácilmente un canal de distribución accesible, lo cual reduce el nivel de competencia existente en el mercado. Así, el análisis implica determinar la existencia de una estrategia de copamiento de los canales de distribución” (Bullard 2006:1240).

Por otro lado, para evaluar los posibles perjuicios en el mercado ocasionados por los contratos de exclusividad motivados por razones distintas a la eficiencia económica, también se deberá tomar en cuenta las cláusulas relacionadas con la facilidad que tiene el distribuidor para salirse del contrato. Caso contrario, si existen penalidades, se estaría bloqueando los canales de distribución que podrían ser utilizados por los competidores del productor.

En esta parte del trabajo se hará referencia a los posibles perjuicios de los contratos de exclusividad.

2.3.1 Cierre de mercado

Algunos doctrinarios consideran que “el cierre de mercado vertical es la exclusión que resulta cuando un comprador ubicado “aguas abajo” es impedido de acceder a un suministrador “aguas arriba” (cierre de mercado a nivel “aguas arriba”), o cuando u suministrador “aguas arriba” es impedido

¹⁷ Traducción libre del siguiente texto: an important factor in assessing the legality of exclusive dealing arrangements with distributors is the extent to which competitors can reach the ultimate consumers of the product by employing existing or potential alternative channels of distribution. (American Bar Association 2006:274).

de acceder a un comprador ubicado “aguas abajo” (cierre de mercado “aguas abajo”)¹⁸.

De esta manera, el cierre de mercado se asimila a un obstáculo puesto por un agente para evitar que su competidor pueda acceder a fuentes de abastecimiento o canales de distribución. Dependiendo el sector y la magnitud del obstáculo, se podría tener como consecuencia el retiro de competidores, lo que implicaría una finalidad exclusiva.

El cierre de mercado es, tal vez, la peor consecuencia que se puede presentar, toda vez que se dificulta o imposibilita la permanencia o ingreso de agentes e incluso excluye a los que se encuentran en el mercado. Así, “[l]a Corte Suprema [de los Estados Unidos de América] concluyó que el cierre de una participación substancial del mercado minorista, cuando el mercado está concentrado y la entrada restringida, establece un fundamento suficiente para que el tribunal infiera que el arreglo puede disminuir la competencia en una forma considerable” (Gellhorn, Kovasic y Calkins 2008: 348).

Para evaluar este perjuicio se debe considerar el nivel de concentración y la existencia de barreras a la entrada existentes en dicho mercado. En efecto, si el mercado está concentrado significa que la competencia es débil y se facilitaría una conducta anticompetitiva por parte de la dominante.

Por su parte, la inexistencia de barreras a la entrada disciplinaría las conductas anticompetitivas mediante la existencia de competencia potencial.

También se debe tomar en cuenta que la suscripción de un contrato de exclusividad puede producir efectos nocivos a nivel upstream o downstream (mercado afectado). En esa línea, se debe tomar en cuenta qué tanto la

¹⁸ Traducción libre del siguiente texto: Vertical foreclosure is the exclusion that results when a downstream buyer is denied access to an upstream supplier (Upstream Foreclosure), or when an upstream supplier is denied access to a downstream buyer (Downstream Foreclosure). Jean Tirole citado por STEFANADIS 1997: 445)

infractora ha cerrado el mercado, eliminado o disminuyendo canales de distribución.

Par tal fin, se hará referencia a los criterios utilizados en los Estados Unidos de América y en la Comunidad Europea.

Sobre el particular, "Las recientes decisiones [de los Estados Unidos de América], de manera uniforme, han favorecido a los demandados, donde los niveles de cierre de mercado son del 40 por ciento o menos, y por ello, es justo decir que el cierre de mercado en exceso de esa cantidad es un umbral que se exige como base para afirmar una conducta anticompetitiva. (...) "¹⁹.

Siguiendo con la posición de las cortes estadounidenses, "algunas cortes inferiores, revisando otros acuerdos de exclusividad, han hecho implícito un puerto seguro para acuerdos que en conjunto afecten menos del 30% a 40% ciento de los clientes existentes o de la distribución. Por ejemplo, el Primer Circuito declaró que los contratos de exclusividad con niveles menores a 30% o 40% sería improbable que lleguen a preocupar"²⁰.

Por su parte, la Comunidad Europea utiliza dos filtros para determinar el nivel de afectación del mercado. En primer lugar, se debe establecer el mercado relevante, de tal forma que solo será evaluada aquella conducta cuando la cuota del proveedor o comprador exceda del 30% del mercado relevante, según lo dispuesto por el Reglamento 330/2010 de la Comisión

¹⁹ Traducción libre del siguiente texto: "Today, at most, as the court of appeals explained in Microsoft, "the requirement of a significant degree of foreclosure" is viewed as "serv[ing] a useful screening function." (...) The recent decisions uniformly favor defendants where foreclosure levels are 40 percent or less, and so it is fair to say that foreclosure in excess of that amount is a threshold requirement where foreclosure is the asserted basis of the antitrust violation". JACOBSON, J., Ob. Cit., pág. 52.

²⁰ Traducción libre del siguiente texto: (...) some lower courts reviewing other exclusivity arrangements have implied a safe harbor for arrangements that in the aggregate affect less than thirty to forty percent of existing customers or distribution. For example, the First Circuit stated that "[f]or exclusive dealing, foreclosure levels are unlikely to be of concern where they are less than 30 or 40 percent." . DOJ, Ob. Cit., pág. 136.

del 23 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101²¹, apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Si el proveedor mantiene una cuota superior al 30%, se deberá evaluar si el acuerdo puede afectar al comercio entre los Estados miembros de manera sensible. Para ello, se deberá tomar en cuenta que la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no exceda del 15% en ninguno de los mercados afectados, según lo dispuesto por la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Regla de *minimis*).

En ese sentido, según la regla de *minimis* para el tratamiento de los contratos de exclusividad a nivel europeo, la conducta desarrollada por una empresa que mantenga una cuota equivalente al 40% del mercado relevante, pero tiene una cuota del 10% en el mercado afectado no sería sancionable.

Un ejemplo es el caso *Völk contra Vervaecke* de 1969 donde el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea mencionó que “un acuerdo escapa a la prohibición del artículo 85 cuando afecta de manera insignificante al mercado, tomando en cuenta la débil posición que tienen las personas involucradas en el mercado del producto en cuestión”²².

En ese sentido, se puede concluir que según el criterio norteamericano habría afectación si existe un cierre equivalente al 30% del mercado; mientras que según el criterio europeo, la evaluación se realiza a partir de

²¹ A partir del 1 de diciembre de 2009, el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, modificado en 1992, fue sustituido por el artículo 101 del Tratado.

²² Traducción libre del siguiente texto: an agreement falls outside the prohibition in article 85 when it has only an insignificant effect on the markets, taking into account the weak position which the persons concerned have on the market of the product in question. Mayor información en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969J0005:EN:HTML>

la empresa infractora, pudiendo presentarse dos filtros: Exención por Categorías y la Regla de *mínimis*.

Como se verá más adelante, las normas de los Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea mantienen un enfoque similar en relación a la represión de conductas que afecten la libre competencia²³.

Se considera que evaluar la cuota que mantenga una empresa en el mercado no necesariamente permitiría apreciar la real dimensión de la afectación producida e incluso se podría presentar el hecho de que una empresa con una alta cuota de 10% en un mercado atomizado se acogería a la Exención por Categorías y realizaría conductas anticompetitivas.

Por lo antes expuesto, se considera que lo más conveniente al momento de evaluar los posibles perjuicios ocasionados al mercado sería determinar el nivel de afectación ocasionado por una empresa con capacidad para hacerlo, a través del cierre de los canales de distribución puesto que esta consecuencia dificulta, sino elimina, la existencia de una competencia a nivel "aguas abajo".

2.3.2 Facilidad para salirse del contrato

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta al momento de evaluar los contratos de exclusividad es la dificultad que tiene el distribuidor para salirse del contrato suscrito con la infractora. Estas dificultades pueden relacionarse con la duración de la vigencia del contrato de exclusividad.

²³ "La legislación estadounidense es la fuente de prácticamente todas las leyes antimonopólicas que existen en el mundo. Esta legislación está basada en dos leyes fundamentales: La Ley Sherman (1890) y la Ley Clayton (1914)" (Fernández Baca 2006:154). Ambas legislaciones se promulgaron en pleno desarrollo de los ferrocarriles, teléfonos y otras industrias y se evitó el intento de monopolización de mercado.

Por su parte, "cuando se dio inicio al proceso de integración europea con el Tratado de Roma de 1957, una de las principales preocupaciones de los países firmantes era el desarrollo de prácticas y acuerdos monopólicos que pudieran obstaculizar el libre flujo de bienes y servicios dentro de la comunidad" (Fernández Baca 2006:159). Así, el objetivo principal era consolidar la comunidad europea luego de la Segunda Guerra Mundial.

Al respecto, a nivel Comunitario no se aplicará la exención referida a la participación del comprador o vendedor del 30% de la cuota de mercado, a las obligaciones contenidas en los acuerdos verticales cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años. Si su duración es de 1 y 5 años se podría afectar el proceso competitivo²⁴. Así, se podría entender que la duración del contrato de más de cinco años podría ser concebida como una dificultad establecida por el productor.

En ese sentido, se podría señalar que la corta duración de contratos de exclusividad parecería que no tendrían un efecto anticompetitivo. En efecto: "Si tal contrato tiene un efecto exclusorio dependerá de su duración. Si el contrato es de corta duración (...) tales efectos normalmente serán cero, toda vez que el distribuidor será libre de tomar un nuevo suministrador en cualquier momento"²⁵.

De esta manera, "contratos con términos de un año o menos han sido generalmente tratados favorablemente porque permiten a otros suministradores una oportunidad para competir regularmente por el negocio del cliente"²⁶.

Por tal motivo, "además de la cuota de mercado, los tribunales examinan la duración del contrato para determinar si el acuerdo de exclusividad puede cerrar la entrada, Motion Pictures Ads sugirió que inclusive la duración de un año del contrato de exclusividad utilizado por vendedores dominantes serían legales"²⁷.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 7 de diciembre de 2000 recaída en el Asunto C-214/99 Neste Markkinointi Oy contra Yötuuli Ky y otros.

²⁵ Traducción libre del siguiente texto: "Whether such a contract will have an exclusionary effect depends on its duration. If the contracts is terminable on short notice (...) the exclusionary effect will normally be zero, since the distributor is free to take on a new supplier at any time" (Posner 1998:229).

²⁶ Traducción libre del siguiente texto: Contracts with terms of one year or less have generally been treated favourably because they allow other suppliers an opportunity to compete regularly for the customer's business. (American Bar Association 2006:271-272).

²⁷ Traducción libre del siguiente texto: in addition to market share, the courts examine the length of the contract in determining whether exclusive dealing forecloses entry.

En tal sentido, el criterio norteamericano coincide con el europeo al establecer que la duración prolongada de los contratos de exclusividad dificulta el nivel de competencia.

A nivel nacional, las normas de competencia no establecen un plazo para calificar el contrato de exclusividad como de corta o larga duración. Sin embargo, un plazo mayor a un año y que no tenga cláusulas para salirse de manera sencilla y rápida de la relación contractual podría ser perjudicial para el proceso competitivo.

En efecto, en el supuesto que un contrato establezca la posibilidad de resolución con un aviso previo de 15 días, tal situación podría ser entendida como una facilidad para cambiarse de proveedor de manera rápida y no afectaría la competencia.

En conclusión, los contratos de exclusividad deberán evaluarse tomando en cuenta su duración. Así, contratos de menos de un año que tengan facilidades para salirse, en principio, no constituirían una circunstancia que perjudique al mercado.

2.4 Marco legislativo y jurisprudencial en los Estados Unidos de América y en la Unión Europea para el tratamiento de los contratos de exclusividad: principales elementos para su configuración

En la presente sección, se hará referencia al tratamiento previsto en las legislaciones de los Estados Unidos de América, la Unión Europea y el Perú para solucionar los problemas que podrían surgir como consecuencia de la celebración de contratos de exclusividad que afecten el proceso competitivo. En primer lugar, se hará referencia a las normas legales que rigen las

Thus, Motion Pictures Ads suggested that even widespread use of one year exclusive dealing contracts by the dominant sellers would be lawful. (Ross 1993:305).

conductas anticompetitivas en dichos ordenamientos jurídicos y luego algunos de los principales pronunciamientos.

A partir de las normas legales de los Estados Unidos de América, la Unión Europea y el Perú se mencionarán los criterios utilizados para que los contratos de exclusividad sean considerados como contrarios a las normas de libre competencia.

Para iniciar esta parte, se hará referencia a las normas sobre conductas anticompetitivas vigentes en los Estados Unidos de América, la Unión Europea y el Perú.

Para reprimir las conductas anticompetitivas, los Estados Unidos de América se basan en la Ley Sherman, creada en 1890 y la Ley Clayton, creada en 1914. En particular, sobre los contratos de exclusividad, la Ley Sherman dispone lo siguiente: "Sección 1: Cualquier contrato, combinación en la forma de asociaciones empresariales u otra forma, que restrinjan el comercio entre los estados o con los países extranjeros, son declarados ilegales²⁸."

Como se puede observar, la Sección 1 sanciona aquellos acuerdos, horizontales o verticales, establecidos por agentes económicos que restrinjan el comercio. En tal sentido, una práctica llevada a cabo por dos empresas, como la fijación de precios, que tengan como finalidad afectar el proceso competitivo, será tratada bajo el ámbito de aplicación de la sección 1 de la Ley Sherman.

Sin embargo, si la conducta se desarrolla por una empresa al suscribir los contratos de exclusividad tiene como finalidad monopolizar el mercado, será tratada bajo el ámbito de aplicación de la sección 2 de la Ley Sherman, que señala lo siguiente: "Sección 2: Cualquier persona que monopolice o trate de monopolizar, o realice combinaciones o conspiraciones con otras

²⁸ Traducción libre del siguiente texto: Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal (Cornell University Law School).

personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre los Estados, o con países extranjeros, será considerado culpable de felonía.”²⁹

A diferencia de la Sección 1, donde las empresas acuerdan perjudicar el proceso competitivo (fijación de precios); en la Sección 2, la conducta unilateral de una empresa, por su condición en el mercado, perjudica el proceso competitivo (reparto de mercado).

Por su parte, la Sección 3 de la Ley Clayton señala que están prohibidos los acuerdos de las empresas que tengan como efecto restringir la competencia de manera significativa, o que busquen monopolizar el mercado, según se lee a continuación:

Sección 3: Será ilegal para cualquier persona que participa en el comercio (..) arrendar o hacer una venta o contrato para la venta de bienes, mercancías, maquinaria, provisiones, u otras materias primas (...) dentro de los Estados Unidos (...), destinado a fijar precio (...) cuando el efecto de tal arriendo, venta, o contrato de venta o tal condición, puede disminuir considerablemente la competencia o tender a crear un monopolio en cualquier ámbito del comercio³⁰.

Un caso sobre acuerdos de exclusividad tratado por las cortes norteamericanas es el de Microsoft de 2001.

Microsoft había establecido acuerdos con varios fabricantes de ordenador (OEMS), proveedores de acceso a Internet, vendedores independientes de software, y proveedores de computadoras Apple con alguna medida de exclusividad para su navegador Internet

²⁹ Traducción libre del siguiente texto: Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.

³⁰ Traducción libre del siguiente texto: It shall be unlawful for any person engaged in commerce (...) to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities (...) within the United States (...) or fix a price charged there for (...) where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce. (Cornell University Law School).

Explorer (IE) contra Netscape's Navigator. La mayoría de los acuerdos fueron establecidos cuando el Navigator obtuvo una ventaja sustancial sobre IE en el uso de browser. Microsoft fue capaz de mantener sus acuerdos exclusivos mediante el poder que tenía en su sistema operativo Windows, por ejemplo, que OEMs no muestran Navigator en las pantallas de sus ordenadores, o que los proveedores de acceso a Internet distribuyen IE más que Netscape Navigator como una condición para incursionar en "los servicios en línea" Windows³¹.

Del caso Microsoft se puede observar que los acuerdos de exclusividad que mantuvo sólo fueron posibles debido al poder que ostentaba en el mercado. Es decir, un primer aspecto relevante en el análisis, es que los tribunales norteamericanos consideraron que la elevada cuota de participación de Microsoft le permitió afectar el proceso competitivo.

Si bien el grado de afectación podría evaluarse según el cierre de mercado que se ocasione con la conducta, en el caso Microsoft las cortes señalaron que el análisis del cierre de menos del 40% del mercado no era prioritario frente al hecho que gracias a los contratos de exclusividad, Microsoft mantuvo su monopolio en el mercado:

El tribunal dijo que el empleo de contratos exclusivos por parte de un monopolista puede violar la Sección 2 aun cuando los contratos puedan cerrar menos que el 40 % o el 50 % requerido bajo la Sección 1, pero señaló que las normas bajo las Secciones 1 y 2 para evaluar la conducta exclusoria son esencialmente las mismas. Los tribunales de apelación sostuvieron que el acuerdo que tuvo Microsoft violó la Sección 2, al permitirle mantener su monopolio en el sistema

³¹ Traducción libre del siguiente texto: Microsoft had entered into arrangements with various computer manufacturers (OEMs), Internet access providers, Internet content providers, independent software vendors, and Apple Computer providing for some measure of exclusivity for its Internet Explorer browser (IE) versus Netscape's Navigator. Most of the agreements were entered into at times when Navigator held a substantial lead over IE in browser usage. Microsoft was able to achieve its exclusive arrangements through the power of its Windows operating systems-insisting, for example, that OEMs not display navigator on their computers' initial start up screens, or that the Internet access providers distribute IE rather than Netscape Navigator as a condition for incursion in the Windows "on line services" folder. (Jacobson 334)

operativo, negando a Netscape de medios más rentables de distribución sin la justificación suficiente³².

Otro caso de contratos de exclusividad sancionado por los tribunales norteamericanos es el de Dentsply de 2005.

Dentsply es el fabricante nacional más grande de prótesis dental, con una cuota de mercado que se ha extendido del 70 a 80 por ciento durante los diez años pasados. El Gobierno cuestionó la política de trato exclusiva de Dentsply con treinta distribuidores independientes, a través de los cuales las prótesis de Dentsply fueron vendidas. Dentsply no discutió que la venta de prótesis dental en los Estados Unidos era el mercado relevante o que Dentsply tenía el poder monopólico en el mercado³³.

Es decir, gracias a la posición de dominio que tuvo Dentsply, pudo implementar una política comercial que sus distribuidores no habría podido rechazar.

En efecto, a pesar de que existieran pequeñas fuentes alternativas de aprovisionamiento a nivel upstream, y que los distribuidores podrían salirse del contrato en un plazo relativamente corto, la participación de Dentsply en el mercado le habría permitido mantener su monopolio.

³² Traducción libre del siguiente texto: The court said that a monopolist's use of exclusive contracts may violate Section 2 even though the contracts may foreclose less than the roughly 40% or 50% share usually required under Section 1, but it otherwise ruled that the standards under Sections 1 and 2 for evaluating exclusionary conduct are essentially the same. The appeals court held that Microsoft's arrangements had violated Section 2, permitting Microsoft to maintain its operating system monopoly, by denying Netscape the most cost effective means of distribution without sufficient competitive justification. (Jacobson 2002:335)

³³ Traducción libre del siguiente texto: Dentsply is the nation's largest manufacturer of artificial teeth, with a market share that has ranged from 70 to 80 percent over the last ten years. the Government challenged Dentsply's exclusive dealing policy with thirty independent dealers, through which all of Dentsply's teeth were sold. Dentsply did not dispute, for purposes of its motion, that the sale of artificial teeth in the United States was an appropriate relevant market or that Dentsply had monopoly power in the market. (Jacobson 2002:333)

Así, el fallo señaló que “los acuerdos eran su perpetuación porque ningún distribuidor abandonaría la línea de Dentsply por una de las más pequeñas marcas”³⁴.

El aporte de Dentsply fue que, a pesar de que existieron facilidades para que sus distribuidores salgan del contrato sin una penalidad, y que existieron fuentes alternativas de aprovisionamiento, toda vez que no cerró el 40% del mercado, no resultaba razonable que los distribuidores decidan por otro proveedor en lugar de Dentsply. Es decir, Dentsply, respaldada en su alta cuota de participación, implementó una política comercial que afectó el proceso competitivo. Por lo tanto, la conducta de Dentsply fue sancionada bajo la aplicación de la sección 3 de la Ley Clayton, toda vez que tenía como efecto monopolizar el mercado de fabricación de prótesis dentales.

En conclusión, se puede establecer que para la legislación norteamericana, los contratos de exclusividad están prohibidos:

- Si son acuerdos que restringen el comercio (Sección 1 de la Ley Sherman).
- Si son utilizados, por un agente con la finalidad de monopolizar el mercado (Sección 2 de la Ley Sherman).
- Si por sus efectos, ocasionan perjuicios a la competencia, sea restringiéndola o monopolizando el mercado (Sección 3 de la Ley Clayton).
- Si como consecuencia de la utilización de contratos de exclusividad, sea por monopolistas o no, se cierre el mercado de manera significativa, inclusive debajo del 40% ó 50% del mercado analizado³⁵.

³⁴ Traducción libre del siguiente texto: the agreements were self perpetuating because no dealer would abandon the powerful Dentsply line altogether to carry one of the smaller brands. (Jacobson 334)

³⁵ Cabe mencionar que, como se ha visto previamente, la legislación norteamericana sanciona la monopolización o intento de monopolización (Sección 2 de la Ley Sherman), motivo por el cual, inclusive si el cierre de mercado es menor del 30%, la conducta puede ser sancionada.

Por su parte, la Unión Europea aplica el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, el Tratado). En particular, el Tratado aborda los temas de contratos de exclusividad en su artículo 101 que a continuación se transcribe:

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan 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;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

El artículo 101 del Tratado se divide en tres numerales. El primer numeral establece la prohibición de acuerdos verticales y horizontales que potencialmente afecten el comercio, señalando que dichos acuerdos tengan por objeto o efecto perjudicar el proceso competitivo. El mismo numeral muestra de manera enunciativa algunas conductas prohibidas.

El numeral 2 del artículo 101 del Tratado sanciona con nulidad dichos acuerdos.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 101 del Tratado dispone una excepción de sanción al mencionar que no se aplicará la prohibición del numeral 1 respecto de los acuerdos que cumplan ciertos requisitos. A saber:

- Los acuerdos contribuyan a la mejora productiva, en cuyo caso habría un beneficio que se trasladaría al consumidor.
- Los acuerdos no impongan restricciones indispensables, como la comercialización exclusiva de un producto por un periodo corto para proteger las inversiones.
- Los acuerdos no eliminen la competencia de manera sustancial.

A diferencia del ordenamiento norteamericano que se basa en la jurisprudencia, la Unión europea ha elaborado Reglamentos y Directivas para la aplicación de las normas contenidas en el artículo 81 del Tratado.

En efecto, según el Reglamento 330/2010 de la Comisión del 23 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, si la cuota del proveedor y comprador no excede al 30% del mercado relevante, calculada sobre la base del valor de mercado de las ventas de los

bienes o servicios ofrecidos por el proveedor que el comprador considere intercambiables³⁶, se aplicará una exención de sanción.

De esta manera, un primer criterio utilizado por la Unión Europea para analizar los contratos de exclusividad es saber la cuota de participación del proveedor. Si su cuota es menor al 30% del mercado, podría aplicarse la exención.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, el artículo 4 del Reglamento 330/2010 dispone que incluso si la cuota del proveedor es menor al 30% del mercado no se aplica la exención respecto de las siguientes conductas (denominadas lista negra):

- La restricción para el comprador de establecer el precio de venta. Sin embargo, las normas comunitarias permiten que el proveedor pueda fijar precios máximos de venta.
- La restricción del territorio o de clientes a quienes el comprador pueda vender los productos. Sin embargo, las normas comunitarias permiten que el proveedor realice ventas, por el mismo o a través de otro comprador, mediante contratos en exclusiva.
- La restricción de ventas finales impuestas por los miembros de un sistema de distribución selectiva. Sin embargo, las normas comunitarias permiten la prohibición de realizar ventas fuera del territorio autorizado.
- La restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles del comercio.
- La restricción de un comprador para que su proveedor venda componentes como piezas sueltas a usuarios finales o proveedores de otros servicios, no encargados por el comprador de la reparación o servicio post-venta de sus bienes.

El artículo 5 del Reglamento 330/2010 dispone aquellas conductas, denominadas restricciones excluidas, donde a pesar de que la cuota del

³⁶ Artículo 2 del Reglamento 330/2010.

proveedor no supera el 30% del mercado, se evaluará la conducta debido a que la duración del acuerdo es indefinido o mayor a cinco años.

Por su parte, las Directrices relativas a las restricciones verticales (2010/C 130/01) señala, entre otras cosas, que en la mayoría de estas restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia intermarca es insuficiente, es decir, si existe cierto grado de poder de mercado del proveedor, comprador o de ambos. Este aspecto es importante, toda vez que aquellas conductas realizadas por agentes que no ostenten poder de mercado no afectarán el proceso competitivo y no serán analizadas por la autoridad de competencia.

Por su parte, el numeral 2 de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis) (2001/C 368/07) señala que mediante esta "Comunicación, la Comisión establece, mediante unos umbrales de cuotas de mercado, unos criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 81 del Tratado CE. Esta definición negativa de lo «sensible» no implica que los acuerdos entre empresas que superen los límites establecidos en esta Comunicación restrinjan la competencia de forma sensible. Es posible que dichos acuerdos no tengan más que un efecto insignificante sobre la competencia y que, por tanto, no resulten prohibidos en virtud del apartado 1 del artículo 81."

Así, los numerales 7, 8 y 9 de la mencionada Comunicación señalan los siguientes criterios para la aplicación de la Regla de Minimis:

- a. La cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo.
- b. La cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no exceda del 15 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo.

- c. Si no se puede determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o un acuerdo entre no competidores, se aplicará el umbral del 10 %.
- d. Si la competencia se ve restringida por efectos acumulativos de acuerdos, el umbral de cuotas de mercado será de 5%. La cuota equivalente a menos del 5% no contribuye de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado.
- e. Asimismo, los acuerdos no restringen la competencia si las cuotas de mercado del 10%, 15% y 5% se incrementan menos de 2% en dos años naturales consecutivos.

Es decir, la Regla de Mínimis sirve para evaluar la conducta desde el enfoque de la cuota de participación (10%, 15% ó 5%) en el mercado afectado; a diferencia del Reglamento 330/2010 que evalúa la conducta desde el enfoque de la cuota de participación (30%) en el mercado relevante.

Sin embargo, el numeral 11 de la misma Comunicación dispone que no se aplicará la Regla de Mínimis cuando los acuerdos se refieran a:

- Fijación de precios de venta de los productores.
- Limitación de la producción o las ventas.
- Reparto de mercado o clientes.

Luego de haber hecho referencia a la normativa comunitaria, a continuación se mencionarán algunos de sus pronunciamientos más relevantes.

Entre los casos más relevantes tratados por la Unión Europea se puede mencionar a *Technique Minière c. Maschinenbau Ulm* de 1966.

El caso trataba de un acuerdo por el que una compañía francesa (*Technique Minière*) obtenía el derecho exclusivo de vender en Francia determinadas máquinas de nivelar, fabricadas por una compañía alemana (*Maschinenbau Ulm*) y se obligaba a no vender máquinas que hicieran la competencia a la primera. La compañía

francesa quiso renegociar el acuerdo en el momento de pagar las máquinas, en base a que el contrato contravenía el artículo 85.1³⁷ (...) El Tribunal señaló que los acuerdos concediendo una exclusiva de venta no restringían por su propia naturaleza la competencia protegida por el artículo 85.

De esta manera, el Tribunal rechazó la interpretación realizada por la Comisión sobre la aplicación *per se* de la conducta de venta exclusiva, criterio que sí había sido utilizado en el caso Grundig y Costen y consideró que los contratos de exclusividad no tenían necesariamente efectos anticompetitivos.

Technique Minière sirvió para establecer los siguientes criterios al momento de analizar las conductas que podrían afectar el proceso competitivo:

- Al decidir si el artículo 85.1 es de aplicación, primero es necesario considerar el objeto del acuerdo.
- La concesión de un derecho exclusivo de venta no tiene por su propia naturaleza el objeto de restringir la competencia, al menos cuando el derecho exclusivo es necesario para la penetración por parte de la empresa en un nuevo mercado.
- Si el objeto del acuerdo no restringe la competencia por su propia naturaleza, hay que considerar luego el efecto del acuerdo sobre la competencia teniendo en cuenta el contexto económico completo en el que el acuerdo opera.
- Para juzgar el efecto del acuerdo debe tenerse en cuenta la competencia que habría en ausencia del acuerdo de que se trate.
- Ha de demostrarse que el efecto sobre la competencia sea apreciable.
- Entre los factores relevantes para determinar si el acuerdo afecta a la competencia de una manera apreciable hay que incluir en particular a) las cuotas de mercado de las partes en el mercado relevante; b) si el acuerdo es único o forma parte de un conjunto de acuerdos

³⁷ Cabe mencionar que con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, del 2 de octubre de 1997, se cambiaron los números de todos los artículos del Tratado. Así, el antiguo artículo 85 es el actual artículo 81. (Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 2008:42)

similares; c) si el acuerdo impide la posibilidad de importaciones paralelas. (Bellamy y Child 1992: 102)

En ese sentido, un acuerdo será considerado contrario a las normas sobre libre competencia si tienen efectos de manera apreciable. Sobre la afectación apreciable, se hará referencia al caso *Völk c. Vervaecke* de 1969.

En este caso un fabricante alemán de máquinas de lavar, *Völk* nombró a la casa belga *Vervaecke* su distribuidor exclusivo en Bélgica y Luxemburgo. *Völk* se obligó a asegurar que *Vervaecke* estaría protegido contra las importaciones paralelas y le obligó a no vender máquinas que le hicieran la competencia. Por ello, surgió una disputa. *Vervaecke* alegó que el acuerdo era nulo bajo el artículo 85.1. La producción de máquinas de lavar, objeto del acuerdo parece que representaba entre un 0,2 un 0,5 por ciento de la producción en Alemania (Bellamy y Child 1992: 107-108).

El Tribunal sostuvo que “un acuerdo escapa a la prohibición del artículo 85 cuando no afecta al mercado más que de una manera insignificante, teniendo en cuenta la débil posición que ocupan los interesados en el mercado de que se trata” (Bellamy y Child 1992: 108).

Así, sólo los acuerdos que ocasionan una afectación significativa serán pasibles de sanción administrativa. Este criterio se condice con la Regla sobre Mínimos que exceptúa de evaluación las conductas que no repercutan significativamente en el mercado. En consecuencia, se puede señalar que para analizar los contratos de exclusividad, el ordenamiento comunitario debe determinar:

- Si la cuota de participación del proveedor supera el 30% del mercado relevante, salvo aquellas conductas incluidas en la denominada “lista negra”.
- Si la cuota de mercado de manera conjunta o de cada una de las partes del acuerdo excede el 10% ó 15%, respectivamente, del mercado afectado.
- Exista una apreciable afectación a la competencia.

- La duración del acuerdo supere los 5 años.

Respecto del tratamiento nacional, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, define a las prácticas colusorias verticales de la siguiente manera:

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.

Para entender el carácter ilícito, el referido decreto las califica como una prohibición relativa en los siguientes términos:

Artículo 9.- Prohibición relativa.-

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Es decir, para verificar si una práctica colusoria vertical debe ser sancionada, se deberá probar lo siguiente:

- La existencia de la conducta, así por ejemplo, la constatación de un contrato de exclusividad; y,
- La conducta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Asimismo, el artículo 12 del Decreto Legislativo 1034 establece como requisito que por lo menos un agente ostente posición de dominio de manera previa al ejercicio de la práctica. De esta manera, la norma nacional evita que las conductas ocasionadas por empresas que no ostenten posición de dominio no sean analizadas, debido a la poca o nula trascendencia en el mercado.

Ahora bien, corresponde definir lo que se entiende por posición de dominio. Al respecto, el artículo 7 del Decreto Legislativo 1034 lo define en los siguientes términos:

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- a. Una participación significativa en el mercado relevante.
- b. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- c. El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- d. El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- e. La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- f. La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos

Por ejemplo, un único proveedor que abastezca de insumo a sus distribuidores y si existen altas barreras de entrada, podrá realizar conductas que perjudiquen el proceso competitivo, tales como discriminar entre sus distribuidores. Es decir, la posición que ocupa un agente le permite realizar conductas, independientemente de los otros agentes. Para la configuración de un contrato de exclusividad prohibido legalmente, la legislación nacional requiere que al menos un agente, de manera previa a la práctica, ostente posición de dominio.

En resumen, para las normas de competencia peruanas, un contrato de exclusividad será sancionado si:

- Al menos un agente ostenta posición de dominio en el mercado.
- Se produce efectos perjudiciales en el proceso competitivo.

Si bien el Decreto Legislativo 1034, a diferencia del anterior Decreto Legislativo 701, establece una mejor organización en el tratamiento de conductas y del procedimiento administrativo sancionador, aún mantiene algunas deficiencias como no señalar un porcentaje de mercado afectado ni la cuota de participación del agente a partir del cual se entienda que existe una afectación al proceso competitivo.

En efecto, la legislación peruana no establece un porcentaje a partir del cual se considere que la conducta afecta un mercado. Sobre el particular, debido a que los contratos de exclusividad son analizados bajo la regla de la razón y los criterios relacionados a los porcentajes de afectación establecidos por la Unión Europea y los Estados Unidos de América, como se explicará más adelante, no necesariamente serían los mismos para el mercado peruano; se considera que se debería establecer de manera expresa un porcentaje de afectación como consecuencia de la suscripción de un contrato de exclusividad.

La legislación nacional tampoco establece las cuotas de participación del agente investigado y sólo se limita a indicar que el agente gozará de

posición de dominio cuando mantenga una participación significativa en el mercado, entre otros criterios.

Otra deficiencia de las normas peruanas es que tampoco mencionan un determinado periodo de duración de los contratos a partir del cual se podría presumir el cierre de canales de distribución.

Finalmente, sobre la posición de dominio del agente, en la siguiente sección se hará referencia a algunos comentarios sobre este requisito y a los criterios establecidos por los ordenamientos de los Estados Unidos de América y la Unión Europea.

2.5 Estándar propuesto para el análisis de los contratos de exclusividad como conductas que afectan el proceso competitivo

Hasta esta parte del trabajo, se ha mencionado que la suscripción de los contratos de exclusividad puede realizarse por motivos de eficiencia económica, como evitar el oportunismo, proteger la inversión realizada, llevar a cabo coordinaciones entre las empresas para ahorrar costos de transacción, entre otros.

Antes de iniciar con la presentación del estándar propuesto, es necesario precisar una diferencia entre la utilización de un contrato de exclusividad como medio y como finalidad. Se explica a continuación.

Como se conoce, el abuso de posición de dominio puede consistir en diversas modalidades, como cuando el dominante se niega a abastecer de un determinado insumo a menos que el cliente acepte ciertas condiciones de manera exclusiva.

También el abusador puede discriminar a sus clientes basándose en las condiciones establecidas en un contrato de exclusividad suscrito con ellos. Para realizar estas conductas se puede recurrir a los contratos de exclusividad como medio de un abuso de posición de dominio en la

modalidad de negativa injustificada de venta o discriminación y el perjudicado será el solicitante del bien o servicio.

Por el contrario, como finalidad, serán utilizados por los contratantes como una práctica colusoria horizontal y el perjudicado será un tercero competidor que participa en el mercado supuestamente afectado.

Para analizar el cierre de mercado, se debe considerar que previamente exista un esquema de distribución. En tal sentido, de no existir este esquema, sino que el dominante condicione la atención de la demanda a la suscripción de un contrato, se trataría de una negativa de venta y no de un contrato de exclusividad como modalidad de abuso de posición de dominio.

Considerando que la ley de competencia peruana establece como requisito que en los contratos de exclusividad al menos una de las partes ostente posición de dominio³⁸, a continuación, se hará referencia a los requisitos que deben presentarse para la configuración de la posición de dominio.

De conformidad con lo señalado por el artículo 10 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el abuso de posición de dominio se define de la siguiente manera:

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

El artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034³⁹ recoge las modalidades de abuso de posición de dominio como la negativa injustificada de trato, la

³⁸ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

³⁹ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

discriminación o establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, que resulten injustificados.

De acuerdo a lo antes señalado, se deben presentar los siguientes requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio:

- a. Que el supuesto infractor ostente posición de dominio.
- b. Que se haya realizado alguna modalidad.
- c. Que el presunto infractor obtenga beneficios y perjudique a competidores reales o potenciales, directos o indirectos.

A continuación, se analizarán algunos supuestos en los que se podrían presentar problemas a la competencia utilizando los contratos de exclusividad en los niveles upstream y downstream, y según los requisitos antes mencionados.

Primer supuesto:

- Conformación de los mercados
Nivel upstream: Existencia de un solo productor P.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
- h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Nivel downstream: Existencia de tres distribuidores (A, B y C), con el 80%, 10% y 10%, respectivamente, de cuota de participación.

El productor mantiene una relación comercial basada en un contrato de exclusividad con el distribuidor A y se niega a atender la demanda del distribuidor B.

- Análisis de las conductas

Nivel upstream: Productor P monopolista participa en el mercado donde existen altas barreras a la entrada. Sí ejercía posición de dominio. Sin embargo, el productor P no atendió la demanda de B, configurándose una negativa de venta.

Sin embargo, el productor P no obtuvo un beneficio anticompetitivo, es decir, no se produjo el efecto de mantener o incrementar el poder de mercado y no se provocó la salida de uno o más competidores directos o indirectos, puesto que el productor P no compite con B.

En tal sentido, si bien se cumplieron los dos primeros requisitos (posición de dominio y abuso) no se cumplió el tercer requisito (obtención de beneficios y generación de perjuicios a competidores), motivo por el cual, la conducta del productor P no podría ser sancionable.

Nivel downstream: Existen tres distribuidores, de los cuales el distribuidor A ostenta la mayor cuota de participación (80%).

El productor P y el distribuidor A suscribieron un contrato de exclusividad por el que P se obligaba a suministrar el insumo solamente al distribuidor A, motivo por el cual el productor P no atendió la demanda de B.

A partir de dicho contrato de exclusividad, el distribuidor A obtendría beneficios anticompetitivos, puesto que produciría el efecto de incrementar el poder de mercado y provocaría la salida de sus competidores (distribuidor B y C).

En tal sentido, luego de verificar que A ostentó posición de dominio en el mercado de distribución, que participó en el contrato de exclusividad como modalidad de abuso de posición de dominio y que

obtuvo beneficios y generó perjuicios a competidores, la conducta del distribuidor A podría ser sancionable.

Segundo supuesto:

- Conformación de los mercados

Nivel upstream: Existencia de dos productores (A y B)

Nivel downstream: Existencia de una red de distribución, conformada por más de 1000 puntos de venta.

El productor A mantiene una relación comercial basada en contrato de exclusividad con el 90% de la red de distribución, con la finalidad de que sólo adquiera los productos de A y no del productor B.

- Análisis de las conductas

Nivel upstream: En el supuesto que existan altas barreras a la entrada, el productor A sí ejercía posición de dominio.

El productor A suscribió contratos de exclusividad con el 90% de las empresas integrantes de la distribución, con la finalidad de que sólo adquieran sus productos y no los del productor B, configurándose de esta manera la conducta indebida (contratos de exclusividad)

El productor A obtendría beneficios anticompetitivos, puesto que produciría el efecto de mantener o incrementar el poder de mercado, en perjuicio del productor B, al cerrarle los canales de distribución.

En tal sentido, luego de verificar que A ostentó posición de dominio en el mercado de distribución, que participó en los contratos de exclusividad, que obtuvo beneficios y generó perjuicios a competidores, la conducta del productor A podría ser sancionable.

Nivel downstream: En este nivel participan 1000 puntos de venta y no se verificó una alta cuota de participación de alguno de ellos. Adicionalmente, los puntos de venta no compiten con el productor B, motivos por los cuales, las conductas de las empresas integrantes de la red de distribución no podrían ser sancionables.

Tercer supuesto:

- Conformación de los mercados

Nivel upstream: Existencia de dos productores (A y B)

Nivel downstream: Existencia tres distribuidores (X, Y y Z), quienes ostentan el 32%, 33% y 35%, respectivamente.

El productor A mantiene una relación comercial basada en contrato de exclusividad con el distribuidor X, con la finalidad de que sólo adquiera los productos de A y no del productor B. Adicionalmente, el productor A no atendió la demanda del distribuidor Z, debido a que éste no aceptó la suscripción del contrato de exclusividad y se abastecía del productor B.

- Análisis de las conductas

Nivel upstream: En el supuesto que existan altas barreras a la entrada, el productor A sí ejercía posición de dominio.

El productor A no atendió la demanda de Z, configurándose una negativa de venta.

El productor A obtuvo beneficios anticompetitivos como consecuencia de su negativa, al ejercer coerción en el distribuidor X, lo que serviría para que Y acepte los términos del productor A. Es decir, se produjo el efecto de mantener o incrementar el poder de mercado y se provocaría la salida de un competidor directo (productor B).

Luego de verificar que A ostentó posición de dominio, que se negó a satisfacer la demanda de Z, debido a que éste no aceptó la suscripción de un contrato de exclusividad, y que obtuvo beneficios y generó perjuicios a competidores, la conducta del productor A podría ser sancionable.

Nivel downstream: En este nivel participan 3 distribuidores y ninguno de ellos ostentó una alta cuota de participación. Adicionalmente, los distribuidores no compiten con los productores, por lo que la conducta del distribuidor X que suscribió un contrato de exclusividad con el productor A no podría ser sancionable.

Cabe mencionar que si bien se recurre a la suscripción de un contrato de exclusividad impuesta por el productor A para atender la demanda de compra, la modalidad sancionada sería una negativa injustificada de venta por parte del productor A en perjuicio del distribuidor Z y no un contrato de exclusividad. En efecto, este supuesto implica un beneficio anticompetitivo destinado a excluir al productor B y ningún beneficio anticompetitivo por parte de los distribuidores. En consecuencia, la conducta sería un abuso de posición de dominio por parte del productor A bajo la modalidad de negativa injustificada de venta.

Como se ha podido observar, la celebración de estos contratos puede estar motivada por objetivos distintos a la eficiencia económica y ocasionar efectos negativos para el proceso competitivo. Por ello, los diversos ordenamientos jurídicos han establecido regulaciones para la identificación y sanción de conductas. Sin embargo, las características particulares de la economía peruana no permitirían aplicar dichas regulaciones.

Por lo antes expuesto, se propone desarrollar un estándar para el análisis de estos contratos, partiendo de la estructura de mercado, definiendo el mercado relevante y la posición de dominio en dicho mercado. Luego, se evaluará la conducta desarrollada por el infractor, en particular, se propondrá que la evaluación de la infracción se realice sólo respecto del agente que perciba beneficios anticompetitivos. Asimismo, se señalarán algunos criterios en relación a las características de los contratos de exclusividad.

Posteriormente, se tratará el mercado afectado, identificando la existencia de un posible cierre de canales de distribución y finalmente, se propondrá realizar un balance entre posibles efectos positivos y los efectos negativos ocasionados en el mercado como consecuencia de los contratos de exclusividad.

2.5.1 Evaluación de la estructura de mercado

2.5.1.1 Determinación del mercado relevante

La idea es que la eficiencia económica obtenida como consecuencia de los contratos de exclusividad sea trasladada al sistema mediante la reducción de precios, que beneficiará al consumidor.

Sin embargo, los agentes económicos pueden recurrir a los contratos de exclusividad por motivos distintos a la eficiencia económica, pero que no necesariamente dicha conducta perjudique el proceso competitivo. Así, por ejemplo, un pequeño productor puede celebrar un contrato de exclusividad con un pequeño distribuidor, estableciendo que no comercialice los productos de la competencia. Esta conducta no tendría un impacto significativo para la competencia, toda vez que la conducta del pequeño productor no tendría efectos exclusorios sobre los otros productores, ni se estaría copando canales de distribución para la comercialización de los productos.

En tal sentido, considerando que para afectar el proceso competitivo, el contrato de exclusividad debe ser suscrito por un agente que ostente posición de dominio, en primer lugar, se debe identificar el mercado relevante en el cual dicho agente desarrollará la conducta.

Antes de evaluar la conducta, se debe analizar la posición de dominio que utilizará la empresa para restringir la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales.

Para determinar la posición de dominio, se debe establecer el mercado en el cual podría tener posición de dominio. Así, sólo puede hablarse de la tenencia de posición de dominio luego de haber determinado el mercado relevante en el que dicha empresa se desempeña.

De acuerdo con *Horizontal Horizontal Merger Guidelines (2010)*, documento utilizado por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de

América para la determinación de conductas que afectan el proceso competitivo:

Cuando un producto es vendido por una firma (Producto A) compite contra uno o varios productos vendidos por otras firmas, las Agencias definen el mercado de producto relevante alrededor del Producto A para evaluar la importancia de la competencia. Un mercado de producto relevante consiste en un grupo de productos sustitutos incluyendo el Producto A. Múltiples mercados de producto relevantes así pueden ser identificados⁴⁰.

En tal sentido, sólo puede hablarse de la tenencia de posición de dominio por parte de una empresa una vez resuelta la cuestión relativa a cuál es el mercado relevante en el que dicha empresa desarrolla su actividad económica. A su vez, el mercado relevante está conformado por el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante.

Sobre la conformación del mercado relevante, la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, publicada en el Diario Oficial C372 del 9 de diciembre de 1997, los define de la siguiente manera:

El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.

El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en

⁴⁰ Traducción libre del siguiente texto: "When a product sold by one merging firm (Product A) competes against one or more products sold by the other merging firm, the Agencies define a relevant product market around Product A to evaluate the importance of that competition. Such a relevant product market consists of a group of substitute products including Product A. Multiple relevant product markets may thus be identified".

particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaletientes son sensiblemente distintas a aquéllas.

Para definir el mercado relevante, se deberá evaluar el nivel de sustituibilidad que tiene el producto o servicio ofrecido por la empresa investigada, de tal manera que el mercado de producto relevante incluya aquellos bienes que por sus usos, precio y características puedan ser sustitutos del bien ofrecido por la investigada.

Por su parte, el mercado geográfico relevante se define a partir de las fuentes alternativas que el cliente tiene para abastecerse o aprovisionarse del bien ofrecido por la infractora.

2.5.1.2 Determinación de la posición de dominio

Un segundo aspecto a evaluar en la estructura de mercado es la determinación de posición de dominio de un agente en el mercado relevante. Esta identificación se relaciona con la cuota de participación, el nivel de concentración de mercado, las barreras a la entrada y la existencia de competencia. A continuación, se evaluará cada uno de los temas relacionados con la determinación de posición de dominio.

Respecto de la cuota de participación de un agente que haga presumir la existencia de posición de dominio, a diferencia de las normas comunitarias, el Decreto Legislativo 1034 no ha establecido un porcentaje determinado.

Un agente con 20% de participación en un determinado mercado, teniendo como competidor más cercano a otro que ostente un 6%, y que el mercado se caracterice por presentar altas barreras a la entrada, podrían indicar que existe una posición de dominio.

A diferencia de lo antes expuesto, una empresa que ostente el 70% de cuota de participación, que no existan barreras a la entrada y donde se desarrolle una continua y creciente actividad de importación del producto

relevante, podría hacer presumir que no existe una posición de dominio de la empresa que tiene la alta cuota de participación.

Independientemente que la cuota de una empresa sea elevada, se debe tomar en cuenta el tiempo de permanencia de dicha cuota en el mercado analizado. Así, cuotas del 50% durante un tiempo prolongado permitiría deducir su posición de dominio.

En ese sentido,

[n]o solo la existencia de un determinado modelo, pero su persistencia en el tiempo podría ser un indicador de la situación de fuerza de una industria. Si la cuota de de mercado de una firma estuviera por encima del 50% en un horizonte de cinco a diez años, podría ser una remota indicación de su probable dominio. Contrariamente, si la distribución de cuotas de mercado entre principales agentes varía durante un periodo relativamente corto, podría ser un indicador de una situación más competitiva donde ningún agente es dominante⁴¹.

Para Motta, el dominio de una firma se presumiría por dos elementos concurrentes: la elevada cuota de participación y el tiempo durante el cual la firma mantuvo su elevada cuota.

En efecto, de lo antes señalado, se deduciría la existencia de posición de dominio si la firma mantuviera una cuota superior al 50% del mercado y si dicha cuota la mantendría de 5 a 10 años.

Así, un primer elemento del estándar propuesto es que la cuota de la empresa dominante, además de ser elevada según el mercado que se trate, debe ser sostenible en el tiempo, y durar por lo menos cinco años.

⁴¹ Traducción libre del siguiente texto: "Furthermore, it is not only the existence of a certain pattern, but its persistence over time that might give a strong indication of an industry situation. If a firm's market share was consistently above say 50% over a time horizon of five to ten years, that might be a further indication (other things being equal) of its likely dominance. Conversely, a distribution of market shares among the main players that varies considerably over a relative short period might be suggestive of a more competitive situation where no single player is dominant" (Motta 2004: 120).

Otro elemento es el nivel de concentración del mercado, que se determina en base al número de empresas que operan en el mercado, para lo cual, se tomará en cuenta las cuotas que posean dichas empresas. A efectos de calcular la concentración, se suele recurrir al Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI). Este primer cálculo se basó en los *Horizontal Merger Guidelines* publicados en 1997:

El HHI se calcula sumando las cuotas de mercado de cada una de las empresas concurrentes elevadas al cuadrado. En general, dependiendo del grado de concentración, los mercados pueden ser catalogados como desconcentrados ($HHI < 1000$), moderadamente concentrados ($1000 < HHI < 1800$) o altamente concentrados ($1800 < HHI$). A mayor concentración del mercado se incrementa la probabilidad de tener una o más empresas con poder de mercado. (Figari, Gómez y Zúñiga 2005: 81)

Sin embargo, según la última versión de los *Horizontal Merger Guidelines* (2010: 19), el HHI se divide de la siguiente manera⁴²:

Basados en su experiencia, las Agencias generalmente clasifican los mercados dentro de tres tipos:

- Mercados desconcentrados: HHI menor a 1500
- Mercados moderadamente concentrados: HHI entre 1500 y 2500
- Mercados altamente concentrados: HHI superior a 2500

Como se puede observar, la tendencia es que para que se considere un mercado concentrado, se deberá comprobar que la mayor cuota de participación se concentre en menos agentes que participan en el mercado. Así, por ejemplo:

⁴² Traducción libre del siguiente texto: Based on their experience, the Agencies generally classify markets into three types:
- Unconcentrated Markets: HHI below 1500
- Moderately Concentrated Markets: HHI between 1500 and 2500
- Highly Concentrated Markets: HHI above 2500

Cuadro 1
Comparación cuota de participación - Horizontal Merger Guidelines
1997 y 2010

Horizontal Merger Guidelines (1997)	Horizontal Merger Guidelines (2010)
HHI < 1000 Ej: 10 agentes $10^2+10^2+10^2+10^2+10^2+10^2+10^2+10^2+10^2+5^2+15^2=1050$	HHI < 1500 Ej: 7 agentes $15^2+15^2+15^2+15^2+15^2+15^2+10^2=1450$
1000 < HHI < 1500 Ej: 7 agentes $15^2+15^2+15^2+15^2+15^2+15^2+10^2=1450$	1500 < HHI < 2500 Ej: 4 agentes $25^2+25^2+25^2+25^2= 2500$
1800 < HHI Ej: 4 agentes $25^2+25^2+25^2+25^2= 2500$	2500 < HHI Ej: 4 agentes $30^2+30^2+20^2+2^2= 2600$

Cabe mencionar que una mayor concentración de mercado facilitaría conductas anticompetitivas puesto que sería más fácil la coordinación entre pocas empresas; mientras que una menor concentración será un indicio de un mercado altamente competitivo.

Otro elemento es determinar si existen barreras a la entrada que imposibiliten la competencia potencial destinada a disciplinar el comportamiento de las empresas establecidas de comportamientos anticompetitivos que puedan desarrollar⁴³.

Como se sabe, “las condiciones que constituyen barreras a la entrada pueden ser estructurales y estratégicas. Las barreras estructurales se refieren a aquellas condiciones establecidas en el mercado, como por ejemplo, tecnología, costos y demanda” (Organisation for Economic Cooperation and Development 2003: 13).

⁴³ Nos referimos a la “teoría de los mercados contestables” (Baumol 1982:4-5), la que señala que un mercado donde no existen ni barreras a la entrada, las empresas establecidas no incrementarán significativamente sus precios, puesto que la competencia potencial limitará su poder de mercado.

Por su parte, las barreras estratégicas se relacionan con conductas que las empresas realizan para restringir el ingreso de nuevos agentes en el mercado.

Así, ante la presencia de altas barreras estructurales, como economía de escala, facilidades esenciales, costos hundidos, una empresa con posición de dominio puede crear barreras estratégicas a través de la implementación de políticas comerciales que dificulten el ingreso o permanencia de sus competidores.

La importancia del análisis radica en que “[e]s necesario considerar barreras de entrada para evaluar el dominio, al determinar si la conducta unilateral podría disuadir que participen nuevas firmas en el mercado (...)”⁴⁴.

Finalmente, para la determinación de posición de dominio se debe evaluar la existencia de competencia potencial. Es decir, i) los potenciales entrantes, ii) la sustituibilidad por el lado de la oferta y, iii) las barreras a la entrada.

Los potenciales entrantes son los agentes económicos que, ante un aumento en el precio, se ven incentivados a entrar al mercado y las empresas que estando en mercados relacionados pueden cambiar su producción a la del producto relevante a bajo costo.

Así, aquellas empresas que ante un aumento pequeño, significativo y no transitorio en el precio por parte de la empresa supuestamente dominante son capaces y están dispuestas a entrar al mercado son las denominadas “potenciales entrantes” y deben ser tomadas en cuenta al analizar la posición de dominio de la empresa investigada.

Por su parte, la sustituibilidad por el lado de la oferta se refiere a la posibilidad que tienen las empresas para variar su producción hacia el

⁴⁴ Traducción libre del siguiente texto: It is necessary to consider entry barriers when assessing dominance, when determining whether unilateral conduct might deter new firms from participating in a market (...) (OECD 2007: 2)

producto relevante. De esta manera, la existencia de empresas en otros mercados que sin ser fabricantes del producto relevante con una baja inversión y en un corto plazo pueden empezar a producirlo, constituirá también una fuente disciplinadora del poder de mercado de una empresa con una alta cuota de participación.

2.5.2 Evaluación de la conducta del infractor

2.5.2.1 Conducta unilateral

La relación contractual está conformada al menos por dos agentes. En el caso de los contratos de exclusividad, se denominará agente dominante y agente dominado.

La evaluación de la conducta del infractor debe iniciarse a partir de la verificación de la suscripción del contrato de exclusividad. Sin embargo, a pesar de que el Decreto Legislativo 1034 considera que la participación de ambos contratantes amerita una evaluación y posible sanción para ambos, se considera que el análisis debe efectuarse en función de la motivación anticompetitiva que tenga cada agente para realizar la conducta.

El presente estándar propone que el análisis de los contratos de exclusividad sólo se realice respecto del comportamiento del agente que utiliza los contratos para obtener beneficios anticompetitivos, debido a las siguientes razones:

- El agente dominante podría usar su posición para establecer cláusulas a través de las cuales pueda cerrar los canales de distribución de sus competidores y así incrementar su cuota de participación, afectando el proceso competitivo. Es decir, el agente dominante, apoyado en su condición, tendría motivos para infringir las normas de libre competencia.
- El agente dominado puede suscribir el contrato de exclusividad motivado por lo siguiente:

- No tenga otra alternativa que aceptar el contrato con un monopolista, debido a que de no hacerlo podría salir del mercado. El agente dominado no quiere perjudicar el proceso competitivo, sólo quiere permanecer en el mercado. El agente dominado no obtiene un beneficio anticompetitivo como consecuencia de su conducta, puesto que no incrementará su cuota de participación ni se beneficiará excluyendo a sus competidores, es más, puede que sus competidores se encuentren en la misma situación de aceptar la contratación del monopolista.

En consecuencia, debido a que el agente dominado no tiene la motivación de perjudicar el proceso competitivo y tampoco obtiene un resultado traducido en beneficios anticompetitivos, la conducta del agente dominado no debería ser analizada como posible infracción a las normas sobre libre competencia.

- El agente dominante ofrece un ingreso económico adicional al agente dominado para que acepte el contrato de exclusividad, por lo que se evaluará si este ingreso adicional es ilícito y se puede presumir que el agente dominado es infractor. Es decir, la diferencia entre el beneficio anticompetitivo y el beneficio económico no anticompetitivo.

El Glosario de Organización Industrial y Derecho de la Competencia de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, señala que “el beneficio es el exceso ganado encima de la vuelta normal sobre el capital. Las ganancias surgen como el exceso de ingreso total sobre el coste de oportunidad de producir un bien” (2001: 70)⁴⁵.

Así, se puede definir a los beneficios como el ingreso económico o superávit que obtiene una empresa sobre los ingresos normales

⁴⁵ Traducción libre del siguiente texto: (...) profit is the surplus earned above the normal return on capital. Profits emerge as the excess of total revenue over the opportunity cost of producing the good (...).

del capital. Para obtener este ingreso económico, las empresas pueden desarrollar conductas competitivas y no competitivas.

Un ejemplo de ingresos económicos obtenidos como consecuencia de conductas competitivas podría ser cuando una empresa reduce sus costos (eficiencia productiva) para mejorar la calidad y diversidad de bienes que ofrece en el mercado (eficiencia innovativa), logrando colocar sus precios más cercanos a sus costos (eficiencia asignativa) y obtener la preferencia de los consumidores en sus ventas, con lo que incrementaría su cuota de participación en un determinado mercado (beneficio competitivo).

Por su parte, el beneficio anticompetitivo se relaciona con un perjuicio anticompetitivo y es obtenido por el agente económico como consecuencia de una conducta. Este beneficio se puede traducir mediante el incremento de la cuota de participación del agente en alguno de estos mercados (beneficio anticompetitivo), como consecuencia de la exclusión de sus competidores (perjuicio anticompetitivo).

Un ejemplo de ingresos económicos obtenidos como consecuencia de conductas anticompetitivas podría ser cuando una empresa productora con posición de dominio, vende un determinado insumo a otra empresa compradora a un precio elevado en comparación con el precio otorgado a la vinculada de la empresa proveedora. El ingreso económico adicional es obtenido como consecuencia de una discriminación. Así, se puede afirmar que la empresa productora es consciente de querer afectar el mercado en el que se desarrolla para obtener un beneficio anticompetitivo.

Por su parte, el beneficio económico no anticompetitivo podría significar un ingreso monetario extraordinario que no necesariamente procede de una eficiencia económica pero que se obtiene sin querer afectar un mercado en el que no se desenvuelve la beneficiaria.

Si un agente dominante celebra un contrato de exclusividad con un agente dominado por un valor de 10 y establecen que el agente dominado recibirá un ingreso económico adicional por un valor de 5, siempre que éste no contrate con un competidor del agente dominante (objeto de la exclusividad), se podría suponer que el agente dominado sí participaría de una conducta anticompetitiva, debido al reproche sobre el ingreso económico percibido.

Sin embargo, el agente dominado no debería ser considerado como un infractor, debido a que no tiene la voluntad de afectar el proceso competitivo en el mercado en el que participa el agente dominante puesto que no participa en él (no incrementa su cuota de participación). Otro ejemplo nos permitirá entender que no debería existir un reproche sobre el ingreso económico adicional que recibe el agente dominado.

Si un agente dominante celebra un contrato de exclusividad con un agente dominado por un valor de 15 (que incluye el ingreso económico adicional del ejemplo anterior), no se podría reprochar el ingreso económico adicional, puesto que no existe. Por el contrario, el agente dominado deberá cumplir las cláusulas contractuales, de lo contrario, se podría tratar de un incumplimiento contractual con las repercusiones civiles pertinentes.

Al igual que en el ejemplo anterior, el agente dominado no tiene la voluntad de afectar el proceso competitivo del mercado en el que participa el agente dominante puesto que no participa en él (no incrementa su cuota de participación).

Finalmente, se considera que colocar en cabeza del agente dominado la responsabilidad de verificar si el contrato que suscribe con el agente dominante afectaría el mercado donde el

dominante participa, generaría costos adicionales al agente dominado, consistentes en evaluar un mercado ajeno (en el que no participa), verificar las barreras de entrada de un mercado distinto al suyo, entre otros.

En consecuencia, debido a que el agente dominado no tiene la motivación de perjudicar el proceso competitivo y que tampoco obtiene un resultado traducido en beneficios anticompetitivos, se considera que la conducta del agente dominado no debe ser analizada como posible infracción a las normas sobre libre competencia.

- Ahora bien, sostener que la conducta del agente dominado deba ser evaluada por recibir ingresos económicos adicionales al aceptar el contrato de exclusividad equivaldría a sostener que en él recae un deber de cuidar que el desarrollo de un mercado en el cual no participa, deba desarrollarse adecuadamente.

En efecto, no existe ni puede existir una norma que obliguen a las empresas a cuidar el desarrollo del mercado en el cual no participan. Así, un distribuidor no está encargado de supervisar el correcto funcionamiento del mercado aguas arriba, es decir, que los productores cumplan con las normas de libre competencia.

No corresponde al agente dominado cuidar que otros agentes que participan en otro mercado desarrollen su comportamiento según el ordenamiento jurídico. Si bien el agente dominado que suscribe un contrato de exclusividad puede ocasionar una modificación en la estructura de otro mercado, no se le podría reprochar dicho acto puesto que su conducta no obedece a una voluntad infractora, sino de mantenerse en el mercado y no obtiene beneficios anticompetitivos por dicha conducta.

- Finalmente, se podría sostener que el agente dominado tiene participación en la afectación al proceso competitivo, toda vez que

reduce las opciones del consumidor por no tener acceso al producto no comercializado. Se considera que esta afirmación también tendría la finalidad de trasladar en el agente dominado un deber de cuidar el desarrollo del mercado, consistente en dar al consumidor “todas” las alternativas disponibles, lo que resulta un hecho imposible.

Así, por ejemplo, no se podría reprochar a un distribuidor el hecho de no poner a disposición del consumidor algún producto selecto. La diferencia entre este ejemplo y el supuesto escenario señalado líneas arriba, es que en uno percibe un ingreso económico, situación que no es sancionable, pero en ambos supuestos no se coloca un producto a disposición del consumidor.

En consecuencia, por lo antes expuesto, se concluye como criterio del estándar propuesto el análisis de los contratos de exclusividad que solo se realice respecto de la conducta del agente dominante, al tener la motivación para afectar el proceso competitivo y obtener beneficios anticompetitivos por su comportamiento.

2.5.2.2 Duración del contrato

Otro elemento que se debe evaluar a partir del comportamiento del agente dominante es la duración establecida en el contrato de exclusividad. Este criterio permite conocer la extensión de una posible restricción a la competencia. Al igual que la participación significativa, no existe una duración del contrato que indique un plazo para considerar a una determinada conducta como anticompetitiva, motivo por el cual se deberá analizar la duración del contrato conjuntamente con otros factores como el nivel de competencia entre marcas existente en el mercado analizado.

Así, se debe evaluar la restricción a la competencia entre marcas real o potencial que generen a partir de los contratos de exclusividad. “...existen casos en los que las amenazas a la competencia son factibles, pero sólo en presencia de un poder de mercado apropiadamente definido (es decir, entre

marcas). El acuerdo para un distribuidor exclusivo o único vendedor en una determinada área geográfica no será anticompetitivo si existe intensa competencia entre marcas”⁴⁶.

En tal sentido, los contratos de exclusividad serán inocuos si existiera una elevada competencia entre marcas. Por el contrario, se deberá tomar atención a los contratos de exclusividad en un mercado donde la competencia es débil.

Sin perjuicio de lo antes señalado, el estándar propone que la duración de más de un año de un contrato, sumado a una competencia débil, podría afectar el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

2.5.2.3 Facilidad para salirse del contrato

Si bien la duración del contrato es importante, la facilidad para salirse del contrato es un criterio que permitiría disminuir el carácter nocivo de la extensión del contrato. De tal manera que si una empresa dificulta la resolución del contrato, estableciendo altas penalidades, se podría presumir el carácter anticompetitivo de la práctica al querer mantener la situación restrictiva (cierre de canales) para sus competidores. En efecto, el contrato de exclusividad elimina canales de distribución en el caso de proveedores, motivo por el cual su duración de más de un año y la dificultad para salirse del contrato, tienen como objetivo perjudicar el proceso competitivo.

Como se verá más adelante, en promedio la formalización de empresas puede demorar hasta 102 días hábiles. Por ello, y con la finalidad de otorgar mayor dinamismo, se considera que la resolución de un contrato debe realizarse en un plazo mucho menor al antes mencionado. Asimismo, la resolución del contrato no debe significar la ejecución de penalidades, de lo contrario, se estaría atando la relación contractual.

⁴⁶ Traducción libre del siguiente texto: “... there may be cases where threats to competition are plausible, but only in the presence of properly defined (that is, interbrand) market power. The agreement for an exclusive dealership or sole outlet in a given area cannot be anticompetitive if there is robust interbrand competition” (Hovenkamp 1999: 483).

En consecuencia, el estándar propone que situaciones en las que se puede resolver el contrato con un aviso previo de quince a treinta días y sin penalidades, no afectará el proceso competitivo.

2.5.3 Evaluación del mercado afectado

Los contratos de exclusividad involucran dos mercados: el mercado donde se ejecuta la práctica (donde el agente tiene posición de dominio) y el mercado donde repercute la práctica.

Los contratos de exclusividad pueden ser utilizados por agentes ubicados a nivel *upstream* o *downstream*. Independientemente de los niveles antes señalados, y debido a que los contratos de exclusividad se relacionan con los destinatarios finales, es necesario referirnos de manera previa a algunos aspectos sobre la comercialización de productos, en particular, sobre el comportamiento del consumidor.

Al respecto, para la colocación de los productos, productores o distribuidores deben conocer cómo se comportará el comprador. Así,

El vendedor nunca debe olvidar que lo que se vende a cualquier cliente en perspectiva son soluciones a sus problemas. Esto es sólo una pequeña variación de la teoría del beneficio del consumidor en mercadotecnia. Es uno de los axiomas de la mercadotecnia que uno no vende productos, sino beneficios al consumidor. El ama de casa no compra una aspiradora por el metal, los tornillos o el motor que contiene. La compra porque le proporciona ciertos beneficios como limpiar la casa con menos esfuerzo. Puesto que los beneficios para el ejecutivo comercial consisten en la solución de sus problemas, el representante de ventas debe buscar los problemas para resolverlos. (Russell, Beach y Buskirk 1982: 111)

De esta forma, los vendedores, productores o distribuidores deben conocer que detrás de las necesidades de los compradores existe una motivación

que orienta su conducta para adquirir un determinado producto o contratar un servicio.

En base al conocimiento de estas necesidades, el productor y el distribuidor buscarán desarrollar mecanismos para controlar el comportamiento de los consumidores y prefieran sus productos sobre los de la competencia. Esta estrategia se denomina marketing mix, que “es un conjunto de instrumentos tácticos controlables que la empresa combina para generar la respuesta deseada en el mercado objetivo. El marketing mix incluye todas las medidas tácticas que puede tomar una empresa para influir en la demanda de sus productos.” (Kotler, Armstrong, Cámara y Cruz 2004:60)

Para la colocación de productos, el productor necesita seleccionar adecuadamente los canales de distribución. Esta selección es una necesidad y a la vez una estrategia, toda vez que de ello dependerá el éxito de sus ventas. Esta situación de necesidad – estrategia es conocida por los competidores del productor, quienes podrán crear barreras estratégicas destinadas a cerrar los canales que se encuentren disponibles para su competidor.

Sin embargo, no todo tipo de cierre de canales es relevante para la política antitrust. En efecto, un productor con posición de dominio puede celebrar un contrato de exclusividad con un pequeño distribuidor y, si bien los competidores del productor no podrían comercializar sus productos a través de este pequeño distribuidor, ello no significaría una afectación al proceso competitivo. En tal sentido, es necesario determinar cuándo un cierre de mercado puede perjudicar a la competencia.

Al respecto, se considera que el porcentaje del 30-40% aplicado por los Estados Unidos de América no necesariamente sería el adecuado para un mercado como el peruano debido a la fluidez del ingreso de nuevos agentes en este mercado en comparación con otros países.

En efecto, según el documento denominado “Municipal Scorecard 2006”, elaborado por la Corporación Financiera Internacional y el Banco Mundial,

cuyo objetivo es medir las condiciones relativas a los procedimientos municipales que influyen directamente sobre los negocios, estimando las cargas burocráticas en términos de tiempo que impiden la formalización de empresas, ha identificado que la duración en días hábiles para abrir un negocio en Perú es de 102 días; a diferencia de Honduras, 62 días; Bolivia, 50 días; Nicaragua, 42 días, y; Puerto Rico, 7 días.

El plazo de 102 días hábiles podría desincentivar el ingreso de nuevos agentes económicos en el mercado. Para evaluar este posible desincentivo, se determinará si ha existido un mayor ingreso de agentes en el mercado, medido en micro y pequeña empresa (en adelante, MYPE)⁴⁷ y si dicho ingreso ha sido creciente y de manera sostenida.

Sobre el particular, de acuerdo a la Actualización de Estadísticas de la Micro y Pequeña Empresa realizada por la Dirección Nacional de la Micro y Pequeña Empresa del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en diciembre de 2007, entre el periodo comprendido entre 2002 y 2006, la estimación del número de MYPE totales ha sido de 27.70%, según se muestra a continuación:

⁴⁷ Hemos elegido a las MYPE como un indicador debido a que, según la información difundida en el portal web de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – ProInversión, “[e]l sector de la micro y pequeña empresa en el Perú juega un rol fundamental en la generación de empleo. Así, según los últimos datos estimados por Prompyme y el Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo en 2004, contribuyó con el 42% del Producto Bruto Interno y generó el 88% del empleo privado (...) El 98% de las unidades económicas del Perú son micro y pequeñas empresas (micro= 94,4%, pequeña= 3,9%), lo que las convierte en un agente dinamizador de la economía local, regional y nacional y un eje de desarrollo económico y de generación de empleo”.

Cuadro 2

Estimación del número de MYPE totales usando el criterio de conductores⁴⁸
2002-2006

Tipo de Empresa	2002		2006		Variación %	Promedio
	Absoluto	%	Absoluto	%	Periodo	% anual
1. Micro empresa	2,477,284	98.40	3,167,751	98.50	27.90	6.97
De 2-4	2,162,797	85.90	2,680,838	83.30	24.00	6.00
De 5-9	314,487	12.50	486,913	15.10	54.80	13.70
2. Pequeña empresa	41,333	1.60	49,728	1.50	20.30	5.07
De 10-20	32,697	1.30	39,519	1.23	20.86	5.21
De 21-49	8,636	0.30	10,209	0.32	18.21	4.55
TOTAL MYPE (1+2)	2,518,617	100	3,217,478	100	27.70	6.92

Fuente: ENAHO INEI 2006 (Anual).2002: ENAHO 2002 (Anual) – DNMYPE 2005

También se observa que de 2002 a 2006, el ingreso de nuevos agentes ha sido de 6.92% en promedio anual.

Considerando las altas barreras burocráticas para la formalización de una empresa (102 días hábiles), se podría concluir que en los hechos, esta circunstancia habría desincentivado el ingreso de nuevos agentes (6.92% en promedio anual).

Es decir, en el Perú existiría un plazo mayor en comparación con otros países para que las empresas ingresen al mercado. Así, ante un probable cierre de canales de distribución, el ingreso de nuevos agentes sería menos rápido.

En un sector en el que los canales de distribución decrecen por la creación de nuevas formas comerciales, el ingreso de nuevos agentes podría ser menor y existirían menos participantes en el mercado.

Sin embargo, también puede suceder que la creación de nuevas formas comerciales sea atractiva para el ingreso de nuevos participantes, pero dicho ingreso podría estar limitado a las trabas burocráticas que se deben cumplir para obtener la autorización correspondiente.

⁴⁸ De acuerdo al documento Actualización de Estadísticas de la Micro y Pequeña Empresa, el número de conductores de unidades económicas se obtiene a partir del número de empleadores y de trabajadores independientes que utilizan trabajadores familiares no remunerados y que han declarado dirigir un negocio.

En consecuencia, se considera que si los trámites burocráticos para la apertura de locales demandan mucho tiempo y que en Perú el ingreso de nuevos agentes en el mercado ha sido de 6.92% en promedio cada año, la evaluación de las conductas debería ser más estricta, puesto que transcurriría mayor tiempo para que ingresen nuevos agentes.

Considerando que en promedio ingresan cada año 6.92% nuevos agentes, un cierre de mercado de 30-40%, como sucede en los Estados Unidos de América, podría ocasionar un perjuicio a la competencia. En efecto, el ingreso anual de nuevos agentes (6.92%) sería insuficiente frente al cierre de mercado del 30%. Motivo por el cual, al menos, se requeriría aproximadamente cinco años para que el ingreso de agentes supere un cierre de mercado equivalente al 30%.

Así, debido a la afectación que se estaría causando en un determinado mercado y considerando que se requerirían cinco años para que el ingreso de competidores pueda superar un cierre de mercado de 30%, un porcentaje de cierre de mercado menor al establecido por los Estados Unidos de América sería un indicio razonable para considerar la ilegalidad del contrato de exclusividad.

En tal sentido, dependiendo del sector y de la dinámica del mercado en particular, el 10% del cierre de canales de distribución podría ser razonable para considerar una conducta como contraria a las normas de libre competencia.

Ahora bien, este porcentaje no debe ser tomado de manera inalterable, toda vez que dependerá del producto relevante. En efecto, cabe mencionar que, al momento de evaluar el cierre de mercado, se debe tomar en cuenta aspectos particulares del producto que podrían restringir su comercialización. Se hará referencia a restricciones que no son originadas por el infractor pero que podrían ser aprovechadas por éste para afectar el proceso competitivo. Así, por ejemplo, la estacionalidad de un producto.

Así, “un producto que solo se vende en unas determinadas épocas del año tendrá más limitadas las alternativas de distribución, salvo que pueda venderse junto con otros productos complementarios (aparatos de aire acondicionado y calefacción, helados, turrónes...). En general, la estacionalidad reduce las posibilidades de distribución”. (Santesmases, M. (2001). Marketing. Conceptos y Estrategias. Citado por María Dolores de Juan Vigaray 2005: 37).

En tal sentido, considerando que el productor y el distribuidor buscan satisfacer las necesidades de los consumidores, y que estas necesidades se pueden ver restringidas por aspectos externos como la estacionalidad, se considera que el análisis del cierre de mercado debe efectuarse de manera acotada a los canales y zonas específicas.

Así, por ejemplo, partiendo de la premisa que se suele consumir más helados en las zonas cercanas a las playas durante el verano y no en invierno, resulta razonable sospechar que existe un cierre de mercado cuando una empresa suscribe contratos de exclusividad con los distribuidores localizados en las playas, y establece que no vendan los productos de la competencia, el objetivo perseguido es cerrar los canales de distribución. Por ello, el análisis del cierre debe efectuarse respecto de los canales de distribución disponibles en las playas y no en la ciudad o al interior del país.

Es decir, otro elemento planteado en el estándar está referido al cierre de mercado, el que deberá evaluarse circunscribiéndolo al tipo de producto y las particularidades que existan en su comercialización.

2.5.4 Balance de efectos

Finalmente, y luego de haber señalado las motivaciones basadas en eficiencias que los agentes pueden tener para la celebración de contratos de exclusividad, y los perjuicios ocasionados en el mercado, se propone llevar a cabo un balance entre los efectos negativos y los positivos ocasionados

como consecuencia de dichos contratos. Para tal fin, el análisis de efectos deberá responder a las siguientes preguntas:

- Con la celebración de los contratos de exclusividad, ¿se satisface una necesidad de los consumidores?

La respuesta a esta pregunta tiene como objetivo centrar la atención en el destinatario final; es decir, determinar si la motivación implementada al celebrar un contrato de exclusividad atiende a satisfacer las necesidades del consumidor, descartando posibles beneficios anticompetitivos.

- La celebración de los contratos de exclusividad, ¿es la única vía disponible para satisfacer la necesidad que se desea atender?

La respuesta a esta pregunta tiene como objetivo descartar posibles soluciones que sean menos restrictivas que los contratos de exclusividad. De tal forma que, si existiese otra vía menos restrictiva a través de la cual se satisfaga la necesidad de los consumidores, la celebración de los contratos de exclusividad deberá evitarse.

- La celebración de los contratos de exclusividad, ¿es la única vía disponible para proteger la inversión?

La respuesta a esta pregunta tiene como objetivo descartar posibles soluciones que sean menos restrictivas que los contratos de exclusividad. De tal forma que, si existiese otra vía menos restrictiva a través de la cual se proteja las inversiones, la celebración de los contratos de exclusividad deberá evitarse.

- La celebración de los contratos de exclusividad, ¿es la única vía disponible para desincentivar el free riding?

La respuesta a esta pregunta tiene como objetivo descartar posibles soluciones que sean menos restrictivas que los contratos de

exclusividad. De tal forma que, si existiese otra vía menos restrictiva a través de la cual se desincentive el free riding, la celebración de los contratos de exclusividad deberá evitarse.

- Finalmente, se debe evaluar otros posibles efectos que puedan producirse en el mercado como consecuencia de la celebración de los contratos de exclusividad.

Luego de haber desarrollado los criterios del estándar para el análisis de los contratos de exclusividad como conductas que afectan la libre competencia, en la siguiente sección se aplicarán los referidos criterios a los principales casos resueltos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y por la Sala de Defensa de la Competencia 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.



SECCIÓN III: APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR PROPUESTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS DE EXCLUSIVIDAD A PARTIR DE LOS PRONUNCIAMIENTOS NACIONALES.

A continuación se procederá a aplicar el estándar propuesto en la sección anterior para determinar si un contrato de exclusividad podría afectar el normal funcionamiento del mercado. Para ello, se tomará los principales pronunciamientos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI (en adelante, la Comisión) y una decisión del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL (en adelante, OSIPTEL). También se tomará en cuenta las resoluciones emitidas por la Sala de Defensa de la Competencia 1 del INDECOPI (en adelante, la Sala).

3.1 Caso Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A., Telefónica Multimedia S.A.C., Fox Latin American Channel Inc. y Turner Broadcasting System Latin American Inc.

El 22 de diciembre de 1999, Tele Cable S.A. (en adelante, Tele Cable) interpuso una denuncia contra Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante Telefónica), Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, Telefónica Multimedia), Fox Latin American Channel Inc. (en adelante, Fox) y Turner Broadcasting System Latin America Inc. (en adelante, Turner) por el desarrollo de prácticas anticompetitivas consistentes en el establecimiento de acuerdos de distribución exclusiva de señales.

En su denuncia, Tele Cable afirmó que mantuvo relaciones comerciales ininterrumpidas para la transmisión de los canales de Fox y Turner desde 1993 y 1989, respectivamente. Sin embargo, dichas relaciones cesaron en forma unilateral el 30 de abril de 1999, por parte de Fox, y el 31 de diciembre de 1999, por parte de Turner, debido a que dichas empresas habrían firmado un contrato de distribución exclusiva de sus canales con Telefónica.

El 29 de diciembre de 1999, la Comisión, mediante Resolución 013-99-INDECOPI/CLC, se inhibió de conocer la denuncia, debido a que existía una excepción legal a la aplicación del Decreto Legislativo 701⁴⁹ en el ámbito de las telecomunicaciones, siendo de competencia del OSIPTEL, por lo que fue remitida la denuncia a dicho organismo⁵⁰.

El 21 de enero del 2000, Tele Cable apeló la resolución de la Comisión, reiterando que las prácticas denunciadas se referían a derechos de propiedad intelectual totalmente ajenos al ámbito de las telecomunicaciones, por lo que el organismo competente no era el OSIPTEL sino el INDECOPI.

El 23 de agosto del 2000, la Sala, mediante Resolución 0355-2000/TDC-INDECOPI, determinó que Fox y Turner no eran empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, por lo que la Comisión debía tramitar la denuncia sólo en el extremo referido a dichas empresas, dejando de lado al resto de empresas denunciadas, es decir, a Telefónica y a Telefónica Multimedia.

El 18 de octubre de 2000, la Comisión, mediante Resolución 012-2000-INDECOPI/CLC resolvió admitir a trámite la denuncia contra Fox y Turner por infracción al Decreto Legislativo 701 en la modalidad de acuerdos verticales de exclusividad y negativa a conceder licencias de propiedad intelectual.

⁴⁹ Ley que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas, que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008 y que fue derogada por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁵⁰ El 21 de diciembre de 2000, el OSIPTEL, mediante la Resolución N°062-CCO-2000, declaró que los convenios de exclusividad celebrados entre Telefónica Multimedia y Fox y Turner, constituían infracciones a los incisos f) y j) de los artículos 5 y 6, respectivamente, del Decreto Legislativo 701, por lo que Telefónica Multimedia habría incurrido en conductas consideradas como Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia y, a la vez, como actos de Abuso de Posición de Dominio en el mercado. De acuerdo a dicha Resolución, se le ordenó a Telefónica Multimedia a dejar sin efecto dichas cláusulas de exclusividad y se le sancionó con una amonestación.

El 21 de diciembre de 2000, mediante Resolución 062-2000, el Cuerpo Colegiado Ordinario del OSIPTEL (en adelante, el CCO) decidió lo siguiente⁵¹:

Artículo Primero.- Declarar *IMPROCEDENTE* la demanda interpuesta por TELECABLE contra TELEFÓNICA y *FUNDADA* la demanda interpuesta por TELECABLE contra TELEFÓNICA MULTIMEDIA en los términos expuestos en la presente Resolución.

(...)

Artículo Cuarto.- Declarar que TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha celebrado convenios de exclusividad con las empresas FOX y TURNER.

Artículo Quinto.- Declarar que la vigencia de las cláusulas de exclusividad de los convenios a que se refiere el artículo anterior constituyen infracciones a los incisos f) y j) de los artículos 5° y 6°, respectivamente, del Decreto Legislativo 701, por lo que TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha incurrido en conductas consideradas como Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia y, a la vez, como actos de Abuso de Posición de Dominio en el mercado.

Artículo Sexto.- Calificar como grave las infracciones cometidas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

Artículo Séptimo.- Amonestar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA por haber incurrido en prácticas ilícitas.

(...)

Para el CCO, los contratos de exclusividad celebrados por Telefónica Multimedia con Fox y Turner constituirían infracciones de efecto equivalente de prácticas restrictivas de la competencia y abuso de posición de dominio, por lo que sancionó a Telefónica Multimedia con una amonestación.

Por su parte, el 14 de mayo de 2003, la Comisión decidió lo siguiente:

Artículo Primero.- Declarar *infundada* la denuncia presentada por Tele Cable contra las empresas Fox Latin American Channel Inc. y Turner Broadcasting System Latin America Inc., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos verticales de exclusividad y negativa a conceder licencias de propiedad intelectual.

Así, la Comisión consideró que Fox y Turner no habrían incurrido en abuso de posición de dominio, por lo que no sancionó a estas empresas.

⁵¹ En el presente procedimiento ante el OSIPTEL, existió votos en minoría por declarar infundada la denuncia.

De acuerdo al CCO, existiría una infracción por parte de Telefónica Multimedia; mientras que para la Comisión, no existiría una infracción por parte de Fox y Turner.

Autoridad competente

De acuerdo a lo establecido por el artículo 2 del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución 010-2002-CD/OSIPTEL⁵², y debido a que en la denuncia participan agentes económicos en calidad de denunciados que prestan servicios públicos de telecomunicaciones (Telefónica y Telefónica Multimedia), se considera que sólo el OSIPTEL es la autoridad competente para pronunciarse sobre la denuncia interpuesta por Tele Cable.

Mercado Relevante

El estándar propuesto recoge el criterio utilizado por la legislación nacional para definir al mercado relevante. Así, sólo puede hablarse de la tenencia de posición de dominio por parte de una empresa una vez resuelta la cuestión relativa a cuál es el mercado relevante en el que dicha empresa desarrolla su actividad económica. A su vez, el mercado relevante está conformado por el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante.

El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. En este sentido, para

⁵² **Reglamento General de Osipitel para la Solución de Controversias entre Empresas.**

Artículo 2.- Competencia de OSIPTEL. OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:

a. El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.

(...)

e. Aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Asimismo, OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

definir el mercado relevante, se deberá evaluar el nivel de sustituibilidad que tiene el producto o servicio demandado por Tele Cable y ofrecido por Turner y Fox, de tal manera que el mercado de producto relevante incluya aquellos bienes que por sus usos, precio y características puedan ser sustitutos del bien ofrecido por dichas empresas.

Para definir al mercado geográfico relevante, se considerará el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante (transmisión de canales demandado por Tele Cable).

Así, el mercado geográfico relevante se define a partir de las fuentes alternativas que el cliente tiene para abastecerse o aprovisionarse del bien ofrecido por la infractora.

En base a los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones⁵³, el CCO definió el mercado relevante a partir del área geográfica respecto de la cual se definirá la participación de una empresa en el mercado. Cabe mencionar que según el Informe 002-200/GRE de la Gerencia de Relaciones Empresariales del OSIPTEL, los usuarios del servicio de televisión por cable en la modalidad de cable físico sólo consideran sustitutos a los servicios de otras empresas si éstas ofrecen una programación o servicio similar o cuentan con canales de similar aceptación a los de Telefónica Multimedia.

Para el CCO, el producto relevante y los posibles sustitutos se analizan a partir del servicio que brinda Telefónica Multimedia. Considerando ello, el CCO concluyó que el área geográfica relevante es la correspondiente a la ciudad de Lima y la Provincia Constitucional del Callao (área geográfica donde Telefónica Multimedia tiene mayor participación), área en la que se identificaron dos mercados geográficos relevantes, según se lee a continuación:

⁵³ Aprobados mediante Resolución 003-2000-CD/OSIPTEL publicados el 8 de febrero de 2000.

Primer Grupo de Mercados Relevantes: El mercado de servicios de Televisión por Cable en la modalidad de cable físico que cuente con canales de programación similar y de similar aceptación por parte de los usuarios respecto del servicio ofrecido por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, que sea ofrecido en los distritos de San Luis, Jesús María, Lince, Magdalena, Miraflores, Pueblo Libre, San Isidro, San Miguel, Surquillo, La Molina, San Borja, Santiago de Surco, Bellavista, La Punta y que sea contratado, al por menor, por usuarios finales.

Segundo Grupo de Mercados Relevantes: El mercado de servicios de Televisión por Cable en la modalidad de cable físico que cuente con canales de programación similar y de similar aceptación por parte de los usuarios respecto del servicio ofrecido por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, que sea ofrecido en los distritos de Carabaylo, Comas, Independencia, Los Olivos, San Martín de Porres, Ate, El Agustino, San Juan de Lurigancho, Santa Anita, Breña, Cercado de Lima, La Victoria, Rímac, Barranco, Chorrillos, San Juan de Miraflores, Villa El Salvador, Villa María del Triunfo, Callao, Carmen de la Legua, La Perla, Ventanilla y que sea contratado, al por menor, por usuarios finales.

Para el CCO, el mercado de producto relevante es el de servicios de telefonía por cable en la modalidad de cable físico; y el mercado geográfico relevante son los distritos donde predominan los niveles socioeconómicos A, B1 y B2 (para el primer mercado relevante) y los niveles C1, C2, D y E (para el segundo mercado relevante).

Por su parte, la Comisión definió el mercado relevante a partir del servicio brindado por Fox y Turner y que fue demandado por Tele Cable, por lo que debería comprender a todos aquellos canales según la categoría, debido a que por las características, contenidos y niveles de audiencia, constituyen posible sustitutos de los canales ofrecidos por Fox y Turner.

Asimismo, la Comisión incluyó en el mercado geográfico relevante a los países de habla hispana e inglesa, respecto de los canales que se podrían adquirir los derechos de transmisión de los principales canales y programas que son distribuidos por los operadores de cable a nivel nacional.

De acuerdo a la denuncia, Tele Cable cuestionó el contrato de exclusividad suscrito entre Telefónica y Telefónica Multimedia con Fox y Turner puesto

que deseaba continuar difundiendo la programación de Fox y Turner. Así, Tele Cable, Telefónica y Telefónica Multimedia participarían como demandantes de señales para su difusión por cable, mientras que Fox y Turner participarían como proveedores de señales para su difusión por cable.

Por lo antes expuesto, y en aplicación del estándar propuesto para el tratamiento de los contratos de exclusividad, se considera que el mercado relevante estaría conformado por el mercado de producto demandado por Tele Cable (canales que podrían sustituir a aquéllos difundidos por Fox y Turner, analizados por la Comisión) y que el mercado geográfico relevante estaría conformado por los lugares desde los cuales Tele Cable podría adquirir los derechos de transmisión de los canales sustitutos de la programación difundida por Fox y Turner.

En tal sentido, se concluye que Tele Cable no demandó algún servicio o producto a Telefónica o Telefónica Multimedia, por lo que no se podría determinar el mercado relevante en base a los servicios que brindan Telefónica o Telefónica Multimedia en relación a sus usuarios⁵⁴.

Posición de dominio

El estándar propuesto recoge el criterio utilizado por la legislación nacional para definir a la posición de dominio. Para ello, se debe tomar en cuenta la cuota de participación, el nivel de concentración de mercado, las barreras a la entrada y la existencia de competencia.

Sobre el particular, si bien ni la CCO ni la Comisión evaluaron la cuota de participación de ninguna de las partes denunciadas, el nivel de concentración de mercado, las barreras a la entrada, se coincide con el análisis efectuado por la Comisión sobre la identificación y agrupación de los

⁵⁴ El análisis efectuado por el CCO, referido a la influencia de Telefónica Multimedia en determinadas zonas geográficas como consecuencia de los contratos de exclusividad suscritos con Fox y Turner, correspondería al mercado afectado que será abordado más adelante.

diversos canales disponibles (existencia de competidores) que mantenían una programación similar o alternativa a los canales denunciados (la Comisión identificó siete categorías y los posibles sustitutos de cada categoría⁵⁵).

De acuerdo a la existencia de canales sustitutos, Fox y Turner no habrían ostentado posición de dominio en ninguna de las categorías analizadas. Es decir, existiría competencia potencial para los servicios brindados por Fox y Turner y que fueron demandados por Tele Cable.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, a continuación se analizará si los contratos de exclusividad suscritos entre Telefónica Multimedia con Fox y Turner habían tenido efectos negativos en el mercado.

Mercado afectado

El estándar propuesto para el análisis de los contratos de exclusividad plantea evaluar un posible perjuicio al proceso competitivo en el supuesto mercado afectado.

Al respecto, el CCO sostiene que los diversos canales de mayor sintonía se transmitían únicamente por Telefónica Multimedia. En base a ello, resultaría muy difícil que los usuarios decidan utilizar los servicios de otra empresa de cable que no cuente con los canales emitidos por dicha empresa.

Así, de acuerdo al CCO, el principal efecto negativo que los contratos de exclusividad pueden tener sobre el bienestar de los consumidores se deriva de una reducción de los niveles de competencia, efectiva o potencial, en el mercado, porque los competidores, o potenciales competidores,

⁵⁵ Canales de deportes: Fox Sport tiene como sustitutos a los canales ESPM y America Sports. Canales infantiles: Cartoon Network y Fox Kids tienen como sustitutos a los canales Nickelodeon, Discovery Kids y Boomerang. Canales de películas: TNT tiene como sustitutos a los canales HBO, Cinecanal, Cinemax, USA Network, MGM Network y Film and Arts. Canales de series: Canal Fox tiene como sustitutos a los canales Warner Channel, AXN y Sony Entertainment Television. Canales de noticias internacionales en castellano: CNN en español tiene como sustitutos a los canales CBS-Telenoticias y Antena Informativa. Canales de noticias internacionales en inglés: CNN Internacional tiene como sustitutos a los canales BBC World, Deutsche Welle y NBC.

enfrentarían mayores costos para poder competir con Telefónica Multimedia, lo que lograría presumir un débil o nulo nivel de competencia en el mercado en el que participa Telefónica Multimedia (televisión por cable).

Sobre el particular, cabe mencionar que, de acuerdo a las estadísticas obtenidas de la página web del OSIPTEL, se puede observar el creciente ingreso de operadores de televisión por cable en Lima durante el periodo comprendido entre 2002 y 2009, y su respectiva participación medida en porcentajes:

Cuadro 3

Ingreso de empresas operadoras de cable en Lima durante 2002 y 2003 y su respectiva cuota de participación

Empresas	2002	2003
1 Antenas Cable Visión Satélite S.A.	0.57	0.82
2 Aselec S.R.L.	0.00	0.00
3 Asociación Comunitaria TVs Ventanilla	0.00	0.28
4 Boga Comunicaciones S.A.	6.07	5.32
5 Cable Video Perú	0.00	0.00
6 Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L.	0.00	0.00
7 H&C T.V. S.A.	0.00	0.00
8 J.R. Telecom S.R.L.	0.00	0.00
9 Patelcom S.R.L.	0.02	0.06
10 Radio TV H.P.CH. E.I.R.L.	0.00	0.00
11 Telecable Siglo 21 S.A.A.	2.38	2.04
12 Telefónica Multimedia S.A.C.	90.89	91.48
TOTAL	99.93	100.00

Fuente: OSIPTEL

Elaboración: Propia

Durante el 2002 y 2003, existieron 12 operadores y Telefónica Multimedia mantuvo una cuota de participación mayor al 90% del mercado de distribución de televisión por cable en Lima durante dicho periodo.

Cuadro 4

**Ingreso de empresas operadoras de cable en Lima durante 2004 y 2005 y
su respectiva cuota de participación**

Empresas	2004	2005
1 Antenas Cable Visión Satélite S.A.	1.16	1.27
2 Aselec S.R.L.	0.26	0.23
3 Asociación Comunitaria TVs Ventanilla	0.26	0.24
4 Boga Comunicaciones S.A.	3.04	3.24
5 Cable Video Perú	0.26	0.38
6 Catv Systems E.I.R.L. (Best Cable)	0.00	0.47
7 Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L.	0.36	0.36
8 H&C T.V. S.A.	0.47	0.00
9 J.R. Telecom S.R.L.	1.14	0.97
10 Korea Perú S.A.	0.00	0.21
11 Patelcom S.R.L.	0.00	0.12
12 Radio TV H.P.CH. E.I.R.L.	0.76	0.74
13 Telecable Siglo 21 S.A.A.	1.70	0.57
14 Telefónica Multimedia S.A.C.	90.58	91.19
TOTAL	100.00	100.00

Fuente: OSIPTEL

Elaboración: Propia

Durante el 2004 y 2005, existieron 14 operadores (se incrementó en 2 operadores respecto del cuadro anterior) y Telefónica Multimedia aún mantuvo una cuota de participación mayor al 90% del mercado de distribución de televisión por cable (relativamente menor respecto del cuadro anterior).

Cuadro 5

Ingreso de empresas operadoras de cable en Lima durante 2006 y 2007 y su respectiva cuota de participación

Empresas	2006	2007
1 Antenas Cable Visión Satélite S.A.	0.76	0.74
2 Aselec S.R.L.	0.19	0.00
3 Asociación Comunitaria TV Satélite Ventanilla - ACOMTSAV	0.11	0.09
4 Benjamin Cárdenas Saldaña (Tv Card)	0.00	0.16
5 Boga Comunicaciones S.A. (Cable Express) 1/. 2/. 3/.	3.88	5.17
6 Cable América S.A.	0.07	0.06
7 Cable Chincha	0.48	0.00
8 Cable Max S.A.C.	0.03	0.00
9 Cable Plus S.A.C.	0.40	0.38
10 Cable Video Perú	0.52	0.51
11 Catv Systems E.I.R.L. (Best Cable)	1.28	2.44
12 César H. Minaya Velásquez (TV Cable Sayán)	0.04	0.00
13 Corporación Peruana de Imagen Satelital (CORPEIMSAT)	0.04	0.00
14 Dante De La Cruz Castro	0.10	0.10
15 Directv Perú S.R.L.	0.83	2.38
16 Empresa de Servicios TV Cable Andahuasi S.A.	0.13	0.05
17 Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L.	0.37	0.00
18 H&C T.V. S.A.	0.00	0.00
19 J.R. Telecom S.R.L.	0.86	0.79
20 Korea Perú S.A. (KOPESA)	0.14	0.00
21 Patelcom S.R.L.	0.12	0.12
22 Pedro M. Fuentes Sotelo	0.12	0.00
23 Radio TV H.P.CH. E.I.R.L.	0.28	0.24
24 Telecable Siglo 21 S.A.A.	0.00	0.00
25 Telefónica del Perú S.A.A. 4/. 5/.	0.00	0.25
26 Telefónica Multimedia S.A.C. 6/.	88.83	86.40
27 TV Cable del Norte S.R.L.	0.10	0.11
28 Virtecom S.A. (Mega Cable) 1/. 2/.	0.31	0.00
TOTAL	100.00	100.00

Fuente: OSIPTEL

Elaboración: Propia

Durante el 2006 y 2007, existieron 28 operadores (se duplicó el número de operadores respecto del cuadro anterior) y Telefónica Multimedia aún mantuvo la mayor cuota de participación del mercado de distribución de televisión por cable pero se redujo en relación a los cuadros anteriores (en 2006 mantuvo una cuota de 88.83% y en 2007 se redujo a 86.65%).

Cuadro 6

Ingreso de empresas operadoras de cable en Lima durante 2008 y 2009 y su respectiva cuota de participación

Empresas	2008	2009
1 Antenas Cable Visión Satélite S.A.	0.75	0.94
2 ASELEC Ingenieros S.R.L.	0.12	0.11
3 Asociación Comunitaria TV Satélite Ventanilla - ACOMTSAV	0.00	0.00
4 Benjamín Cárdenas Saldaña (Tv Card)	0.15	0.13
5 Boga Comunicaciones S.A. (Cable Express) 1/.	0.00	0.00
6 Cable América S.A.	0.00	0.51
7 Cable Max S.A.C.	0.10	0.04
8 Cable Plus S.A.C.	0.34	0.30
9 Cable Video Perú	0.76	1.04
10 CATV Systems E.I.R.L. (Best Cable)	2.72	4.01
11 Central de Comunicaciones Pachacámac S.A.C.	0.00	0.02
12 César H. Minaya Velásquez (TV Cable Sayán)	0.00	0.04
13 Corporación Peruana de Imagen Satelital (CORPEIMSAT)	0.09	0.00
14 Dante De La Cruz Castro	0.09	0.07
15 Directv Perú S.R.L.	3.39	3.52
16 Empresa de Servicios TV Cable Andahuasi S.A.	0.00	0.00
17 Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L.	0.41	0.59
18 H&C T.V. S.A.	0.00	0.00
19 J.R. Telecom S.R.L.	0.74	0.76
20 Patelcom S.R.L.	0.09	0.08
21 Telecomunicaciones Sechin S.A.C.	0.00	0.04
22 Telefónica del Perú S.A.A. 2/ 3/.	11.19	26.37
23 Telefónica Multimedia S.A.C. 4/.	72.59	53.43
24 Telemundo Internacional E.I.R.L.	0.04	0.10
25 Telmex Perú S.A. 1/ 6/.	5.86	7.44
26 TV Cable del Norte S.R.L.	0.11	0.05
27 VIP Channel S.A.C. (Cable Color) 5/.	0.44	0.41
TOTAL	100.00	100.00

Fuente: OSIPTEL

Elaboración: Propia

Durante el 2008 y 2009, existieron 27 operadores (un operador menos respecto del cuadro anterior) y Telefónica Multimedia aún mantuvo la mayor cuota de participación del mercado de distribución de televisión por cable pero se redujo aún más en relación a los cuadros anteriores (en 2008 mantuvo una cuota de 83.78% y en 2009 se redujo a 79.80%).

En definitiva, se comprueba que si bien Telefónica Multimedia aún mantiene una alta cuota de participación, también se observa que esta cuota ha decrecido desde el 2002 hasta 2009, y que el ingreso de nuevos operadores de televisión por cable se ha incrementado.

Así, durante el periodo comprendido entre 2002 y 2009, ingresaron nuevos agentes que prestaban el servicio de distribución de televisión por cable y que compitieron con Telefónica Multimedia, logrando que esta última empresa reduzca su participación del referido servicio en Lima.

En consecuencia, se puede deducir que no existió una reducción de los niveles de competencia, efectiva o potencial en el mercado, es decir, los competidores no enfrentaron mayores costos para competir con Telefónica Multimedia.

Por lo antes expuesto, y luego de haber aplicado los criterios del estándar propuesto para el tratamiento de los contratos de exclusividad a los argumentos expuestos por el OSIPTEL y la Comisión, se considera que Fox y Turner no ostentaron posición de dominio en la distribución de señales por cable. Asimismo, si bien Telefónica Multimedia era el agente con mayor participación en el referido mercado en Lima, su cuota de participación ha sufrido una tendencia decreciente como consecuencia del ingreso de nuevos operadores de televisión por cable, es decir, Telefónica Multimedia enfrentó una competencia que le disputó el mercado, motivo por el cual se considera que debió declararse infundada la denuncia interpuesta por Tele Cable.

3.2 Caso Depósito Santa Beatriz S.R.L. contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L.

El 16 de abril de 2001, Depósito Santa Beatriz S.R.L. (en adelante, Santa Beatriz) interpuso denuncia contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (en adelante, Dino) por presunto abuso de posición de dominio en el mercado de distribución de cemento y otros materiales de construcción en el departamento de Piura.

Santa Beatriz señaló que para comercializar cemento debía proveerse de Dino, quien estaría realizando actos de discriminación en virtud de los contratos de afiliación suscritos por ella y los subdistribuidores de la zona que recibían menores precios.

Asimismo, la denunciante indicó que los contratos de afiliación incluyen la obligación para los afiliados de proveerse de otros materiales de construcción, además del cemento.

El 14 de mayo de 2003, mediante Resolución 006-2003-INDECOPI/CLC, la Comisión decidió lo siguiente:

Primero.- Declarar INFUNDADA en todos sus extremos las denuncias presentadas por las empresas Depósito Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Quiroga Ramos S.R.L. y Comercial Quiroga S.R.L. en contra de Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas.

Segundo.- Desestimar la solicitud de DINO S.R.L. para calificar como maliciosas a las presentes denuncias.

Por su parte, el 4 de marzo de 2005, mediante Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI, la Sala decidió lo siguiente:

PRIMERO: revocar la Resolución N° 006-2006-INDECOPI/CLC que declaró infundada en todos sus extremos la denuncia presentada por Depósitos Santa Beatriz S.R.L.

SEGUNDO: declarar fundada la denuncia presentada por Depósitos Santa Beatriz S.R.L. contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. por la comisión de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y ventas atadas.

TERCERO: sancionar a Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. con una multa ascendente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias.

CUARTO: ordenar a Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados.

En este caso se presentan resoluciones contradictorias. La Comisión consideró que Dino no desarrolló conductas anticompetitivas. Por su parte, la Sala resolvió sancionar a Dino por abuso de posición de dominio.

Mercado Relevante

El estándar propuesto recoge el criterio utilizado por la legislación nacional para definir al mercado relevante. Así, sólo puede hablarse de la tenencia de posición de dominio por parte de una empresa una vez resuelta la cuestión relativa a cuál es el mercado relevante en el que dicha empresa desarrolla su actividad económica. A su vez, el mercado relevante está conformado por el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante.

El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. En este sentido, para definir el mercado relevante, se deberá evaluar el nivel de sustituibilidad que tiene el producto o servicio ofrecido por la empresa investigada, de tal manera que el mercado de producto relevante incluya aquellos bienes que por sus usos, precio y características puedan ser sustitutos del bien ofrecido por la investigada.

Respecto de la definición del mercado relevante, la Comisión en su Resolución 006-2003-INDECOPI/CLC lo definió en los siguientes términos:

146. Considerando las características, aplicaciones, precios y volúmenes comercializados de los diferentes tipos de cemento, para el presente caso, el mercado de producto relevante está constituido por los cementos Tipo 1, 1Co, MS, 1P y 1PM para sub-distribución o reventa.

Mercado geográfico

El estándar propuesto recoge el criterio utilizado por la legislación nacional para definir al mercado geográfico relevante, considerado como el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

Así, el mercado geográfico relevante se define a partir de las fuentes alternativas que el cliente tiene para abastecerse o aprovisionarse del bien ofrecido por la infractora.

En lo que se refiere al mercado geográfico, la Comisión en su Resolución 006-2003-INDECOPI/CLC señaló lo siguiente:

147. Considerando los flujos comerciales internacionales, los flujos comerciales nacionales, la evaluación de costos de transportes, la asignación de territorios exclusivos y en general la configuración de la red de distribución de Cementos Pacasmayo S.A.A., para el presente caso, el mercado geográfico relevante es el departamento de Piura.

Considerando los productos que los consumidores estarían demandando y tomando en cuenta la existencia de fuentes alternativas de aprovisionamiento, por usos, características y precios, la Comisión señaló que el mercado relevante estaría definido por la distribución de cementos tipo 1, 1Co, MS, 1P y 1PM en Piura.

Posición de dominio

El estándar propuesto recoge el criterio utilizado por la legislación nacional para definir a la posición de dominio. Para ello, se debe tomar en cuenta la cuota de participación, el nivel de concentración de mercado, las barreras a la entrada y la existencia de competencia.

Sobre el particular, la Comisión en su Resolución 006-2003-INDECOPI/CLC, indicó que Dino ostentaba posición de dominio, al señalar que:

148. De acuerdo a la participación en las adquisiciones de cemento a Cementos Pacasmayo S.A., la participación de mercado en la distribución de cementos en el departamento de Piura, la baja probabilidad de entrada de un nuevo distribuidor en el mercado relevante, el acceso a fuentes de financiamiento y el desarrollo de una red de distribución a escala regional, DINO S.R.L. posee la capacidad de actuar independientemente de competidores y clientes, es decir, la empresa denunciada ostenta posición de dominio en el mercado relevante previamente definido.

Cabe indicar que la Comisión analizó la participación de Dino en la distribución de cemento en Piura, evaluando aspectos como el difícil ingreso de un nuevo distribuidor, el acceso a fuentes de financiamiento⁵⁶ y el desarrollo de una red de distribución en las principales ciudades del norte del país.

De acuerdo con los numerales 35 a 37 de la Resolución 006-2003-INDECOPI/CLC, no existe registro de la comercialización de cemento importado del Ecuador en Piura, lugar donde Dino habría realizado la conducta indebida. Asimismo, considerando que los denunciantes son empresas de mediana escala en la comercialización de cementos y otros materiales de construcción en Piura, la Comisión consideró que dichas empresa no se encuentran en capacidad financiera para realizar operaciones de importación, por lo que se descartó la provisión internacional como una fuente alternativa.

⁵⁶ Dino es subsidiaria de Cementos Pacasmayo S.S.S. y partícipe del Grupo Hochschild.

Así, considerando la cuota de participación, las barreras existentes y la ausencia de competencia potencial, la Comisión concluyó que Dino ostentó posición de dominio en el mercado relevante.

Hasta esta parte del análisis, se coincide con la evaluación realizada por la Comisión en la determinación del mercado relevante (mercado de cemento para sub distribución o reventa en Piura) y la posición de dominio que ostentó Dino en el referido mercado. Ahora bien, debido a que el presente caso se trata de un contrato de exclusividad, a continuación corresponde evaluar aspectos relacionados con la conducta indebida y si dicha conducta afectó o no el proceso competitivo.

Conducta del infractor

La Comisión admitió a trámite la denuncia de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas, y señaló en el numeral 57 de su resolución, que ambas conductas tendrían su origen en el desarrollo de la red comercial que Dino implementó a través de la celebración de contratos de afiliación. La discriminación de precios denunciada provendría de los precios menores que Dino habría otorgado a los sub-distribuidores afiliados respecto a los precios que otorgó a los no afiliados. Por su parte, la atadura denunciada provendría del requisito contractual para los afiliados de proveerse exclusivamente de Dino además del cemento, de otros materiales de construcción.

Respecto de la discriminación de precios denunciada, la Comisión señaló en su Resolución 006-2003-INDECOPI/CLC que:

(...) sí reciben un descuento por volumen en función de sus niveles de compra y DINO S.R.L. les cobra un menor precio que a aquellos clientes minoristas o al público en general. Sin embargo, es cierto que DINO S.R.L. mantiene un precio incluso menor para los afiliados que para aquellos clientes que califican como mayoristas (que es el caso de los denunciantes) y estos últimos no tendrán la posibilidad de

alcanzar el nivel de precios que DINO S.R.L. otorga a los afiliados aún cuando aumenten sus volúmenes de adquisición.

108. A pesar de lo anterior, la estructura de precios diseñada por DINO S.R.L. otorgándole el máximo descuento a aquellos sub-distribuidores afiliados es parte de su política comercial que solo podrá ser objetada por la autoridad de competencia si es que ocasiona un perjuicio para la misma. Al respecto, en la sección anterior se analizó que el mantenimiento de esta política de afiliación que genera la existencia de menores precios para los afiliados no había ocasionado mayor daño sobre la competencia y en particular sobre los competidores denunciantes, por lo que dicha diferencia de precios, entre aquel afiliado que consume pequeños volúmenes y aquel no afiliado de grandes compras estaría justificada en las contraprestaciones que el primero realiza para DINO S.R.L. y en la inexistencia de efectos significativos sobre la competencia.

En tal sentido, para la Comisión, si bien quedó acreditado que Dino implementó una política comercial de diferenciación de precios, dicha diferenciación no produjo efectos nocivos para el proceso competitivo.

Asimismo, cabe mencionar que los contratos de afiliación establecieron facilidades para resolver el contrato. En efecto, bastaba notificar dicha decisión con 15 días de anticipación. En consecuencia, de conformidad con el criterio recogido en el estándar propuesto sobre facilidad para salirse del contrato, se concluye que sí existieron facilidades de resolución.

Hasta esta parte del análisis, se considera que la denuncia contra Dino debió referirse a un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada. En efecto, lo que Santa Beatriz buscaba era que Dino le concediera los descuentos por la compra de cemento sin estar afiliada.

Independientemente de lo antes mencionado, se continuará con la aplicación del estándar propuesto a la denuncia contra Dino para mostrar si existió un mercado afectado y, de ser el caso, si se produjeron beneficios o no como consecuencia de la suscripción del contrato de afiliación.

Mercado afectado

El estándar propuesto para el análisis de los contratos de exclusividad plantea evaluar un posible cierre de canales que afecte el proceso competitivo en el supuesto mercado afectado (comercialización de cemento y materiales de construcción en Piura).

Al respecto, la Comisión indicó lo siguiente:

140. Finalmente, de la evaluación de la evolución de las ventas de los denunciantes de aquellos materiales de construcción diferentes al cemento se desprende que las empresas denunciantes han mantenido volúmenes significativos de ventas y no se verifica un efecto significativo de la obligación para los afiliados de adquirir además del cemento otros materiales de construcción.

Es decir, para la Comisión, la suscripción de los contratos de afiliación no originó perjuicios en el mercado de comercialización de materiales de construcción en Piura durante el periodo investigado.

Se coincide con la afirmación señalada por la Comisión, en el sentido que no existió un mercado afectado. Sin embargo, sin perjuicio de lo antes mencionado, se hará referencia al balance de efectos indicado como parte del estándar propuesto para el análisis de los contratos de exclusividad.

Balance de efectos

El estándar para el análisis de los contratos de exclusividad propone llevar a cabo un balance entre los efectos negativos y los positivos ocasionados como consecuencia de dichos contratos.

En ese sentido, el balance propone las siguientes preguntas:

- a. Los contratos de exclusividad implementados por Dino, satisfacen alguna necesidad de los consumidores?

Como se indicó en la primera sección del presente trabajo, la suscripción de los contratos de exclusividad puede existir en un escenario de competencia, en el cual, las empresas buscan ser más eficientes a través de la reducción de sus costos de producción (eficiencia productiva), mejora de la calidad y diversidad de sus bienes y servicios (eficiencia innovativa), y colocación en el mercado sus productos a precios más cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Estas eficiencias son trasladadas al consumidor final.

Al respecto, se considera que el afiliado satisface las necesidades del consumidor a través de la publicidad que realiza en sus locales, unidades de transporte, avisos publicitarios y documentos de propios de la empresa (facturas, boletas, papel membretado, tarjetas, etc.). Asimismo, los afiliados organizan conjuntamente con Dino eventos de difusión (charlas, conferencias, etc.) sobre los productos comercializados por Dino que estarían destinadas a atender a los consumidores finales.

La garantía de compras exclusivas y planificadas por parte de los afiliados genera un ahorro de costos de transacción, búsqueda y negociación y permite que Dino obtenga menores precios de sus proveedores producto de la demanda agregada de todos sus afiliados a escala regional.

Por otro lado, los afiliados proveen información a Dino sobre el mercado, precios y preferencias de los consumidores a través de reuniones, llamadas telefónicas, correos electrónicos y cartas. A partir de esto se genera un ahorro de costos para Dino en la obtención de dicha información.

Finalmente, a través de la afiliación de sub-distribuidores, Dino ahorra los costos de instalar sucursales en cada localidad en donde los afiliados mantienen presencia. Los costos que Dino evita mediante la afiliación se refieren al alquiler y mantenimiento del local, sueldos

del personal, transporte, almacenamiento, muestreo, mantenimiento de inventarios, publicidad entre otros. A través de los afiliados, Dino garantiza una presencia local y de mayor amplitud geográfica para atender a los consumidores finales, evitando los costos de abrir y mantener oficinas y almacenes a escala local.

En efecto, como consecuencia de la celebración de contratos de distribución exclusiva (afiliación), los afiliados obtuvieron un menor precio (descuento), lo que originó el incremento de la competencia a nivel de distribución (entre afiliados).

En consecuencia, los contratos de exclusividad implementados por Dino produjeron una reducción en el precio de comercialización que habría sido trasladado a los consumidores.

- b. Los contratos de exclusividad están destinados a proteger la inversión?

Como se indicó en la primera sección del presente trabajo, la suscripción de los contratos de exclusividad puede estar destinada a proteger el financiamiento de inversiones. Esta motivación se relaciona con el hecho de que el inversionista no se vea burlado, luego de haber realizado una inversión en el local del distribuidor, y que éste no venda sus productos, imposibilitando la recuperación de su inversión.

De esta manera, luego de efectuada la inversión, el productor podría quedar cautivo a la voluntad del tercero para continuar vendiendo los productos de aquél y no cambiar de proveedor.

Para evitar este problema, las empresas podrían celebrar contratos de exclusividad que garanticen la provisión de determinado insumo antes de incurrir en grandes inversiones.

Como se indicó previamente, la suscripción de los contratos de afiliación permitieron que los subdistribuidores utilicen el logotipo de Dino en sus locales, lo que permitió el ahorro de inversiones en publicidad.

Por lo antes expuesto, y luego de haber aplicado los criterios del estándar para el tratamiento de contratos de exclusividad, se considera que la conducta de Dino debió analizarse como una negativa injustificada de venta, evaluando su justificación y los negados efectos anticompetitivos.



3.2 Caso Group Multipurpose S.R.L. y otra contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A.

El 16 de abril de 2003 Gromul Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. (en adelante, de manera conjunta, los Denunciantes) interpusieron denuncia contra Quimpac S.A. (en adelante, Quimpac) y Clorox Perú S.A. (en adelante, Clorox) por presuntas conductas anticompetitivas.

Las denunciadas señalaron que: i) Quimpac gozaba de posición de dominio al poseer el monopolio en el mercado de producción y comercialización de hipoclorito de sodio, insumo necesario para la elaboración de lejía, y ii) Clorox y Quimpac celebraron un contrato de distribución exclusiva mediante el cual Clorox adquiriría posición de dominio en el segmento de distribución de hipoclorito de sodio.

Como consecuencia de dicho contrato, Quimpac se negó a satisfacer la solicitud de compra de hipoclorito de sodio de las denunciadas.

El 22 de febrero de 2008, mediante Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC, la Comisión decidió lo siguiente:

Primero: Denegar los pedidos de informe oral presentados por Quimpac S.A., Clorox Perú S.A. y Group Multipurpose S.R.L.

Segundo: Desestimar las defensas de forma planteadas por Quimpac S.A. con respecto a la formulación de cargos en la resolución admisorio.

Tercero: Declarar improcedentes las pretensiones planteadas por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. luego de la admisión a trámite de la denuncia, consistentes en la imposición de precios abusivos por parte de Clorox Perú S.A. en la distribución de hipoclorito de sodio, precios predatorios en la venta de lejía y discriminación de precios de hipoclorito de sodio para la reventa.

Cuarto: Declarar fundada la denuncia contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. por infracción a los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701, consistente en la implementación de restricciones verticales en

la modalidad de acuerdos de distribución exclusiva en la distribución de hipoclorito de sodio.

Quinto: Declarar infundada la denuncia contra Quimpac S.A. por el cargo de presunta negativa de venta injustificada de venta de hipoclorito de sodio, tipificado en el inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

Sexto: Declarar infundada la denuncia contra Clorox Perú S.A. por supuesta infracción al inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, consistente en la discriminación de precios del hipoclorito de sodio que empleaba para su propio uso como envasador de lejía, frente a los precios cobrados a sus clientes como distribuidor de hipoclorito de sodio.

Séptimo: Declarar que no existe infracción por parte de Quimpac S.A. por el cargo formulado de oficio, por la supuesta discriminación de precios de hipoclorito de sodio frente a Gromul, tipificado en el inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

Octavo: Sancionar a Quimpac S.A. con una multa equivalente a 325,93 (trescientos veinticinco coma noventa y tres) Unidades Impositivas Tributarias.

Noveno: Sancionar a Clorox Perú S.A. con una multa equivalente a 325,93 (trescientos veinticinco coma noventa y tres) Unidades Impositivas Tributarias.

Décimo: Ordenar a Quimpac S.A., como medida complementaria, que, en tanto mantenga posición de dominio en la producción y distribución de hipoclorito de sodio, se abstenga de establecer relaciones de exclusividad que puedan constituir restricciones verticales a la competencia, así como otras conductas que pudiesen tener un efecto discriminatorio. Por tanto, cuando Quimpac S.A. coloque el hipoclorito de sodio en el mercado, deberá cumplir con brindar un trato no discriminatorio a aquellos agentes económicos que demanden tal producto.

Decimoprimer: Ordenar a Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. que asuman de manera solidaria el pago de costas y costos en los que hubiesen incurrido las denunciadas durante la tramitación del procedimiento, monto a ser determinado en ejecución.

Por su parte, el 24 de febrero de 2009, mediante Resolución 0068-2009/SC1-INDECOPI, la Sala decidió lo siguiente:

PRIMERO: desestimar el pedido de nulidad formulado por Quimpac S.A. contra la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC por presunta infracción al principio de tipicidad, principio de presunción de licitud y afectación al derecho de defensa, conforme a los considerandos vertidos en la presente Resolución.

SEGUNDO: desestimar el pedido de nulidad formulado por Clorox del Perú S.A. contra la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC por presunta infracción al derecho de defensa, conforme a los considerandos vertidos en la presente Resolución.

TERCERO: confirmar la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC en el extremo que declara fundada la denuncia formulada por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. por la comisión de prácticas colusorias verticales en la modalidad de contratos de distribución exclusiva en infracción de los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701; toda vez que se ha evidenciado que la conducta podría haber generado efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

CUARTO: sancionar a Quimpac S.A. con una multa equivalente a ochenta y uno coma cuarenta y ocho (81,48) Unidades Impositivas Tributarias.

QUINTO: sancionar a Clorox del Perú S.A. con una multa equivalente a ochenta y uno coma cuarenta y ocho (81,48) Unidades Impositivas Tributarias.

SEXTO: confirmar la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC en el extremo que declara la imposición de una medida complementaria y que condena al pago de costas y costos del procedimiento.

SÉTIMO: desestimar el pedido formulado por Group Multipurpose S.R.L. a efectos de que se ordene a la Comisión el inicio de un procedimiento de oficio por presuntos hechos anticompetitivos ocurridos con posterioridad al periodo de investigación dentro del presente procedimiento.

OCTAVO: desestimar el recurso de apelación formulado por Dispra E.I.R.L. señalando que tiene expedito su derecho a formalizar una denuncia ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia por presuntos actos anticompetitivos acaecidos con posterioridad al periodo de investigación dentro del presente procedimiento.

(...)

Mercado Relevante

El estándar propuesto recoge el criterio utilizado por la legislación nacional para definir al mercado relevante. Así, sólo puede hablarse de la tenencia de posición de dominio por parte de una empresa una vez resuelta la cuestión relativa a cuál es el mercado relevante en el que dicha empresa desarrolla su actividad económica. A su vez, el mercado relevante está conformado por el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante.

El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. En este sentido, para definir el mercado relevante, se deberá evaluar el nivel de sustituibilidad que tiene el producto o servicio ofrecido por la empresa investigada, de tal manera que el mercado de producto relevante incluya aquellos bienes que por sus usos, precio y características puedan ser sustitutos del bien ofrecido por la investigada.

Para definir al mercado geográfico relevante, considerado como el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

Así, el mercado geográfico relevante se define a partir de las fuentes alternativas que el cliente tiene para abastecerse o aprovisionarse del bien ofrecido por la infractora.

Respecto de la definición del mercado relevante, la Comisión señaló en su Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC lo siguiente:

50. En cuanto a los sustitutos, la investigación realizada por el Órgano Instructor acredita que el hipoclorito de sodio como insumo para elaborar lejía carece de sustitutos cercanos. La Secretaría Técnica señala que los productos descritos como

sustitutos por las Denunciadas se destinan a usos distintos a la elaboración de lejía, es decir, no son sustitutos del producto en cuestión desde el punto de vista técnico. Asimismo, del Informe Técnico se observa que sólo el hipoclorito de calcio podría considerarse técnicamente sustituible. Al respecto, sin embargo, la Secretaría Técnica determinó que el insumo necesario para elaborar dicho producto, la soda cáustica, tiene una cotización mucho mayor que el hipoclorito de sodio, y presenta precios finales de comercialización significativamente superiores. Así, también se descartó la existencia de sustitutos económicos.

51. Ahora bien, con relación al ámbito geográfico, las denunciadas alegan que el mercado no debe circunscribirse al ámbito nacional, pues no existen barreras arancelarias aplicables al hipoclorito de sodio proveniente de la Comunidad Andina. Al respecto, el Órgano Instructor ha determinado, sin embargo, que la importación no constituiría una opción económicamente viable. De acuerdo con su análisis, aplicando los costos de transporte correspondientes, el hipoclorito de sodio presentaría precios entre 120% a 340% superiores a los de Quimpac, y hasta 61% más que el precio de reventa de Clorox. Lo cual se ve corroborado por el hecho que, durante el periodo de investigación, la importación de ese producto representó menos del 1% de todo el comercio nacional.

53. En consecuencia, el Mercado Relevante queda delimitado como el mercado de venta o suministro de hipoclorito de sodio (como insumo para la producción de lejía) a distribuidores o envasadores de lejía en el territorio nacional.

Así, considerando los productos intercambiables y las posibles fuentes alternativas de aprovisionamiento, el mercado relevante estuvo definido por la venta del hipoclorito de sodio en el territorio nacional.

Posición de dominio

El estándar propuesto recoge el criterio utilizado por la legislación nacional para definir a la posición de dominio. Para ello, se debe tomar en cuenta la cuota de participación, el nivel de concentración de mercado, las barreras a la entrada y la existencia de competencia.

Al respecto, la Comisión evaluó la posición de dominio en el contrato de distribución exclusiva desde el nivel aguas arriba, es decir, Quimpac. Así, la Comisión, y su Secretaría Técnica, analizaron el posible ingreso de competidores, las barreras existentes, la cuota de participación y el nivel de concentración del mercado aguas arriba. En efecto, en su Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC, indicó lo siguiente:

62. Por lo expuesto, Quimpac gozó de posición de dominio en el Mercado Relevante durante el periodo de investigación, pues el mencionado producto no presenta sustitutos para la elaboración de lejía (demanda derivada del hipoclorito de sodio); el mercado internacional no resulta una alternativa económicamente viable de abastecimiento, y Quimpac era el único productor nacional del citado producto⁵⁷.

Este aspecto es importante, toda vez que si bien Quimpac mantenía el monopolio de la producción del hipoclorito de sodio, se considera que el análisis de posición de dominio debió realizarse respecto de Clorox, quien tenía competencia en el nivel de distribución y, en consecuencia, tenía motivos para eliminar a sus competidores del referido nivel.

Por otro lado, cabe hacer una precisión respecto de la afirmación de que Quimpac trasladó su posición de dominio a Clorox a través del contrato de exclusividad⁵⁸.

⁵⁷ Luego de la salida del señor Pérez Salas y ante la decisión de Intradevco de no habilitar la planta de cloro-soda adquirida por su empresa (ver Informe N° 025-2005/GEE).

⁵⁸ Según lo señalado en la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC y que a continuación se transcribe:

13. Luego de la etapa de instrucción, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 064-2007-INDECOPI/ST-CLC del 24 de setiembre de 2007, en el cual concluyó y recomendó lo siguiente:

En efecto, se trataría de dos mercados distintos con características diferentes. Así, se tiene el mercado de producción de hipoclorito de sodio, donde hay un monopolista; y otro mercado de envasado de hipoclorito de sodio, donde hay varios distribuidores.

Sobre el análisis de la posición de dominio de Clorox, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi señaló que dicha empresa mantenía posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo de la práctica, según se lee a continuación (pie de página 14 del Informe 064-2007-INDECOPI/ST-CLC elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión):

Al respecto, la GEE señala lo siguiente en su Informe:

277. Todo lo analizado muestra que desde el ingreso de Clorox (en 1994) al Perú y el inicio de su relación comercial con Quimpac en el abastecimiento del insumo, Clorox goza de una posición dominante en la actividad de distribución del hipoclorito de sodio para envasado de lejía, desde que ella misma tiene la capacidad de vender y fijar el precio del insumo de manera independiente a sus propias competidoras en el negocio.

278. La posición de dominio de Clorox se ve reforzada con la baja probabilidad de entrada de un nuevo competidor en la distribución de hipoclorito de sodio para envasado de lejía, sobre todo por las barreras de entrada identificadas. En particular, el Acuerdo Take or Pay con Quimpac le da la capacidad de distribuir aproximadamente el 76% del hipoclorito de sodio para envasado de lejía producido por Quimpac (Cuadro N°30). Asimismo, el hecho que Clorox sea una subsidiaria o filial de la Clorox Company, le da el respaldo financiero

(...)

- Quimpac mantiene posición de dominio en el mercado de producción de hipoclorito de sodio. Por el acuerdo de distribución exclusiva, Quimpac trasladó su posición de dominio a Clorox en el mercado de distribución de hipoclorito de sodio.

("deep pocket") necesario para reforzar su posición dominante en la actividad.

279. En conclusión, de acuerdo a la participación en las adquisiciones de hipoclorito de sodio para envasado de lejía a Quimpac, la baja probabilidad de entrada de un nuevo distribuidor en el mercado relevante y su relación comercial a través de un supuesto Acuerdo Take or Pay con Quimpac, la Gerencia considera que la empresa Clorox posee la capacidad de actuar independientemente de competidores y clientes, es decir, la empresa denunciada ostenta posición de dominio dentro del mercado relevante.

Es decir, no habría sido necesario un traslado de posición de dominio del productor al distribuidor, toda vez que Clorox, que opera en el nivel de distribución, ya tenía posición de dominio.

Asimismo, Clorox, y no Quimpac, obtenía un beneficio anticompetitivo como consecuencia de la suscripción del contrato de exclusividad, toda vez que incrementaba aún más su posición en el mercado de distribución de hipoclorito de sodio, convirtiéndose en monopolista de dicho mercado. Esto es, excluyendo a sus competidores.

Hasta esta parte del análisis, se coincide con la evaluación realizada por la Comisión, en el sentido de la determinación del mercado relevante (mercado de venta de hipoclorito de sodio a nivel nacional). Sin embargo, se considera que el análisis del contrato de exclusividad debió realizarse en función de Clorox, debido a las motivaciones que tendría dicha empresa y que se expondrá a continuación. Ahora bien, debido a que el presente caso se trata de un contrato de exclusividad, a continuación corresponde evaluar aspectos relacionados con la conducta indebida y si dicha conducta afectó o no el proceso competitivo.

Características del contrato

El estándar propuesto plantea la evaluación sobre la facilidad que las partes tienen para salirse del contrato. Así, este criterio que permitiría disminuir el

carácter nocivo de la extensión del contrato. De tal manera que si una empresa dificulta la resolución del contrato, estableciendo altas penalidades, podría eliminar o reducir canales de distribución en el caso de proveedores, motivo por el cual su duración de más de un año, y la dificultad para salirse del contrato, podría tener como objetivo perjudicar el proceso competitivo.

En consecuencia, el estándar propone que los contratos de exclusividad no afectarán el proceso competitivo si, independientemente de su duración, existen facilidades y no hay penalidades que dificulten la resolución del contrato.

Al respecto, como se indicó previamente, en la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC se sostuvo lo siguiente:

13. Luego de la etapa de instrucción, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 064-2007-INDECOPI/ST-CLC del 24 de setiembre de 2007, en el cual concluyó y recomendó lo siguiente:

- Quimpac y Clorox celebraron y mantuvieron un acuerdo de distribución exclusiva en la distribución de hipoclorito de sodio, desde enero de 1998 e incluso hasta el momento de presentación de la denuncia en abril de 2003. Si bien antes de la denuncia, Quimpac vendió hipoclorito de sodio a Intradevco Industrial S.A., esta empresa era un envasador de lejía y no un distribuidor del insumo; además, Clorox recibía una compensación de Quimpac por estas ventas.

(...)

39. En contraprestación, Quimpac recibiría de Clorox: (i) un pago de US\$ 65,00 por tonelada de hipoclorito de sodio tomada, y, (ii) una participación del 65% en los beneficios obtenidos por Clorox en la distribución del hipoclorito de sodio que Clorox no procese.

El contrato suscrito entre Quimpac y Clorox tenía como finalidad convertir a éste como el único distribuidor de Quimpac, para lo cual, Quimpac se obligó a no vender el hipoclorito de sodio a competidores de Clorox.

En efecto, el contrato benefició a Clorox, no sólo dándole la exclusividad en la distribución del insumo, sino que también evitó posibles incumplimientos por parte de Quimpac.

Si Quimpac realizaba ventas de hipoclorito de sodio a otros agentes distintos de Clorox, asumía una sanción de pagar una contraprestación a Clorox.

Por otro lado, Clorox permitiría que Quimpac participe del 65% de los ingresos obtenidos por Clorox respecto del hipoclorito de sodio que no utilice, es decir, del insumo que venda a otros distribuidores.

Este 65% representaría un beneficio económico para Quimpac y no un beneficio anticompetitivo que le hubiera permitido incrementar su posición de dominio en el mercado de producción de hipoclorito de sodio, motivo por el cual este beneficio de 65% no debería evaluarse como un motivo de Quimpac para afectar el proceso competitivo.

Adicionalmente, como se mencionó, Quimpac participa en el mercado aguas arriba de producción de hipoclorito de sodio, insumo necesario para la elaboración de lejía, por lo que no tiene un interés para perjudicar el mercado aguas abajo en el que Clorox realiza sus actividades. En efecto, debido a que Quimpac es monopolista en la producción de hipoclorito de sodio, y no mantiene una empresa vinculada en el mercado aguas abajo, Quimpac no tendría incentivos para afectar el proceso competitivo en la comercialización del hipoclorito de sodio, y cualquier acción que realice Clorox en el mercado aguas abajo, no incrementará la cuota de participación de Quimpac.

Siguiendo con las características del contrato, se hará referencia al grado o nivel de exclusividad y su repercusión en el mercado. De tal manera que si el contrato establece altas restricciones a la contraparte, el nivel de exclusividad podría ser entendido como una barrera para salirse del

contrato. Sobre el particular, la Comisión señaló en su Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC lo siguiente:

41. Como puede observarse, Quimpac se comprometió a no suministrarle hipoclorito de sodio a competidores -actuales o potenciales- de Clorox en la manufactura o venta de lejía. En otras palabras, el contrato permitiría a Clorox tener exclusividad tanto en la compra de hipoclorito de sodio para producir lejía como en la distribución del hipoclorito que no procese. En este caso, como se explicará en detalle más adelante, no se ha analizado el mercado de comercialización de lejía, es decir, aquél o aquéllos ubicados aguas abajo después de los envasadores de lejía. Por tanto, para efecto de este caso, la exclusividad relevante será aquélla relacionada con la distribución de hipoclorito de sodio.

Se observa que el contrato tendría como finalidad proteger a Clorox de sus competidores, para lo cual Quimpac se obligaba a vender el hipoclorito de sodio sólo a Clorox.

Es decir, el grado o nivel de exclusividad implementado como consecuencia de la suscripción del contrato de distribución del hipoclorito de sodio beneficiaría a Clorox en desmedro de sus competidores.

Mercado afectado

La Comisión consideró que, al crearse una exclusividad en la distribución del hipoclorito de sodio, los clientes de Clorox deberían enfrentar una doble marginalización, es decir, el precio establecido por Quimpac y aquél cobrado por Clorox, según se lee a continuación del respectivo numeral de la Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC:

65. Al crearse un nuevo nivel en la comercialización de hipoclorito de sodio, entregado en exclusividad a Clorox, las empresas que previamente actuaban como distribuidores y/o envasadores de lejía, cual es el caso de Quimex S.A., debieron enfrentar una doble marginalización (*double mark up*).

Sin embargo, si bien la doble marginalización puede generar un incremento en el precio, la afectación al proceso competitivo debe centrarse en la repercusión ocasionada en el mercado por la suscripción del contrato.

Al respecto, Quimpac mantenía el monopolio. En consecuencia, no existió una modificación en el mercado de producción.

De la aplicación de los criterios establecidos en el estándar al presente caso, se ha determinado que el mercado relevante comprende la venta de hipoclorito de sodio a distribuidores a nivel nacional, donde Quimpac ostentó posición de dominio a nivel upstream, y Clorox ostentó una alta cuota de participación a nivel downstream.

Asimismo, se ha determinado que el mercado afectado comprende a la distribución del hipoclorito de sodio, donde Clorox se convirtió en monopolista en dicho mercado, como consecuencia de la suscripción del contrato de exclusividad firmado con Quimpac.

A continuación, corresponde evaluar si la suscripción del contrato de exclusividad originó más beneficios que perjuicios al proceso competitivo.

Balance de efectos

La Comisión hizo un balance sobre las eficiencias sostenidas por las denunciadas, indicando lo siguiente en su Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC:

68. La evaluación de las eficiencias alegadas por las investigadas se resume en el siguiente cuadro:

Cuadro 7
Evaluación de supuestas eficiencias del acuerdo

Eficiencia alegada	Sustento	Evaluación
Reducción de riesgo del producto controlado (hipoclorito) para Quimpac.	Las ventas a pequeñas empresas eran realizadas por Clorox, que asumía el costo de verificar los requisitos de las normas de control de productos químicos.	Quimpac vendía otro producto controlado (ácido clorhídrico) directamente y se lo ofreció a Dispra (bajo disponibilidad inmediata), por tanto, no se sustenta un trato especial para el hipoclorito de sodio. No obstante, puede asumirse que existió algún ahorro en costos de transacción para el productor del insumo.
Reducción de costos de transacción para Quimpac.	Quimpac podía colocar gran parte de su producción de hipoclorito con un gran cliente, lo que implicaba menores costos que contratar con numerosas empresas pequeñas.	El mismo efecto se pudo obtener sin la exclusividad (i.e. mediante un contrato de suministro o un take or pay).
Eficiencias del take or pay para Clorox.	Aseguraba la entrega del insumo.	No era necesaria la exclusividad.
Relación con The Clorox Company, transferencia tecnológica para Quimpac.	Solidez de la empresa y transferencia de know how sobre hipoclorito de sodio.	No era necesaria la exclusividad.
Reducción de costos ambientales para Quimpac.	Por el contrato Quimpac colocaba su producción, reduciendo costos de almacenamiento y evitando desechar los mismos (costos).	No era necesaria la exclusividad.

Elaboración: CLC

Si bien existió un contrato de exclusividad, la sola presencia no significa que exista un perjuicio al proceso competitivo, sino que debería evaluarse si de manera real existió una afectación y, si no la hubiere, verificar si de manera potencial se podría afectar el proceso competitivo.

Al respecto, la Comisión, en el análisis del efecto de la restricción para graduar la multa, indicó lo siguiente en su Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC:

V.3.4. Graduación de la multa final

4. La determinación de la cuantía final de la multa (evaluación cuantitativa), se realizará sobre la base de los siguientes aspectos que podrán afectar el monto correspondiente al beneficio ilícito esperado (multa base):

(...)

(i) **El efecto de la restricción.-** La actuación de Quimpac y Clorox, al haber restringido la oferta de hipoclorito a un único distribuidor, originó los siguientes efectos:

- **Sobre los distribuidores.-** los demandantes mayoristas de hipoclorito se vieron obligados a obtener el producto directamente de Clorox como único distribuidor. En tal sentido, los antiguos distribuidores

se vieron desplazados en la cadena de distribución para convertirse en redistribuidores.

Sin embargo, no se ha podido determinar efectos significativos sobre las ventas de los distribuidores una vez que empezaron a actuar como redistribuidores.

- **Sobre los consumidores finales.**- Al ser el hipoclorito de sodio un insumo industrial, empleado básicamente para la producción de lejía, no se han podido determinar los efectos sobre los consumidores finales. No obstante, hasta el 2003 no se verificaron incrementos significativos en el precio de la lejía y, por el contrario, desde ese año, pudo observarse una reducción en el precio de la lejía.

Es decir, si bien las eficiencias alegadas por Quimpac y Clorox no justificarían la suscripción de un contrato de exclusividad, en los hechos, no se verificó de manera real efectos negativos sobre los redistribuidores, sino más bien, habría existido mayor competencia que originó que las ventas de Clorox no sean sostenidas, según lo señalado por la Sala en su Resolución 0068-2009/SC1-INDECOPI:

186. Cabe señalar, que incluso las ventas de Clorox no se habrían sostenido a lo largo de los años posteriores al periodo de investigación, tal como se puede apreciar en el gráfico siguiente. En efecto como se aprecia del referido gráfico existen otras empresas envasadoras de lejía que pese a la existencia del acuerdo de exclusividad desde 1998 y a la supuesta alza de precio del hipoclorito de sodio han logrado mantenerse y crecer en el mercado de comercialización de lejía para lavar, ofreciendo a los consumidores un producto que ha podido competir con los de Clorox. Así por ejemplo, se observa que la empresa Liguria ha ido incrementando su participación de mercado en los últimos años.

Asimismo, tampoco se verificó de manera real un perjuicio para los consumidores. Por el contrario, según el Informe 064-2007-INDECOPI/ST-CLC elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión, existió una reducción del 50% en el precio de la lejía comercializada.

Por nuestra parte, el estándar propuesto para el análisis de los contratos de exclusividad propone llevar a cabo un balance entre los efectos negativos y los positivos ocasionados como consecuencia de dichos contratos.

En ese sentido, el balance plantea las siguientes preguntas:

- a. ¿Los contratos de exclusividad suscritos entre Quimpac y Clorox satisfacen alguna necesidad de los consumidores?

Como se indicó en la primera sección del presente trabajo, la suscripción de los contratos de exclusividad puede existir en un escenario de competencia, en el cual, las empresas buscan ser más eficientes a través de la reducción de sus costos de producción (eficiencia productiva), mejora de la calidad y diversidad de sus bienes y servicios (eficiencia innovativa), y colocación en el mercado sus productos a precios más cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Estas eficiencias son trasladadas al consumidor final.

Como se puede observar del Cuadro 7 de la decisión de la Sala, Resolución 0068-2009/SC1-INDECOPI, los clientes de Quimpac, a excepción de Clorox, adquirieron volúmenes menores a las 20 Ton. Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por la segunda instancia, se considera que negociar con un gran cliente ahorra costos de transacción al hacerlo con catorce, sobre todo, por los volúmenes de compra de hipoclorito de sodio antes mencionados.

En el caso Denunciantes c. Quimpac y Clorox se ha evidenciado que la suscripción de los contratos de exclusividad habría ocasionado una reducción de los costos de producción que permitió un menor precio de comercialización del hipoclorito de sodio.

En efecto, los contratos de exclusividad suscritos entre Quimpac y Clorox permitieron la reducción en 50% del precio de

comercialización del hipoclorito de sodio, situación que beneficia a los consumidores.

Asimismo, se evidenció una mejora en la presentación (eficiencia innovativa), cambiándola de cojín a envase de plástico.

En consecuencia, los contratos de exclusividad suscritos entre Quimpac y Clorox produjeron la satisfacción de la necesidad de los consumidores de menores precios de comercialización y mejora en la calidad del producto.

- b. ¿Los contratos de exclusividad suscritos entre Quimpac y Clorox son la única vía para satisfacer la necesidad de los consumidores?

Como se indicó en la primera sección del presente trabajo, la suscripción de los contratos de exclusividad puede ahorrar costos de transacción. Esta motivación se relaciona con el hecho de evitar los costos que demanda la revisión o negociación individual de los términos contractuales para llevar a cabo actos propios del giro del negocio. Cabe mencionar que una de las características para el ahorro de los costos de transacción es que por tratarse de productos homogéneos.

En el caso Denunciantes c. Quimpac y Clorox, como se ha mencionado, podría resultar más ventajoso para el productor negociar con un solo distribuidor en lugar de hacerlo con varios.

Esta situación podría estar justificada en el ahorro de costos de transacción, lo cual beneficiaría a los consumidores a través de menores precios en el producto comercializado.

Independientemente de la suscripción de los contratos de exclusividad, se considera que dicha conducta, en el caso concreto, no ocasionó problema en el proceso competitivo, puesto que en el supuesto en el cual Quimpac decida abrir una sucursal para

centralizar las transacciones comerciales a nivel de la distribución del hipoclorito de sodio, no cabe duda de que esta situación no ameritaría un reproche en el sentido de afectación al proceso competitivo.

En efecto, a través de la suscripción del contrato de exclusividad, Quimpac, en los hechos, delegó en un tercer agente la función de distribuir el hipoclorito de sodio. Desde la perspectiva de Quimpac, el contrato no tiene efectos anticompetitivos debido a que, como se señaló, no obtuvo beneficios que redunden en un incremento de su cuota de participación ni afectación a competidores a nivel de la producción del referido insumo.

En consecuencia, los contratos de exclusividad suscritos entre Quimpac y Clorox fueron la vía para satisfacer la necesidad de los consumidores, consistente en la comercialización del hipoclorito de sodio a menor precio y mejor presentación.

Por lo antes expuesto, y luego de haber aplicado los criterios del estándar para el tratamiento de contratos de exclusividad a los argumentos expuestos por la Comisión y la Sala, se considera que Clorox sí tenía posición de dominio en la distribución de hipoclorito de sodio y, en consecuencia, sí tenía motivos para excluir a sus competidores del mercado. Por su parte, Quimpac sólo obtuvo un beneficio económico y no uno anticompetitivo.

Finalmente, a pesar de la verificación de la conducta anticompetitiva de Clorox, cabe mencionar que como resultado de la evaluación de efectos en el mercado supuestamente afectado, así como del balance realizado, no se verificó efectos negativos en el proceso competitivo, motivo por el cual, no se debió imponer una sanción contra Clorox.

3.3 Caso Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C contra de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. y otras

El 8 de enero de 2004 Ambev Peru S.A.C. (en adelante, Ambev) interpuso denuncia contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (en adelante, Backus) y otras, haciendo referencia a la existencia de una estrategia implementada por las denunciadas, con la finalidad de impedir el acceso de la denunciante al denominado "Sistema de Intercambiabilidad de Envases".

Este sistema permite que, al momento que un consumidor adquiriera una cerveza pueda entregar un envase vacío y retirar un envase, que puede ser distinto al de la marca entregada.

El 17 de febrero de 2004, Ambev amplió su denuncia por abuso de posición de dominio contra Backus y otras, alegando la existencia de una estrategia consistente en la celebración de contratos de exclusividad con el fin de impedir su acceso a los principales canales de distribución minorista de cerveza.

De acuerdo a Ambev, a partir de junio de 2003, cuando hizo pública su intención de ingresar al mercado peruano, el Grupo Backus inició una estrategia consistente en forzar a los distribuidores minoristas de cerveza, como bodegas, restaurantes, licorerías, etc., (en adelante, de manera conjunta, los Distribuidores) a celebrar contratos de exclusividad para la venta de los productos elaborados y comercializados por las empresas de dicho Grupo.

El 25 de junio de 2009, mediante Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI, la Comisión decidió aceptar el desistimiento de la pretensión presentado por Ambev en el procedimiento seguido contra Backus y otras sobre abuso de posición de dominio en las modalidades de acuerdos verticales de venta exclusiva y negativa injustificada de acceso al sistema de intercambio de envases. Asimismo, decidió declarar la conclusión del procedimiento en la

medida en que no se verificó que las conductas denunciadas pudieran afectar intereses de terceros o el interés general.

Para el análisis del presente caso, sólo se hará referencia al extremo de la denuncia sobre la celebración contratos de venta exclusiva por parte de Backus con los Distribuidores con el fin de impedir a Ambev el acceso a los principales canales de distribución minorista, y no sobre el extremo de la negativa injustificada de acceso al Sistema de Intercambio de Envases.

El estándar propuesto recoge el criterio utilizado por el Decreto Legislativo 1034 para definir al mercado relevante, el cual está conformado por el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante.

Producto Relevante

De acuerdo con el Decreto Legislativo 1034, el mercado de producto relevante es el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución se evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores, las características, usos y precios de los posibles sustitutos y las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

Al respecto, la Comisión, en el anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI estableció el producto relevante en los siguientes términos:

171. Considerando el diseño de la política de contratos de exclusividad del Grupo Backus dirigida únicamente a excluir a productores de cerveza y no de otras bebidas alcohólicas; los niveles de consumo de cerveza tanto en términos de líquido como de alcohol consumido, que representan niveles muy superiores al consumo de otras bebidas alcohólicas; los resultados de las encuestas a consumidores que acreditan que éstos consideran que la cerveza posee atributos y satisface necesidades particulares que la distinguen del resto de bebidas alcohólicas; las declaraciones de representantes de agentes comercializadores de bebidas alcohólicas que identifican

momentos de consumo distintos entre la cerveza y el resto de bebidas alcohólicas; los niveles de precios que demuestran que la mayoría de bebidas alcohólicas poseen precios por litro de alcohol significativamente menores que la cerveza y, sin embargo, no son consumidos afectando las ventas de ésta; y la ausencia de correlaciones de precios positivas significativas con otras bebidas alcohólicas representativas, se puede señalar que el mercado de producto relevante sería el mercado de producción y distribución mayorista de cerveza.

En tal sentido, según las características, usos y precio, de lo señalado por la Comisión, y luego de aplicar el criterio utilizado por el Decreto Legislativo 1034, recogido en el estándar propuesto, el producto relevante es la cerveza, debido a que posee atributos y satisface necesidades que no podrían sustituirse con el consumo de otras bebidas alcohólicas.

Mercado geográfico

El estándar propuesto recoge el criterio utilizado por el Decreto Legislativo 1034 para definir al mercado geográfico relevante, el cual es considerado como el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, se evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

Así, el mercado geográfico relevante se definirá a partir de las fuentes alternativas que el cliente tiene para abastecerse o aprovisionarse del bien ofrecido por la infractora.

Para definir el mercado geográfico, la Comisión tomó en consideración que las operaciones mayoristas del Grupo Backus cubren la totalidad del territorio peruano. Asimismo, tomó en cuenta que la presunta práctica implicaría la suscripción de contratos de exclusividad a nivel nacional, motivo por el cual, definió al mercado geográfico como todo el Perú, según se lee de la transcripción del anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI:

- 186 Adicionalmente, cabe resaltar que en el presente caso la celebración de contratos de exclusividad presuntamente anticompetitivos se ha realizado por parte del Grupo Backus en distintas regiones del país⁵⁹, por lo que resulta adecuado identificar la conducta como una práctica con un presunto efecto exclusorio respecto de la competencia a nivel nacional.
- 187 En consecuencia, al tratarse de una conducta realizada por un agente que opera a escala nacional y presuntamente destinada a afectar la competencia a escala nacional, el mercado geográfico relevante deberá estar restringido al territorio nacional⁶⁰.

En ese sentido, debido a que la conducta denuncia se habría desarrollado a nivel del mercado *up stream*, es decir, suscripción de contratos de exclusividad entre Backus y los Distribuidores, y considerando la presencia comercial de Backus, el mercado geográfico se delimitó al territorio nacional.

De acuerdo a lo antes señalado, y luego de aplicar el criterio utilizado por el Decreto Legislativo 1034, recogido en el estándar propuesto, el mercado relevante quedó definido como el mercado de producción y distribución mayorista de cerveza en el Perú⁶¹. De esta manera, a continuación

⁵⁹ Adicionalmente, cabe señalar que, a nivel nacional, el contenido de los contratos de exclusividad, celebrados por el Grupo Backus o sus Centros de Distribución con minoristas, es similar.

⁶⁰ En similar sentido, en la jurisprudencia internacional, se encuentran las definiciones de mercado relevante realizadas por la Comisión Federal de Competencia de México, delimitando el mercado geográfico al territorio mexicano, en sendos casos de contratos de exclusividad con minoristas en contra de The Coca Cola Export Corporation (resoluciones recaídas en los expedientes DE-06-2000 y DE-21-2003, ambas del 14 de junio de 2005).

⁶¹ Como se indicó, para determinar un abuso de posición de dominio, hay que determinar el mercado relevante en el que el infractor ejerció abuso de su posición de dominio. Para ello, hay que definir el mercado geográfico relevante, entendido como aquellas zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. En el caso analizado, aquellas zonas donde se ubiquen las fuentes alternativas de adquisición de cerveza. Como se verá más adelante, la conducta puede perjudicar el proceso competitivo en el mismo mercado relevante o en otro mercado relacionado (mercado afectado en el que se produce el impacto de la conducta). Así, por ejemplo, el mercado relevante puede estar constituido por la oferta que realice Backus a los Distribuidores, y el mercado

corresponde determinar si Backus mantuvo o no posición de dominio en el mercado relevante antes definido.

Posición de dominio

El estándar propuesto recoge el criterio utilizado por la legislación nacional para definir a la posición de dominio. Para ello, se debe tomar en cuenta la cuota de participación, el nivel de concentración de mercado, las barreras a la entrada y la existencia de competencia.

Sobre el particular, la Comisión determinó en el anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI que Backus ostentó posición de dominio en el mercado relevante en los siguientes términos:

270 Considerando la cuota de mercado del Grupo Backus (cercana a 100%); la tenencia por parte de dicho grupo de un sistema de distribución desarrollado; su integración vertical con proveedores de insumos; la tenencia de capacidad instalada ociosa; el liderazgo de sus marcas; la existencia de costos hundidos (en maquinaria y publicidad); las barreras legales a la entrada identificadas, así como la evidencia de ingreso al mercado de Ambev y la evolución de los precios de manera posterior a dicho ingreso, esta Comisión identifica que el Grupo Backus habría tenido posición de dominio en el mercado relevante dentro del periodo de investigación.

Hasta esta parte del análisis, se coincide con la evaluación realizada por la Comisión, en el sentido de la determinación del mercado relevante (mercado de producción y distribución mayorista de cerveza en Perú) y la posición de dominio que ostentó Backus en el referido mercado. Ahora bien, debido a que el presente caso se trata de un contrato de exclusividad, a continuación corresponde evaluar aspectos relacionados con la conducta

afectado puede estar constituido por la oferta que pretendía realizar Ambev a los Distribuidores pero en determinadas zonas geográficas y no en todo el territorio nacional, puesto que Ambev tendría proyectado ofrecer sus productos en las playas durante el verano, y tal vez no en otras regiones del interior del país. Así, para analizar el impacto de la conducta se debe evaluar la disponibilidad de la oferta en determinadas zonas y no en todo el territorio nacional.

indebida y si dicha conducta afectó o podría afectar el proceso competitivo⁶².

Respecto de la conducta indebida, se analizará aspectos relacionados con los contratos de exclusividad, con la finalidad de determinar si dichos contratos podrían tener un efecto nocivo para el proceso competitivo. Para ello, se contrastarán los criterios desarrollados en el estándar propuesto, como la facilidad para salirse de los contratos, con el análisis efectuado por la Comisión.

Facilidad para salirse del contrato

Según la información contenida en el Anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI, la distribución de las marcas producidas por Backus desde la planta del productor hasta los Distribuidores (minoritas) está conformada por dos niveles: el primero corresponde a la distribución desde las plantas productoras hacia los Centros de Distribución y Distribuidores Mayoristas; mientras que el segundo nivel se refiere a la distribución desde los mayoristas hacia los puntos de venta (Distribuidores).

Los distribuidores mayoristas cuentan con la exclusividad en la venta y distribución de los productos en las zonas de concesión, provinciales o regionales, que les ha sido asignada. Asimismo, los distribuidores reconocen al Grupo Backus como el suministrador exclusivo, comprometiéndose a no procurarse directa o indirectamente productos de igual naturaleza de otro distribuidor o fabricante. Ahora bien, considerando que el distribuidor mayorista y el Grupo Backus mantienen un mismo centro de interés, el análisis sobre el contrato de exclusividad se realizará en función a los Distribuidores.

⁶² De acuerdo con los artículos 10.4 y 12.4 del Decreto Legislativo 1034, las conductas de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias verticales, respectivamente, constituyen prohibiciones relativas, es decir, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Como se indicó, el estándar propuesto plantea la evaluación sobre la facilidad que tienen los Distribuidores para salirse del contrato de exclusividad. Este criterio permitiría disminuir el carácter nocivo de la extensión del contrato. De tal manera que si una empresa dificulta la resolución del contrato, estableciendo altas penalidades, se podría presumir el carácter anticompetitivo de la práctica, al querer mantener la situación restrictiva (cierre de canales) para sus competidores.

En consecuencia, el estándar propone que situaciones en las que se puede resolver el contrato con un aviso previo de quince a treinta y sin penalidades, no afectará el proceso competitivo.

Como se indicó en los párrafos previos, los contratos de exclusividad no afectarán el proceso competitivo si, independientemente de su duración, existen facilidades y no hay penalidades que dificulten la resolución del contrato.

Al respecto, la Comisión señaló que los contratos de exclusividad de Backus no establecían los supuestos bajo los cuales los Distribuidores podrían resolver el contrato, pero sí otorgaban a Backus el derecho de resolución contractual en caso de incumplimiento de aquéllos, según se lee de la transcripción del anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI:

340 Sobre el particular, del análisis de los contratos de exclusividad, no se aprecia una cláusula que establezca en qué supuestos el minorista se encontraría facultado a dejar sin efecto el vínculo. Sin embargo, los contratos sí han previsto que los proveedores pueden optar por resolver el contrato frente al incumplimiento de las obligaciones del minorista. Ello se aprecia de lo establecido en las cláusulas sexta y séptima de dichos acuerdos que se analizan a continuación:

SEXTA.- En el improbable caso que EL CLIENTE vendiera, promocionara, obsequiara o permitiera la publicidad y/o exhibición de cervezas no fabricadas por LA CERVECERÍA en EL LOCAL indicado en la cláusula primera, LA CERVECERÍA podrá

resolver el presente contrato obligándose EL CLIENTE a devolver el valor de los productos entregados por LA CERVECERÍA y/o el íntegro del monto desembolsado en ejecución del presente contrato.

La devolución del monto señalado en el párrafo precedente se efectuará proporcionalmente al tiempo que duró la exclusividad a cuyo efecto se dividirá las cantidades de dinero y/o productos recibidos en retribución por la exclusividad entre el tiempo que duró la misma, debiendo EL CLIENTE devolver las cantidades pendientes.

El importe a devolver se considerará como un préstamo y como tal devengará intereses desde la fecha en que se entregaron los productos y/o dinero con la Tasa Activa en Moneda Nacional (TAMN) publicada por la Superintendencia de Banca y Seguros.
(el subrayado es nuestro)

Asimismo, la Comisión hizo referencia a la existencia de una penalidad si los Distribuidores se salían del contrato, según se lee del anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI:

348 Asimismo, es importante destacar que el minorista que incumple sus obligaciones no solo debe cumplir con devolver lo establecido en la cláusula sexta, sino que está obligado a abonar una penalidad que equivale al doble del importe sujeto a devolución. Ello se aprecia de lo dispuesto en la cláusula séptima del contrato:

SÉTIMA.- En el improbable caso que en EL LOCAL mencionado en la cláusula primera se vendiera, publicitaria, obsequiara o promocionara cervezas no fabricadas por LA CERVECERÍA, y esta última hubiera optado por resolver el presente convenio en virtud de lo previsto en el primer párrafo del punto precedente EL CLIENTE se obliga por la presente a pagar adicionalmente una penalidad que será igual al doble del importe que EL CLIENTE está obligado a devolver en aplicación de lo dispuesto en la Cláusula Sexta.

El pago por concepto de penalidad debe hacerse en un plazo que no excederá de tres días útiles contados a partir del día siguiente

de la comunicación por la que LA CERVECERÍA da por resultado el convenio. (...)
(el subrayado es nuestro)

Sin embargo, en el anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI, se mencionó que la penalidad no sería aplicable, es decir, los Distribuidores podrían salirse del contrato. Para sostener esta afirmación, se propuso el siguiente ejemplo:

352 En consecuencia, un incumplimiento en el marco del contrato estándar contemplaría la siguiente situación:

(i) A la firma del contrato el minorista recibe 50 cajas de cerveza como primera entrega de la contraprestación por la celebración de este acuerdo por tres (3) años.

(ii) Si se produce el incumplimiento del minorista poco antes de recibir la segunda entrega de la contraprestación no sería posible ejecutar la obligación de devolver las cantidades pendientes, pues el minorista no tiene en su poder producto alguno pendiente de ser entregado.

En efecto, no correspondería devolver los productos entregados al momento de la firma del contrato, dado que esa cuota corresponde proporcionalmente al primer año de exclusividad; y el resto de la contraprestación pactada aún no ha sido entregada por lo que tampoco podría ser devuelta. Por lo tanto, no existiría una parte de la contraprestación que haya sido entregada y que, debido al incumplimiento, se encuentre sujeta a devolución.

(iii) Al no existir ninguna cantidad pendiente de devolución, no podría generarse la obligación de pagar la penalidad prevista en la cláusula séptima del contrato, pues su monto se calcula en función del importe que el cliente está obligado a devolver.

353 Como se puede apreciar, en el contrato estándar, que prevé un esquema de contraprestaciones parciales, cabe la posibilidad de interpretar que los minoristas podrían dejar sin efecto el contrato de exclusividad sin ningún tipo de pago. En consecuencia, el contrato de exclusividad por el plazo de tres años (contrato estándar), podría terminar durando un plazo mucho menor (1 ó 2 años) si se consideran las posibilidades que el propio contrato brinda.

Para analizar lo señalado previamente, y adelantándonos un poco al análisis del mercado en el que se produjo el impacto de la conducta, se considera importante mencionar la situación en la que se encontraban las partes intervinientes en el contrato de exclusividad suscrito en las playas. Por un lado, se encontraba Backus, empresa que, según lo mencionado en párrafos anteriores, ostentó una elevada cuota de participación en el mercado de comercialización de cerveza a nivel nacional. Por otro lado, se encontraban los Distribuidores, quienes se ubican en las playas en determinadas épocas del año y que tal vez no disponían de liquidez para invertir y mejorar sus locales. Asimismo, los Distribuidores se encontraban en una situación de falta de disponibilidad de otras marcas de cerveza que pueda competir con las preferencias de los consumidores.

Frente a esta situación, Backus estableció en sus contratos que realizaría inversiones y entregaría productos al distribuidor, tal vez cervezas como premio por el cumplimiento de las ventas, los que serían devueltos en el supuesto que el distribuidor en su local vendiera, promocionara, obsequiara o permitiera la publicidad o exhibición de cervezas no fabricadas por Backus (cláusula sexta).

Por lo antes expuesto, no se podría suponer que el incumplimiento de la obligación por parte del Distribuidor, le genere un derecho, y tampoco que le exonere de la aplicación de las penalidades acordadas.

En consecuencia, se considera que la cláusula sobre resolución no sólo dificulta la salida de un Distribuidor, sino que le podría generar el pago de una penalidad. Se explica a continuación a través del siguiente caso⁶³:

(i) El Distribuidor debería vender 1440 cajas de cerveza cada año.

⁶³ De acuerdo con el contrato que obra a fojas 19038 del Expediente 001-2004/CLC correspondiente a la denuncia interpuesta por Ambev contra Backus y otros, el cliente (Distribuidor) debe vender como mínimo 4320 cajas en 3 años. Es decir, 1440 cajas cada año.

(ii) Si se produce el incumplimiento del minorista a la mitad del segundo año, sólo podría haber vendido, aproximadamente, 720 cajas. Restándole 720 cajas para el segundo año y 1440 cajas para el tercer año.

(iii) Cabe mencionar que en ejecución del contrato, Backus habría realizado inversiones y entregado productos al minorista.

Ahora bien, como consecuencia de que el minorista en su local vendiera, promocionara, obsequiara o permitiera la publicidad o exhibición de cervezas no fabricadas por Backus, en aplicación de la cláusula sexta:

- El minorista deberá devolver la inversión que Backus realizó en su local.
- El minorista deberá devolver el valor de las 720 cajas restantes (si cada caja puede costar S/ 37.50, el Distribuidor debería devolver S/. 27,000).
- El minorista deberá entregar las cantidades pendientes, es decir, deberá devolver la suma de las S/. 54,000 que corresponden a 1440 cajas pendientes para el tercer año, considerando cada caja a S/. 37.50.

Finalmente, en aplicación de la cláusula séptima, el minorista deberá pagar el doble del importe que resulte de la sumatoria del valor de las 720 cajas restantes y el valor de la suma de las 1440 cajas pendientes, es decir, S/. 81,000 como penalidad.

En consecuencia, no existió facilidad para que los minoristas salgan del contrato suscrito con Backus, al evidenciarse penalidades y dificultades que originaron el cierre de canales de distribución.

Ahora bien, independientemente de la existencia o no de las facilidades para salirse del contrato, existen circunstancias como las características que posee una empresa como Backus, que harían que los Distribuidores no

puedan rechazar la política comercial implementada por aquélla, toda vez que dicho rechazo implicaría una pérdida para los Distribuidores⁶⁴.

En efecto, como se señaló, Backus gozaba de posición de dominio en el mercado relevante, debido a que la producción del grupo Backus en 2001 a 2004 fue de 99,75% a 99,88%⁶⁵. En tal sentido, por la presencia del producto comercializado, resultaría razonable suponer que los Distribuidores no deseen salirse del contrato suscrito con Backus, inclusive si existieran facilidades para ello.

Luego de haber aplicado los criterios del estándar propuesto para el análisis de los contratos de exclusividad para la definición del mercado relevante y la posición de dominio que ostentó Backus en el referido mercado, corresponde aplicar los criterios propuestos en el mercado afectado. Para ello, se analizará si la conducta indebida pudo o podría haber ocasionado efectos nocivos en el mercado upstream, es decir, a nivel de la producción de cerveza, mediante el impedimento o retraso del ingreso de un nuevo agente productor, y en el mercado downstream, es decir, a nivel de la comercialización de cerveza de los Distribuidores a los consumidores, mediante el retiro de una nueva oferta.

Sobre el cierre de canales de distribución

⁶⁴ Como se indicó en el punto 2.4, para el caso Dentsply de 2005, los tribunales norteamericanos señalaron que la participación de Dentsply en el mercado le habría permitido mantener su monopolio, y que ningún distribuidor abandonaría a Dentsply por otra marca.

⁶⁵ Según anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI

Cuota de mercado del Grupo Backus

Miles de litros	2001	2002	2003	2004
Consumo aparente	526572	615802	646407	670422
Importación	874	1433	1596	814
Importación/consumo aparente (%)	0.17%	0.23%	0.25%	0.12%
Cuota de mercado del Grupo Backus (%)	99.83%	99.77%	99.75%	99.88%

Fuente: PRODUCE, ADUANAS
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

El estándar propuesto para el análisis de los contratos de exclusividad propone una evaluación del mercado afectado a través del cierre de los canales de distribución. Así, dependiendo del sector y de la dinámica del mercado, se propuso que un cierre de canales de distribución equivalente al 10% sería necesario para considerar que los contratos de exclusividad afectarían el proceso competitivo.

En el presente caso, a diferencia de los dos casos anteriores, se debe hacer referencia a la presencia de la red de distribución para la colocación de la cerveza (producto relevante) en Perú (mercado geográfico relevante). La referencia a la red de distribución, a diferencia de un mercado oligopólico, permitirá evaluar si existe un cierre de canales equivalente al 10%, según el estándar propuesto.

El caso Ambev c. Backus y otros tiene la particularidad de que involucra a Distribuidores, quienes participan para como una red para la colocación de la cerveza. Al respecto, como indicó Ducrocq, "una red es el conjunto de estructuras, procesos y actividades que, más allá de la oferta comercial o punto de venta, son necesarios para convencer, elaborar y poner en práctica la oferta" (Miques et al 2008: 323)

En el mercado analizado participan, por el lado de la oferta, los productores, los distribuidores mayoristas y los Distribuidores; y por el lado de la demanda, los consumidores.

Cabe mencionar que la participación de los Distribuidores genera eficiencias a través de las relaciones de intercambio que realizan:

Los canales constan de conjuntos de relaciones de marketing que surgen del proceso de intercambio. Una función importante realizada por los intermediarios es su rol en la optimización del número de relaciones de intercambio requeridas para terminar las transacciones. La eficiencia en los contactos describe este movimiento hacia un punto de equilibrio entre la cantidad y la calidad de las relaciones de intercambio entre los miembros del canal. Sin los intermediarios del

canal, los compradores tendrían que interactuar directamente con los vendedores, llevando a un estado de negocios ineficiente en extremo. Cuando sólo hay dos partes involucradas en un intercambio se dice que es una relación diádica. El proceso de intercambio en una relación diádica es relativamente simple, pero se hace mucho más complicado a medida que aumenta el número de participantes en el canal. (Peltron et al 1999: 14)

Así, a través de los Distribuidores, el productor puede llegar a más clientes. En efecto, un productor, a través de un distribuidor intermediario, puede llegar, por ejemplo, a cuatro consumidores; pero si recurre a dos distribuidores intermediarios, el número de consumidores se podría ampliar. Es decir, para el caso concreto, el cierre de los canales de distribución resulta importante puesto que de presentarse dicho cierre, se estaría evitando que una empresa pueda colocar sus productos a los consumidores finales.

Como se indicó en el anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI, la denuncia de Ambev se refirió a una obligación generada a partir de los contratos de exclusividad para que los Distribuidores adquieran cerveza de los mayoristas autorizados o directamente de Backus, según se lee a continuación:

- 114 Por consiguiente, la práctica denunciada por Ambev se trataría de una obligación de adquisición exclusiva de las cervezas del Grupo Backus por parte de distribuidores minoristas, que se pactaría a través de contratos de venta exclusiva celebrados ya sea entre los minoristas y las empresas productoras de cerveza del Grupo Backus (Backus, Cervesur y San Juan); o entre los primeros y agentes de distribución mayorista de dicho grupo (p.e. San Ignacio).
- 115 Adicionalmente, considerando que la provisión de cerveza a los minoristas está a cargo de los agentes de distribución mayorista; y la estrecha vinculación que existe entre la mayor parte de éstos (denominados "Centros de Distribución") y las empresas productoras de cerveza del Grupo Backus; es posible

delimitar el mercado relevante para el presente extremo de la denuncia a las actividades de producción y distribución mayorista. Por lo tanto, el mercado relevante será definido como el mercado de producción y distribución mayorista de cerveza y, de existir, de los sustitutos que de ésta se identifiquen en el análisis de sustituibilidad desarrollado en la presente sección.

- 116 En similar sentido, se puede identificar que la presunta afectación a la competencia por parte de la conducta cuestionada se daría en los niveles de producción y distribución mayorista de cerveza, siendo los presuntos afectados Ambev y otros (actuales o potenciales) competidores del Grupo Backus, que se verían privados de proveer a los minoristas que mantienen contratos de exclusividad para la venta de cervezas de dicho grupo, y, por ende, verían mermada su capacidad para que sus productos sean adquiridos por los consumidores finales (...).

Para analizar el cierre del mercado afectado, la Comisión recogió el criterio utilizado por la agencia de competencia de los Estados Unidos de América, que estableció una afectación al proceso competitivo si el cierre de canales equivale al 30% o más.

Así, la Comisión realizó el siguiente análisis. En primer lugar, analizó el cierre en relación al número de minoristas existentes declarados por Backus al 31 de diciembre de 2003, 2004 y 2005 a nivel nacional. De dicho análisis, se señaló en el anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI que el cierre no superaba el 2.03% del mercado analizado:

- 323 Una primera aproximación a la evaluación del índice de cierre de mercado, en un caso de acuerdos verticales de venta exclusiva como el presente, consiste en realizar su cálculo en función del número de distribuidores que está siendo vinculado a través de la exclusividad. El índice de cierre de mercado verificará la proporción de distribuidores exclusivos en relación al total de distribuidores.

324 Al respecto, el Cuadro N° 19 presenta el índice de cierre de mercado para los años 2003, 2004 y 2005 medido según número de clientes exclusivos vinculados al Grupo Backus al 31 de diciembre de cada uno de los años en mención.

Cuadro 8
Índice de cierre de mercado
Número de minoristas al 31 de diciembre de cada año

Año	Número de clientes exclusivos	Total minoristas*	Índice de cierre
2003	2 368	201 936	1,17%
2004	3 314	201 936	1,64%
2005	4 103	201 936	2,03%

* Información a mayo de 2005⁶⁶

Fuente: Grupo Backus

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Luego, la Comisión analizó el cierre en relación a los volúmenes de venta de los minoristas al 31 de diciembre de 2003 y 2004 a nivel nacional. De dicho análisis, se señaló en el anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI que el cierre no superaba el 6.21% del mercado analizado, según se puede leer a continuación:

328 En tal sentido, el Cuadro N° 20 presenta el índice de cierre de mercado para los años 2003 y 2004 medido según volúmenes de ventas de clientes exclusivos vinculados al Grupo Backus al 31 de diciembre de cada año.

Cuadro 9
Índice de cierre de mercado
Ventas de minoristas al 31 diciembre de cada año⁶⁷

⁶⁶ El dato del total de minoristas de 201 936 agentes fue proporcionado por Backus en su escrito del 14 de julio de 2005. Se replica el mismo dato como total de minoristas para los años 2003 y 2004 puesto que la empresa manifestó no tener un registro histórico. Adicionalmente, Backus señaló que el número total de establecimientos en años anteriores puede haber sido distinto al número que actualmente registran sus sistemas debido al ingreso, salida o cambio de nombre de algunos establecimientos, aunque estiman que tales variaciones no deben ser estadísticamente relevantes.

⁶⁷ Las ventas de clientes exclusivos corresponden a las ventas efectivas anuales de los minoristas que al 31 de diciembre de cada año mantenía un contrato de exclusividad con el Grupo Backus. Por ende, el índice de cierre de mercado es un buen indicador de la capacidad de reventa de los minoristas vinculados de forma exclusiva al Grupo Backus al 31 de diciembre de cada año.

Año	Ventas de clientes exclusivos (HL)	Total ventas (HL)	Índice de cierre
2003	284 956	6 464 070	4,41%
2004	416 043	6 704 220	6,21%

Fuente: Grupo Backus, PRODUCE y SUNAT
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

329 Como puede apreciarse, el nivel de ventas de los minoristas vinculados de forma exclusiva a través de los contratos cuestionados, permanece siendo un porcentaje reducido respecto del total de ventas del mercado. En efecto, el índice de cierre de mercado medido en ventas no es superior al 6,21%.

Después, la Comisión analizó el cierre en relación al número de minoristas declarados por Backus al 31 de diciembre de 2003, 2004 y 2005 para la región Lima. De dicho análisis, se señaló que el cierre no superaba el 4.93% del mercado analizado, según se lee a continuación del anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI:

331 En tal sentido, el Cuadro N° 21 presenta el índice de cierre de mercado para los años 2003, 2004 y 2005 medido según número de clientes exclusivos vinculados al Grupo Backus al 31 de diciembre de cada uno de los años en mención para la Región Lima.

Cuadro 10
Índice de cierre de mercado
Número de minoristas al 31 de diciembre de cada año –
Región Lima

Año	Número de clientes exclusivos	Total minoristas*	Índice de cierre
2003	2 093	73 260	2,83%
2004	2 886	73 260	3,94%
2005	3 614	73 260	4,93%

* Información a febrero de 2004.⁶⁸

Fuente: Grupo Backus

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

332 Como puede apreciarse, el número total de minoristas vinculados de forma exclusiva a través de los contratos

⁶⁸ El dato del total de minoristas de 73 260 agentes se obtiene de los escritos del Grupo Backus del 20 de febrero de 2004 y 19 de marzo de 2004. Se replica el mismo dato como total de minoristas para los años 2003 y 2005 al no disponerse de información sobre el total de minoristas en Lima para dichos años.

cuestionados resulta siendo un porcentaje reducido respecto del total de minoristas que participan de la comercialización de cerveza en la Región Lima. En efecto, el índice de cierre de mercado medido en número de minoristas en ningún caso es superior al 4,93%.

Finalmente, la Comisión analizó el cierre en relación a los volúmenes de ventas de los minoristas al 31 de diciembre de 2003 y 2004 para la Región Lima. De dicho análisis, se señaló en el anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI que el cierre no superaba el 12.64% del mercado analizado, según se lee a continuación:

333 De similar manera que en el caso de la evaluación a nivel nacional, corresponde realizar la evaluación del índice de cierre de mercado en función de las ventas vinculadas a los clientes exclusivos. En tal sentido, el Cuadro N° 22 presenta el índice de cierre de mercado para los años 2003 y 2004 medido según volúmenes de ventas de clientes exclusivos vinculados al Grupo Backus al 31 de diciembre de cada año para la Región Lima.

Cuadro 11
Índice de cierre de mercado
Ventas de minoristas al 31 diciembre de cada año – Región Lima⁶⁹

Año	Ventas de clientes exclusivos (HL)	Total ventas (HL)	Índice de cierre
2003			8,91%
2004			12,64%

⁶⁹Estimado⁷⁰.

Fuente: Grupo Backus

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

334 Como puede apreciarse, el nivel de ventas de los minoristas vinculados de forma exclusiva a través de los contratos

CONFIDENCIAL

⁶⁹ Información obtenida de la información declarada confidencial mediante Resoluciones N° 018, 021 y 022-2005-INDECOPI/CLC del 5 de mayo de 2005; 076 y 078-2006-INDECOPI/CLC del 30 de octubre de 2006 y 059-2008-INDECOPI/CLC del 10 de noviembre de 2008.

⁷⁰ La información proporcionada por Backus sobre ventas totales de la Región Lima de 2004 fue HL, sin embargo, dicha información se presentó sólo hasta octubre de dicho año. A efectos de tener un dato aproximado se ha multiplicado el total de ventas a nivel nacional por el factor correspondiente aproximadamente al porcentaje que representó la Región Lima respecto del total de ventas a nivel nacional en el año 2003 (se valida dicho factor considerando que para el año 2002 la Región Lima representó % de las ventas nacionales).

cuestionados permanece siendo un porcentaje reducido respecto del total de ventas de la Región Lima. En efecto, el índice de cierre de mercado medido en ventas no es superior al 12,64%.

En tal sentido, aplicando el criterio utilizado por la agencia de competencia de los Estados Unidos de América, que estableció una afectación al proceso competitivo si el cierre de canales equivale al 30% o más, se concluyó que los contratos de exclusividad suscritos por Backus con los Distribuidores no afectaron el proceso competitivo, toda vez que el nivel de ventas de los minoristas vinculados de forma exclusiva respecto del total de ventas de la Región Lima no es superior al 12,64%.

Sobre el particular, no se coincide con la aplicación de dicho criterio y se considera que se debió acotar el mercado afectado, limitándolo a aquella zona en la que deseaba ingresar Ambev, para lo cual, se debió tomar en cuenta las particularidades de este mercado, como la estacionalidad que se explicará posteriormente, y aplicar el criterio recogido por el estándar propuesto, que señaló que un cierre equivalente al 10% del mercado podría afectar el proceso competitivo.

Sobre el particular, cabe mencionar que el análisis de mercado debe tomar en cuenta dos niveles, es decir, el área comercial general y el área comercial específica.

El área comercial general se refiere al espacio geográfico formado por el conjunto de municipios, cuya población se sienta atraída comercialmente, y por el municipio de mayor equipamiento comercial de la zona, que constituye su núcleo central o cabecera. El área comercial toma el nombre de su municipio o cabecera.

En cuanto a área comercial específica, podríamos considerarla por la extensión territorial cuya población realiza sus compras con cierta habitualidad en un municipio del mismo espacio geográfico – cabecera de subárea –que a su vez gravita sobre un municipio o cabecera. Es decir, los municipios de las subáreas – áreas específicas

– gravitan en parte sobre un núcleo (centro de subárea) y, a su vez toda la subárea es atraída por otro núcleo (centro de área), que posee un alto grado de especialización o intensidad comercial. (Miques et al 2008: 341)

Es decir, un área grande (área comercial general) tiene sus propias características comerciales (precios, calidad de consumidores) que pueden ser distintas a las sub áreas que la conforman (área comercial específica)⁷¹. En particular, el área comercial específica involucra un territorio que atiende la demanda habitual de una población. Al respecto, es importante definir previamente lo que se entiende por demanda y la habitualidad.

De acuerdo a la Real Academia Española, la demanda es definida como la “cuantía global de las compras de bienes y servicios realizados o previstos por una colectividad”, es decir, cantidad de bienes y servicios que, en conjunto y a diferentes precios establecidos en el mercado, pueden ser adquiridos por los consumidores en un determinado momento.

De esta manera, la demanda se generaría a partir del deseo de los consumidores de satisfacer una necesidad. Así, por ejemplo, se podría hablar de la demanda de alimentos. En respuesta, se podrían presentar agentes que estén dispuestos a poner a disposición de los consumidores sus servicios a través de la creación de locales de venta de comida, por ejemplo.

Ahora bien, respecto de la habitualidad, la Real Academia Española la define como “[lo] que se hace, padece o posee con continuación o por hábito”. Es decir, el área geográfica específica atendería una demanda que comúnmente realizan los consumidores en un determinado territorio. Sin

⁷¹ Folio 18450 del Expediente 001-2004/CLC correspondiente a la denuncia interpuesta por Ambev contra Backus y otros, esta separación de áreas comerciales fue comunicada el 26 de julio de 2005 por parte de San Ignacio S.A. (en adelante, San Ignacio), distribuidor mayorista autorizado por el Grupo Backus. En efecto, en el referido escrito, San Ignacio señaló las siguientes zonas de atención: Lima, 148 zonas; Huacho, 7 zonas; Barranca, 6 zonas; Huaral, 7 zonas; Cañete, 3 zonas; Chíncha, 4 zonas; Pisco, 3 zonas; Ica, 10 zonas; Nazca, 3 zonas; Tarma, 3 zonas y Huancayo, 7 zonas.

embargo, la demanda podría estar generada por factores externos como la moda, los gustos, los costos de transporte existentes entre la ubicación de la casa hacia el lugar de consumo, circunstancias que podrían ocasionar que la demanda habitual se lleve a cabo en determinado momento.

En efecto, cada demanda puede tener sus propias características, lo que tendría efecto en la oferta que se presente. Así, por ejemplo, se puede mencionar a la demanda que sólo se presenta en determinadas ocasiones del año, lo que podría verse afectada por tratarse de un área comercial específica.

Así, podría suceder que el área comercial específica se caracterice, entre otros, por la estacionalidad, entendida como la situación en la que “el producto que sólo se vende en unas determinadas épocas del año - sombrillas para la playa – tendrá más limitadas las alternativas de distribución (...)” (Miques et al 2008: 332)

Es decir, si bien podrían existir locales de venta de comida y bebidas alcohólicas en las playas durante el año, sin duda, debido a la afluencia de los consumidores, la demanda se incrementa durante los meses de verano.

Asimismo, debe tomarse en cuenta como parte de los costos de transporte señalado previamente, que sería poco probable que un consumidor ubicado en una primera playa, decida salir hacia una segunda playa para buscar una cerveza distinta a la que se vende en la primera playa, con la incertidumbre de que no la encuentre.

Ahora bien, para entender mejor la respuesta ante esta demanda y, sobre todo, si existirían barreras que dificulten el ingreso de ofertantes en un mercado particular como el de venta de bebidas alcohólicas durante el verano, sería importante señalar algunas características que tiene la oferta para satisfacer esta demanda estacional. En primer lugar, se hará referencia a la Ley 28681, Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, publicada el 5 de marzo de 2006 en el Diario Oficial “El Peruano”, cuyo artículo 3 contiene una primera restricción a la venta de

bebidas alcohólicas, al señalar que “sólo aquellos establecimientos debidamente autorizados por las municipalidades de su jurisdicción, podrán comercializar bebidas alcohólicas al público dentro del giro o modalidad y horario específico que se establezca en el reglamento y con las restricciones establecidas en ordenanzas municipales y en la presente Ley (...)”.

Es decir, tal vez por tratarse de un bien cuyo consumo excesivo podría perjudicar la salud, evitar la circulación de bebidas no aptas para el consumo humano y que no se expendan a los menores de edad⁷², el Estado peruano ha establecido un control más estricto para la producción⁷³ y comercialización de bebidas alcohólicas a través de la autorización previa.

Adicionalmente y en la misma línea restrictiva, el literal f) del artículo 5 de la Ley 28681 prohíbe la venta ambulatória, distribución, suministro a título oneroso o gratuito y el consumo directo de toda clase de bebidas alcohólicas en la vía pública.

Es decir, se busca controlar la oferta de bebidas alcohólicas a través de una autorización previa y se busca controlar la demanda a través de la prohibición del consumo en la vía pública.

Por su parte, el artículo 5 del Reglamento de la Ley 28681, Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, aprobado mediante Decreto Supremo 012-2009-SA y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 11 de julio de 2009, dispone que “[l]as municipalidades de

⁷² Literal f) del artículo 5 de la Ley 28681.

⁷³ Así, por ejemplo, el 17 de diciembre de 2010 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley 29632, Ley para erradicar la elaboración y comercialización de bebidas alcohólicas informales adulteradas o no aptas para el consumo humano. Por su parte, el Código Penal sanciona la producción o comercialización de bebidas alcohólicas adulteradas con penas privativas de la libertad de hasta ocho años, según se lee a continuación:

“Artículo 288-C.- Producción o comercialización de bebidas alcohólicas ilegales

El que produce o comercializa bebidas alcohólicas informales, adulteradas o no aptas para el consumo humano, según las definiciones señaladas en la Ley para Erradicar la Elaboración y Comercialización de Bebidas Alcohólicas Informales, Adulteradas o no Aptas para el Consumo Humano, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años”.

acuerdo a sus competencias y atribuciones, podrán aprobar ordenanzas que establezcan horarios de venta o expendio de bebidas alcohólicas, de acuerdo a las modalidades señaladas en el artículo precedente. En los casos que se establezcan limitaciones al horario, éstas se deberán sustentar en razones de seguridad o tranquilidad pública”.

De lo mencionado por el Decreto Supremo 012-2009-SA, se puede entender que si bien el Estado regula la producción, distribución, comercialización y consumo de las bebidas alcohólicas, prohibiendo su consumo en la vía pública, el Estado reconoce a las municipalidades la potestad normativa para regular el horario para la venta y expendio de bebidas alcohólicas⁷⁴.

En efecto, esta facultad normativa de las municipalidades se puede comprobar a través del proceso que convocan para la venta del comercio en la temporada de playa. En efecto, según se puede observar del portal web de la Municipalidad Distrital de San Antonio Cañete, mediante Comunicado 01-2010-CTP2011, la Comisión Técnica de Playa 2011 informó la postergación del proceso de presentación y evaluación de las solicitudes

⁷⁴ En la sentencia del Tribunal del 26 de marzo de 2007, recaída en el Expediente 07175-2006-PA/TC, respecto del recurso de agravio constitucional interpuesto por Gustavo Omar Campos La Rosa y otro, en representación de la Asociación de Comerciantes de la Playa “El Silencio” de Punta Hermosa, contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima del 20 de abril de 2006, el Tribunal Constitucional reconoció la facultad normativa de las municipalidades al señalar lo siguiente:

5. En este sentido el artículo 62° de la ley Orgánica de Municipalidades establece que: “Las playas, ríos, manantiales, corrientes de agua, así como los lagos son bienes de uso público. Solamente por razones de seguridad nacional pueden ser objeto de concesión para otros usos”. Asimismo los artículos 80° y 83° de la Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, establecen como función específica de las Municipalidades distritales el regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales, y regular y controlar el comercio ambulatorio y otorgar licencias para la apertura de establecimientos comerciales, industriales y profesionales.
6. Por ello este Tribunal considera que de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades éstas detentan potestad normativa para la regulación de los bienes de uso público, de modo que la Municipalidad demandada ha expedido la norma cuestionada en ejercicio regular de sus competencias.

para la venta de comercio temporal y concesión de servicios higiénicos en la Playa San Antonio.

Es decir, se podría concluir que, debido a que se trataría de un producto cuyo consumo excesivo podría tener efectos nocivos para la salud, cuya adulteración podría acelerar estos efectos nocivos y cuya comercialización podría involucrar a menores de edad, el Estado tiene mayor cuidado en la producción, comercialización de bebidas alcohólicas, estableciendo restricciones para su consumo.

Sin embargo, el consumo de bebidas alcohólicas en las playas sería una demanda estacional que generaría un área comercial específica, es decir, aumenta el consumo de dichas bebidas durante la temporada de verano.

Ante ello, las municipalidades, en ejercicio de su potestad reguladora, pueden asignar espacios en las playas a través del establecimiento de procesos de selección. En consecuencia, por lo antes mencionado, se puede concluir que el mercado de comercialización de bebidas alcohólicas en las playas, además de que podría generar un área comercial específica, presenta características propias que involucraría la existencia de barreras legales a la entrada que dificultarían el ingreso de nuevos agentes durante la estación de verano.

Por los criterios antes señalados, es decir, debido a la existencia de áreas comercial general y específica, el análisis de afectación del mercado debió realizarse de manera separada, sobre todo debido a que Ambev afirmó un área específica para desarrollar su estrategia comercial en las playas durante el verano.

En efecto, la estrategia planteada por Ambev fue difundida en medios de comunicación. Por ejemplo, en el Diario El Comercio del 12 de noviembre de 2006, representantes de Ambev indicaron lo siguiente:

Sin embargo, estas estrategias no servirán de nada a la empresa en esta campaña si no soluciona un problema: sus top model no pueden ir a las playas. "El problema que tenemos es en las playas, porque la

competencia tiene contratos de exclusividad no solo con los locales, sino con las mismas municipalidades, y eso también lo hemos denunciado en el Indecopi. Eso nos afectó mucho el año pasado y esperamos que el Indecopi pueda tomar una resolución en las próximas semanas, antes del verano", agregó.

Así, se puede concluir que la colocación de cerveza en las playas durante el verano es un tema de estacionalidad que reduce las posibilidades de distribución. En tal sentido, el análisis del cierre de mercado debió realizarse respecto del área comercial específica a la cual Ambev quería ingresar desde el punto de la estrategia comercial.

Cabe recordar que uno de los criterios establecidos en el estándar propuesto para el análisis de los contratos de exclusividad se refiere a la implementación de estrategias que realizan los productores y que están destinadas a satisfacer las necesidades de los consumidores. En el caso particular, la necesidad de consumir cerveza en las playas durante el verano.

Respecto del área comercial específica, hubiera sido importante mostrar el porcentaje de Distribuidores que habían suscrito el contrato de exclusividad con Backus, y aquéllos que se encontraban disponibles para Ambev, y luego de ello, analizar si existirían facilidades para salirse del contrato⁷⁵. Esta información hubiera permitido conocer de manera más precisa si la suscripción de contratos de exclusividad de Backus podría afectar un área específica y, de ser el caso, el grado de afectación.

Por lo antes expuesto, el análisis efectuado debió realizarse según la estrategia de posicionamiento de un productor de cerveza que deseaba ingresar al mercado, es decir, separar el área comercial general del área comercial específica.

⁷⁵ Aunque, como se ha señalado, las características particulares de Backus habrían ocasionado que los Distribuidores no puedan rechazar la implementación de su política comercial.

En tal sentido, luego de haber señalado las características del mercado de comercialización y consumo de bebidas alcohólicas en las playas durante el verano, se puede señalar que la implementación de los contratos de exclusividad por parte de Backus ocasionaron la pérdida para un nuevo agente productor de posibles canales de distribución, debido a las altas penalidades contenidas en sus cláusulas y las características que posee Backus que resultaría poco probable que los Distribuidores rechacen una propuesta de comercialización de los productos de aquélla.

En tal sentido, según el criterio del estándar propuesto sobre un cierre de canales de distribución equivalente al 10%, en los numerales 333 y 334 del Anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI se indicó que el cierre en relación a los volúmenes de ventas de los minoristas al 31 de diciembre de 2003 y 2004 para la Región Lima no superaba el 12.64%. Bajo esta afirmación, y según el porcentaje establecido en el estándar propuesto, la conducta de Backus afectaría el proceso competitivo para la Región Lima.

Así, el perjuicio al proceso competitivo se evidencia a través de la consecuencia ocasionada por la política de suscripción de contratos de exclusividad implementada por Backus con los Distribuidores en las playas, al evitar el ingreso de un nuevo competidor y la reducción de los consumidores de una nueva alternativa de cerveza, toda vez que resultaría poco razonable que un consumidor se retire de la playa para adquirir un producto en otro lugar.

En consecuencia, se puede concluir que la política de suscripción de contratos de exclusividad implementada por Backus sí ocasionó perjuicios en el proceso competitivo y generó beneficios en Backus a través del retraso del ingreso de un nuevo competidor, permitiéndole de esta manera mantener su alta cuota de participación en el referido mercado. Por ello, a continuación, se hará referencia al balance de los efectos.

Balance de efectos en el proceso competitivo

El estándar propuesto para el análisis de los contratos de exclusividad propone llevar a cabo un balance entre los efectos negativos y los positivos ocasionados como consecuencia de dichos contratos.

En ese sentido, el balance plantea las siguientes preguntas:

- c. ¿Los contratos de exclusividad implementados por Backus satisfacen alguna necesidad de los consumidores?

Como se indicó en la primera sección del presente trabajo, la suscripción de los contratos de exclusividad puede existir en un escenario de competencia, en el cual, las empresas buscan ser más eficientes a través de la reducción de sus costos de producción (eficiencia productiva), mejora de la calidad y diversidad de sus bienes y servicios (eficiencia innovativa), y colocación en el mercado sus productos a precios más cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Estas eficiencias son trasladadas al consumidor final.

En el caso Ambev c. Backus no se ha evidenciado que la suscripción de los contratos de exclusividad haya ocasionado una reducción de los costos de producción que permitan un menor precio de comercialización de la cerveza. Tampoco se ha comprobado una mejora en la calidad del producto comercializado. Sino que, por el contrario, el precio de la cerveza se mantuvo en el mismo precio hasta el 2005, fecha en la que Ambev comenzó a producir su cerveza.

En efecto, según información del Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI⁷⁶, los precios de la cerveza habrían bajado en julio de 2005, fecha en la que Ambev inició su producción. Es decir, los contratos de exclusividad firmados antes de la referida fecha no significó una reducción en el precio de comercialización de la cerveza y los consumidores no se beneficiaron.

⁷⁶ Ver página 85 del Anexo de la Resolución 045-2009/CLC-INDECOPI.

En consecuencia, los contratos de exclusividad implementados por Backus no tenían como objeto ni produjeron ninguna satisfacción de alguna necesidad de los consumidores.

- d. ¿Los contratos de exclusividad implementados por Backus son la única vía para satisfacer la necesidad de los consumidores?

Considerando que los contratos de exclusividad implementados por Backus no satisfacen ninguna necesidad de los consumidores, la suscripción de dichos contratos no es considerada como una vía en bienestar de los consumidores.

- e. ¿Los contratos de exclusividad están destinados a proteger la inversión o evitar la doble marginalización?

Como se indicó en la primera sección del presente trabajo, la suscripción de los contratos de exclusividad puede estar destinada a proteger el financiamiento de inversiones. Esta motivación se relaciona con el hecho de que el inversionista no se vea burlado, luego de haber realizado una inversión en el local del distribuidor, y que éste no venda sus productos, imposibilitando la recuperación de su inversión.

De esta manera, luego de efectuada la inversión, el productor podría quedar cautivo a la voluntad del tercero para continuar vendiendo los productos de aquél y no cambiar de proveedor.

Para evitar este problema, las empresas podrían celebrar contratos de exclusividad que garanticen la provisión de determinado insumo antes de incurrir en grandes inversiones.

Para responder a esta pregunta, se debería considerar que Backus tendría que efectuar grandes inversiones, algunas de ellas irre recuperables, que justifiquen la suscripción de los contratos de

exclusividad, permitiendo de esta manera que los Distribuidores no se aprovechen de los grandes costos en los que incurrió Backus.

Sobre el particular, como se ha señalado, Backus no ha realizado grandes inversiones en los locales de los Distribuidores. Lo que Backus hizo fue colocar artefactos eléctricos de fácil retiro.

Por otro lado, tampoco no se ha evidenciado la existencia de un problema de doble marginalización que pueda ser solucionado a través de los contratos de exclusividad, a menos que se considere que los Distribuidores poseen poder de mercado (el mercado en el que participan los Distribuidores es atomizado, lo que dificulta la coordinación entre ellos⁷⁷).

En consecuencia, los contratos de exclusividad implementados por Backus no estaban destinados a proteger la inversión o evitar la doble marginalización.

f. ¿Los contratos de exclusividad desincentivan el free riding?

Como se indicó en la primera sección del presente trabajo, la suscripción de los contratos de exclusividad puede estar destinada a evitar el free riding u oportunismo, situación referida a la posibilidad de que un agente, sin haber participado en la contratación ni haber incurrido en gastos adicionales, obtenga beneficios gratuitos. Lo que implica la existencia de competencia en dicho mercado.

En el caso analizado, se ha determinado que Backus ostentó posición de dominio en el mercado de producción y comercialización de cerveza en Perú, en consecuencia, no existió un aprovechamiento de un competidor (free rider), motivo por el cual, no era necesaria la suscripción de los referidos contratos.

⁷⁷ Conf. "Un enfoque económico del artículo 82", elaborado por Jordi Gual, Martin Hellwig, Anne Perrot, Michele Polo, Patrick Rey, Klaus Schmidt y Rune Stenbacka. Occasional Paper 6/14, Universidad de Navarra, julio 2006.

En efecto, los contratos de exclusividad se presentan ante la existencia de competencia inter marca, es decir, que el productor compite con otros productores del mismo bien.

De esta manera, en ausencia de competencia, no existe incentivo alguno para que el productor traslade al consumidor los posibles beneficios.

Así, en la comercialización de cervezas, no existen problemas de free riding que impidan o limiten el otorgamiento de servicios pre y post venta que beneficien a los consumidores del producto.

En consecuencia, los contratos de exclusividad implementados por Backus no estaban destinados a desincentivar el free riding.

Así, se verifica que el Grupo Backus pretendió cerrar el acceso de Ambev a los puntos de venta (Distribuidores) para lo cual, forzó a dichos agentes a celebrar contratos de venta exclusiva de los productos elaborados por Backus.

En consecuencia, en los hechos, la conducta desarrollada por Backus estuvo destinada a incrementar los costos de acceso al mercado de Ambev y afectó a los consumidores, al imposibilitarles acceder a cervezas de marcas distintas a las comercializadas por Backus. Es decir, Backus utilizó los contratos de exclusividad para crear barreras estratégicas a la entrada de posibles competidores de ella, permitiendo así mantener su posición de dominio en el mercado por razones distintas a la eficiencia económica.

Por lo antes expuesto, y luego de haber aplicado los criterios del estándar para el tratamiento de contratos de exclusividad a los argumentos expuestos por la Comisión, se puede concluir que los contratos suscritos por Backus con los distribuidores minoristas en la zonas de las playas sí tenían como efecto cerrar el ingreso de Ambev a dicho mercado. En consecuencia,

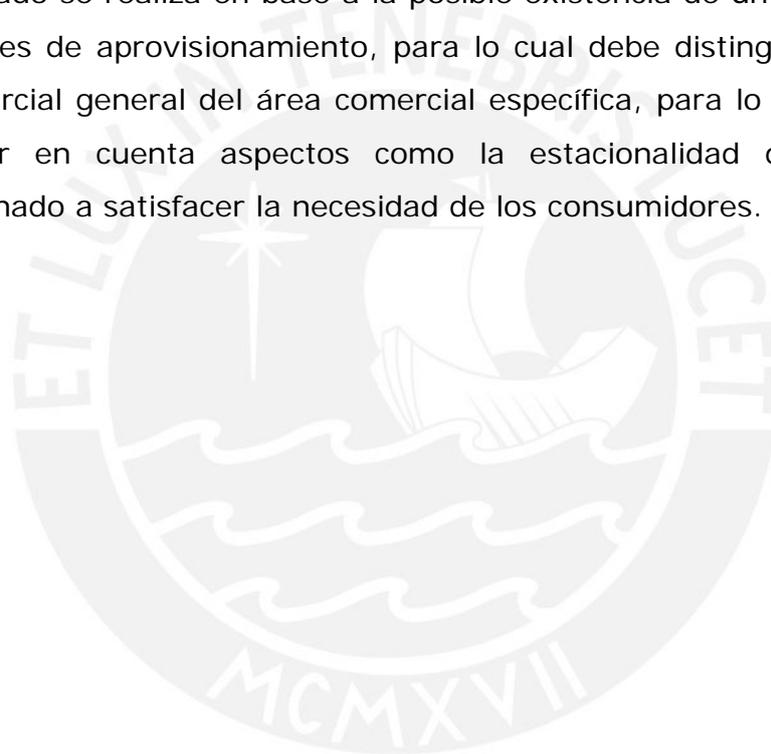
por las características del producto y la comercialización, sí se habría producido un cierre de acceso de Ambev a este mercado.



CONCLUSIONES

1. La finalidad de la regulación de la competencia es garantizar y preservar el proceso competitivo en el que participan las empresas para que los diversos agentes, empresas, consumidores y Estado, se beneficien de la mejor asignación de recursos.
2. La suscripción de contratos puede ser utilizado como un mecanismo para alinear los intereses de los agentes que participan en la cadena de producción. Existen motivos basados en eficiencias económicas que sustentan la celebración de los contratos de exclusividad, como por ejemplo la reducción de costos de producción que podría originar un menor precio de comercialización del producto.
3. La suscripción de contratos de exclusividad puede ser un mecanismo utilizado por las empresas para afectar el proceso competitivo en diversos niveles de la cadena de producción.
4. La evaluación de los contratos de exclusividad debe ser realizada a partir de la estructura de mercado, la conducta del infractor y de los efectos que se ocasionen al mercado.
5. Como parte del análisis de la posición de dominio, se debe tomar en cuenta que la firma debe mantener una elevada cuota de participación en el mercado relevante durante un tiempo mínimo de cinco años.
6. El análisis de la conducta del infractor se realiza en base al comportamiento desarrollado por éste, las motivaciones anticompetitivas que tenga y las características propias del contrato.
7. El análisis de los contratos de exclusividad debe tomar en cuenta la las características e intención del proveedor, toda vez que, a pesar de la existencia de facilidades para salirse del contrato, los distribuidores no optarían por su resolución.

8. El análisis de los efectos ocasionados en el mercado como consecuencia de la suscripción de un contrato de exclusividad deberá tener en cuenta la clase de beneficio que se obtenga como consecuencia de la conducta, de tal forma que sólo serán sancionables las conductas que originen una modificación del proceso competitivo, traducida en un incremento de la cuota de participación (beneficio anticompetitivo) como consecuencia del retiro de competidores de la infractora (efecto excluyente).
9. En caso de existencia de puntos de venta, el análisis del mercado afectado se realiza en base a la posible existencia de un cierre de los canales de aprovisionamiento, para lo cual debe distinguirse el área comercial general del área comercial específica, para lo cual se debe tomar en cuenta aspectos como la estacionalidad del producto destinado a satisfacer la necesidad de los consumidores.



BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. AMERICAN BAR ASSOCIATION

2006 *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*. ABA Publishing, Chicago.
2. BELLAMY, Christopher; CHILD, Graham

1992 *Derecho de la competencia en el mercado común*, traducido por Enric Picañol. Madrid: Ed. Civitas S.A.
3. BERNANKE, Ben S. y FRANK, Robert H.

2007 *Principios de Economía*. Mac GrawHill.
4. BORK, Robert

1993 *The antitrust paradox, a policy at war with itself*, New Cork, Free Press.
4. BULLARD, Alfredo

2006 *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores. Segunda Edición. Lima.
5. CONRATH, Craig W.

1995 *Practical handbook of antimonopoly law enforcement for an economy in transition*, World Bank, Washington.
6. DE JUAN VIGARAY, María Dolores

2005 *Comercialización y retailing: distribución comercial aplicada*, Pearson Educación, Madrid.

7. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

1991 *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial.

8. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

1991 *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 1991.

9. FERNÁNDEZ-BACA, Jorge

2006 *Organización Industrial.* Lima: Universidad del Pacífico. Centro de Investigación.

10. HOVENKAMP, Herbert

1985 *Antitrust policy after Chicago.* Michigan Law Review. Vol. 84. N° 2.

11. HOVENKAMP, Herbert

1999 *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and it's Practice,* 2da. Edición, West Group, Minnesota.

12. KORAH, Valentine

1997 *Cases & Materials on EC Competition Law,* Hart Publishing Oxford UK.

13. KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary; CÁMRA IBÁÑEZ, Dionisio y CRUZ ROCHE, Ignacio

2004 *Marketing,* Pearson Educación S.A., Madrid.

14. KRESALJA, Baldo y OCHOA, César

- 2009 *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
15. MIQUES, Salvador; PARRA, Francisca; Lhermie, Christian y MIQUEL, María José
- 2008 *Distribución Comercial*. Esic Editorial. Madrid, 6ta Edición.
16. MOTTA, Massimo
- 2004 *Competition Policy*. Theory and Practice. Cambridge University Press New York.
17. PERLOFF, Jeffrey y VAN'T VELD, Klass
- 1994 *Modern Industrial Organization*, Second Edition, Herper Collins.
18. POSNER, Richard A.
- 1976 *Antitrust Law*. University of Chicago Press.
19. POSNER, Richard A.
- 1998 *El Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
20. ROSS, Stephen F.
- 1993 *Principles of Antitrust Law*. The Foundation Press, Inc. New York.
21. RUSSELL, Frederick; BEACH, Frank H y BUSKIRK, Richard H.
- 1982 *Ventas: Manual Práctico*, Mac Graw-Hill, México D.F.

Revistas

1. AGHION Philippe y BOLTON Patrick

1987 "Contracts as a Barrier to Entry". *The American Economic Review*, Vol. 77, No. 3, Jun.

2. BAUMOL, William J.

1982 "Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure". *American Economic Review*. Vol. 72, No. 1.

3. BORK, Robert

1954 "Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception". *The University of Chicago Law Review*, Vol. 22, No. 1.

4. BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro

2002 "Prohibido prohibir: el fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de reventa en el Derecho de la Competencia". *Themis*, N° 45, Lima.

5. BUTZ, David A. y KLEIT, Andrew N.

2001 "Are Vertical Restraints Pro or Anticompetitive? Lessons from Interstate Circuit". *Journal of Law and Economics*, Vol. 44, No. 1.

6. CALLMANN, Rudolf

1949 "The Essence of Anti-Trust". *Columbia Law Review*, Vol. 49, No. 8, Dec.

7. COMANOR, William S.

- 1985 "Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy". *Harvard Law Review*, Vol. 98, No. 5, Mar.
8. FIGARI, Hugo; GÓMEZ, Hugo y ZÚÑIGA, Mario
- 2005 "Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio". *Revista de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual*. Lima.
9. GELLHORN, Ernest; KOVASIC, William y CALKINS, Stephen
- 2008 "Derecho y Economía de la Competencia". Casals & Associates, Inc.
10. HART, Oliver; TIROLE, Jean; CARLTON, Dennis W. y WILLIAMSON, Oliver E.
- 1990 "Vertical Integration and Market Foreclosure". *Brookings Papers on Economic Activity*. Microeconomics.
11. JONG-SAY, Yong
- 1999 "Exclusionary Vertical Contracts and Product Market Competition". *The Journal of Business*, Vol. 72, No. 3, Jul.
12. KRATTENMAKER, Thomas G. y SALOP, Steven C.
- 1986 "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price". *The Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 2.
13. LAFONTAINE, Francine; ROSS, Stephen y SLADE, Margaret

- 2005 "Exclusive contracts and vertical restraints: Empirical evidence and public policy". *Journal of Economic Literature* classification numbers: L42, L81
14. MARTINEZ, Martha y QUINTANA, Eduardo
- 1998 "Contratos de Exclusividad y Cláusulas de Atadura. Cuando lo Atado es la Exclusividad". *Boletín Latinoamericano de Competencia*.
15. MARTIN, Louis
- 1976 "Vertical Distributional Restraints under Schwinn and Sylvania: An Argument for the Continuing Use of a Partial Per Se Approach". *Michigan Law Review*, Vol. 75, No. 2, Dec.
16. MATHEWSON, Franc y WINTER, Ralph
- 1987 "The competitive effects of vertical agreements: Comment". *The American Economic Review*.
17. POSNER, Richard A.
- 1981 "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality". *The University of Chicago Law Review*, Vol. 48, No. 1.
18. RAHL, James A.
- 1955 "Antitrust Policy in Distribution". *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, No. 2.
19. REY, Patrick y TIROLE Jean.
- 1986 "The Logic of Vertical Restraints". *The American Economic Review*, Vol. 76, No. 5, Dec.
20. STEFANANDIS, Christodoulos

1997 "Downstream Vertical Foreclosure and Upstream Innovation". *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 45, No. 4, Dec.

21. TELSER, Lester G.

1990 "Why should manufacturers want fair trade II?". *Journal of Law and Economics*, Vol. 33, No. 2.

Material de Internet

1. BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

2009 "¿Hacia una reformulación del Derecho de Defensa de la Competencia por el Tribunal Supremo Norteamericano?".
Consulta: 4 de noviembre de 2009
<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_25.pdf>

2. COLOMA, Germán

1998 "Integración y contratos verticales entre empresas".
Consulta: 4 de noviembre de 2009
<<http://www.cema.edu.ar/~gcoloma/vertical.pdf>>

3. COMISIÓN EUROPEA

1997 "Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia". *Diario Oficial n° C 372*. Consulta: 6 de noviembre de 2009.
<[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML)>

4. COMISIÓN EUROPEA

2010 "Reglamento CE N° 330/2010 de Comisión Europea, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3 del

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”. Consulta: 20 de mayo de 2010.
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:ES:PDF>>

5. COMISIÓN EUROPEA

2010 “Directrices relativas a las restricciones verticales”. *Diario Oficial C 130/1*. Consulta: 9 de julio de 2010.
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>>

6. COMISIÓN EUROPEA

2000 “Directrices relativas a las restricciones verticales”. *Diario Oficial C 291/01*. Consulta: 8 de agosto de 2011.
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:291:0001:0044:ES:PDF>>

2001 “Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis)”. *Diario Oficial C 368/13*. Consulta: 8 de junio de 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:0015:ES:PDF>>

7. COOPER, James; FROEB, Luke y O'BRIEN, Daniel P.

- 2005 "A comparative study of United States and European Union approaches to vertical policy". *Vanderbilt University Law School Law and Economics*. Consulta: 7 de diciembre de 2009. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=699582>
8. CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL Y EL BANCO MUNDIAL
- 2006 "Municipal Scorecard 2006". Consulta: 3 de noviembre de 2010. <http://www.confiep.org.pe/facipub/upload/publicaciones/1/458/municipal_scorecard.pdf>
9. CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL
- 2006 "US Code". Consulta: 3 de noviembre de 2009. <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sec_15_00000001----000-.html>
- 2006 "US Code". Consulta: 3 de noviembre de 2009. <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sec_15_00000014----000-.html>
10. CORTE EUROPEA
- 1969 "Informe de la Corte Europea". Consulta: 22 de octubre de 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969J0005:EN:HTML>>
11. DEPARTMENT OF JUSTICE
- 2008 "Single Firm conduct under Section 2 of the Sherman Act". Consulta: 26 de octubre de 2009. <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681_chapter8.htm>

- 2010 "Horizontal Merger Guidelines". Consulta: 26 de agosto de 2010. <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>>
12. DIRECCIÓN NACIONAL DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA – MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
- 2007 "Actualización de la Estadística de la Micro y Pequeña Empresa". Consulta: 8 de agosto de 2011. <<http://www.spp.pe/Estadistica%20mype%202007.pdf>>
13. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK
- 2006 "Report of the ICN Working Group on Telecommunications Services". Consulta: 17 de setiembre de 2009. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/ReportoftheTelecoms_WorkingGroup.pdf>
14. JACOBSON, Jonathan
- 2002 "Exclusive Dealing, Foreclosure and Consumer Harm". 70 *Antitrust Law Journal* 311. Consulta: 4 de febrero de 2010. <http://www.wsgr.com/PDFSearch/jacobson_foreclosure.pdf>
15. OFFICE OF FAIR TRADING
- 2004 "Assessment of market power - Understanding competition law". Consulta: 4 de noviembre de 2009 <http://www.oft.gov.uk/advice_and_resources/publications/guidance/competition-act/>
16. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

- 2003 "Glossary Of Industrial Organisation Economics and Competition Law". Consulta: 3 de marzo de 2009.
<<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>>
17. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT
- 2007 "Policy Brief". Consulta: 7 de marzo de 2010.
<<http://www.oecd.org/dataoecd/9/59/37921908.pdf>>
18. AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA – PROINVERSIÓN
- 2011 Comentario a "MYPEqueña empresa crece. Guía para el desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa". Consulta 7 de marzo de 2010.
<<http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=98>>
19. UNIÓN EUROPEA
- 2008 "Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea". Consulta: 7 de marzo de 2010.
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:ES:PDF>>
20. URIBE, Carlos Andrés
- 2006 "¿Los Acuerdos Horizontales de precios en Colombia se resuelven por la regal per ser?: El caso de las empresas de vigilancia y los retos del Consejo de Estado". Consulta: 15 de setiembre de 2011.
<http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/Uribe6correg_000.pdf>