

Integración y contratos verticales entre empresas

por Germán Coloma (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia)

La producción y comercialización de bienes y servicios suele estar sujeta a la realización de diferentes etapas o procesos sucesivos. Dichas etapas pueden implicar el descubrimiento o extracción del bien bajo análisis, su transformación en otro bien, el transporte del mismo, y las actividades de distribución y venta del producto a quienes van a consumirlo. En algunas circunstancias, todas estas actividades son efectuadas por una única empresa; en otras, cada una de ellas queda a cargo de una entidad separada; en la mayoría de los casos, existen empresas que toman a su cargo algunas etapas mientras otras se especializan en otras, dándose también situaciones en las que dichas empresas entablan relaciones de largo plazo a través de contratos de provisión y de compra.

Se dice que dos unidades económicas entablan una *relación vertical* entre ellas si cada una se dedica a una o más etapas distintas de un proceso de elaboración o comercialización. La relación vertical más fuerte es la que se conoce como integración, que se da cuando las dos unidades económicas están sujetas a una propiedad y un control comunes. En el otro extremo del espectro está la desintegración total, que sucede cuando las dos unidades económicas son empresas separadas y su interacción se limita a realizar transacciones independientes y puntuales en las cuales una compra y la otra vende un bien o servicio determinado.

Entre los dos extremos de integración y desintegración totales, resulta posible distinguir un amplio conjunto de relaciones que, si bien mantienen la autonomía de las partes que efectúan las transacciones, implican la aparición de una serie de *restricciones verticales* que regulan el comportamiento de los agentes económicos involucrados. Dichas restricciones se instrumentan a través de contratos explícitos o tácitos por los cuales las partes se obligan a respetar ciertas pautas que las vuelven más interdependientes que antes, y cumplen en ciertos casos con objetivos que se asemejan a los de la integración vertical.

Los contratos verticales entre proveedores y clientes que se encuentran en distintas posiciones en la cadena de elaboración de un bien o servicio pueden clasificarse de acuerdo con una serie de criterios diferentes. Una primera tipología tiene que ver con la etapa en la cual se encuentran las empresas involucradas, y que determina la existencia de contratos de provisión de insumos (en los cuales el cliente le compra al proveedor un bien que luego transformará en otro) y contratos de distribución (en los cuales el bien adquirido no cambiará sus cualidades físicas pero sí su ubicación en el espacio). Otra clasificación posible tiene que ver con la forma de pago que adopta la transacción que se efectúa entre el proveedor y el cliente. En este caso, resulta útil distinguir entre contratos que especifican precios lineales (es decir, importes que varían proporcionalmente con las cantidades compradas, y que en ciertas circunstancias pueden incluir además bonificaciones, descuentos, recargos, etc), contratos que establecen pagos de suma fija (por ejemplo, cánones por concesión) y contratos que establecen remuneraciones basadas en porcentajes o comisiones sobre otros precios (como son los llamados “contratos de agencia”, en los que una parte se obliga a vender productos por cuenta de otra, y recibe una cierta proporción de lo que recauda).

Para que pueda hablarse de la aparición de una restricción vertical, el contrato que vincula al proveedor con el cliente de un bien o servicio debe incluir algún tipo de compromiso por parte de alguna de las partes de limitar su accionar en ciertos aspectos (es decir, de limitar su discrecionalidad respecto la disposición de los bienes o servicios en el momento en que les pertenezcan). La literatura económica ha distinguido al respecto cuatro casos clásicos:

a) *Fijación de precios de reventa*: Ésta es una situación que se da cuando el proveedor le impone al cliente el precio al cual deberá vender el producto que le compra. En el fondo, esta restricción sirve para transformar un contrato de distribución en un contrato de agencia, ya que el beneficio bruto del cliente queda determinado directamente como una comisión implícita que surge de restar el precio de compra al precio de reventa.

b) *Territorios exclusivos*: En este caso, el proveedor le garantiza al cliente que él será el único revendedor de su producto en una determinada área geográfica, y éste se compromete a su vez a no vender fuera de dicha área.

c) *Distribución exclusiva*: En esta situación, el cliente se compromete a vender solamente los bienes que le suministre el proveedor o, por lo menos, a no vender productos comercializados por competidores del proveedor.

d) *Prestaciones subordinadas*: Se trata de una práctica por la cual un proveedor que elabora o comercializa varios productos sólo vende alguno de ellos en conjunción con otro u otros, por lo cual el cliente que adquiere el primero de tales bienes se obliga también a comprar los demás productos.

1. Fundamentos de las relaciones verticales

Al igual que otros temas ligados a la teoría de la empresa y al comportamiento de los mercados, el surgimiento de relaciones verticales entre proveedores y clientes admite explicaciones basadas en argumentos de eficiencia y explicaciones basadas en el ejercicio del poder de mercado. Más que en otros tópicos relacionados, dichas explicaciones dependen de las circunstancias particulares en las que se celebren los contratos, puesto que una misma práctica puede tener diferentes justificaciones en distintas situaciones. En rigor, el tema de las relaciones verticales es casi por antonomasia un asunto en el cual las situaciones particulares son las que determinan la explicación apropiada, ya que virtualmente todos los tipos de restricciones verticales posibles (incluida la integración total) admiten motivaciones vinculadas con el incremento de la eficiencia y motivaciones vinculadas con la apropiación de rentas monopólicas.

1.1. Costos de transacción

El principal argumento basado en la eficiencia que puede utilizarse para explicar la aparición de restricciones verticales es el que relaciona las mismas con el ahorro de costos de transacción. Este argumento tiene una larga tradición en la teoría económica que se remonta al artículo pionero de Coase (1937) y que comenzó a tomar una singular fuerza en el mundo académico a partir del trabajo de Williamson (1975) sobre economía institucional. La idea básica de este tipo de argumentaciones es que, para ciertas transacciones repetitivas, resulta importante que las partes intervinientes se protejan de ciertos comportamientos oportunistas que pueden acaecer si las mismas mantienen una libertad de contratación total. Así, por ejemplo,

un contrato de provisión de insumos de largo plazo puede ser necesario para lograr que un cierto proveedor adquiriera el equipamiento necesario para producir el insumo en cuestión, sin temer que el cliente deje luego de demandarle el bien para el cual se efectuó la inversión. De la misma manera, un contrato de distribución exclusiva puede ser necesario para que un productor acceda a efectuar ciertas inversiones en capacitación y equipamiento en la empresa distribuidora, cerciorándose de ese modo que esta última no va a aprovechar esas inversiones para encarar la distribución de otros productos que compiten con los suyos.

La teoría de las relaciones verticales basada en el ahorro de costos de transacción tiende a explicar la naturaleza de dichas relaciones de acuerdo con la probabilidad de que surja el llamado “problema de la cautividad” (*hold-up problem*). 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. Esta cautividad puede originarse en la naturaleza de las inversiones específicas que una de las partes deba realizar, pero también puede surgir como consecuencia de cambios en variables exógenas que no son responsabilidad de las partes pero que sí afectan el resultado de las operaciones¹. Un ejemplo de este último fenómeno ocurre cuando se produce un episodio inflacionario inesperado. En dichas circunstancias, muchos contratos de largo plazo que especifican obligaciones de abonar sumas de dinero a cambio de la entrega de bienes o servicios reales se vuelven irrazonables, en razón de que el valor de dichas sumas respecto de su contraprestación disminuye significativamente. En situaciones como éstas, el derecho de una de las partes de obligar a la otra a cumplir con el contrato firmado pone a esta última en una situación de cautividad para la cual no se hallaba preparada al momento de contraer su obligación².

1.2. Externalidades

Además del problema de la cautividad, las restricciones verticales pueden tener como objetivo resolver otros problemas de eficiencia que se generan cuando existen unidades económicas separadas que actúan dentro de la cadena productiva del mismo bien o servicio. Al respecto, la literatura sobre organización industrial ha identificado una serie de efectos externos o *externalidades* que ciertas decisiones de una empresa pueden generarle a otras compañías que participan en el proceso de producción y comercialización, y que en muchos casos pueden solucionarse mediante cláusulas incluidas en los contratos verticales.

La externalidad más sencilla cuya solución puede hallarse a través de restricciones verticales es el fenómeno conocido como doble marginalización. Este

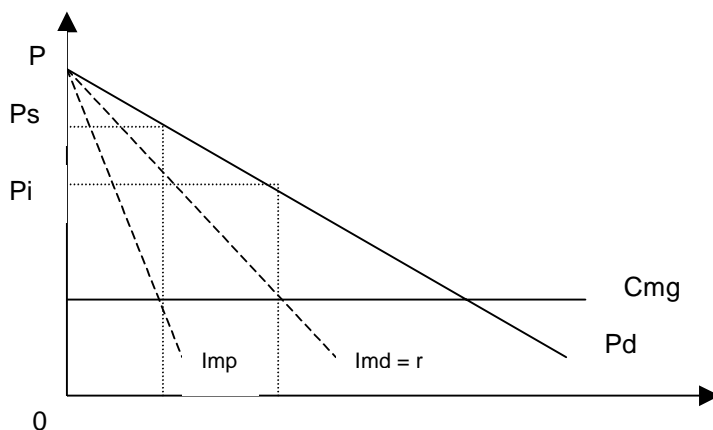
¹ El estudio del problema de la cautividad aplicado a la integración y los contratos verticales se originó también en la literatura sobre economía institucional y costos de transacción. En este campo, el trabajo pionero es el de Klein, Crawford y Alchian (1978).

² En nuestro país, en el cual existen varios antecedentes de episodios inflacionarios inesperados, el poder judicial reconoció en su momento el problema, y durante las décadas de 1970 y 1980 dio cabida en muchos casos a la denominada “teoría de la imprevisión”, por la cual ciertas cláusulas contractuales fueron declaradas inválidas. Un fenómeno semejante, pero inverso, se produjo durante los planes de estabilización de 1985 y 1991, en los cuales lo que se volvió irrazonable fue el ajuste por inflación que muchos contratos tenían incorporado. En esos dos momentos, fue la propia legislación la que estableció mecanismos de “desagio” y “desindexación”, como un intento de paliar el problema de cautividad generado por el brusco descenso de los índices inflacionarios.

efecto acontece cuando el productor de un bien o servicio sobre el cual ejerce cierto poder de mercado comercializa su producto a través de un distribuidor que también tiene cierto margen para influir sobre los precios. En un extremo, esta situación se da en el caso de un “monopolio sucesivo” (es decir, cuando tanto el productor como el distribuidor son monopolistas en el mercado relevante). En circunstancias como éstas, tanto el productor como el distribuidor tienen incentivos para restringir su oferta con el objeto de elevar su precio de venta, y el poder de mercado de uno de ellos no contrarresta el efecto negativo sobre el bienestar que tiene el poder de mercado del otro, sino que más bien lo potencia. La causa de dicha potenciación proviene del hecho que el distribuidor, que enfrenta toda la demanda final del bien que comercializa, tiene incentivos para elevar el precio de venta por encima de su costo marginal de provisión. Al comportarse de este modo, esto le genera una reducción en la demanda al productor, que a su vez halla más conveniente elevar el precio al cual le vende su producto al distribuidor, aumentando el costo marginal de éste. Esto tiene como efecto indirecto elevar aún más el precio de venta del bien a los consumidores finales, restringiendo en consecuencia el volumen total comercializado³.

El fenómeno de la doble marginalización puede interpretarse como una situación en la cual el productor querría que su distribuidor vendiera el producto al público en general a un precio menor que el que dicho distribuidor quiere cobrar. Dicha divergencia de opinión se funda en que, cuando fija su precio, el distribuidor piensa exclusivamente en su propia maximización de beneficios y no está teniendo en cuenta los beneficios (ni la externalidad negativa) del productor. La solución a este problema pasa por imponer una restricción vertical, que puede ir desde la integración total entre el productor y el distribuidor (de modo de eliminar la transacción entre ellos y fijar unificadamente el precio de venta al público que genere el mayor beneficio conjunto) hasta la celebración de un contrato de agencia por el cual el productor sea el que vende directamente a los consumidores finales y el distribuidor sólo cobre una comisión sobre el precio final. Una solución semejante a esta última desde el punto de vista económico es mantener separadas las transacciones entre productor y distribuidor y entre distribuidor y consumidor, pero permitir que sea el productor quien fije los precios de reventa del distribuidor.

Gráfico 1: Doble marginalización



³ El problema del monopolio sucesivo como una externalidad y su posible solución a través de la imposición de restricciones verticales fueron analizados por primera vez por Spengler (1950).

En el gráfico Q_s , Q_i presentado un caso de doble marginalización en el que un productor monopolístico cuyo costo marginal es “Cmg” le vende su producto a un distribuidor igualmente monopolístico cuyo costo marginal es cero. En dichas circunstancias, el distribuidor enfrenta toda la demanda final del mercado (P_d) y percibe una función de ingreso marginal “Imd”. Al maximizar su beneficio, el distribuidor iguala dicha función de ingreso marginal con el precio de compra del producto (r), con lo cual la misma se transforma en la función de demanda del productor. Es por ello que el ingreso marginal que el productor percibe es una función “Imp” que corre por debajo de dicha demanda y determina que, en equilibrio, la cantidad comerciada sea igual a “ Q_s ” y el precio que los consumidores terminen pagando sea igual a “ P_s ”. Si comparamos este equilibrio con el de un monopolio integrado (Q_i , P_i), vemos que este último implica una cantidad comerciada mayor y un precio menor, ya que ahora el monopolista único (que es productor y distribuidor a la vez) percibe la demanda final del mercado e iguala su costo marginal con el “verdadero” ingreso marginal (Imd). Esta eliminación de la doble marginalización puede obtenerse también a través de la fijación de “ P_i ” como precio de reventa máximo que el productor le impone al distribuidor.

Nótese que, en los casos de doble marginalización, la integración o la fijación de precios de reventa tiene como efecto incrementar tanto los beneficios conjuntos de productores y distribuidores como aumentar el excedente de los consumidores de los bienes y servicios. Esto es así porque su principal objetivo es reducir el nivel de precios de un distribuidor con poder de mercado, y dicha reducción tiene un efecto positivo sobre la cantidad demandada y los precios pagados que redundan en beneficio de los consumidores.

La otra externalidad vertical clásica que las decisiones tomadas por los distribuidores le generan a los productores tiene lugar cuando aquéllos tienen a su cargo ciertos servicios de ventas que benefician a éstos. En estas circunstancias, lo que ocurre es que una parte del beneficio marginal de la actividad de promoción y ventas a cargo del distribuidor va a parar a las arcas del productor, en tanto que –al menos en principio– la totalidad del costo marginal corre por cuenta del distribuidor. La existencia de esta externalidad vertical positiva hace que, de no existir ningún tipo de contrato vertical entre el productor y el distribuidor, los servicios de ventas se provean en cantidades menores que las que maximizan los beneficios conjuntos.

Las soluciones posibles al problema de la externalidad positiva que le generan a los productores los servicios de ventas de los distribuidores pasan en todos los casos por alinear los beneficios marginales de las actividades promocionales y comerciales con los costos marginales de las mismas. Una de estas soluciones es establecer un sistema por el cual el distribuidor se apropia de todo el beneficio marginal de su acción y le paga al productor una suma fija (por ejemplo, un cánon por la concesión de su marca) que no tiene relación con las cantidades que vende. En este caso, el productor puede venderle al distribuidor las unidades que éste comercializa a un precio igual al costo marginal del productor, y entonces el beneficio conjunto generado por la actividad promocional del distribuidor se reparte de acuerdo con cuán alto sea el pago de suma fija negociado. Otra alternativa es que el productor se haga cargo de financiar ciertos servicios que presta el distribuidor (por ejemplo, que lo provea de letreros publicitarios, estanterías, equipos de refrigeración, medios de transporte, o que le “compre” espacio de exhibición de sus

productos), de modo de que parte del costo marginal de la actividad se traslade del distribuidor al productor.

Como puede apreciarse, la solución de las externalidades verticales generadas por los servicios de ventas suele requerir de la imposición de restricciones a través de cláusulas contractuales que establecen relaciones de largo plazo entre productores y distribuidores. En algunas circunstancias, la existencia de estas externalidades puede justificar también la celebración de contratos de exclusividad, que por un lado le aseguren al productor que los gastos que financia tienen por objeto incrementar los ingresos de sus productos, y por otro lado le aseguren al distribuidor una cierta fuente de rentas que compense su esfuerzo adicional de ventas. Tales contratos de exclusividad sirven entonces también para resolver algunas externalidades horizontales generadas por las relaciones verticales, que afectan la competencia entre distribuidores y la competencia entre productores.

La externalidad horizontal más estudiada por la literatura en este punto es la generada por el llamado “problema del aprovechamiento gratuito” (*free-riding*). Aplicada a las relaciones entre distribuidores, el problema del aprovechamiento gratuito tuvo su primer tratamiento teórico en un trabajo de Telser (1960) que analizó el caso de ciertos servicios de ventas (por ejemplo, publicidad informativa o asesoramiento técnico al potencial comprador) que pueden ser provistos por un distribuidor y beneficiar luego a otro. En efecto, si los compradores pueden obtener gratuitamente ciertos servicios en un comercio (por ejemplo, en un negocio con vendedores especializados) y luego comprar el producto en otro (por ejemplo, en un autoservicio), este hecho puede tener un efecto disuasivo sobre los incentivos del primero de tales comercios en la prestación de los servicios en cuestión.

La existencia del problema del aprovechamiento gratuito puede llevar al productor a imponer restricciones verticales que limiten la competencia entre los distintos comercios que venden su producto, a efectos de incentivar la prestación de servicios de ventas y de evitar que los distribuidores que no los prestan se apropien de beneficios generados por los distribuidores que sí los prestan. El caso más estudiado al respecto es el de fijación de precios de reventa, que en estas circunstancias tiene por objeto proteger las rentas del comercio que presta servicios de venta especializados e impedir que el comercio que no los presta pueda “robarle clientes” a través de una reducción de precios. Otra posibilidad es que el productor asigne territorios exclusivos a sus distintos distribuidores, a efectos de evitar que dentro de una misma área geográfica se desate una competencia de precios entre distribuidores que repercuta negativamente sobre el nivel de prestación que éstos realizan de sus servicios de ventas.

La capacidad de las restricciones verticales para resolver problemas de externalidades entre productores y distribuidores ha llevado a la elaboración de teorías que explican virtualmente todos los contratos verticales apelando al argumento de las externalidades. El trabajo de Klein y Murphy (1988), por ejemplo, visualiza a los contratos verticales como mecanismos que tienen por objeto asegurar la provisión eficiente de los bienes y servicios a través de una mezcla entre instrumentos destinados a proveer incentivos e instrumentos cuyo objetivo es facilitar la supervisión de las actividades de las partes. Según estos autores, cualesquiera sean las restricciones verticales que dichos contratos establezcan, el mecanismo termina funcionando del siguiente modo:

- a) El productor impone restricciones verticales que le aseguran al distribuidor un flujo futuro de rentas a cambio de ciertos servicios de ventas.
- b) El valor actual de dichas rentas es mayor que el valor de las ganancias de corto plazo que el distribuidor puede obtener si incumple el contrato.
- c) El valor actual de dichas rentas es menor que el costo que tiene para el productor reemplazar al distribuidor por otro o encarar él mismo la actividad de distribución.
- d) Tanto el productor como el distribuidor pueden detectar los incumplimientos de la otra parte y rescindir el contrato unilateralmente.

La existencia de estos elementos hace que este tipo de contratos verticales pueda autosostenerse, ya que el productor tiene incentivos para operar con el distribuidor, y el distribuidor tiene incentivos para cumplir con su parte del contrato. El hecho de que parte de estos incentivos estén condicionados a la detección de incumplimientos hace también que el productor tenga interés en supervisar los servicios de ventas provistos por el distribuidor y en rescindir los contratos de aquellos distribuidores que no satisfagan sus expectativas.

1.3. Ejercicio del poder de mercado

Si bien los argumentos que justifican las restricciones verticales sobre la base de su capacidad para resolver externalidades presuponen en todos los casos la existencia de algún tipo de poder de mercado por parte de los productores o los distribuidores, los mismos descansan en la idea de que dichos mercados terminan funcionando más eficientemente con restricciones verticales que sin ellas. A esas explicaciones basadas en la eficiencia de los contratos verticales, sin embargo, pueden contraponérsele otras que interpretan a las restricciones como instrumentos utilizados por las empresas para incrementar su poder de mercado o para efectuar un ejercicio abusivo de éste que termina perjudicando a los consumidores.

La crítica más común a las restricciones verticales como elementos que incrementan el poder de mercado de las empresas se relaciona con el argumento del “leverage” o *extensión del monopolio*. La idea detrás de este argumento es que una empresa que tiene poder de mercado en un segmento de una actividad productiva (por ejemplo, el productor de un insumo) puede incrementar dicho poder si se integra verticalmente o firma contratos restrictivos con empresas que se encuentran en otro segmento de la misma actividad (por ejemplo, con productores que transforman su insumo). Sin embargo, para que dicha extensión tenga algún efecto apreciable resulta necesario que las empresas con las cuales el monopolista original se está integrando sean de algún modo capaces de limitar el poder de mercado de dicho monopolista original, y que por lo tanto la integración o las restricciones verticales impuestas tengan como objetivo remover dicha limitación.

Un ejemplo en el cual la integración vertical no permite extender el poder de mercado de una etapa productiva a otra es el caso en el cual los transformadores de un insumo utilizan el mismo en proporciones fijas. En tal caso, el monopolista original del insumo es capaz de ejercer todo su poder de mercado a través del precio que les cobra a los transformadores, el cual pasa a formar parte íntegra del costo marginal de dichos transformadores. Si el monopolista original se integra con los transformadores, lo único que se modifica es la manera en que el productor del insumo se apropia de las rentas monopólicas, pero no la magnitud de éstas.

Un ejemplo en el cual la integración vertical sí permite extender el poder de mercado es cuando los transformadores del insumo utilizan el mismo en proporciones variables, o sea, cuando estas empresas tienen la capacidad de sustituir el insumo monopolizado por otro. En este caso, el monopolista original tiene la posibilidad de ganar rentas adicionales a través de la integración vertical con los transformadores del insumo que produce, ya que dicha integración le permite incrementar la utilización de su insumo sin tener que reducir el precio al cual lo vende. En efecto, si los transformadores independientes pueden sustituir parcialmente el insumo monopolizado, entonces la capacidad que tiene el monopolista original de maximizar sus beneficios se ve restringida por el hecho de que tan sólo una parte de sus incrementos de precios terminarán repercutiendo sobre el costo marginal de los transformadores. En dicha circunstancia el monopolista tiene incentivos para integrarse con los transformadores y evitar que dicha sustitución tenga lugar, logrando de ese modo una demanda mucho menos elástica (y más cautiva) por los insumos que fabrica.

El argumento de la extensión del poder de mercado sirve también para explicar ciertas prácticas de imposición de prestaciones subordinadas (*tying*). En este caso, la idea es que el monopolista de cierto bien puede querer imponer la obligación de que los compradores del mismo le adquieran también otro producto que él fabrica pero sobre el cual no tiene el mismo poder de mercado (por ejemplo, un bien en el cual enfrenta competencia). Cuando los bienes en cuestión tienen un carácter complementario para el comprador, la “venta atada” de ambos productos tiene el efecto de inducir a dicho comprador a adquirir ambos bienes al mismo productor, volviendo menos competitivo el mercado del producto atado e incrementando el poder de mercado del monopolista. Dicho incremento del poder de mercado hace entonces que la empresa que ya monopolizaba el mercado del producto vinculante pueda monopolizar también el mercado del producto atado (o una parte de éste), con el efecto de aumentar el precio de este último y disminuir el excedente de los consumidores.

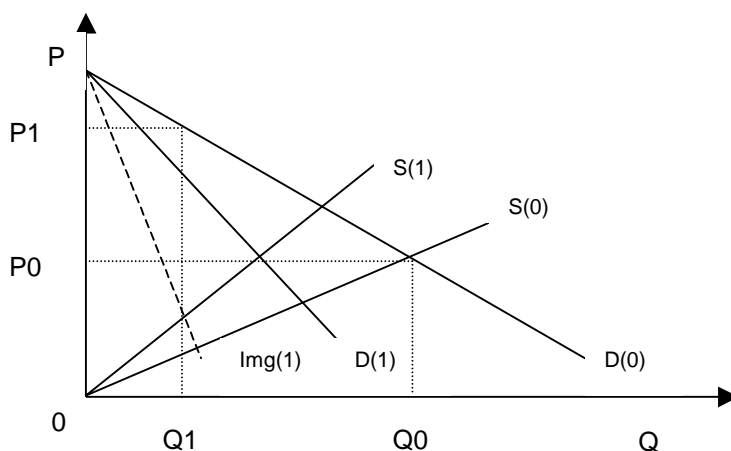
Las restricciones verticales pueden tener también como objetivo facilitar la implementación de políticas de *discriminación de precios* por parte de una empresa. Un ejemplo de esto se da cuando un productor le otorga territorios exclusivos a sus distribuidores y comienza a vender a diferentes precios en los distintos territorios. En dichas circunstancias la restricción territorial suele ser una condición necesaria para llevar a cabo la discriminación, ya que de no implementarse podría aparecer una oportunidad para el arbitraje entre los distribuidores que pueden comprar más barato y los que deben comprar más caro. Si, por el contrario, dicho arbitraje está vedado a través de una restricción de exclusividad territorial (acompañada, quizás, por la fijación de precios de reventa distintos en las distintas zonas), la discriminación de precios puede volverse factible y permitir la obtención de rentas adicionales para el productor y para los distribuidores⁴.

⁴ Cabe aclarar que, si bien la discriminación de precios es una práctica directamente relacionada con el ejercicio del poder de mercado, su presencia no implica necesariamente una pérdida social de eficiencia. Por ejemplo, para el caso particular de la discriminación de precios de tercer grado (es decir, para situaciones en las cuales se cobran diferentes precios en distintos mercados pero no se discrimina entre las unidades vendidas en un mismo mercado), Varian (1985) ha mostrado que ciertas discriminaciones de precios logran incrementar la cantidad total comerciada y generan un aumento del excedente total de los agentes económicos.

La discriminación de precios ha sido invocada también como un argumento que explica la imposición de prestaciones subordinadas, cuando atar un producto con otro tiene como objetivo vender el paquete integrado a un precio distinto al que se cobra separadamente por cada bien. En este caso, sin embargo, la práctica suele tomar la forma de una discriminación de precios de segundo grado, mediante la cual los distintos grupos de compradores se autosegmentan en compradores del bien atado, compradores del bien vinculante y compradores de ambos bienes⁵. Este procedimiento, que discrimina precios pero permite que el comprador opte entre comprar los bienes separadamente y comprarlos conjuntamente, tiene en general un impacto positivo sobre las cantidades comerciadas de ambos bienes, por lo cual –si bien surge de un ejercicio del poder de mercado– suele tener un efecto benéfico sobre el excedente total generado en los mercados involucrados.

Otro efecto de las restricciones verticales, ligado con el ejercicio del poder de mercado, es lo que se conoce como incremento de costos de los rivales (*raising rivals' costs*). La explicación teórica más difundida de este efecto es la elaborada por Ordover, Saloner y Salop (1990) para el caso de la integración vertical. Esta explicación tiene lugar cuando, como consecuencia de la fusión entre el proveedor de un insumo y varios transformadores de dicho insumo, el mercado en cuestión “se achica” y se vuelve menos competitivo. La idea es que en un principio el productor de insumos compite con otros productores para abastecer un conjunto de empresas transformadoras, pero que después de la integración se retira del mercado abierto y pasa a actuar como proveedor exclusivo de las empresas con las cuales se integró. Como consecuencia de esto, los transformadores no integrados dejan de tener la opción de comprarle a su antiguo proveedor, y su única alternativa pasan a ser los restantes productores no integrados, cuyo poder de mercado es ahora mayor en virtud de la menor competencia existente. Si esta modificación estructural tiene como resultado un aumento en el precio de venta del insumo a los transformadores no integrados, entonces estos transformadores habrán visto incrementados sus costos respecto de los transformadores que se integraron con su proveedor de insumos, y dicho incremento puede implicar una reducción en las cantidades comerciadas y en el excedente total de los agentes económicos.

Gráfico 2: Incremento de costos de los rivales



⁵ Para una explicación más detallada de la teoría de la discriminación de precios de segundo grado, véase Tirole (1988), capítulo 3.

En el gráfico 2 puede observarse un ejemplo de incremento de costos de los rivales a través de una integración vertical, por la cual un proveedor de insumos se fusiona con un grupo de transformadores. En el caso ilustrado, la fusión hace que la oferta de insumos se desplace de S_0 a S_1 (ya que un oferente deja el mercado), y que la demanda lo haga de D_0 a D_1 (ya que varios demandantes también lo hacen). Si además se da que antes de la integración los oferentes actuaban competitivamente y después de ella los oferentes que quedan pasan a actuar como un monopolista, la fusión hace que el precio al cual los transformadores no integrados deben comprar el insumo se incremente de P_0 a P_1 . Esto implica una ventaja para los transformadores que se han integrado, ya que ellos pueden disponer del insumo a un precio implícito igual al costo marginal del productor con el que se fusionaron, que seguramente resultará menor que el nuevo precio monopólico que rige en el mercado abierto.

El incremento de costos de los rivales es un ejemplo de lo que la literatura jurídica sobre competencia denomina “cierre del mercado” (*foreclosure*), y que es visto en general como un problema que ciertas relaciones verticales le crean al ingreso de nuevas empresas a los mercados. Otro ejemplo de este fenómeno se da cuando un productor que por alguna causa tiene una participación mayoritaria en las ventas de un determinado bien le impone exclusividad a los distribuidores con los que opera. Si dicha exclusividad se extiende a la generalidad de los distribuidores disponibles en ese mercado, entonces esa práctica puede tener como resultado obstaculizar el acceso de otras empresas, que no pueden utilizar la red de distribución existente y deben montar su propia red de distribuidores si quieren competir con el productor ya establecido. Dicha exigencia en cuanto a la necesidad de ingresar al mismo tiempo en la producción y en la distribución puede en ciertos mercados dificultar la aparición de competidores, y aumentar las posibilidades del productor mayoritario de ejercer su poder de mercado en el largo plazo a través de incrementos de precios.

2. Restricciones verticales y defensa de la competencia

Las relaciones verticales entre empresas, con su compleja trama de motivos relacionados con la eficiencia y con el ejercicio del poder de mercado, han sido objeto de tratamiento por parte del derecho antitrust o de defensa de la competencia. Los desarrollos más importantes de esta rama de la actividad jurídica han tenido lugar en Estados Unidos, pero durante las últimas décadas la misma se ha difundido notablemente en muchos países del mundo (especialmente en Europa). En nuestro país, asimismo, el derecho antitrust tiene una historia relativamente larga, si bien debe reconocerse que su impacto sobre la actividad económica ha sido hasta el presente relativamente modesto.

El derecho antitrust tiene por principal objeto castigar aquellos actos que limiten la competencia en los mercados y repercutan negativamente sobre el comercio, sea que los mismos provengan de conductas colusivas (por ejemplo, de la formación de un cartel entre competidores para concertar precios), de conductas exclusorias (por ejemplo, de intentos de eliminar competidores) o de conductas abusivas (por ejemplo, de negativas a vender o imposiciones discriminatorias de precios por parte de un monopolista). En su análisis de las distintas prácticas puestas

bajo su consideración, el derecho antitrust debe considerar si las mismas tienen o no un propósito o un efecto anticompetitivos, y dicho análisis se asemeja mucho al que hemos realizado en la sección anterior al hablar de los fundamentos de las relaciones verticales.

La legislación y la jurisprudencia sobre defensa de la competencia son una fuente muy rica de ejemplos de aplicación del análisis económico al estudio de casos concretos sobre contratos, integraciones y otras prácticas verticales. También han servido de inspiración para quienes elaboraron buena parte de las teorías económicas reseñadas en este trabajo. Es por eso que en esta sección nos abocaremos a analizar el modo en el cual la defensa de la competencia ha encuadrado las distintas restricciones verticales, refiriéndonos a tres experiencias que resultan de interés para nosotros: el caso de los Estados Unidos, el de la Unión Europea y el de la República Argentina.

2.1. Estados Unidos

Las principales normas antitrust de los Estados Unidos son la ley Sherman (sancionada en 1891) y la ley Clayton (sancionada en 1914). Estas leyes son relativamente breves y han sufrido pocas modificaciones desde que fueron promulgadas, pero su aplicación ha ido variando a lo largo del tiempo por medio de una serie de precedentes judiciales y de criterios de interpretación de los organismos administrativos.

Como ninguna de las leyes antitrust norteamericanas tiene disposiciones específicas relacionadas con prácticas o contratos verticales, los tribunales han interpretado que las mismas, cuando resultan anticompetitivas, se encuadran como “restricciones al comercio” penadas por el artículo 1º de la ley Sherman. En su análisis de las prácticas verticales, la jurisprudencia estadounidense ha elaborado una distinción entre restricciones a los precios y otras restricciones, y ha aplicado criterios más estrictos a las primeras que a las segundas. Dicha diferencia tiene que ver con una asimilación de las restricciones verticales a los precios con las restricciones horizontales a los precios (es decir, con los acuerdos de precios entre competidores), que son una de las violaciones más graves de las leyes antitrust.

Siguiendo la analogía entre acuerdos horizontales y acuerdos verticales de precios, la jurisprudencia norteamericana ha mostrado una tendencia muy fuerte a considerar que la fijación de precios de reventa es una práctica anticompetitiva en sí misma (*per se*), y que por lo tanto resulta punible como una restricción al comercio. En lo que se refiere a las otras prácticas verticales que hemos estudiado (distribución exclusiva, territorios exclusivos, imposición de prestaciones subordinadas), las mismas tienden a ser analizadas aplicando la denominada “regla de la razón” (*rule of reason*), y son penalizadas sólo si se prueba que causan un daño al funcionamiento competitivo de los mercados.

La penalización de la fijación de precios de reventa como una práctica anticompetitiva en sí misma se remonta a uno de los primeros casos de aplicación de la ley Sherman tratados por la Corte Suprema norteamericana: “Dr Miles c/ John Park” (1911). En ese caso, un fabricante de medicamentos fue sancionado por imponer precios mínimos de reventa a sus distribuidores, y por dejar de venderle a aquellos distribuidores que revendían sus productos a precios inferiores a tales mínimos. En su sentencia, el tribunal consideró que el fabricante, una vez que había

vendido su producto al distribuidor, perdía el derecho de privar a los consumidores de “cualquier ventaja derivada de la competencia en el comercio subsiguiente”.

La interpretación de que la fijación de precios de reventa era de por sí una violación a las leyes antitrust ha tenido un impacto considerable en la forma en la cual se desarrollaron las relaciones contractuales verticales en la economía norteamericana. Por empezar, hizo que los productores apelaran a sistemas más indirectos (tales como el uso de “precios sugeridos”) o que se volcaran hacia otro tipo de restricciones verticales en sus contratos de distribución. También motivó que muchos prefirieran recurrir a contratos de agencia (que nunca fueron considerados anticompetitivos en sí mismos) y que por lo tanto no les vendieran los productos a los distribuidores sino que se los dieran en consignación⁶.

Durante la década de 1960 los tribunales norteamericanos adoptaron una postura particularmente dura respecto de la fijación de precios de reventa, que llevó a ciertas interpretaciones alejadas de la lógica económica. Por ejemplo, en “Albretch c/ Herald” (1968) la Corte Suprema sancionó a una editorial por imponer precios máximos a sus distribuidores, aun cuando el objetivo de esa restricción era evitar que dichos distribuidores vendieran sus productos a precios demasiado altos (queriendo, tal vez, solucionar un problema de doble marginalización). En las últimas décadas, sin embargo, esta postura tendió a suavizarse, y fueron numerosos los casos en los cuales la fijación de precios de reventa fue tratada con mayor consideración por parte de los tribunales. Finalmente, en su fallo más reciente sobre fijación de precios de reventa (“State Oil c/ Khan y otros”, 1997), la Corte Suprema de EEUU revirtió expresamente el precedente del caso Albretch y consideró lícito que un refinador de combustibles líquidos le fijara precios de reventa máximos a sus estaciones de servicio. Con ello el tribunal brindó una nueva interpretación respecto de la fijación de precios de reventa máximos, por la cual dicha conducta comenzó a tratarse de acuerdo a la regla de la razón y dejó de ser una práctica anticompetitiva *per se*.

El análisis de legalidad de las restricciones verticales no basadas en los precios (en especial de los territorios exclusivos y de la distribución exclusiva) ha tenido desarrollos cambiantes a lo largo del tiempo. Uno de los primeros antecedentes al respecto es el caso “EEUU c/ White Motor” (1963), en el cual la Corte Suprema revocó una sanción contra un fabricante de camiones que había impuesto un sistema de territorios exclusivos a sus distribuidores y había sido condenado por un tribunal inferior que consideraba que dicha conducta era anticompetitiva en sí misma. Sin embargo, en “EEUU c/ Schwinn” (1967) la misma Corte Suprema condenó a un fabricante de bicicletas por establecer un sistema similar de distribución y de territorios exclusivos, entendiendo que el mismo limitaba el derecho de los distribuidores y de los minoristas de vender las bicicletas “donde y a quienes ellos quisieran”.

La interpretación moderna del análisis de las restricciones verticales no basadas en la fijación de precios llegó con la sentencia que cerró el caso “Continental c/ GTE Sylvania” (1977), en la cual la Corte Suprema norteamericana precisó las pautas a seguir en la aplicación de lo que se conoce como una “regla de la razón

⁶ La legalidad de los sistemas de consignación quedó clara al menos desde que la Corte Suprema de Estados Unidos falló de ese modo en el caso “EEUU c/ General Electric” (1926), si bien en algunos casos esta modalidad fue sancionada por aplicación de la regla de la razón, cuando se entendió que era parte de un esquema más complejo de restricciones a la competencia. El ejemplo más importante de eso último es “Simpson c/ Union Oil” (1964).

estructurada”. Este caso se refería a una cláusula que limitaba el territorio desde el cual un distribuidor (Continental) podía vender los productos de un fabricante de televisores (Sylvania). En su análisis, el tribunal hizo referencia a que, si bien dicha cláusula limitaba la competencia “entre productos de una misma marca”, la misma podía estimular la competencia “entre marcas”, a través de un aumento en la eficiencia de la distribución de los productos. El balance entre ambos efectos debía definirse tomando en consideración la competencia que el fabricante enfrentaba en su propio mercado, la cual era el principal resguardo que tenían los consumidores para evitar que dicho fabricante pudiera explotar el poder de mercado que tenía sobre los productos de su propia marca.

La regla de la razón estructurada siguiendo los lineamientos del caso Sylvania ha sido aplicada de manera más o menos homogénea por los tribunales estadounidenses en las últimas dos décadas, con lo cual la mayoría de los casos han terminado con sentencias que consideraban a las cláusulas de distribución y de territorios exclusivos como legales. La propia División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos publicó un documento de pautas para el análisis de las restricciones verticales, en el cual se manifiesta altamente benevolente para con esas prácticas⁷. En dicho documento se enuncia un procedimiento de análisis en dos pasos, que consiste en estudiar primero si quien impone la restricción vertical tiene o no un poder de mercado significativo, y (sólo si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa) ver luego si la práctica vertical en cuestión tiene la capacidad de excluir competidores o de facilitar la colusión. En esta última etapa la División Antitrust le asigna una gran importancia al examen de las condiciones generales de ingreso al mercado, y en general desiste de investigar todas aquellas conductas que tienen lugar en mercados que no presentan barreras a la entrada importantes.

Un tipo de práctica vertical que ha merecido un tratamiento diferenciado por parte del derecho antitrust estadounidense es la imposición de prestaciones subordinadas o venta atada. Esta práctica ha sido considerada como implícitamente prohibida por el artículo 3º de la ley Clayton (que establece que son punibles las operaciones que prohíben el comercio con otros competidores) y a ella se le ha aplicado también la regla general del artículo 1º de la ley Sherman referida a restricciones al comercio. En sus primeras sentencias sobre el tema, la Corte Suprema norteamericana tendió a considerar a las ventas atadas como actos anticompetitivos en sí mismos. Con el correr del tiempo este criterio se suavizó, y hoy en día se considera que sólo son anticompetitivas *per se* aquellas ventas atadas que reúnen los siguientes requisitos:

- los bienes o servicios atados son claramente distintos y separables;
- la venta de uno de ellos está condicionada a la del otro;
- el vendedor tiene suficiente poder en el mercado del bien vinculante como para restringir el comercio en el mercado del bien atado⁸.

Cuando alguno de estos requisitos no se cumple, la imposición de prestaciones subordinadas pasa a ser estudiada de acuerdo con la regla de la razón, y el análisis se centra sobre los efectos anticompetitivos de la operación en el mercado del bien

⁷ US Department of Justice (1985).

⁸ Estos requerimientos fueron enunciados explícitamente por la Corte Suprema en su sentencia para el caso “Jefferson Parish c/ Hyde” (1984), en la cual se revocó una condena a un hospital por subordinar el uso de sus quirófanos al empleo simultáneo de sus propios anestesiistas.

atado (fundamentalmente, sobre la posibilidad de que la misma tenga como propósito o efecto la exclusión de competidores).

Los dos casos que establecieron las primeras reglas de análisis jurisprudencial aplicables a la imposición de prestaciones subordinadas en los Estados Unidos fueron “EEUU c/ IBM y Remington” (1936) y “EEUU c/ International Salt” (1947). En el primero de tales casos, las dos empresas líderes en la fabricación de máquinas de calcular para uso empresario fueron sancionadas por vincular la compra o alquiler de dichas máquinas con la adquisición de las tarjetas perforadas necesarias para su operación. En su sentencia, la Corte Suprema evaluó que tanto IBM como Remington tenían una participación sustancial en el mercado del bien vinculante, que las máquinas y las tarjetas eran bienes perfectamente separables, que existían alternativas igualmente buenas en la provisión de tarjetas, y que la subordinación de la compra de máquinas a la de tarjetas tenía capacidad como para restringir el acceso de competidores al mercado de estas últimas. En el caso de International Salt, por su parte, la acusación que pesaba sobre el denunciado era la de atar la compra de máquinas para procesar sal a la de toda la sal que debía ser procesada con dichas máquinas. En su sentencia condenatoria, la Corte Suprema tuvo en cuenta que International Salt era el dueño de la patente de las máquinas en cuestión, y tomó eso como prueba de la existencia de poder de mercado en el bien vinculante. En base a esa circunstancia y a que las máquinas y la sal eran productos claramente separados, la conducta de subordinar una compra a la otra fue considerada como una restricción al comercio que bloqueaba el acceso de competidores al mercado de sal.

En dos casos de las décadas de 1970 y 1980, los tribunales norteamericanos analizaron con más precisión el requerimiento de separabilidad de los productos para evaluar si una venta atada era efectivamente tal. En el primero de ellos (“Siegel c/ Chicken Delight”, 1971), una cadena de restaurantes de comida rápida fue condenada por atar la concesión de su marca a la compra de ciertos envases de cartón en los que debía comercializarse la comida, y por prohibir que fueran los propios concesionarios los que mandaran a fabricar dichos envases de acuerdo con las especificaciones del concedente. En el segundo (“Krehl c/ Baskin Robbins”, 1982), la principal cadena de heladerías de Estados Unidos fue absuelta por atar la concesión de su marca a la compra de los helados, por entenderse que la marca y el helado eran componentes necesarios para conformar el producto comercializado.

El caso más importante de los últimos años que involucró la imposición de una prestación subordinada fue probablemente “EEUU c/ Microsoft” (1997), en el cual el Departamento de Justicia denunció al mayor productor de programas de computación por vincular la venta de su sistema operativo Windows 95 con la del navegador Internet Explorer. En este caso el debate se centró en si ambos programas eran productos separados o no, y el argumento de la fiscalía fue que Microsoft quería extender el poder que tenía en el mercado de sistemas operativos (en el cual es prácticamente monopolista) al de navegadores de internet (en el cual no es el principal proveedor y enfrenta competencia de al menos otras dos empresas importantes). La situación no quedó del todo resuelta en la sentencia del juez de primera instancia, ya que, si bien Microsoft no fue condenado, sí se le ordenó que debía darle a sus compradores la opción de adquirir el sistema operativo con y sin el navegador de internet incluido.

Por último, cabe señalar que el derecho antitrust estadounidense ha elaborado también pautas separadas para el análisis de las prácticas relacionadas con la

integración vertical. Al respecto, una de las normas aplicables es el artículo 7° de la ley Clayton, que prohíbe las adquisiciones y fusiones “cuyo efecto es limitar sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio”. Cabe aclarar, sin embargo, que tanto la jurisprudencia como las agencias administrativas han reducido el alcance de esta prohibición a casos sumamente particulares, y que en general se refieren a integraciones horizontales (es decir, concentraciones entre competidores) y no a integraciones verticales⁹. Esto se debe probablemente a que en la mayoría de las integraciones verticales resulta sumamente difícil separar de antemano los efectos de eficiencia de los efectos anticompetitivos, con lo cual la regla general de evaluación parece haber derivado en una situación de aprobación tácita de las fusiones verticales.

Pese a lo dicho, la historia jurisprudencial norteamericana exhibe algunos ejemplos muy resonantes de condenas a la integración vertical que terminaron con la desintegración de grupos económicos significativos. Uno de ellos es el caso “EEUU c/ Paramount Pictures y otros” (1948), que concluyó con la orden de la Corte Suprema de que cinco de los principales distribuidores de películas de Estados Unidos (Metro, Fox, Paramount, Warner y RKO) vendieran las salas de exhibición de su propiedad y en consecuencia desintegraran verticalmente su negocio. La causa que motivó dicha medida estaba relacionada con la idea de que, en este caso, la integración vertical facilitaba la implementación de acuerdos horizontales entre las empresas y creaba una barrera a la entrada al elevar el monto de inversión necesario para los potenciales ingresantes al mercado. Esto se fundaba en que la empresa que quería ingresar solamente al mercado de distribución veía bloqueado su acceso a un circuito de salas de exhibición dominado por sus competidores, en tanto que para el que sólo quería entrar al mercado de exhibición lo que estaba bloqueado era el acceso a las principales películas que podía exhibir.

El último gran caso que terminó con una decisión de desmembramiento vertical (que se materializó a través de un compromiso de la parte denunciada) fue “EEUU c/ AT&T” (1982), por la cual la mayor compañía telefónica del mundo se dividió en una operadora de larga distancia, sujeta a competencia con otras empresas, y en siete empresas regionales de corta distancia, sujetas a regulación estatal. El motivo por el cual el Departamento de Justicia solicitó la desintegración de AT&T fue que, al controlar dicha compañía el grueso de las telecomunicaciones de corta distancia en los Estados Unidos, la misma era capaz de llevar a cabo prácticas que le dificultaban el acceso a sus competidores al mercado de larga distancia (por ejemplo, discriminaciones de precios, negativas a conectar a sus abonados con otras compañías, abusos de procedimientos regulatorios, etc). Como resultado de este proceso, el mercado telefónico norteamericano se convirtió en el primer ejemplo importante de un sistema de telecomunicaciones regido principalmente por pautas

⁹ En ese sentido, resulta ilustrativo el hecho de que la versión vigente de las pautas para la evaluación de concentraciones y fusiones publicada por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (US Department of Justice y Federal Trade Commission, 1992) lleve por título “Guía para las fusiones horizontales” y no haga ninguna referencia directa al caso de operaciones de integración vertical.

basadas en la competencia entre proveedores de larga distancia, rompiendo una tradición de décadas de organización en base a la idea del monopolio regulado¹⁰.

2.2. Unión Europea

La base de la legislación comunitaria europea en lo que se refiere a derecho de defensa de la competencia está dada por los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (1957), que es el instrumento legal que estableció la Comunidad Económica Europea. El primero de tales artículos declara incompatibles con el mercado común a las convenios, decisiones de asociaciones empresarias y prácticas concertadas “que puedan afectar el comercio entre estados miembros y cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir o distorsionar la competencia dentro del mercado común”. El artículo 86, en cambio, prohíbe los actos que impliquen “que una o más empresas exploten de modo abusivo una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste”.

El organismo de aplicación de las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea es la Comisión Europea, que se encarga de investigar los hechos, reglamentar el ejercicio de los derechos, otorgar autorizaciones y atender las denuncias por violaciones a las normas. Sus decisiones son apelables ante los órganos judiciales comunitarios, y pueden llegar en última instancia hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las prácticas verticales con efectos potenciales sobre el comercio entre estados miembros han sido analizadas por las autoridades de la Unión Europea de diferentes maneras, si bien fueron incluidas en su gran mayoría dentro de la categoría de prácticas concertadas a las que se les aplica el artículo 85 del Tratado de Roma. El tipo de prácticas tratado con más frecuencia por la Comisión Europea es el de las relacionadas con la distribución y con los territorios exclusivos, respecto de los cuales existe una jurisprudencia y una reglamentación muy copiosa. El precedente más importante sobre el tema es “Comisión Europea *c/ Consten & Grundig*” (1966), en el cual el Tribunal de Justicia estableció que los convenios de distribución y territorios exclusivos que afectaban el comercio entre estados miembros infringían el artículo 85. En este caso, el tribunal sancionó a un fabricante alemán de televisores y a quien era el distribuidor exclusivo de sus productos en Francia, en virtud de que el contrato que los ligaba le garantizaba a este último una protección absoluta contra importaciones paralelas de televisores Grundig hacia territorio francés.

Esta interpretación del Tribunal de Justicia europeo tuvo como consecuencia que numerosos contratos de distribución entre empresas quedaran sospechados de violar el Tratado de Roma, y llevó a la instauración de un procedimiento administrativo por el cual la Comisión Europea comenzó a otorgar “excepciones al artículo 85” en los casos en los que se interpretaba que las restricciones verticales impuestas tenían ventajas desde el punto de vista de la competencia. Dichas excepciones se basan en la aplicación del inciso 3º del mencionado artículo 85, el cual declara procedentes aquellas prácticas concertadas que “contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico, que permitan gozar a los consumidores de una participación justa en los beneficios

¹⁰ Para una explicación de los fundamentos económicos del caso AT&T, véase Kwoka y White (1994), capítulo 12. En ese libro pueden hallarse también interesantes discusiones acerca de los casos *Sylvania* y *Jefferson Parish*, mencionados anteriormente en este capítulo.

resultantes, y que no impongan a las empresas restricciones que no sean imprescindibles para el logro de los objetivos mencionados ni den a esas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada”.

Todo el procedimiento de excepciones a la aplicación del artículo 85 a los contratos verticales desembocó en un cúmulo de trabajo considerable para las autoridades de competencia de la Unión Europea, y las llevó a elaborar reglamentos que otorgan inmunidad en bloque a cierto tipo de operaciones. De las normas actualmente vigentes sobresale el Reglamento 1983/83, que exime automáticamente aquellos convenios que establecen un territorio exclusivo para un distribuidor pero que no le imponen prohibiciones para vender fuera de dicho territorio. Para aprovechar la excepción, el convenio no debe incluir tampoco cláusulas de fijación de precios de reventa, los cuales son considerados casi sin excepción como violatorios de las normas europeas de defensa de la competencia.

Otro tipo de restricción vertical que goza de una excepción en bloque es la compra exclusiva a un proveedor (Reglamento 1984/83), siempre que el distribuidor no tenga también un territorio exclusivo para la venta del producto y no haya fijación de precios de reventa. Existen también reglamentos que regulan excepciones en bloque para sistemas de distribución exclusiva de automotores (Reglamento 1475/95) y para contratos de concesión y franquicia (Reglamento 4087/88). El primero de ellos tuvo su origen en la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso “Comisión Europea c/ BMW” (1979), en la cual se admitió que los fabricantes de automotores impusieran una serie de restricciones a sus concesionarios y que les garantizaran al mismo tiempo protección territorial y exclusividad en la prestación de servicios de posventa. En lo que se refiere al tema de las franquicias, el reglamento le permite al concedente la imposición de una serie de restricciones verticales (territorios exclusivos, compra exclusiva, etc), pero establece una definición acotada de lo que es una franquicia. La misma debe incluir el uso de una marca comercial, instalaciones estandarizadas, transferencia de información entre concedente y concesionario, y provisión de asistencia técnica y comercial¹¹.

El derecho europeo de defensa de la competencia tiene también disposiciones específicas referidas a la imposición de prestaciones subordinadas. En el Tratado de Roma, dicha conducta aparece mencionada como un ejemplo de práctica concertada (artículo 85, inciso 1e) y también como un ejemplo de abuso de posición dominante (artículo 86, inciso d). En la práctica, la jurisprudencia ha encuadrado en general a las ventas atadas como abusos de posición dominante, y por lo tanto las ha sancionado solamente en casos en los cuales la empresa que las llevaba a cabo tenía un poder de mercado considerable en el mercado del producto vinculante y se interpretaba que quería extenderlo al mercado del producto vinculado.

El caso más importante de sanción de una venta atada por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es “Elopak Italia y otros c/ Tetra Pak” (1992), en el cual una empresa con posición dominante en el mercado de tecnologías de envasado de productos líquidos fue condenada por subordinar la venta del equipamiento que producía y del *know-how* necesario para su uso a la venta simultánea de los propios

¹¹ Para una descripción mucho más extensa de la legislación y la jurisprudencia europeas respecto de temas relacionados con las restricciones verticales a la distribución, véase Goyder (1997).

envases de cartón (respecto de los cuales enfrentaba mucha más competencia por parte de otras compañías).

En lo que se refiere a la integración vertical, por último, puede decirse que la legislación europea de defensa de la competencia prácticamente no ha actuado en casos que involucraran esta práctica. La única intervención que la Comisión Europea realiza habitualmente sobre este tema tiene lugar en el caso de concentraciones y fusiones, las cuales se rigen desde 1989 por una reglamentación específica (Reglamento 4064/89). El artículo 2º inciso 3 de dicha reglamentación declara “incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que ... creen o refuercen una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”. Al igual que lo que sucede con el artículo 7º de la ley Clayton norteamericana, este artículo ha sido aplicado mayoritariamente en casos de fusiones horizontales, no existiendo hasta la fecha ninguna decisión en la cual la Comisión Europea haya prohibido una operación de concentración económica cuyos efectos sean exclusivamente verticales.

2.3. Argentina

En nuestro país, la legislación de defensa de la competencia está contenida en la ley 22.262, sancionada en 1980. Las disposiciones de fondo de esta ley están inspiradas fundamentalmente en la normativa europea y se sintetizan en su artículo 1º que declara sancionables aquellos “actos o conductas ... que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

El órgano de aplicación de la ley 22.262 es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), que dictamina sobre todos los casos de violación de la ley para que el Secretario de Comercio dicte luego una resolución definitiva. Dicha resolución es apelable ante el fuero penal económico y puede llegar eventualmente a consideración de la Corte Suprema. La ley establece también un procedimiento judicial complementario, por el cual el Secretario de Comercio puede iniciar en ciertos casos acciones penales una vez dictada su resolución administrativa. Este último procedimiento, sin embargo, no ha sido nunca utilizado en la práctica.

De la jurisprudencia disponible respecto de prácticas y contratos verticales puede concluirse que en general las autoridades argentinas de defensa de la competencia han seguido en este punto criterios que se acercan más a los aplicados en Estados Unidos que a los que rigen en la Unión Europea. Esto se debe fundamentalmente a que, a pesar de que la redacción de la ley 22.262 es más cercana a la del Tratado de Roma que a la de las leyes Sherman y Clayton, la CNDC no emitió nunca reglamentos relacionados con contratos verticales ni estableció procedimientos de notificación o autorización obligatoria para dichas prácticas.

Un aspecto interesante de la jurisprudencia argentina sobre contratos verticales es su tratamiento benevolente de la fijación de precios de reventa. Al respecto resulta ilustrativo el caso “FECRA y otros c/ YPF” (1995), en el cual varias entidades que nucleaban a estaciones de servicio denunciaron a la principal empresa petrolera argentina por imponer un esquema de precios máximos de venta al público que, si no era respetado por los expendedores, implicaba un aumento automático del precio al cual YPF les vendía los combustibles a dichos expendedores. En el dictamen que aconseja aceptar las explicaciones de YPF respecto de esta práctica, la

CNDC defiende la política instrumentada por la empresa, señalando su conveniencia en términos de reducir los precios de venta de los combustibles al público.

También ha sido en general favorable la interpretación de la ley argentina de defensa de la competencia relativa a la imposición de exclusividad en contextos verticales que involucran a productores y distribuidores. Uno de los primeros casos al respecto fue “CNDC c/ Acfor e Igarreta” (1983), en el cual dos concesionarios de automóviles Ford habían sido en principio sancionados por el Secretario de Comercio por dividirse horizontalmente el mercado de venta de dichos automóviles a organismos estatales. En su sentencia revocatoria de dicha resolución, la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal consideró que el caso no podía encuadrarse como un acuerdo horizontal entre concesionarios sino que debía analizarse como una práctica vertical por la cual un fabricante elegía “la vía de comercialización de sus productos”. Dado que en ese caso el fabricante enfrentaba competencia sustancial por parte de otros proveedores de automóviles, la práctica de otorgarle exclusividad a ciertos concesionarios para ciertos segmentos del mercado fue considerada lícita.

El caso más reciente sobre prácticas estrictamente verticales que tuvo tratamiento por parte de la CNDC fue “SADIT y otros c/ Massalin Particulares y otros” (1997), y terminó también con una aceptación de las explicaciones brindadas por las empresas denunciadas. La práctica bajo análisis fue aquí la implementación de un sistema por el cual los únicos dos fabricantes de cigarrillos de la Argentina (Massalin Particulares y Nobleza Piccardo) pasaron de un sistema de distribución mayorista compartida a uno de distribución exclusiva con territorios exclusivos. En su opinión, la CNDC evaluó que en este caso la conducta tenía por objeto ahorrar costos y mejorar la calidad y confiabilidad de la distribución, y que la misma había tenido lugar en un contexto en el cual la intensidad de la competencia entre Massalin y Nobleza había aumentado en lugar de disminuir. La CNDC consideró además que esta división territorial no afectaba a los consumidores, ya que los comercios minoristas seguían vendiendo cigarrillos de las dos empresas y la posibilidad de discriminar precios entre los distintos segmentos del mercado se hallaba imposibilitada en virtud del control que ejercía la autoridad impositiva.

Un tipo de práctica vertical que sí ha merecido sanciones por parte de las autoridades argentinas de defensa de la competencia ha sido la imposición de prestaciones subordinadas. El primer caso importante sobre el tema fue “Ifrisa c/ YPF y Ecsal” (1982), en el cual la empresa petrolera estatal y un fabricante de hielo fueron sancionados por vincular artificialmente la compra de los combustibles líquidos de YPF (por parte de estaciones de servicio que tenían contratos de exclusividad con dicha empresa) con la compra del hielo de Ecsal. En su dictamen, adoptado luego por el Secretario de Comercio y confirmado posteriormente por la justicia, la CNDC interpretó que el hielo envasado y los combustibles líquidos eran productos claramente separados cuya distribución mayorista era totalmente independiente, y que lo que YPF estaba haciendo era abusar de su posición de dominio en el mercado de combustibles para distorsionar el funcionamiento competitivo del mercado de hielo.

Otra serie de casos de ventas atadas que terminaron con sanciones involucraron a cooperativas que prestaban el servicio de electricidad en condiciones de monopolio regulado y que actuaban también en el mercado de servicios fúnebres. En estas situaciones, lo que el Secretario de Comercio sancionó fue la facturación

conjunta de los servicios fúnebres y eléctricos, y el uso del corte del suministro eléctrico como elemento para garantizar la contratación y el pago de los servicios de sepelio¹². En el caso “Néstor Ferrari c/ Supercanal” (1995), en cambio, no fue considerada como una venta atada la práctica de una empresa de televisión por cable que subordinaba la prestación de su servicio a la compra de una revista en la que aparecía la programación televisiva.

En lo que se refiere a temas de integración vertical, por último, cabe mencionar que la jurisprudencia elaborada en base a la ley 22.262 no registra ningún antecedente en el cual se haya cuestionado dicha conducta como anticompetitiva. Esto responde en parte a que la legislación argentina no contempla ningún sistema de control previo de fusiones y adquisiciones¹³. Indirectamente, sin embargo, se han implementado políticas de desintegración vertical de empresas durante el proceso de privatización de los servicios públicos que tuvo lugar en el período 1990-1993. En los casos de los sectores eléctrico y gasífero, por ejemplo, la privatización incluyó la división de compañías nacionales integradas (Agua y Energía, Segba, Gas del Estado) en varias empresas dedicadas únicamente a una etapa del respectivo proceso operativo. En algunas de dichas etapas (transporte y distribución), la estrategia consistió en mantener una única empresa o dividir la red entre varios monopolios locales regulados; en otras (generación de energía, producción de gas), se optó en cambio por pasar a un esquema de competencia entre diferentes proveedores.

3. Resumen y conclusiones

La integración y los contratos verticales entre empresas reconocen algunas motivaciones relacionadas con el incremento de la eficiencia de las transacciones que tienen lugar entre entidades que actúan en distintas etapas de un proceso de producción y comercialización, así como otras motivaciones basadas en el ejercicio del poder de mercado de las empresas involucradas. Dentro del primero de dichos grupos puede mencionarse el ahorro de costos de transacción (en especial cuando las restricciones verticales impuestas tienen como objetivo resolver el llamado “problema de la cautividad”) y la solución de externalidades originadas en la doble marginalización, la falta de incentivos para proveer servicios de ventas o el llamado “problema del aprovechamiento gratuito”.

Las prácticas verticales cuyo objetivo es aprovechar de manera más efectiva el poder de mercado de las empresas participantes pueden encasillarse dentro de las categorías de extensión del monopolio, discriminación de precios e incremento de los costos de los rivales. A diferencia de los casos anteriores, estas conductas suelen terminar en un perjuicio para los consumidores e inclusive en una disminución del excedente total de los agentes económicos.

La distinción entre prácticas verticales motivadas por consideraciones de eficiencia y prácticas destinadas a incrementar el ejercicio del poder de mercado depende de las circunstancias en las cuales las mismas se lleven a cabo, ya que

¹² Dentro de este grupo de casos se incluyen “ASEF c/ Cooperativa Eléctrica de Punta Alta y otras” (1982), “APESF c/ cooperativas eléctricas varias” (1984) y “La Nueva y otros c/ Cooperativa Eléctrica de Santa Rosa” (1985).

¹³ Esta situación podría revertirse próximamente, si resultara aprobado el proyecto de ley antimonopolio que, a mediados de 1998, se encuentra bajo tratamiento por parte de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

prácticamente todos los tipos de relaciones verticales entre empresas (integración, imposición de prestaciones subordinadas, distribución y territorios exclusivos, fijación de precios de reventa) admiten explicaciones basadas en los dos tipos de motivaciones analizadas. Esta necesidad de estudiar las situaciones específicas en las cuales tienen lugar las prácticas verticales se ha vuelto clara en los casos que han llegado a ser evaluados a la luz de las legislaciones de defensa de la competencia. En tales circunstancias, el derecho antitrust parece exhibir una tendencia cada vez más pronunciada a evaluar las prácticas verticales utilizando la denominada “regla de la razón”, en vez de considerar ciertas restricciones como anticompetitivas en sí mismas.

Al respecto, resulta ilustrativo señalar los criterios que la jurisprudencia estadounidense ha ido elaborando en los casos *Sylvania* (distribución exclusiva), *Jefferson Parish* (ventas atadas) y *State Oil* (fijación de precios de reventa), caracterizados por exigir la realización de un análisis de los efectos económicos de las conductas verticales antes de decidir si las mismas violaban o no las leyes antitrust. Aunque mucho más hostiles que los norteamericanos a las restricciones verticales, los criterios desarrollados por las autoridades europeas de defensa de la competencia muestran también un intento por sopesar los efectos competitivos y anticompetitivos de estas prácticas. La jurisprudencia argentina, por último, ha seguido también la tendencia imperante de evaluar las conductas estrictamente verticales con benevolencia, adelantándose algunos años a otros países en casos tales como *Acfor e Igarreta* (distribución exclusiva) y *FECRA c/ YPF* (fijación de precios de reventa).

Referencias bibliográficas

- Coase, Ronald. “The Nature of the Firm”; *Economica*, vol 4, pgs 386-405, 1937.
- Goyder, D. G. *EC Distribution Law*. Oxford, Oxford University Press, 1997.
- Klein, B; Crawford, R. y Alchian, A. “Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process”; *Journal of Law and Economics*, vol 21, pgs 297-326, 1978.
- Klein, B. y Murphy, K. “Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms”; *Journal of Law and Economics*, vol 31, pgs 265-297, 1988.
- Kwoka, J. y White, L. *The Antitrust Revolution*, 2ª edición. Nueva York, Oxford University Press, 1994.
- Ordover, J. Saloner, G. y Salop, S. “Equilibrium Vertical Foreclosure”; *American Economic Review*, vol 80, pgs 127-142, 1990.
- Spengler, J. “Vertical Integration and Anti-trust Policy”; *Journal of Political Economy*, vol 58, pgs 347-352, 1950.
- Telser, Lester. “Why Should Manufacturers Want Free Trade?”; *Journal of Law and Economics*, vol 3, pgs 86-105, 1960.
- Tirole, Jean. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, MIT Press, 1988.
- US Department of Justice. *Vertical Restraint Guidelines*. Washington DC, 1985.
- US Department of Justice y Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. Washington DC, 1992.
- Varian, Hal. “Price Discrimination and Social Welfare”; *American Economic Review*, vol 75, pgs 870-875, 1985.
- Williamson, Oliver. *Markets and Hierarchies*. Nueva York, Free Press, 1975.

