



DISTRIBUCIÓN DUAL: UNA RELACIÓN HÍBRIDA CON CONSECUENCIAS PARA LA COMPETENCIA

Álvaro Espinosa y Catalina Montero

Distribución dual: Una relación híbrida con consecuencias para la competencia

Agosto 2020



Álvaro Espinosa

Abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez, Magíster en Regulación Económica de la misma universidad. PG Diploma in Economics for Competition Law de King's College London. Profesor de Derecho Bancario y de Derecho Comercial de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actualmente, asociado en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.



Catalina Montero

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Diplomado en Derecho y Política de la Competencia de la Universidad de Chile. Profesora de Derecho Comercial de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actualmente, asociada en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

"There is nothing either good or bad, but thinking makes it so."

(Hamlet, Shakespeare, Acto 2, Escena 2)

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, y en particular considerando cómo el Covid-19 ha afectado a los diversos modelos de negocios de las empresas, las ventas *online* y las plataformas digitales se han convertido en canales esenciales tanto para las grandes compañías del mercado mundial como para nuevos emprendedores. Este cambio de tendencia, entre compra *offline* a compras *online*, se aceleró de una forma inédita y con efectos expansivos que, hoy por hoy, todavía no son del todo claros.

En ese contexto, el propósito de nuestra investigación es analizar cómo debemos aplicar el derecho de la competencia en las relaciones que surgen con ocasión de la *distribución dual*. Ello, en tanto ésta implica que el fabricante mayorista¹ realiza venta directa y, como tal, desde una perspectiva puramente orgánica, actúa en un nivel plausiblemente horizontal al de sus agentes y/o distribuidores y/o revendedores. Por lo mismo, nos parece que cabe preguntarse si ¿existe allí competencia o la relación se entiende, de suyo, subsumida en la verticalidad de las relaciones entre estos agentes económicos?

Por su parte, en relación con las plataformas digitales, en tanto intermediarios, pero también como competidores de los fabricantes que venden sus productos a través de su intermediación, cabe hacerse la misma pregunta.

II. DISTRIBUCIÓN DUAL

En primer lugar, la *distribución dual*, en tanto modalidad de comercialización, no es un fenómeno nuevo ni reciente y, por cierto, no es un fenómeno exclusivo del comercio electrónico. Se trata de una práctica comercial bastante antigua y expandida en diversos mercados.

¹ Para facilidad de referencia, usaremos el concepto de "fabricante", en general, para referirnos a cualquier agente económico que se posicione, en términos relativos, aguas arriba de aquellos que comercializan sus productos y/o servicios a clientes finales.

En ese sentido, la *distribución dual* ha sido definida como aquel "(...) *acuerdo de distribución en el que un fabricante compite con sus distribuidores independientes*"². Otra definición que recalca la existencia de *competencia* entre el fabricante y los distribuidores es aquella por la cual la distribución dual es "(...) *en aquellos casos en que se utilizan distribuidores independientes en conjunto con la distribución directa por parte del fabricante*"³. Por su parte, las Directrices relativas a restricciones verticales emanadas de la Comisión Europea, define a la *distribución dual* como: "(...) *aquéllas en las cuales el fabricante de un bien determinado también actúa como distribuidor del mismo en competencia con distribuidores independientes de su bien*"⁴.

En este sentido, respecto a la caracterización de la distribución dual, se ha señalado que: "*A la relación vertical que suele vincular al fabricante con los distribuidores independientes, la distribución dual añade una dimensión horizontal, ya que el fabricante compite con los distribuidores de su red (competencia intramarca aguas abajo) y con todos los demás distribuidores del mercado pertinente (competencia intermarca aguas abajo)*"⁵.

Como tal, la *distribución dual* es considerada, en general, lícita, sin perjuicio de que se reconoce que de ella pueden emanar riesgos para la competencia, tanto si se trata de *distribución dual* pura y simple o si, además, ésta se complementa junto con otras restricciones verticales.

La *distribución dual* es típicamente analizada como un fenómeno que fuerza un análisis respecto a la dicotomía vertical/horizontal que existirá en la relación entre fabricante y distribuidor, cuando aquel también comercializa directamente y que tiene matices relevantes dependiendo de la intensidad de la relación vertical subyacente.

Hoy por hoy, una coordinación entre fabricante y distribuidor nos parece razonable hasta ciertos límites y se enmarca dentro de la dogmática que analiza las restricciones verticales. Se consideran, en general, como fórmulas eficientes para alinear los incentivos entre fabricante y comercializadores, promoviendo la competencia *intermarca*.

Esto último es particularmente relevante, en tanto una parte del análisis de restricciones verticales típicamente discurre sobre el mayor o menor impacto de una conducta o práctica en cuestión en la competencia *intramarca* e *intermarca*. Sabemos, además, que, en la medida en que la competencia *intermarca* sea efectiva, existe mayor tolerancia para restricciones *intramarca*, entre otros factores, precisamente porque las restricciones *intramarca* no tienen, normalmente, la aptitud para generar distorsiones a nivel de mercado relevante, mientras que si éstas potencian la competencia *intermarca* es posible anticipar que se generen mayores beneficios para los consumidores, lo que es una eficiencia que compensa los posibles efectos negativos de la restricción.

2 Mark Carlton, "Dual Distribution and the Horizontal-Vertical Dichotomy of Nonprice Restrictions", *Tulsa Law Review* 17, N° 2 (1981), 306. Traducción libre de: "(...) *whereby independent distributors are used in conjunction with direct distribution by the manufacturer*".

3 Robert Zwirb, "Dual Distribution and Antitrust Law", *Loyola of Los Angeles Law Review* 21, N° 4 (1988), 1278. Traducción libre de: "(...) *a distribution arrangement whereby a manufacturer is said to compete with its independent distributors*".

4 Comisión Europea, *Directrices relativas a las restricciones verticales* (2010), par. 28, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>.

5 Ioannis Lianos, "The Vertical Horizontal Dichotomy in Competition Law: Some Reflections with Regard to Dual Distribution and Private Labels", en *Private Labels, Brands and Competition Policy*, eds. Ariel Ezrachi & Ulf Bernitz (Oxford: Oxford University Press, 2009), 172. Traducción libre de: "*To the vertical relation that usually links the manufacturer with independent dealers, dual distribution adds a horizontal layer, as the manufacturer competes with the dealers of his network (intra-brand downstream competition) and with all other dealers in the relevant market (inter-brand downstream competition)*".

Sin perjuicio de lo anterior, la situación puede tener efectos distintos en ausencia de una relación de agencia entre el fabricante y sus comercializadores, o bien, de una red de distribución selectiva o exclusiva.

En efecto, en la medida en que el canal de comercialización indirecta del fabricante esté compuesto por distribuidores o revendedores independientes multimarca y multiproductos, existe espacio para pensar hasta qué punto la *distribución dual* no implica posicionar al fabricante y a los distribuidores o revendedores independientes en un plano de horizontalidad.

III. RIESGOS DE LA DISTRIBUCIÓN DUAL

a. Riesgos en precios

En una *distribución dual* donde no existe agencia o distribución selectiva o exclusiva, sino distribuidores o revendedores independientes, típicamente multimarca, el precio que fije el fabricante en su rol como vendedor minorista influirá explícita o implícitamente en la decisión de precio que adopten sus distribuidores.

En efecto, si el fabricante incrementa sus precios minoristas en su canal digital, los distribuidores o revendedores independientes multimarca se enfrentarán a la decisión de mantener sus precios y, posiblemente, absorber más demanda en la medida que les sea posible, o bien, a incrementar sus precios en un nivel similar al del fabricante para compartir la mayor extracción de renta. Dependiendo de la intensidad de la relación vertical subyacente, el precio podría estar viéndose forzosamente alineado, lo que acerca la práctica a una coordinación horizontal.

Alternativamente, en caso de que el fabricante opte por una estrategia de precios agresiva, disminuyendo su precio minorista y aumentando la cantidad vendida, los distribuidores o revendedores independientes se verán obligados a disminuir sus precios y obtener márgenes más bajos de lo habitual, lo que, en consecuencia, desencadenaría el problema del mantenimiento del precio de reventa y efectos de exclusión en su sistema de distribución⁶.

b. Riesgos en factores distintos del precio

Un tipo de acuerdo o restricción que toma relevancia en el análisis de la *distribución dual* es la cláusula, explícita o implícita, de reserva de clientela, por la cual el fabricante se reserva el derecho de atender directamente a ciertos clientes o categorías de clientes (o ciertos territorios⁷).

En ese sentido, si bien la lógica subyacente del análisis es la misma –i.e., identificar los efectos económicos de la conducta en forma específica para determinar los riesgos que ésta presenta– pueden existir riesgos de competencia tanto horizontales (por la asignación de mercado o clientes), como también verticales (por la posible exclusión de distribuidores de clientes a los que podrían atender).

⁶ Andreas Kirsch y William Weesner, "Can Antitrust Law Control E-Commerce? A comparative analysis in light of US and EU Antitrust Law", *U.C. Davis Journal of International Law and Policy* 12, N° 297 (2006), 305.

⁷ Sin perjuicio de ello, nótese que en la sentencia de la Corte Suprema estadounidense, *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963), que precisamente versó sobre una asignación de territorio, se identificaba una diferencia importante entre asignaciones de territorio y asignaciones de clientela, en un escenario de distribución dual. Considerándose la primera, posiblemente vertical y la segunda de naturaleza, más bien, horizontal.

De esta forma, aun cuando este escenario implica, en principio, una afectación a la competencia *intramarca*, nos parece posible que ésta llegue a afectar la competencia *intermarca* si se está en presencia de un fabricante con poder de mercado, en el producto específico de que se trate, con bajos niveles de intensidad en la relación vertical, es decir, con distribuidores o revendedores independientes y multimarca.

c. Riesgos exclusorios

En términos generales y teóricos, el conflicto de interés subyacente a una *distribución dual* puede impactar el comportamiento de los agentes económicos al existir incentivos para incrementar el poder de mercado ya existente. Ello, en especial a propósito de distribuidores que compitan con los fabricantes en el mercado de la venta de los productos y servicios y en la medida en que el canal de distribución opere como un verdadero “cuello de botella” para la comercialización hacia el cliente final. En este tipo de riesgos exclusorios se enmarcan las discriminaciones arbitrarias que, a propósito de la competencia en plataformas digitales, han dado lugar al denominado *self-preferencing*, entendida como aquella situación en que: “(...) se le entrega un trato preferencial a los productos y/o servicios propios cuando están en competencia con productos y/o servicios proporcionados por otras entidades que usan la plataforma”⁸.

d. Riesgos de intercambios de información

Otro riesgo relevante en la *distribución dual* es el intercambio de información que puede ocurrir entre el fabricante y el distribuidor o revendedor independiente. Por una parte, desde una perspectiva orgánica vertical, es razonable que existan estos intercambios de información para que puedan alinearse incentivos y promover mayor eficiencia en las estrategias comerciales.

Sin embargo, en un contexto de *distribución dual*, la información del distribuidor o revendedor independiente, multimarca, sobre clientes, precios o volúmenes, es información comercial sensible que éste no debería compartir con otro distribuidor o revendedor independiente y el problema es que, en este caso, el distribuidor puede estar en competencia con el fabricante.

Así, por ejemplo, mientras más distante sea la relación vertical entre fabricante y distribuidor o revendedor independiente y mientras más significativo sea el nivel de competencia entre ellos, en virtud de la *distribución dual* (imagínese un fabricante con un potente canal de distribución directa), el intercambio de esta información puede permitir una coordinación explícita o tácita *como si* se tratase de una red de distribución selectiva o exclusiva, en circunstancias que no lo es.

Este riesgo de intercambio de información en la *distribución dual* existe tanto en el comercio tradicional como en el electrónico, sin embargo, es en el contexto del comercio electrónico donde se han renovado las preocupaciones que pueden emanar de dicha práctica. Al efecto, nótese que dentro de los resultados del *E-Commerce Sector Inquiry Report* de la Comisión Europea, se afirmó que: “(...) el intercambio de datos sensibles, como información sobre precios y cantidades vendidas, entre los marketplaces y los terceros vendedores o fabricantes con tiendas y minoristas propios puede conducir a problemas de competencia cuando los mismos agentes compiten directamente por la venta de determinados productos o servicios”⁹.

8 Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer, “Competition Policy for the Digital Era: Final Report”, Comisión Europea (2019), 7, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Traducción libre de: “(...) giving preferential treatment to one’s own products or services when they are in competition with products and services provided by other entities using the platform”.

9 Comisión Europea, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament on E-Commerce Sector Inquiry* (2017), par. 56, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf. Traducción libre de: “(...) the exchange of competitively sensitive data, such as on prices and sold quantities, between marketplaces and third party sellers or manufacturers with own shops and retailers may lead to competition concerns where the same players are in direct competition for the sale of certain products or services”.

Consecuentemente, una de las formas de evitar riesgos de intercambios de información comercial sensible en la *distribución dual*, al menos en aquellas situaciones en donde la relación vertical es menos intensa –por ejemplo, cuando se opera a través de meros revendedores– es mantener una separación orgánica, al estilo de una “muralla china” o “*arms length*” entre el equipo comercial a cargo de las ventas indirectas de quienes tengan a su cargo la venta directa a clientes finales.

IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES A LA DISTRIBUCIÓN DUAL EN EL CONTEXTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Considerando que, bajo ciertos supuestos, el comercio electrónico conduce a una mayor eficiencia de costos y a una mayor transparencia de los precios, es razonable anticipar que existirán, cada vez más, situaciones de *distribución dual* que puedan generar diversos riesgos para la competencia.

A ese respecto, el comercio electrónico podría ser un catalizador de los problemas ya existentes, en efecto: *“Este problema puede verse intensificado, una vez que la distribución dual vía e-commerce se haya establecido. Lo anterior se debe a que el e-commerce lleva a eficiencias de costos y a incrementos en la transparencia de precios. Por ejemplo, el e-commerce puede llevar a una fiera competencia en precios entre fabricantes/distribuidores e-commerce y los distribuidores normales”*¹⁰. De acuerdo con ciertos autores en el derecho europeo, esto podría requerir además un reajuste y modificaciones a las normas de competencia¹¹.

Ahora bien, en la economía de las plataformas digitales se observan situaciones en donde es posible que un agente económico que opera una plataforma de intermediación, es decir, un *marketplace online*¹², a través de la cual fabricantes y proveedores independientes venden sus productos y servicios, desarrolle su propia versión de los productos y/o servicios cuyas ventas intermedia, integrándose verticalmente aguas arriba para, luego, usar su propia plataforma digital para vender dichos productos en abierta competencia con los de aquellos fabricantes que aún intermedian a través suyo.

De esta relación pueden emanar riesgos para la competencia. El primero de ellos, por cierto, es exclusorio, dentro de los cuales también cabe el denominado *self-preferencing*. Al efecto, el caso Google Shopping¹³ es un hito importante en el desarrollo de esta teoría de daño anticompetitiva. En el año 2017, la Comisión Europea condenó a Google a pagar 2.4 billones de euros por entregarle a su propio servicio de comparador de compras un posicionamiento más favorable en las páginas de lista de resultados buscados.

Por otro lado, teóricamente al menos, existe también un riesgo de coordinación entre fabricantes/proveedores y la plataforma digital. Pueden existir incentivos para alinear precios u otras condiciones de comercialización, donde la relación vertical subyacente se convierta, en los hechos, en el mecanismo por el cual dicha coordinación se implementa o fiscaliza.

10 Kirsch y Weesner, “Can Antitrust Law Control E-Commerce?”, 302. Traducción libre de: *“This problem might be intensified, once dual distribution via e-commerce has been established. This is due to the fact that e-commerce leads to cost efficiencies and increased price transparency. For example, e-commerce may lead to fierce price competition between the manufacturer/e-commerce distributor and the regular distributors”*.

11 Kirsch y Weesner, “Can Antitrust Law Control E-Commerce?”, 305.

12 David Evans y Richard Schmalensee, *Matchmaker: The New Economics of Platform Business* (Boston, Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2016), 1-2.

13 *Google Search (Shopping)*, Caso AT.39740, Comisión Europea (27 de junio, 2017), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

En efecto: “El comercio electrónico, especialmente con la ayuda de los llamados “shopping bots”, conduce a una mayor visibilidad, transparencia y flexibilidad. De esta manera, la competencia entre el fabricante/ comerciante electrónico y sus otros distribuidores se vuelve más directa y horizontal en su naturaleza. Por ejemplo, imaginemos un escenario en el que un fabricante vende sus productos a los consumidores a precios apenas superiores a los precios al por mayor que el fabricante cobra a sus distribuidores por los mismos productos. En este contexto, la presión sobre los precios que se deriva de la distribución por Internet es tan fuerte que los distribuidores habituales se ven obligados a vender casi sin margen y están esencialmente obligados a mantener el precio máximo de reventa (*factual price binding*), ya que no tienen ningún margen para elegir sus propios márgenes de precio. En estos casos, el fabricante y sus distribuidores compiten directamente, lo que significa que tienen una relación horizontal en la que la norma *per se* aplica de todos modos”¹⁴.

A mayor abundamiento, Pinar Akman ha identificado que buena parte de los actuales modelos de negocios de plataformas digitales operan con una relación de agencia, donde el fabricante es el principal y la plataforma digital el agente. En ese contexto, Akman entiende que no cabe aplicar el derecho de la competencia a los acuerdos del principal y el agente, ya que ambas entidades serían parte de una *single economic entity*.

Sin embargo, para Akman, existe un límite a la cohesión que subyace en esta relación y es el punto que vuelve hacer aplicable el derecho de la competencia a las actuaciones individuales del fabricante y la plataforma digital y, por cierto, a sus acuerdos, a saber, cuando existe una pérdida en la alineación de intereses comerciales y competitivos. Lo anterior se traduce en una transición desde una relación de *competitive neutrality* a una de *competitive rivalry*¹⁵. Cuando esta transición ocurre, Akman estima que ya no existe agencia como tal y la plataforma digital se convierte en competidora de su principal y como tal puede infringir la libre competencia en sus actuaciones vis-à-vis su cliente/competidor.

Para nosotros, las conclusiones de Akman parecen acertadas, pero, además, extrapolables a relaciones verticales de grado inferior al de una agencia. Si puede existir una transición desde una *competitive neutrality* a una *competitive rivalry* en una relación de agencia, pues, entonces, con mayor razón parece posible que ello ocurra cuando la relación vertical es la de un distribuidor o revendedor independiente y multimarca, en donde originariamente tal vinculación es más débil.

La preocupación es particularmente atingente si se considera que, en Europa, el Reglamento N° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (REC) y que incluye una serie de excepciones por categoría a la aplicación del mentado artículo 101, está sujeto a expirar en mayo del año 2022 y, por lo mismo, la autoridad deberá evaluar si éste será renovado, modificado o eliminado.

Interesantemente, la *distribución dual* es uno de los temas a los que se ha prestado especial atención. Entre algunos de los comentarios que la autoridad ha recibido destaca la solicitud para que se ratifique que la *distribución dual* no se presume *ex ante* horizontal y que se explicita que los intercambios de información, como los analizados *supra*, son compatibles con las necesidades de la relación vertical¹⁶.

14 Kirsch y Weesner, “Can Antitrust Law Control E-Commerce?”, 317. Traducción libre de: “Ecommerce, especially as assisted by so-called “shopping bots,” leads to a greater visibility, transparency and flexibility. Thus, competition between the manufacturer/e-tailer and its other distributors become more direct and horizontal in nature. For example, imagine a scenario where a manufacturer sells its goods to consumers at prices which are barely above the wholesale prices that the manufacturer charges its distributors for the same goods. In this context, the pricing pressure that results from internet distribution is so fierce that the ordinary distributors are forced to sell at almost no margin and are essentially bound to engage in maximum resale price maintenance (*factual price binding*), since they do not have any room to choose their own price points. In these cases, the manufacturer and its dealers compete directly, meaning they have a horizontal relationship in which the *per se* standard applies anyhow.”

15 Se trata de una reinterpretación del concepto de *competitive neutrality* formulada por Akman, precisamente como un criterio que permita analizar cuando una relación principal-agente deja de ser tal, al menos en un sentido restringido (Pinar Akman, “Online Platforms, Agency, and Competition Law: Mind the Gap”, *Fordham International Law Journal* 43, N° 2 (2019), 209-319).

16 Al efecto, pueden revisarse las opiniones proporcionadas en el proceso de consulta pública que inició la Comisión Europea en: <https://>

V. DERECHO COMPARADO

a. Estados Unidos

En los Estados Unidos, históricamente, la preocupación de competencia respecto de la *distribución dual* se concentró en aquellos casos en que ésta iba acompañada de restricciones verticales adicionales.

En efecto, ya a principios de los noventa se consideraba que: "(...) *la cautela judicial respecto a las restricciones que acompañan a los acuerdos de distribución dual aparentemente es generalizada*"¹⁷. Ahora bien, esta preocupación por la distribución dual en los Estados Unidos debe ser entendida en su contexto y es que el análisis de esta modalidad de distribución fue avanzando a la par que evolucionaba la división analítica entre la *rule of reason* y la regla *per se*.

Algunas cortes percibieron la existencia de una dicotomía vertical/horizontal y, por consiguiente, la necesidad de estudiar en profundidad los efectos de ella. En este tránsito, muchas cortes se inclinaron, derechamente, por considerar que existían riesgos horizontales. Así, por ejemplo: "*La Corte observa, sin embargo, que la prueba de la existencia de mantenimiento ilegal del precio de reventa, cuando el fabricante es también un distribuidor... hace que la violación de las normas antimonopolio sea aún más perniciosa... ya que la actividad ilegal de los cárteles coexiste entonces con el intento de controlar verticalmente la discreción del empresario independiente*"¹⁸.

En el mismo sentido, uno de los precedentes originales en la materia definió que sí existían riesgos de coordinación entre el fabricante y el distribuidor fue *United States v. Arnold, Schwinn & Company*¹⁹, en donde la Corte Suprema estadounidense determinó que la asignación de territorio entre el fabricante y sus distribuidores era ilícita *per se* en virtud de que el dominio de los productos ya habían sido traspasados al distribuidor que no era exclusivo.

Sin perjuicio de lo anterior, el análisis fue evolucionando y, posteriormente, la Corte Suprema estadounidense comenzó a analizar estos acuerdos, caso a caso, bajo la *rule of reason*. En efecto, la situación cambió significativamente con ocasión del caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc. (Sylvania)*²⁰, en donde la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que, en casos de *distribución dual*, era necesario determinar, a través de un *characterization process*, si la conducta quedaba sujeta a la regla *per se* o a la *rule of reason*.

Parece relevante contextualizar que Sylvania es un precedente famoso en la historia de dogmática *antitrust*²¹ y es que, por encima de su impacto en el análisis de la *distribución dual*, es considerada la primera sentencia

ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1936-Evaluation-of-the-Vertical-Block-Exemption-Regulation/public-consultation. Existen diversos comentarios que subrayan la necesidad de mantener la exención en materia de distribución dual y proporcionar certeza respecto a la licitud en los intercambios de información que ocurran en dicho contexto. De particular interés son las opiniones de la American Bar Association y de la International Bar Association.

17 Zwiirb, "Dual Distribution and Antitrust Law", 1281. Traducción libre de: "(...) *judicial caution towards restrictions accompanying dual distribution arrangements apparently is widespread*".

18 *Interphoto Corporation v. Minolta Corporation*, 295 F. Supp. 711, US District Court for the Southern District of New York (1969), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/295/711/2080893/>. Traducción libre de: "*The Court notes, however, that proof of the existence of unlawful resale price maintenance, where the manufacturer is also a distributor...makes the antitrust violation even more pernicious...for unlawful cartel activity then co-exists with the attempt to vertically control the discretion of the independent businessman*".

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

20 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36. 76-15, U.S. Supreme Court (23 de junio, 1977), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/#tab-opinion-1952357>.

21 Al efecto, véase Richard A. Posner, "The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision", *The University of Chicago Law Review* 45, N° 1 (1977), 1-20.

de la Corte Suprema estadounidense que cambió el paradigma de análisis de las restricciones verticales, desde la condena *per se* a la aplicación de la *rule of reason* y, en particular, se estableció la necesidad de acudir a un análisis propiamente económico. En los hechos, Sylvania fue la consolidación de la Escuela de Chicago en el derecho de la competencia de los Estados Unidos y su influencia permanece hasta el día de hoy.

En ese contexto y considerando la época en que se desarrollaban estos precedentes, con marcada influencia de la Escuela de Chicago, un argumento de corte económico que se analizó fue distinguir y analizar entre los efectos en la competencia *intramarca* e *intermarca* de las restricciones verticales acordadas, entre fabricante y distribuidores, en el contexto de una distribución dual. Por lo mismo, *ex ante*, el efecto puede ser ambiguo.

En ese sentido, una posibilidad analítica es la aplicación de la *single monopoly profit*, en efecto, según Hovenkamp: "(...) [un] fabricante que no tiene poder de mercado no puede utilizar la distribución dual para crearlo. Además, ni siquiera un fabricante monopolístico puede en general aumentar su poder de mercado aislando sus propios puntos de venta retail, aunque el efecto sea perjudicar a los minoristas independientes de la competencia. Si el fabricante tiene poder de mercado, cualquier beneficio de monopolio obtenido a nivel de minorista también podría obtenerse a nivel de fabricante"²².

Más recientemente, en *Benny Jacobs v. Tempur-Pedic International, Inc., No. 08-12720 (11th Cir. 2010)*, el fabricante tenía un precio mínimo de reventa pactado con sus distribuidores, en su relación vertical, en circunstancias que, al mantener un sistema de *distribución dual*, este precio mínimo se convertía también en el que usaba en sus ventas directas. Si bien la corte concluyó que no se presentó suficiente evidencia por parte del demandante para acreditar una fijación de precios horizontal, en su análisis, la corte señaló que: "Este tribunal no ha adoptado una regla *per se* para dicha clasificación; en cambio, examinamos las circunstancias de cada acuerdo de distribución dual para ver si se asemeja más a un acuerdo horizontal o vertical"²³.

En otro caso reciente, el 2016, la *Federal Trade Commission* (FTC) suscribió un acuerdo extrajudicial con Fortiline, LLC (Fortiline)²⁴, una empresa distribuidora de cañerías de hierro dúctil, por la cual esta empresa aceptó el cargo de violar la ley federal *antitrust* al invitar a competidores a un incremento de precios. El caso es relevante por cuanto la empresa Fortiline habría invitado a coludirse a un fabricante "A" con el cual mantenía una relación de distribución.

En efecto, históricamente, el fabricante "A" y Fortiline habían mantenido acuerdos de distribución para diversos territorios. Sin embargo, respecto de North Carolina y Virginia, Fortiline ya no operaba como distribuidor de éste, sino de otro fabricante "B". En virtud de ello, en esos territorios, el fabricante "A" comercializaba directamente y, según a la FTC, en competencia con Fortiline.

22 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice* (St. Paul, Minesota: Thomson/West, 3ª ed., 2005), 490. Traducción libre de: "(...) [a] manufacturer who has no market power cannot use dual distribution to create it. Furthermore, even a monopoly manufacturer generally cannot increase its market power by insulating its wholly-owned retail outlets, even if the effect is to injure competing, independent retailers. If the manufacturer has market power, any monopoly profits earned at the retailer level could also be earned at the manufacturer level".

23 *Benny Jacobs v. Tempur-Pedic International, Inc.*, N° 08-12720, 11th Circuit Court of Appeals (2 de diciembre, 2010), 22-23, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/08-12720/200812720-2011-03-14.html>. Traducción libre de: "This court has not adopted a *per se* rule for such classification; instead, we examine the circumstances of each dual distribution arrangement to see whether it more closely resembles a horizontal or vertical agreement".

24 *FTC v. Fortiline, LLC*, C-4592, Federal Trade Commission (23 de septiembre, 2016), <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160927fortilinedo.pdf>.

El fabricante "A" comenzó a bajar sus precios en diversos territorios y, en respuesta, Fortiline se comunicó, en al menos dos ocasiones, con el fabricante "A" solicitándole que detuviese su estrategia e incrementase sus precios a los niveles acostumbrados en el mercado.

La FTC consideró que esta invitación a subir los precios era una invitación a coludirse dirigida a un agente económico con el cual Fortiline competía, en al menos dos mercados distintos. En efecto, la FTC ha señalado que: *"El derecho de la competencia reconoce que un proveedor y su distribuidor, comúnmente, tienen razones legítimas para discutir sobre las condiciones de mercado, incluyendo discutir sobre el precio cobrado por el distribuidor cuando re-vende los productos de dicho proveedor. Sin embargo, incluso si, en algunas instancias, dos empresas tienen una relación vertical (intramarca), dicha relación no les proporciona inmunidad frente a la responsabilidad que puedan tener al dañar la competencia horizontal (intermarca). El rol de Fortiline como distribuidor, en algunas circunstancias, del Fabricante A no lo protege de su responsabilidad por invitar al Fabricante A a coludirse para incrementar el precio por las ventas DIP, incluyendo aquellas instancias en donde ambas empresas competían por vender DIP a un contratante particular"*²⁵.

b. Regulación europea

En Europa existe regulación aplicable a la *distribución dual*. En primer lugar, el REC establece una excepción de bloque o por categoría al artículo 101 a los denominados acuerdos verticales y, a mayor abundamiento, su artículo 2.4 señala que: *"La exención prevista en el apartado 1 no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras. No obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y: a) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de fabricación, o b) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales"*²⁶.

De esta forma, en la medida que los agentes económicos involucrados en un acuerdo no-recíproco sean, por un lado, un fabricante que también actúa como distribuidor de bienes y, por el otro lado, un distribuidor que no es competidor en la fabricación, entonces dicho acuerdo se acoge a la excepción por categoría del REC. La misma regla aplica para agentes económicos que proveen servicios.

Respecto de estos acuerdos, la propias Directrices indican que: *"en general, cualquier impacto potencial en la relación de competencia entre el fabricante y el minorista al nivel al por menor tiene menos importancia que el impacto potencial en la competencia en general del acuerdo de suministro vertical a nivel de la producción o al por menor"*²⁷. Lo anterior nos parece concordante con la excepción en bloque que la distribución dual recibe en el REC.

25 Federal Trade Commission, *Federal Trade Commission* (agosto 2016), <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2016/08/compliance-check-collaborators-who-also-compete>. Traducción libre de: *"Antitrust law recognizes that a supplier and its distributor often have legitimate reasons to communicate about market conditions, including discussing the price charged by the distributor when it re-sells the products of that supplier. However, even if two firms have a vertical (intrabrand) relationship in some instances, that relationship does not immunize them from liability for conduct harming horizontal (interbrand) competition. Fortiline's role as a distributor for Manufacturer A in some circumstances did not shield it from liability for inviting Manufacturer A to collude to raise the price for DIP sales across the board, including in instances where the two firms were competing to sell DIP to a particular contractor"*.

26 Comisión Europea, *Reglamento N° 330/2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión* (2010), Artículo 2.4.

27 Comisión Europea, *Directrices relativas a las restricciones verticales* (2010), par. 28.

c. España²⁸

En la resolución de la autoridad de competencia española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 8 de marzo de 2018, respecto del expediente S/DC/0578/16, Mensajería y Paquetería Empresarial, incoado el 22 de julio de 2016, sancionó como cártel: *“a las prácticas entre integradores y revendedores sobre la base de considerarlas totalmente aisladas de las «relaciones verticales» y de los acuerdos de distribución entre los mismos, y ello por estimar que aquellos actúan como «competidores»”*²⁹.

La CNMC concluyó que, en la especie, el REC era inaplicable, las empresas serían competidoras entre sí antes de las relaciones de colaboración que se generaban entre ellas y, por lo mismo, su acuerdo, recíproco por lo demás, era uno que infringía la normativa de competencia española y europea. En efecto, la CNMC afirmó que: *“En definitiva, la existencia de una relación vertical entre operadores no excluye automáticamente su coexistencia con un posible acuerdo horizontal o cártel entre competidores, pues incluso incluyendo en el análisis la óptica del REC, como demandan quienes han alegado en este sentido, las restricciones al margen de la exención que otorga el REC 330/2010, serían constitutivas de un acuerdo horizontal de reparto de mercado”*³⁰.

d. Alemania

El año 2013, el *Bundeskartellamt* investigó las *parity clause* impuestas por Amazon a los vendedores o *retailers* de su plataforma. La cláusula establecía que los vendedores que vendían sus productos en la plataforma de Amazon no podían venderlos a un precio más bajo en ninguna otra plataforma *online* (esta restricción aplicaba tanto para otras plataformas como para sus propios sitios web). Como Amazon también opera como vendedor independiente en su propia plataforma, la autoridad de competencia alemana determinó que Amazon es competidor del resto de los *retailers* que utilizan su plataforma.

Aunque este caso no terminó en una sentencia, sino que se dio por concluido cuando Amazon eliminó voluntariamente las cláusulas de paridad de precios que había impuesto a los minoristas que vendían en su plataforma, en el informe sobre el caso, el *Bundeskartellamt* expresó su conclusión de que el *marketplace* de Amazon debe ser considerado una *“(...) cooperación comercial horizontal entre Amazon y terceros vendedores que tiene por objeto y efecto diversas restricciones de la competencia”*³¹. En ese sentido, como también señala el *Bundeskartellamt* en el Informe sobre el caso, los dos segmentos son presentados por Amazon como *“una única plataforma integrada que no hace distinción entre el negocio minorista propio de Amazon y el negocio del Mercado”*³².

Recientemente, la Comisión Europea anunció una investigación preliminar en contra de Amazon, con una clara correlación entre las dos investigaciones. En el centro de ambas investigaciones se encuentra el

28 Otra decisión relevante que vale la pena revisar sobre la materia es la *Sentencia Munters Spain v. Comisión Nacional de la Competencia*, 78/2014, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (21 de marzo, 2017).

29 Fernando De la Vega García, “Situaciones de Distribución Dual, Competencia Ex Post y Reglamentos de Exención”, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, N° 3 (2019).

30 *Resolución Mensajería y Paquetería Empresarial*, Expte. S/DC/0578/16, Resolución CNMC (8 marzo, 2018), 160.

31 Informe sobre el caso: *Amazon removes price parity obligation for retailers on its Marketplace platform*, Ref. B6-46/12, Bundeskartellamt 1 (9 de diciembre de 2013) (Ger.), 2-3, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B6-46-12.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D2.

32 Kirsch y Weesner, “Can Antitrust Law Control E-Commerce?”. Traducción libre de: *“single integrated platform that makes no distinction between Amazon’s own retail business and the Marketplace business”*.

doble rol de Amazon: por un lado, Amazon ofrece un mercado para que terceros vendedores ofrezcan sus productos a los consumidores; por otro lado, Amazon ofrece sus propios productos a través de su mercado, compitiendo con los vendedores de su plataforma³³.

Por último, nos parece importante hacer presente que como parte de su política para el desarrollo del derecho de la competencia en la economía digital "*Competition Law 4.0*", la Comisión publicó un documento titulado "*A New Competition Framework for the Digital Economy*"³⁴. En el informe se incluye una recomendación explícita por incorporar una prohibición dirigida a las plataformas digitales de entregar tratamiento preferencial a los servicios y/o productos propios por sobre aquellos de clientes. En virtud de esta recomendación, el gobierno alemán preparó un borrador para una nueva reforma a la ley de competencia que incluye, explícitamente, una prohibición al denominado *self-preferencing*, salvo por la existencia de justificaciones objetivas³⁵.

e. Australia

Un caso reciente de *distribución dual* es *Australian Competition & Consumer Commission (ACCC) v. Flight Centre Limited*³⁶⁻³⁷.

Flight Centre es una agencia de viajes que ofrece a clientes servicios de reserva para viajes aéreos internacionales y recauda los pagos de las tarifas aéreas para varias aerolíneas, a cambio de una comisión. Dentro de su estrategia competitiva, Flight Centre ofrecía a los consumidores una garantía de precio bajo, por la cual mejoraría su tarifa en caso de existir otra más conveniente.

Por su parte, las aerolíneas también ofrecían pasajes en sus portales propios y sus precios eran más bajos que los ofrecidos por Flight Centre, por lo que su comisión y márgenes estaban siendo impactados. Por lo mismo, Flight Centre sugirió a las aerolíneas que no bajarán sus precios o se vería obligado a dejar de vender sus pasajes.

Para la ACCC esta conducta calificaba como un acuerdo de fijación de precios, entre competidores y, luego de una larga travesía judicial, hacia fines del 2016, el voto de mayoría de la *High Court* de Australia confirmó la decisión original de la ACCC. Al efecto, la *High Court* consideró de importancia analizar la extensión de las prerrogativas que las aerolíneas habían concedido a Flight Centre, en consideración a su rol como agente y hasta qué punto el agente actúa, en los hechos, en interés de su principal o en su propio interés divergente al de éstos.

33 Al efecto, véase "Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon", *Comisión Europea* (17 de julio, 2019), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291.

34 Un sumario del informe, en inglés, puede encontrarse en: https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Downloads/a/a-new-competition-framework.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

35 Una traducción no oficial del borrador de ley puede encontrarse, en inglés, en: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2020/02/GWB10-Engl-Translation-2020-02-21.pdf>.

36 Para un análisis del caso con links a las distintas decisiones véase: <https://www.australiancompetitionlaw.org/cases/2013flightcentre.html>.

37 *ACCC v. Flight Centre*. n.d., ACCC, Federal Court y High Court, <https://www.australiancompetitionlaw.org/cases/2013flightcentre.html>.

VI. DISTRIBUCIÓN DUAL EN CHILE

Los riesgos que se han analizado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina comparada, también podrían ser catalogados como una conducta anticompetitiva de acuerdo al Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211).

Para analizar las teorías de daño anticompetitivas de coordinación derivadas de acuerdos entre fabricante y distribuidores, asumiendo la existencia de una *distribución dual*, es necesario tener en consideración que, de acuerdo al artículo 3 del DL 211, se considera colusión un acuerdo o prácticas concertadas, que *involucren a competidores entre sí*, por lo que el *quid* del asunto es determinar si el hecho que el fabricante también venda directamente al cliente final implica competencia directa con sus distribuidores.

La conclusión –inevitable por lo demás– es que depende, y que es necesario acudir, tanto a un análisis de la dicotomía vertical/horizontal, como también a los efectos en la competencia *intermarca* de la conducta.

Por lo pronto, ya esta afirmación en sí misma tiene implicancias relevantes. Así, por ejemplo, en nuestra opinión, del hecho que deba analizarse la dicotomía vertical/horizontal se infiere que sí existen situaciones en donde, efectivamente, pueden existir riesgos de coordinación. Es decir, no nos parece que toda *distribución dual* sea subsumible en la *inmunidad*³⁸ de una relación vertical aparente.

En ese sentido, la posible horizontalidad de la relación puede aparecer más nítida cuando el distribuidor no es exclusivo, sino, multimarca y, por lo tanto, vende productos de varios otros proveedores. Lo mismo cuando se trata de meros revendedores.

Sin perjuicio que no hemos logrado identificar casos o investigaciones de riesgos coordinados por *distribución dual* en Chile, sí podemos afirmar que la situación no es ajena a nuestras autoridades.

En efecto, en el documento *Respuestas a comentarios a la Guía para el Análisis de Restricciones Verticales* de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), se da cuenta de la solicitud de un particular respecto a que la definición de acuerdo vertical contenido en dicha guía incluya explícitamente a la *distribución dual*. Ello, con la expresa intención de entregar certeza jurídica de que dicha modalidad de distribución será analizada en su vertiente vertical y no bajo un prisma horizontal.

A dicho comentario, la FNE respondió que: *“Si bien los denominados acuerdos de distribución dual tienen un componente vertical relevante, no necesariamente excluyen un eventual análisis al amparo del artículo 3 letra a) del DL 211. Lo anterior, pues la naturaleza vertical u horizontal de este tipo de esquemas ha sido considerada como una cuestión difícil (véase, por ejemplo, Elhauge y Geradin, 2011; pp.773 y siguientes). Sin perjuicio de lo anterior, y en línea con el tratamiento que la Comisión Europea efectúa de este tipo de acuerdos, la FNE procurará incluir siempre en sus análisis el componente vertical de los mismos, antes que únicamente su dimensión horizontal”*³⁹.

Luego, se solicitó a la FNE especificar si la presunción de licitud de los acuerdos verticales cubre o no a los acuerdos de distribución dual, a lo que la FNE contestó: *“Dicha presunción puede ser aplicada a un acuerdo de distribución dual, en lo que a su componente vertical respecta. Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado a propósito de la existencia de lo que la Guía denomina como ‘efecto acumulativo’*⁴⁰.

38 En su análisis a propósito de las relaciones entre principal y agente, Pinar Akman identifica que, típicamente, la relación entre ambos implica una suerte de inmunidad frente al derecho de la competencia, pero, emanada de la doctrina de la *single economic entity* (Akman, “Online Platforms, Agency, and Competition Law”). A nuestro juicio, *mutatis mutandis*, el criterio parece, al menos, teóricamente replicable a prácticas entre agentes económico presuntivamente subsumibles en una relación vertical.

39 FNE, *Respuestas a comentarios a la Guía para el Análisis de Restricciones Verticales* (junio 2014), 3, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Comentarios.pdf>.

40 FNE, *Respuestas a comentarios a la Guía para el Análisis de Restricciones Verticales* (junio 2014), 9.

VII. CONCLUSIONES

La *distribución dual* es un fenómeno que ha confundido a las autoridades de competencia, en el análisis y determinación de sus posibles efectos y, de hecho, este análisis fue parte de los hitos que marcaron la historia del derecho *antitrust* y que abrió las puertas a la Escuela de Chicago y a un análisis más económico de las diversas prácticas entre agentes económicos.

Hoy por hoy, la *distribución dual*, en sí misma, no es ilícita. Por el contrario, *prima facie*, presumimos su licitud. Sin embargo, dependiendo de diversas circunstancias y debido a su naturaleza híbrida, pueden existir ciertos riesgos.

En efecto, desde una perspectiva orgánica, la *distribución dual* puede darse en el contexto de relaciones verticales intensas, como podría ser, por ejemplo, una red de distribución selectiva y/o exclusiva. Con este tipo de intensidad, bien podría ser que los efectos de la *distribución dual* se subsuman en una verticalidad que permite descartar riesgos de coordinación como los que podrían existir entre agentes económicos independientes y situados en un mismo eslabón de la cadena de producción.

Por el contrario, en la medida que la relación vertical sea tenue, por ejemplo, porque el fabricante usa redes de comercialización que operan con distribuidores o revendedores independientes y multimarca, podría, entonces, existir espacio para diversos tipos de riesgos exclusorios y coordinados que ya no operan dentro de una lógica propiamente vertical.

La determinación de los casos riesgosos es compleja y requerirá un análisis económico para desentrañar si la afectación a la competencia *intramarca* tiene al menos la aptitud de restringir la competencia *intermarca*.

Existe, además, un fenómeno adicional y es que las plataformas digitales intermediadoras tienen modelos de negocios que les permite integrarse verticalmente aguas arriba y generar su propia batería de productos y servicios a vender, en directa competencia con aquellos que ya venden sus clientes a través de ellos. La situación es similar, pero no idéntica a la *distribución dual* y, precisamente, por su cercanía conceptual es posible que, al igual que este artículo, futuras investigaciones y casos de competencia se hagan cargo de ambos fenómenos a la vez. En efecto: "*El modelo de distribución dual, aunque no está perfectamente diseñado para o típicamente asociado con plataformas de dos lados, puede ser un lente útil a través de la cual ver algunas de las prácticas de Amazon, específicamente en su competencia con sus propios distribuidores*"⁴¹.

A nuestro juicio, el potencial conflicto de interés subyacente a ambos fenómenos no puede ser omitido y el *quid* del asunto, desde una perspectiva de política de competencia, es lograr identificar la transición entre *competitive neutrality* a *competitive rivalry*.

41 Ben Bloodstein, "Amazon and Platform Antitrust", *Fordham University School of Law* 88, N° 1 (2019), 213. Traducción libre de: "*The dual distribution model, while not perfectly designed for or typically associated with two-sided platforms, may be a helpful lens through which to view some of Amazon's practices, specifically in its competition with its own third-party sellers*".



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Álvaro Espinosa y Catalina Montero, "Distribución dual: Una relación híbrida con consecuencias para la competencia", *Investigaciones CeCo* (agosto, 2020),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile