

DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA Y COMPETENCIA*

*Ernesto Estrada González***

RESUMEN

Este artículo evalúa el impacto en competencia de los acuerdos de distribución exclusiva. La literatura económica identifica estos acuerdos como un instrumento para alinear incentivos entre fabricantes y distribuidores, y optimizar las actividades de venta. También los identifica como un medio para reducir la competencia, pero esta posibilidad se observa sólo bajo condiciones específicas de mercado. Por su parte, la legislación mexicana prohíbe la distribución exclusiva cuando la establece una empresa dominante con el objeto o efecto de desplazar competidores, pero no señala criterios para identificar cuándo puede ocurrir. Lo anterior introduce incertidumbre de cuándo se considera ilegal y puede inhibir la conducta incluso cuando sea eficiente, o alentarla cuando sea anticompetitiva. Este artículo propone criterios para minimizar estos riesgos con base en una revisión de la literatura económica y de la experiencia internacional relevante.

ABSTRACT

This note evaluates the effects on competition of exclusive dealing agreements. The economic literature identifies these agreements as an instrument to align incentives between manufacturers and distributors, and optimize sale activities. It also identifies them as a mechanism to reduce competition, but this possibility is only observed under specific market conditions. In this regards, the Mexican legislation

* *Palabras clave:* distribución exclusiva; restricciones verticales; prácticas monopólicas. *Clasificación JEL:* K21, L12, L13, L42. Artículo recibido el 4 de abril de 2013 y aceptado el 6 de junio de 2014. Las opiniones del autor no necesariamente reflejan las del IFT. El autor agradece a Giovanni Tapia Lezama por su apoyo en la elaboración de este estudio, así como a un dictaminador anónimo de EL TRIMESTRE ECONÓMICO por sus comentarios y recomendaciones.

** Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) (correo electrónico: ernestoestrada@ift.org.mx).

prohibits exclusive dealing when it is undertaken by a dominant firm with the purpose or effect of displacing competitors, but it does not establish criteria to evaluate when this could happen. The above introduces uncertainty regarding the legality of exclusive dealing, and can inhibit this conduct even when it is efficient, or encourage it when it is anticompetitive. This note proposes criteria to minimize this risk based on a review of the relevant economic literature and international experience.

INTRODUCCIÓN

Es frecuente encontrar que fabricantes suministren sus productos a detallistas bajo la condición de que no distribuyan marcas competidoras a cambio de descuentos u otros beneficios. Esta práctica no necesariamente implica la prohibición expresa de vender marcas competidoras, pues los fabricantes pueden obtener resultados similares, por ejemplo, ofreciendo descuentos a partir de cierto umbral de ventas o requiriendo amplios espacios de exhibición o almacenamiento.

La distribución exclusiva es común en la venta de automóviles y camiones, productos electrónicos, ropa y calzado, helados, equipo deportivo, muebles, cerveza, refrescos, etc. En la mayoría de los casos promueve inversiones, gastos de venta o servicio al cliente que mejoran la distribución y expanden la oferta. Sin embargo, en ciertas condiciones, también pueden reducir la competencia e incrementar los precios.

La legislación mexicana prohíbe que un fabricante dominante¹ establezca exclusividades (en lo subsecuente se utiliza indistintamente *distribución exclusiva* y *exclusividad*) con el objeto de excluir o desplazar competidores. Sin embargo, no existen criterios generales que orienten la aplicación de esta prohibición, esto genera incertidumbre acerca de las condiciones en que estos acuerdos son considerados ilegales. Esta situación conlleva el riesgo de inhibir esta práctica aun cuando sea procompetitiva, e introduce incentivos para que algunas empresas promuevan la intervención gubernamental con el fin de protegerse de la competencia mediante la introducción de obstáculos a las actividades de sus competidores en vez de proteger la competencia. Asimismo, podría alentar exclusividades contrarias a la competencia.

¹ En lo subsecuente se utilizan indistintamente los términos *dominante*, *con poder sustancial de mercado* o *con poder monopolístico* para referirnos a una empresa con un fuerte posicionamiento de mercado que le permite fijar unilateralmente cantidades o precios de mercado, sin que esta capacidad pueda ser contrarrestada por sus competidores, clientes o proveedores.

La Comisión Federal de Competencia (CFC o Comisión) ha dedicado esfuerzos importantes al análisis de esta práctica, lo cual puede ser un indicador de la utilidad que tendría la emisión de estos criterios. Entre 1993 y 2013 abrió 89 casos asociados con distribución exclusiva, de los cuales 69 (77% del total) fueron cerrados porque no se encontraron probables violaciones a la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE); nueve fueron sancionados y 11 siguen bajo investigación. Los nueve casos sancionados se abordan en la sección III.

Este artículo desarrolla criterios para identificar las condiciones en las que es más probable que la distribución exclusiva tenga un carácter anti-competitivo, los cuales permitirían una aplicación más efectiva de la política de competencia al minimizar la probabilidad tanto de sancionar o inhibir prácticas procompetitivas, como de eximir o alentar prácticas anticompetitivas.² El documento tiene la siguiente estructura: la sección I analiza las posibles motivaciones de la distribución exclusiva a partir de una revisión de la literatura económica relevante. Por su parte, las secciones II y III describen la experiencia internacional y nacional, respectivamente, en la prohibición de esta práctica. La sección IV propone criterios para identificar las condiciones de mercado que hacen probable que la conducta sea anticompetitiva y determinar la conveniencia de investigarla y, en su caso, sancionarla. Por último, se presentan las consideraciones finales.

I. MOTIVACIONES DE LA DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA

Esta sección revisa los planteamientos sobre la distribución exclusiva de la denominada Escuela de Chicago, los cuales en gran medida motivaron el interés en la literatura sobre la racionalidad de esta conducta. Asimismo, aborda las tres principales hipótesis sobre esta racionalidad que ha desarrollado la literatura: *i*) desplazar competidores; *ii*) debilitar la competencia, y *iii*) resolver externalidades entre fabricantes para optimizar las actividades de venta. También analiza la evidencia empírica que existe al respecto.

² Easterbrook (1984) expuso originalmente el enfoque conocido como minimización del costo de los errores en política de competencia. En este artículo plantea que el régimen legal de competencia debería diseñarse para minimizar el costo total de: *i*) conductas procompetitivas que sean sancionadas o eliminadas (falso positivo o error tipo I); *ii*) conductas anticompetitivas que sean eximidas (falso negativo o error tipo II); y *iii*) el régimen mismo. Además, plantea dos premisas relevantes: *i*) el error tipo I es más costoso que el error tipo II debido a que el mecanismo autocorrectivo de mercado mitiga el segundo pero no el primero; y *ii*) ambos tipos de errores son inevitables porque es una tarea inherentemente difícil distinguir entre conductas unilaterales procompetitivas y anticompetitivas.

1. *La Escuela de Chicago*

Los principales proponentes de este enfoque son Director y Levi (1956), Posner (1974 y 1976) y Bork (1978), quienes recalcaron el riesgo de perjudicar la eficiencia de los mercados sancionando prácticas que parecen anti-competitivas, pero que en realidad son eficientes.

La contribución fundadora de esta corriente corresponde a Director y Levi (1956) y constituyó un partaguas en el análisis económico de la política de competencia. En opinión de estos autores, la mayoría de los supuestos abusos monopólicos no fortalecen ni extienden posiciones monopólicas. Plantean que un monopolista no puede tomar ventaja de su monopolio, y, al mismo tiempo, imponer restricciones que lo fortalezcan. En especial, señalan que la exclusividad reduce la disponibilidad de pago de los clientes al restringir sus opciones de compra, por ello debe ir acompañada de un precio más bajo que el que se cobraría sin la restricción, lo cual reduce los ingresos del monopolista. Por otro lado, reconocen que el monopolista estaría dispuesto a absorber estas pérdidas sólo si impusieran costos mayores a los competidores y ello fortaleciera su monopolio.

Por su parte, Posner (1974 y 1976) considera que las prácticas de exclusión son poco comunes, pero existen. Identifica, particularmente, que las exclusividades pueden desplazar cuando hay grandes economías de escala o alcance en la distribución: en este caso si un distribuidor tiene que elegir entre el producto del monopolista y el de los competidores, tenderá a elegir el primero, lo cual incrementará la escala mínima necesaria y desalentará la entrada. También señala que generalmente los compradores están interesados en promover la competencia entre sus proveedores, por lo que tenderán a rechazar las exclusividades que fortalezcan monopolios si no son compensados. Aunque señala que cuando hay muchos compradores puede existir un problema de *free-riding* que podría superarse si el competidor puede asegurar un número mínimo de compradores que le permita competir con éxito. Finalmente, considera que esta práctica puede promover la eficiencia al incrementar la probabilidad de que un distribuidor se esfuerce para promover los productos exclusivos en lugar de sustituirlos por otros de menor calidad o piratas.

Por último, Bork (1978) sostiene que es prácticamente imposible que una empresa pueda realizar prácticas de desplazamiento, excepto cuando ésta sea más eficiente que el resto, en cuyo caso la práctica no debe ser considerada como anticompetitiva. Argumenta que, para obtener la exclusividad de

un cliente, el monopolista tiene que pagar un incentivo que compense los costos de renunciar a otras alternativas de suministro. El incentivo puede ser un descuento, en cuyo caso el monopolista debe esperar eficiencias asociadas a la práctica que lo justifiquen, pues si el descuento se ofreciera sólo para dañar a los competidores, se trataría de una depredación particularmente inefectiva que comprometería pérdidas el tiempo que dure la exclusividad. Asimismo, apunta que el incentivo también podrían ser ganancias en eficiencias que los clientes derivan de la práctica, como la seguridad del suministro o la eliminación de costos de transacción.

En resumen, la Escuela de Chicago muestra un gran escepticismo acerca de la posibilidad de que la distribución exclusiva, o cualquier otra práctica unilateral, se utilice como mecanismo de exclusión. Por su parte, la literatura económica sobre el carácter anticompetitivo de las exclusividades se ha desarrollado en gran medida en respuesta a este escepticismo. Esta literatura se ha enfocado en mostrar las condiciones en que esta práctica puede constituir un mecanismo efectivo de exclusión anticompetitiva.

2. *Hipótesis de desplazamiento*

Los detallistas tenderán a aceptar la distribución exclusiva cuando mejore la eficiencia del canal de distribución y cree oportunidades para mejorar sus ganancias, y tenderán a rechazarla cuando reduzca la competencia entre fabricantes, ya que ello empeoraría sus condiciones de compra y, por tanto, sus ganancias.

Sin embargo, Aghion y Bolton (1987), Rasmusen *et al.* (1991) y Segal y Whinston (2000) muestran que, cuando el fabricante establecido enfrenta detallistas fragmentados y la fabricación tiene grandes economías de escala, puede aprovechar la falta de coordinación para establecer exclusividades y así desplazar competidores. Cada detallista exclusivo reduce la demanda residual del potencial entrante, lo cual reduce la probabilidad de que este último alcance la escala eficiente y compita de manera efectiva.

Un fabricante establecido puede ofrecer exclusividad a cada detallista a cambio de un descuento en cuanto al precio monopolístico se refiere, pero con un precio neto mayor al que prevalecería si el (potencial) competidor entra al mercado. Un detallista rechazará la oferta si cree que los demás la rechazarán, y así el competidor enfrenta una demanda residual que le permite alcanzar la escala eficiente. Sin embargo, el detallista aceptará la

exclusividad si cree que los demás la aceptarán, entonces el competidor no tendrá suficiente demanda para entrar al mercado de forma rentable. Así, el monopolista puede aprovechar la falta de coordinación para establecer exclusividades, bloquear la entrada y subir los precios.

La literatura identifica condiciones adicionales que facilitan la posibilidad de usar las exclusividades como medio de desplazamiento, entre las que destacan las restricciones de capacidad del entrante, la posibilidad de que el fabricante haga ofertas secuenciales y la diferenciación entre detallistas. A continuación se plantean estas condiciones.

Las restricciones de capacidad por parte del entrante incrementan la posibilidad de desplazamiento (Yong, 1996). Por ejemplo, es posible que el fabricante establecido ofrezca un portafolio de productos más amplio que el potencial entrante debido a restricciones de capacidad. En estas condiciones, el fabricante establecido podría ofrecer a los detallistas que distribuyan todo su portafolio de productos de manera exclusiva, sin que puedan distribuir un subconjunto de productos; es decir, ofrecerles “todo o nada”. El entrante difícilmente podría contrarrestar estos contratos, pues tendría que compensar a los detallistas por la pérdida de ventas ante un reducido portafolio de productos.

La posibilidad de ofertas secuenciales o de discriminación entre detallistas facilita el desplazamiento (Rasmusen *et al.*, 1991, y Segal y Whinston, 2000). Es más probable que un nuevo detallista acepte la exclusividad si la mayoría de los existentes ya la tiene. El rechazo del nuevo detallista tendría un impacto menor en la capacidad de entrada del competidor, pero lo pone en desventaja respecto a los demás por no tener los beneficios asociados.

La diferenciación entre detallistas hace más viable el desplazamiento con exclusividades. Fumagalli y Motta (2006) concluyen que, cuando los consumidores ven a los detallistas como sustitutos perfectos, un detallista podría rechazar las exclusividades del fabricante establecido, aceptar el precio más bajo del entrante y crecer lo necesario para que su volumen haga competitivo a este último. Por el contrario, cuando los detallistas están diferenciados, lo anterior no necesariamente ocurre y el desplazamiento es más probable. Por ejemplo, cuando las tiendas (en lo subsecuente se usa *tienda* y *detallista* de manera indistinta) compiten pero están diferenciadas por su localización, cada una tenderá a cubrir zonas que le permitan alcanzar un volumen suficiente para cubrir sus costos fijos (Salop, 1979). En este caso, una tienda que rechaza la exclusividad para vender la nueva marca, deberá cubrir una

zona más amplia para alcanzar ese volumen, pues la nueva marca es menos preferida. Lo anterior significa que el consumidor promedio tendrá que recorrer distancias más largas para comprar la nueva marca, lo cual limitará el crecimiento y la viabilidad de las tiendas no exclusivas y, por tanto, la entrada de esta nueva marca. Por el contrario, si no hay diferenciación por localización, la tienda que rechaza la exclusividad podría crecer lo necesario para que el entrante alcance un volumen competitivo.

Bajo la hipótesis de desplazamiento, la eliminación de exclusividades, o la reducción de su cobertura, facilitaría la entrada de fabricantes eficientes e incrementaría el portafolio de productos disponibles en cada tienda, lo cual introduciría incentivos para bajar precios y mejorar la calidad y variedad de los productos.

3. Hipótesis de debilitamiento de la competencia

Besanko y Perry (1994) muestran que la distribución exclusiva puede facilitar la colusión entre fabricantes en un mercado oligopólico con productos diferenciados y detallistas fragmentados y diferenciados. Sin exclusividades, el consumidor puede comprar en la tienda más cercana; si una marca sube el precio puede sustituirla en la misma tienda. Con exclusividades, si la marca que ofrece la tienda sube el precio, para sustituirla tendrá que ir a una tienda más lejana e incurrir en los costos de traslado, esto es, se elimina la competencia intermarca en cada tienda y se reduce la probabilidad de que un consumidor encuentre su marca preferida en la tienda más cercana. Es decir, la conducta incrementa la diferenciación al agregar diferencias por localización y reduce la elasticidad de la demanda: el consumidor acabará con mayores precios y costos de traslado.

Bajo esta hipótesis, la prohibición de exclusividades, o la reducción de su cobertura, ampliaría el portafolio de productos de cada tienda y reduciría el costo de traslado y el precio a los consumidores.

4. Hipótesis de eficiencia

Diversos autores argumentan que la distribución exclusiva puede mejorar la eficiencia de la distribución; identifican generalmente que las exclusividades pueden alinear los incentivos de fabricantes y distribuidores y superar externalidades entre fabricantes que inhiben las actividades de venta. Mar-

vel (1982) argumenta que puede resolver *free-riding*, cuando un fabricante realiza inversiones con externalidades positivas en otros fabricantes. Klein y Lerner (2007) extienden este argumento al pago de esfuerzos de venta del detallista que incrementan ventas de productos competidores. Por su parte, Bernheim y Whinston (1998) derivan que esta práctica mitiga conflictos de incentivos asociados con la representación común; en tanto que Sass y Gisser (1989) concluyen que reduce el costo de oportunidad de los esfuerzos del detallista, lo cual incrementa el esfuerzo dedicado a la marca exclusiva. Por último, Brennan (1989) identifica que la exclusividad mitiga conflictos de interés entre empresas y agentes con actividades externas que afectan el desempeño de las relacionadas con la primera.

Un elemento central de esta literatura es que, cuando los productos están diferenciados, cada marca enfrenta una curva de demanda con pendiente negativa, por lo que el fabricante fijará un margen al mayoreo (M_{gm}) relativamente alto. Por otro lado, si existe una oferta competitiva de detallistas que incurren en costos fijos, el margen al detalle (M_{gd}) será apenas suficiente para cubrir los costos fijos del detallista. Esta situación puede provocar que el detallista elija un nivel de ventas inferior al óptimo para el fabricante, lo cual podría resolverse si el fabricante cubre parte de los costos del detallista a cambio de una exclusividad. Klein y Lerner (2007) desarrollan este resultado en diversas circunstancias. Enseguida se ilustra un caso simplificado.

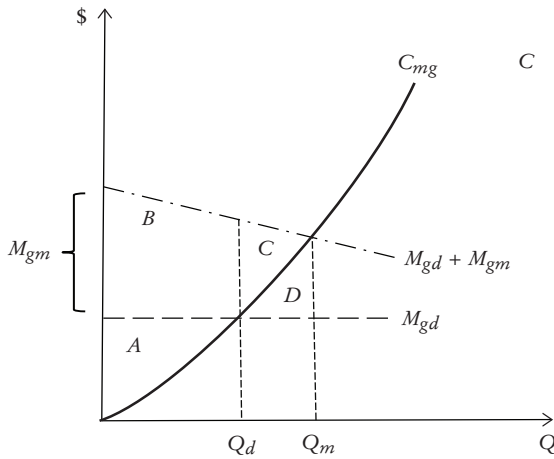
Las tiendas realizan diversos gastos y actividades de ventas, como la renta o compra del inmueble, anaqueles de exhibición y refrigeradores, publicidad, demostraciones y servicios al cliente, entre otros. Además, la tienda tenderá a promover sus ventas en general y no las de una marca particular.

A continuación se muestra cómo las exclusividades podrían promover los esfuerzos de venta de los detallistas y expandir la demanda de los productos involucrados. El siguiente análisis supone que las tiendas enfrentan costos marginales de venta crecientes, pues cada vez deben atraer clientes más alejados de la tienda o menos convencidos de sus productos. Asimismo, se supone que la diferencia entre el precio al mayoreo y al público, es decir, el margen de venta al detalle, es constante. Este supuesto se hace porque, en condiciones de competencia, el margen se determinará en un nivel suficiente para cubrir los costos medios fijos del detallista marginal y cada detallista lo tomará como exógeno. En el caso de la diferencia entre el costo del fabricante y su precio al mayoreo, es decir, el margen de venta al mayoreo, se supone decreciente. Este supuesto parece razonable en el

caso de productos diferenciados que enfrentan una curva de demanda con pendiente negativa y un incremento en el volumen comporta una reducción de precios; además, es probable que el fabricante tenga costos marginales crecientes dada su capacidad instalada.

La gráfica 1 ilustra la decisión de venta del detallista con los supuestos anteriores: M_{gd} representa el margen de venta al detalle; M_{gm} el margen al mayoreo; y C_{mg} el costo marginal del detallista. En este caso, el volumen de venta que maximiza las utilidades de la tienda es $Q = Q_d$, pues es donde $C_{mg} = M_{gd}$. En este punto la tienda obtendrá utilidades de A y el fabricante de B .

GRÁFICA 1



No obstante, en este nivel de ventas el costo marginal del detallista es menor a la suma de los márgenes de venta al detalle y al mayoreo ($C_{mg} < M_{gd} + M_{gm}$), lo cual significa que las utilidades combinadas de estos dos mejorarían si el detallista incrementara sus ventas. Estas utilidades se optimizarían en $Q = Q_m$, donde el costo marginal es igual a la suma de los márgenes; sin embargo, ello implica que el costo marginal del detallista es mayor a su margen, lo cual le generaría pérdidas. Ante esta situación, el fabricante podría ofrecer al detallista un descuento en el precio al mayoreo de $C_{mg} - M_{gd}$ por cada unidad adicional entre Q_d y Q_m e incentivarlo para que incremente sus ventas hasta Q_m ; estos descuentos tendrían un costo para el fabricante de D , pero le generarían una ganancia neta adicional de C . Alternativamente, podría ofrecerle un pago de D a cambio de que venda Q_m .³ Este pago sería

³ También podría lograrlo si baja el margen al mayoreo, pero le costaría más ya que reduciría su margen para toda la venta y no sólo para la incremental.

una especie de discriminación de precios para vender más, pues entre Q_d y Q_m el margen al mayoreo es menor para cada unidad adicional de venta. Los resultados anteriores se lograrían con un contrato que estableciera los pagos y obligaciones descritas. Sin embargo, implica que el fabricante observa a un costo accesible el esfuerzo dedicado por el detallista en la venta de su producto, así como la relación entre ese esfuerzo y las ventas, lo cual a su vez requiere conocer para cada tienda la demanda cautiva y marginal, la elasticidad de la demanda ante las actividades del detallista, la productividad del detallista, el costo de oportunidad de sus actividades, etc. Así, es probable que el fabricante enfrente problemas de incertidumbre e información asimétrica para supervisar un acuerdo que establezca estos pagos y obligaciones, particularmente ante tiendas heterogéneas y fragmentadas con ventas promedio muy bajas.

Por lo anterior, si un fabricante paga a una tienda por aumentar sus ventas, la tienda podría sustituir sus productos por otros con mayor margen, por ejemplo porque no financian sus actividades. Si eso sucede, el fabricante no podrá acreditar que las menores ventas son atribuibles a menores actividades que las pagadas, pues la demanda depende de múltiples factores. Como consecuencia, el fabricante no tendrá incentivos para financiar las actividades del detallista.

El problema podría superarse con una exclusividad: el fabricante pagaría su mejor estimado de D a cambio de que la tienda sólo venda sus marcas. Con base en el comportamiento del universo de tiendas, el fabricante estimaría las ventas y los costos de las tiendas exclusivas en ciertas condiciones (tamaño de la tienda, ubicación, condiciones demográficas, competencia de establecimientos cercanos, etc.). Las ventas seguirían mostrando desviaciones sobre los estimados atribuibles a factores fuera del control del detallista. Sin embargo, se reduciría el costo de oportunidad del esfuerzo de la tienda (al no poder vender otras marcas) y aumentaría la probabilidad de que maximice sus actividades para vender la marca exclusiva, sin que el fabricante observe esas actividades o sancione a la tienda por desviaciones.

Este argumento es válido si la tienda puede aumentar las ventas del producto involucrado y el incremento no sea específico para una marca; de otra forma, el fabricante podría recuperar sus recursos mediante mayores precios al mayoreo sin exclusividades. Además, requiere que la tienda influya en la marca que compra el consumidor marginal, pues sólo así podría sustituir marcas: si las ventas por encima de Q_m no dependieran de los esfuerzos

adicionales del detallista, el fabricante no obtendría beneficios por pagarle para que los realice y por tener la exclusividad.

En resumen, la distribución exclusiva puede ser un instrumento para alinear incentivos entre fabricantes y distribuidores, y superar externalidades que inhiben la apertura o expansión de puntos de venta. Esta práctica puede incluso constituir una solución de mercado que incrementa la competencia y mejora el bienestar total, y que no necesariamente responda al interés conjunto de los fabricantes. Equivaldría al dilema del prisionero donde los fabricantes en su conjunto prefieren que no haya exclusividades, pero si suponen que el otro no las tendrá, entonces les conviene tenerlas (Besanko y Perry, 1993; y Chang, 1992).

Por último, si la tienda tiene mucha influencia en la decisión de compra del consumidor, entonces podría ofrecer a sus clientes la marca en exclusiva a cambio de mejores precios, lo cual incrementaría la elasticidad de demanda y aumentaría la competencia entre fabricantes.

a) *Otras fuentes de eficiencia.* El argumento anterior vale no sólo para externalidades asociadas con el financiamiento de actividades de venta. Una situación similar sucedería, por ejemplo, si en lugar (o además) de financiar las actividades de venta el fabricante pudiera realizar (o financiar) inversiones que incrementaran la capacidad de venta de la tienda por encima de la que resultaría óptima para el detallista sin esas inversiones. Por ejemplo, financiar la renta o adecuación de inmuebles más grandes, anaqueles de exhibición, publicidad en la tienda o de la tienda, refrigeradores en el caso de bebidas, la obtención de licencias o permisos, entrenamiento y capacitación de empleados, promoción del establecimiento, etc. Estas inversiones incrementarían la demanda o reducirían los costos marginales de la tienda, y el fabricante estaría dispuesto a realizarlas si puede captar las ventas adicionales. Si hay externalidades entre marcas y las actividades de la tienda no son observables, la exclusividad facilitaría la inversión, pero sería innecesaria si los efectos de la inversión son específicos para la marca que la realiza.

b) *Descuentos o premios por ventas incrementales.* También es posible inducir mayores ventas de una marca específica mediante descuentos o premios por ventas incrementales, pues el pago se sujetaría a un resultado favorable para el fabricante, lo cual prevendría el riesgo de *free-riding*. No obstante, la exclusividad lisa y llana (esto es, la que prohíbe la venta de marcas competidoras) puede ser más efectiva en algunas circunstancias. Por ejemplo, si el fabricante tiene dificultades para identificar el nivel adecuado

de ventas para iniciar los descuentos, corre el riesgo de fijar muy bajo el nivel y pagar por ventas que de todas formas se hubieran hecho, o fijarlo muy alto y no incentivar esfuerzos adicionales. Asimismo, cuando el fabricante encuentra que es eficiente cubrir parte de los costos de capacidad del detallista en lugar (o complementariamente) de compensar esfuerzos adicionales, los descuentos no garantizarían la recuperación de estas inversiones, pues la tienda podría optar por no obtenerlos y utilizar la capacidad financiada por el fabricante para vender otras marcas si éste no tiene un mecanismo eficaz para detectar esos desvíos. En estos casos, la exclusividad introduciría los incentivos deseados y facilitaría la detección de incumplimientos (Klein y Lerner, 2007).

Por otro lado, si para el fabricante resulta eficaz combinar la inversión en capacidad del detallista y el pago de esfuerzos adicionales de venta, la exclusividad lisa y llana y los descuentos por ventas incrementales podrían tener efectos que se refuerzan mutuamente.

c) *Distribución exclusiva y otras restricciones verticales*. Es posible que la distribución exclusiva por sí misma no alcance los efectos deseados y el fabricante la realice simultáneamente con otras restricciones verticales para fortalecer sus efectos. Por ejemplo, el fabricante podría promover una mejora en los esfuerzos de venta de las tiendas a través de prácticas que protejan sus márgenes, como la fijación de un precio mínimo de reventa (PMR) o el otorgamiento de una exclusividad territorial (o por segmento de mercado). En estos casos, la distribución exclusiva aseguraría que los esfuerzos adicionales sean específicos para el fabricante en cuestión. La decisión de qué instrumento utilizar dependerá de las circunstancias específicas del mercado y del modelo de negocios de cada fabricante.

5. Evidencia empírica

Existe poca literatura económica empírica sobre el efecto de las exclusividades en la eficiencia de los mercados. A continuación se describen los estudios más relevantes.

Asker (2005) evalúa el efecto de las exclusividades entre fabricantes y distribuidores de cerveza en Illinois en 1994. El artículo señala que en ese año en los Estados Unidos el mercado de cerveza estaba dominado por pocas empresas: Anheuser Busch (AB) tenía 45% del mercado; Miller, 22%; Coors, 10%; Stroh, 6%; Heileman, 5%; Pabst, 4%; y en conjunto, 5% las cervezas importadas.

El autor utiliza una base de datos con información sobre las ventas (precio al mayoreo, precio al público, cantidad, número de consumidores, promociones, etc.) de 73 marcas de cerveza en cada una de las 71 tiendas de la cadena Dominick's Finer Foods (DDF) en la zona metropolitana de Chicago, durante 24 semanas.⁴ La base incluye información sobre 12 fabricantes que a través de 42 distribuidores suministran cerveza a DDF, con un promedio de seis distribuidores por fabricante (varios distribuidores venden cervezas de más de un fabricante).

El trabajo considera un modelo de industria con una estructura vertical de tres niveles: fabricantes, distribuidores y minoristas.⁵ Además, supone productos horizontalmente diferenciados: un minorista (DDF) que fija precios considerando las elasticidades precio cruzadas entre las cervezas que vende, el precio al mayoreo que paga y el resto de sus costos. Por su parte, los fabricantes fijan tanto el precio al distribuidor como al minorista, tomando en cuenta sus costos, las restricciones de participación de sus distribuidores, las elasticidades precio cruzadas entre sus productos y el impacto de sus precios en el precio final al consumidor. En este sentido, el modelo tiene características de doble marginalización: el minorista se comporta como monopolista y los fabricantes como oligopolistas. Por último, los distribuidores maximizan sus ganancias tomando como dado su margen, por lo que desempeñan un papel pasivo en la fijación de precios.

El autor identifica que AB tenía exclusividades con todos sus distribuidores, Miller con la mitad, y las exclusividades eran poco frecuentes en el resto de los fabricantes. El artículo evalúa en qué medida las exclusividades impiden que los competidores tengan acceso a distribuidores de bajo costo. La prueba considera dos tipos de mercado: aquellos con distribuidores exclusivos de Miller; y aquellos sin estos distribuidores (cada tienda de DDF es considerada como un mercado). El autor considera que, si la distribución de los costos potenciales de distribución fuera la misma en estos mercados y la hipótesis de exclusión fuera correcta, la presencia de exclusividades tendería a incrementar los costos de distribución de los fabricantes que no utilizan exclusividades, pues no tendrían acceso a los distribuidores de bajo costo.

⁴ DDF es la segunda cadena de tiendas más grande en la zona metropolitana de Chicago, con una participación de mercado estimada en veinte por ciento.

⁵ En Illinois la regulación establece una estructura vertical con estos tres niveles (fabricantes, distribuidores y minoristas); prohíbe que un participante en un nivel opere en otro, y obliga a los fabricantes a dar exclusividad territorial a sus distribuidores, aunque tienen libertad para definir el alcance geográfico de sus territorios.

El estudio estima los costos considerando el modelo de industria descrito y un sistema de demanda de productos diferenciados, y encuentra que, contrario a la hipótesis de exclusión, los costos de distribución de mercados de los fabricantes potencialmente excluidos tienden a ser más bajos en los mercados con exclusividades. Por otro lado, Asker reconoce que esta prueba podría rechazar falsamente la hipótesis de exclusión de algún fabricante si la reasignación de distribuidores de equilibrio beneficia sustancialmente a otros distribuidores, aunque señala que en esos casos el efecto neto en bienestar de la práctica tendería a ser positivo. Además, señala que esta prueba no fue diseñada para identificar exclusividades que son utilizadas para proteger inversiones, pues en ese caso no habría diferencia entre los costos en los dos tipos de mercado. Por esta razón, plantea la conveniencia de diseñar una prueba específica para evaluar la hipótesis de protección de inversiones.

Sass (2005) evalúa las hipótesis de exclusión, debilitamiento de la competencia y eficiencia de las exclusividades en la industria cervecera a nivel nacional en los Estados Unidos. El autor considera un modelo de industria similar al de Asker (2005), aunque concentra su análisis en la distribución al mayoreo. Apunta que las principales cerveceras asignan territorios exclusivos a sus distribuidores. El estudio utiliza cuestionarios respondidos por 391 distribuidores de cerveza, que contienen información detallada sobre ventas, costos, actividades promocionales, propiedad y territorios de los distribuidores para el año 1996. Esta información indica que AB tiene exclusividades con 40% de sus distribuidores; Miller con menos de 2%; y las pequeñas cerveceras no tienen exclusividades.

Sass (2005) utiliza un modelo Probit para estimar la probabilidad de que los distribuidores sean exclusivos en función del tamaño del mercado, la antigüedad del distribuidor, los gastos en publicidad del principal proveedor y la prohibición regulatoria de publicidad exterior. Los resultados —y su interpretación por parte del autor— indican que las exclusividades: *i*) tienen una correlación positiva con el tamaño de mercado, lo cual es inconsistente con la hipótesis de exclusión, pues en los mercados grandes es más fácil que los competidores alcancen una escala eficiente; *ii*) no tienen correlación con los gastos de publicidad y tienen correlación negativa con la prohibición de publicidad exterior, contrario a la hipótesis de inversión del fabricante, y *iii*) tienen correlación negativa con la antigüedad del distribuidor, contrario a la hipótesis de información asimétrica de Martimort

(1996), pero consistente con una interpretación dinámica de ese modelo donde el distribuidor capta para sí las rentas derivadas de información que adquiere con la experiencia.

Adicionalmente, Sass (2005) estima un modelo de ecuaciones en apariencia no relacionadas (SUR, por las siglas en inglés de *Seemingly Unrelated Regression*) sobre la relación entre las exclusividades y los costos, precios y ventas, controlado por factores que afectan costos y demanda. Los resultados indican que los fabricantes cobran un precio 6% mayor a los distribuidores exclusivos que a los no exclusivos, y los distribuidores exclusivos cobran a los minoristas un precio 4% mayor que los no exclusivos. Además, las exclusividades están positivamente correlacionadas con las ventas de la principal marca del distribuidor (y con las ventas totales), lo cual es consistente con la hipótesis de *free-riding* y contrario a las hipótesis de exclusión o debilitamiento de la competencia.

El trabajo también estima un modelo SUR sobre el impacto de las exclusividades de AB en el precio de los fabricantes y distribuidores competidores, y las ventas de estos distribuidores. Las estimaciones rechazan la hipótesis de que las exclusividades incrementan el precio de los fabricantes y distribuidores competidores, contrario a la predicción de debilitamiento de la competencia.

Finalmente, Heide *et al.* (1998) investigan las motivaciones de la distribución exclusiva utilizando una encuesta a directivos de 147 empresas (de las cuales 46 utilizaban exclusividades) en las industrias de maquinaria y equipo industrial, y equipo eléctrico y electrónico. Los autores eligieron estas industrias porque tenían evidencia de que el uso de distribución exclusiva era una decisión importante para las empresas en estas industrias. El estudio utiliza un modelo Logit Binomial para estimar la probabilidad de que las empresas utilicen la distribución exclusiva en función de seis variables independientes: *i*) presencia de *free-riding* entre marcas; *ii*) costos de transacción asociados con la supervisión de la exclusividad; *iii*) costos impuestos a los consumidores por la exclusividad; *iv*) diferenciación entre fabricantes; *v*) amenaza de entrada, y *vi*) tamaño de la empresa.⁶ Los autores asocian las variables *i*)-*iii*) con motivaciones de eficiencia.

Los estimadores de los coeficientes de las variables asociadas con eficiencia resultan estadísticamente significativas y tienen el signo esperado:

⁶ En las variables *i*) a *v*), los directivos respondieron acerca de la relevancia con base en uno a siete; por su parte, el tamaño de la empresa (variable *vi*) se midió con base en el monto de las ventas anuales.

la probabilidad de utilizar exclusividades se incrementa con la presencia de *free-riding*, y se reduce con el costo de monitorearlas y con el costo que esta conducta impone en los consumidores. Con base en lo anterior, los autores concluyen que los factores de eficiencia desempeñan un papel importante en la decisión de las empresas de utilizar distribución exclusiva.

Por el contrario, los coeficientes asociados con la diferenciación de mercado, la amenaza de entrada y el tamaño de la empresa no son significativos en términos estadísticos. No obstante, los autores recalcan que estos resultados no permiten descartar que estas variables no afecten el uso de exclusividades, pues para esta evaluación sería conveniente utilizar información más específica sobre la naturaleza de éstas, por ejemplo, su duración, lo cual rebasa el alcance de este artículo.

Asimismo, Heide *et al.* (1998) aclaran que, aunque una muestra limitada a dos industrias reduce fuentes de varianza interindustrial y provee un grado de homogeneidad útil para los propósitos de sus estimaciones, limita la generalización de los resultados a otras industrias.

6. *Distribución exclusiva y competencia intramarca*

Las secciones anteriores se enfocan en casos en que un fabricante suministra su marca a los detallistas con la condición de que no distribuyan marcas competidoras como instrumento para competir con otros fabricantes (competencia *intermarca*). Sin embargo, el fabricante también podría otorgar a un detallista el derecho de distribuir su marca de forma exclusiva en un área geográfica o segmento de mercado, lo cual afectaría la competencia entre distribuidores de una misma marca (competencia *intramarca*).

Este artículo se concentra en los casos de competencia intermarca porque es donde los efectos anticompetitivos son más probables; además resultan ser los más pertinentes para analizar la experiencia internacional sobre distribución exclusiva. Las exclusividades que sólo afectan la competencia intramarca tienen generalmente una motivación de eficiencia. Por ejemplo, Telser (1960) plantea que si la venta de una marca requiere que los distribuidores gasten en servicios que tienen externalidades horizontales, la competencia intramarca podría reducir sus incentivos para ofrecer esos servicios.⁷ Este

⁷ Por ejemplo, un distribuidor que invierte en personal, instalaciones y equipo para demostrar las características del producto y convencer al cliente de sus virtudes, no podrá recuperar sus gastos si el cliente compra el producto más barato de otro distribuidor que no realizó esas inversiones.

problema podría ser superado si el proveedor otorgara a un distribuidor la exclusividad de su producto en una área geográfica determinada o a un determinado tipo de clientes, pues ello reduciría la competencia intramarca y permitiría obtener el margen necesario para recuperar sus gastos. Este tipo de exclusividad podría generar el problema de doble margen entre servicios complementarios (fabricación y distribución) apuntado por Cournot (1838) y Spengler (1950), excepto que el proveedor la combine con una estrategia de precios no lineales que incluyan una cuota por franquicia (Motta, 2004).

II. PRÁCTICA INTERNACIONAL

Las autoridades de competencia de los Estados Unidos, la Unión Europea y Australia tienen una extensa experiencia en la investigación y sanción de la distribución exclusiva; esta sección revisa los criterios que utilizan en sus investigaciones.⁸

1. *Los Estados Unidos*

La distribución exclusiva puede ser impugnada con las leyes Sherman, Clayton y de la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés): la sección 1 de la Ley Sherman prohíbe acuerdos que “restringen el comercio” y la sección 2 considera ilegal la “monopolización” del mercado; la sección 3 de la ley Clayton prohíbe los acuerdos de exclusividad que puedan “reducir sustancialmente la competencia o tiendan a crear un monopolio”; y la sección 5 de la Ley de la FTC prohíbe los “métodos injustos de competencia”.

El Departamento de Justicia (DOJ, por sus siglas en inglés) y la FTC pueden investigar e impugnar esta práctica ante el poder Judicial, pero no resolver su ilegalidad ni multar a los responsables. Los particulares afectados también pueden impugnarlas, así como reclamar la reparación de los daños asociados. Los criterios para aplicar estas prohibiciones pueden variar entre jueces, pero existen elementos comunes clave.⁹ En general, se consideran las siguientes condiciones como necesarias para que el despla-

⁸ Por razones de espacio, solamente se revisa un caso por jurisdicción, el cual se eligió por su relevancia para este artículo.

⁹ Pearlstein *et al.* (2002) y DOJ (2008) presentan en un resumen las principales decisiones judiciales.

zamiento sea probable, en caso contrario la práctica se considera legal: el responsable tiene poder monopólico; los competidores no tienen acceso a canales alternativos de distribución eficiente, y la conducta tiene una amplia cobertura de mercado, varios juzgados usan un mínimo de 30%.¹⁰ Por su parte, el responsable puede justificar la práctica con base en ganancias de eficiencia.

a) *Dientes artificiales*.¹¹ En 2005 la corte de apelaciones del Tercer Circuito declaró ilegal, bajo la sección 2 de la Ley Sherman, la distribución exclusiva de Dentsply (DTP) en la venta de sus marcas de dientes artificiales.¹² El mercado se definió como la venta de dientes artificiales a nivel nacional donde DTP tenía poder monopólico con una participación de 75-80%; 15 veces más grande que su rival más cercano. Se identificó que los fabricantes podían realizar la distribución por dos canales: i) venta directa a los laboratorios dentales, y ii) venta a estos laboratorios a través de distribuidores. Sin embargo, la venta directa era menos eficiente y representaba sólo 3-5% de las ventas de los fabricantes, pues los laboratorios preferían comprar a través de distribuidores que les ofrecían una amplia variedad de los productos dentales que requerían y no sólo dientes artificiales; además, les ofrecían financiamiento, descuentos y reembolsos con base en la amplia línea de productos que les proveían. DTP contaba con 23 distribuidores autorizados que cubrían casi 100% del mercado. La corte indicó que la práctica forzaba a los competidores a usar canales de distribución menos eficientes y mantenía sus ventas por debajo de un nivel que podría poner en riesgo el poder de DTP. La corte consideró que la venta directa a los laboratorios no era una opción viable para competir y concluyó que la exclusividad no promovía la eficiencia, promoción o servicio de los distribuidores.

¹⁰ Por ejemplo, véase *Stop y Shop Supermarket Co. vs. Blue Cross & Blue Shield of R.I.*, 373 F.3d 57, 68 (1st Cir. 2004) y *3M vs. Appleton Papers, Inc.*, 35 F. Supp. 2d 1138, 1145-1146 (D. Minn. 1999).

¹¹ *United States vs. Dentsply Int'l, Inc* 399 F.3d 181, 191-93 (3d Cir. 2005). Con propósitos ilustrativos, se utiliza un caso relativamente reciente resuelto por una corte de apelaciones porque, como lo señala DOJ (2008), la jurisprudencia en esta materia se ha desarrollado en múltiples casos resueltos por las cortes de apelaciones debido a que la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha resuelto casos de distribución exclusiva desde *FTC vs. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 316, 321 (1966).

¹² Originalmente, el DOJ impugnó la práctica como ilegal bajo las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman, y la sección 3 de la Ley Clayton, pero la corte de distrito resolvió que no había violación a ninguna de estas disposiciones porque consideró que había suficientes canales alternativos de distribución para los competidores (*United States vs. Dentsply Int'l, Inc.*, 277 F. Supp. 2d 387 [D. Del. 2003]). El DOJ apeló la decisión de esta corte sobre la sección 2 de la Ley Sherman, pero no sobre la sección 1 de esta ley ni la sección 3 de la Ley Clayton (no se identificó información documentada sobre las razones del DOJ para apelar sólo la decisión sobre la sección 2 de la Ley Sherman).

2. Unión Europea

La distribución exclusiva puede ser impugnada bajo el artículo 102 del tratado de la Comunidad Europea que prohíbe “la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante...” La responsable de aplicar esta prohibición es la Comisión Europea (CE), y sus resoluciones pueden impugnarse ante los tribunales europeos. Asimismo, los particulares afectados pueden usar estas resoluciones para reclamar daños y perjuicios.

En 2009 la Comisión emitió criterios que señalan que intervendrá cuando sea probable que haya un bloqueo anticompetitivo (CE, 2009). Para ello considerará: *i*) dominancia;¹³ *ii*) economías de escala y de red; *iii*) posición negociadora de los clientes; *iv*) cobertura, frecuencia y duración de la práctica; y *v*) evidencia sobre efecto u objeto de bloqueo. Además, considera improbable este efecto cuando se compite por toda la demanda, pero apunta que los entrantes pueden enfrentar restricciones, como la presencia de marcas “imprescindibles”. Al final, permiten justificaciones de eficiencia con beneficios netos a los consumidores, como reducciones de costos e inversiones específicas y necesarias. Estos criterios son resultado de una revisión de la política de la CE en prácticas unilaterales y cambian el enfoque formal hacia uno económico que se centra en el efecto anticompetitivo de las prácticas. En el pasado, esta Comisión usaba criterios más laxos y, en algunos casos, inconsistentes con la literatura económica. Por ejemplo, en el siguiente caso prohibió las exclusividades sin argumentar cómo, su nivel de cobertura, hacía probable el desplazamiento.

a) *Distribución de helados, Alemania*. En 1992 la CE declaró ilegales los acuerdos de distribución exclusiva de Langnese-Iglo (LI) y Schöller Lebensmittel (SLG). El mercado se definió como la venta de helados industriales para consumo inmediato en Alemania, en el cual participaban cerca de 32 000 detallistas. La CE consideró que LI y SLG tenían un alto posicionamiento de marca y un lugar prominente con participaciones de 45 y 20%, respecti-

¹³ El artículo 101, fracción 1, del tratado de la Unión Europea permite impugnar la distribución exclusiva aun cuando no haya dominancia. Por otro lado, los criterios de la CE consideran como improbable que esta práctica sea anticompetitiva si las empresas no tienen poder de mercado. Específicamente, consideran que una situación anticompetitiva es improbable si se cumple alguna de las siguientes condiciones: *i*) la empresa más grande tiene una participación de mercado menor a 30% y las cinco más grandes, menor a 50%; *ii*) la distribución exclusiva afecta a menos de 50% del mercado en bienes intermedios y 30% en bienes finales; *iii*) todas las empresas tienen participaciones de mercado menores a 30%, y la conducta afecta a menos de 40%; y *iv*) hay empresas con participaciones de mercado mayores a 30% sin ser dominantes, y la práctica afecta a menos de 30% del mercado (CE, 2010).

vamente; la práctica cubría, en ese orden, al menos 15 y 10% del mercado; había grandes economías de escala y la demanda estaba fragmentada. La CE concluyó que los acuerdos aumentaban los costos de distribución de los competidores sin generar eficiencias, y que los posibles beneficios no necesariamente se trasladaban al consumidor por falta de competencia.¹⁴

3. *Australia*¹⁵

Las exclusividades pueden violar la sección 46 de la Ley de Competencia y del Consumidor 2010 (LCC)¹⁶ que prohíbe a las empresas dominantes aprovechar su posición para excluir o desplazar competidores. Asimismo, la sección 47 prohíbe específicamente las exclusividades cuando tengan el objeto o efecto de reducir de manera sustancial la competencia. Las empresas pueden obtener inmunidad contra la acción legal de la Comisión Australiana de la Competencia y del Consumidor (ACCC, por sus siglas en inglés) respecto a la exclusividad si notifican los acuerdos a la ACCC, pero puede ser revocada por esta autoridad si considera que la conducta reduce la competencia sin beneficios netos al público. Esta inmunidad se otorga automáticamente a partir de la fecha de notificación y continúa hasta la fecha en que, en su caso, emita una resolución que la revoque. Por último, sus decisiones pueden ser impugnadas ante el Tribunal Australiano de Competencia.

Los criterios australianos establecen que el riesgo anticompetitivo se incrementa con la ausencia de alternativas de suministro, la dominancia del responsable y la cobertura de la práctica; y que se reduce si el comprador tiene poder de mercado o puede evadir el efecto de la conducta. Como posibles beneficios al público, incluye el impulso a la eficiencia del negocio, las mejoras en calidad y el incremento en la competencia (ACCC, 2010).

La posibilidad de obtener inmunidad mediante la notificación de la práctica da certidumbre a las empresas sobre la legalidad de la práctica, al menos hasta la fecha en que, en su caso, la autoridad resuelva lo contrario. Esta certidumbre puede ser valiosa sobre todo cuando a la empresa le resulte difícil establecer *ex ante* si la autoridad clasificará su conducta como pro-competitiva o anticompetitiva.

¹⁴ Juicios de los Casos IV/31.533 y IV/34.072; las cortes confirmaron la conclusión sustantiva de la Comisión Europea.

¹⁵ La información de los casos descritos en esta sección proviene de www.accc.gov.au.

¹⁶ Esta ley sustituyó a la Ley de Prácticas de Comercio de 1974 a partir del 1º de enero del 2011.

a) *Distribución de ropa deportiva*. En 2002, a raíz de la denuncia de varios competidores de FILA Sports Oceanía (FILA), la ACCC impugnó la distribución exclusiva de FILA en la venta de ropa deportiva con licencia de la Liga Australiana de Fútbol (AFL, por sus siglas en inglés). FILA era un mayorista de ropa informal y deportiva que operaba tiendas minoristas, así como el principal patrocinador y proveedor oficial de la ropa deportiva de varios equipos de la AFL. Proveía su ropa con licencia de la AFL a los detallistas, con la prevención de que no ofrecieran otras marcas con esta licencia, pero aceptó la solicitud de la ACCC de suspender la conducta y avisar de ello a más de 400 detallistas. En abril de 2004, la corte federal determinó que la práctica era ilegal y multó a FILA con tres millones de dólares australianos (2.8 millones de dólares estadounidenses).

4. Conclusiones sobre la experiencia internacional

Los criterios parecen consistentes con el objetivo de sancionar la distribución exclusiva solamente cuando cierra el acceso al mercado lo suficiente para que el competidor no alcance la escala necesaria para competir de manera efectiva. En general, las siguientes condiciones se consideran necesarias: el responsable es dominante; hay economías de escala o red; los clientes no tienen poder de negociación o alternativas de suministro; y los acuerdos tienen amplia cobertura de mercado. Por último, en todos los casos los responsables pueden justificar su conducta con base en ganancias de eficiencia.

III. LEGISLACIÓN MEXICANA

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) en su artículo 10 prohíbe que un agente dominante establezca distribución exclusiva con el objeto o efecto de "... desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas..." Esta prohibición incluye tanto la exclusividad explícita, es decir, la venta sujeta a no distribuir otras marcas (artículo 10, fracciones I y IV), como la inducida mediante descuentos u otros beneficios (artículo 10, fracción VIII). Por otro lado, establece que se considerarán las ganancias en eficiencia acreditadas por el responsable.¹⁷

¹⁷ Esta sección se refiere a la LFCE publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 24 de diciembre del 1992, vigente hasta el 6 de julio de 2014. Por otro lado, la nueva LFCE, publicada en el DOF

La CFC es la responsable de sancionar las prácticas monopólicas; sus resoluciones pueden impugnarse ante el poder Judicial. A la fecha no ha emitido criterios de aplicación.

1. Casos sancionados

Entre 1993 y 2013 se registraron nueve casos de exclusividad sancionados por la CFC. Estos estuvieron asociados con: distribución de refrescos (dos casos: Pepsi-Cola *vs.* Coca-Cola y Big Cola *vs.* Coca-Cola); distribución de lubricantes (dos casos: CFC *vs.* Pemex Refinación); distribución de cerveza (CFC *vs.* Modelo); provisión de contenidos para celulares (Pegaso *vs.* Telcel); provisión de servicios aduanales (CFC *vs.* agentes aduanales); venta de información de mercado (CFC *vs.* Nilsen); y proveeduría o comercialización de muebles para el hogar.

Enseguida se describen dos casos de Pepsi-Cola *vs.* Coca-Cola (uno sancionado y otro cerrado sin sanción), pues son quizás los más relevantes para el propósito de este análisis.

a) *Pepsi-Cola vs. Coca-Cola I*.¹⁸ A raíz de una denuncia del Grupo Pepsi-Cola (GPC), en 2005 la CFC multó con 569 millones de pesos al Grupo Coca-Cola (GCC) por considerar ilegales sus acuerdos con detallistas mediante los cuales obtenía exclusividad a cambio de descuentos o beneficios económicos. La evidencia incluyó un estudio de mercado realizado en 1999 por Global Research que indica que un tercio de las tiendas sólo ofrecía las marcas de GCC, aunque la mayoría de este grupo manifestó que lo hacía porque la gente no compraba otras marcas: sólo una mínima parte manifestó exclusividades con GCC, el resto señaló razones propias del negocio, como que éste era muy pequeño o que resultaba más rentable vender GCC.

El mercado se definió como la venta de refrescos a nivel nacional donde GCC tenía poder sustancial, considerando su alta participación de mercado y las barreras a la entrada asociadas con redes de distribución, posicionamiento de marca y gastos en publicidad.

GCC presentó justificaciones de eficiencia que fueron rechazadas para el canal tradicional de tiendas, pero aceptadas para el de envase abierto (bares,

del 23 de mayo de 2014, y que entró en vigor a partir del 7 de julio de ese año, prohíbe la distribución exclusiva en los mismos términos que la anterior: las fracciones I, IV y VIII del artículo 56 de la nueva ley sustituyen en sus mismos términos a las fracciones I, IV y VIII del artículo 10 de la antigua ley.

¹⁸ CFC: expediente DE-006-2000. La decisión fue impugnada ante el poder Judicial, y siguen pendientes diversas resoluciones relacionadas.

restaurantes, cines, etc.). En las tiendas, la CFC declaró ilegal la conducta por considerar que implicaba la promoción de productos de GCC sin inversiones en las tiendas y no expandía la oferta porque la exclusividad se ofrecía sólo a tiendas establecidas. Por otro lado, reconoció los beneficios de proveer refrigeradores, pero señaló que ello justificaba la exclusividad del refrigerador, no de la tienda. En el caso de envase abierto, resolvió la práctica como legal porque reducía los costos de suministro y facilitaba inversiones en refrigeradores y dispensadores que compensaban sus posibles efectos anticompetitivos.

b) *Pepsi-Cola vs. Coca-Cola II*.¹⁹ Derivado de diversas denuncias de embotelladores del GPC, durante 2009 la CFC inició una nueva investigación sobre acuerdos de exclusividad del GCC, la cual concluyó en diciembre de 2011 sin encontrar probables conductas ilegales.

El mercado relevante se definió como la distribución y comercialización al mayoreo de refrescos en el canal tradicional (pequeñas tiendas detallistas), pero en este caso con un alcance geográfico regional: se identificaron 12 mercados regionales, considerando los embotelladores que confluyen en el área, y las restricciones que éstos enfrentan en sus contratos de franquicia o las áreas de influencia de los centros de distribución. La Comisión determinó que GCC tenía poder sustancial en todos los mercados regionales, considerando su participación de mercado y su capacidad para fijar precios, así como la presencia de barreras a la entrada.

La CFC realizó una investigación que incluyó visitas de inspección a cerca de 300 establecimientos en diversas zonas del país. Asimismo, valoró resultados de encuestas, fes de hechos y otros documentos presentados por las partes involucradas. Aunque la investigación encontró indicios de la existencia de distribución exclusiva, se concluyó que no tenían el objeto o efecto de desplazar competidores, pues su alcance era mínimo y claramente insuficiente para restringir que éstos alcanzaran la escala mínima eficiente en los mercados relevantes respectivos.²⁰ Adicionalmente, para esta conclu-

¹⁹ CFC: expediente DE-013-2008. Durante 2009 la CFC emitió otros tres acuerdos de inicio de investigación por denuncias presentadas por embotelladores del GPC sobre prácticas de distribución exclusiva de GCC en diversas áreas del país, sin embargo, los expedientes respectivos fueron acumulados en el expediente de referencia.

²⁰ En promedio, 14% de los establecimientos visitados sólo vendían refrescos de las marcas del GCC y el restante 86% vendía diversas marcas. Además, encuestas realizadas en varios mercados regionales y presentadas por los denunciantes indicaban que menos de 5% de las tiendas tenían exclusividades acordadas con el GCC. Por último, la CFC estimó la escala mínima de los centros de distribución y concluyó

sión valoró la dinámica de competencia observada en los mercados, en particular el crecimiento de competidores y la tendencia a la baja de los precios.

2. *Criterios de sanción*

En los casos sancionados, la CFC ha considerado la dominancia como condición necesaria para la ilegalidad de la conducta. Asimismo, toma en cuenta la presencia de economías de escala de manera implícita al ser parte integral de la evaluación de dominancia. Sin embargo, no es claro que la inexistencia de alternativas de suministro y la amplia cobertura de la práctica sean consideradas necesarias. Por ejemplo, la resolución del caso Pepsi-Cola *vs.* Coca-Cola I no argumenta cómo la cobertura observada hacía probable el desplazamiento. No obstante, en el caso Pepsi-Cola *vs.* Coca-Cola II, la cobertura limitada de las exclusividades fue central para resolver que éstas no tenían un carácter anticompetitivo. Este contraste podría indicar que la autoridad de competencia está evolucionando hacia la incorporación de este elemento como condición de sanción.

La emisión de criterios claros de aplicación general para la sanción a la distribución exclusiva daría certidumbre acerca de cuándo se considera ilegal esta conducta, lo cual facilitaría a las empresas el diseño de sus estrategias comerciales. Estos criterios deben promover una aplicación de la política de competencia que minimice tanto los errores de sancionar o inhibir prácticas competitivas, como los de eximir o alentar prácticas anticompetitivas. No obstante, se debe reconocer que, incurrir en ambos tipos de errores, puede ser inevitable, pues distinguir entre prácticas unilaterales procompetitivas y anticompetitivas puede resultar una tarea difícil.

IV. PROPUESTA DE CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN

En mercados competidos, la distribución exclusiva no cierra canales de distribución ni deteriora la eficiencia del mercado, más bien constituye un instrumento de competencia entre fabricantes que mejora la distribución y expande la oferta. Sin embargo, en mercados monopólicos u oligopólicos la presencia de esta conducta requiere evaluar si las circunstancias del mercado hacen probable que tenga un carácter anticompetitivo.

que el número de establecimientos “bloqueados” era sustancialmente menor al necesario para impedir que los competidores alcanzaran esta escala.

Un fabricante puede desplazar competidores mediante exclusividades si éstas cierran el acceso a una proporción del mercado que les impida alcanzar volúmenes competitivos de ventas. Por su parte, los detallistas tenderán a rechazar la distribución exclusiva anticompetitiva y a aceptarla cuando haya beneficios que les compensen el costo de limitar su portafolio de marcas. Sin embargo, en ciertas condiciones, pueden verse obligados a aceptarla aunque sean anticompetitivas. Así, es más probable que la distribución exclusiva tenga un carácter anticompetitivo, si se cumplen las siguientes condiciones:

a) *El proveedor es dominante y el mercado muestra grandes economías de escala o red.* Un detallista puede verse obligado a aceptar una exclusividad anticompetitiva de un proveedor dominante para no poner en riesgo una porción significativa de sus ventas, pero este riesgo no existe si el proveedor es marginal o prescindible. Asimismo, la conducta sólo puede desplazar si el competidor requiere grandes volúmenes o una amplia red de clientes para ser eficiente; si ese volumen o número de clientes es pequeño, puede alcanzarlos y competir sin dificultad a partir de unos cuantos detallistas. Por otro lado, es difícil tener dominancia en un mercado sin grandes economías de escala o de red.

b) *Los detallistas no tienen alternativas de suministro o poder de negociación.* Un pequeño detallista puede verse obligado a aceptar la exclusividad anticompetitiva al considerar que su rechazo tiene un efecto marginal que no afecta la estrategia de desplazamiento. Sin embargo, si representa un alto porcentaje del negocio del fabricante, puede contrarrestar el desplazamiento si (solo o con unos cuantos establecimientos similares) rechaza la exclusividad y ofrecer el negocio al competidor. Esto es, los grandes detallistas tendrán alternativas de suministro aunque rechacen las exclusividades.²¹

c) *Amplia cobertura.* El desplazamiento sólo ocurrirá si las exclusividades reducen la demanda residual del competidor a un nivel que no le permite operar eficientemente. Si la cobertura es baja, este efecto no existirá, por lo que la explicación más probable serían las eficiencias. Desde luego, la cobertura de las exclusividades resulta relevante en la medida en que la

²¹ Existe la posibilidad de que un detallista con alto poder de negociación esté dispuesto a colaborar con una estrategia de distribución exclusiva de un fabricante que quiere desplazar competidores, siempre y cuando participe de las rentas monopólicas que se obtienen con esta estrategia y sus pérdidas por pagar un precio monopolizado sean más que compensadas. En la literatura se identifica esta posibilidad (Chen y Riordan, 2003), pero requiere que el fabricante esté integrado verticalmente hacia la distribución, y ésta sea oligopólica y acabe cartelizada como resultado de la distribución exclusiva.

entrada al mercado sea viable dadas otras condiciones del mercado. Así, sería erróneo atribuir un carácter de desplazamiento a las exclusividades si, por ejemplo, los costos hundidos, las economías de escala o el tamaño del mercado hacen inviable la entrada.

Si estas condiciones no están presentes y no se prevé que lo estén en el futuro cercano, es más probable que la distribución exclusiva tenga una motivación procompetitiva. Sin embargo, las condiciones a), b) y c) hacen probable el efecto anticompetitivo, pero no excluyen la hipótesis de que haya eficiencias que lo contrarresten. Por ello, antes de prohibir la conducta se deben evaluar sus posibles eficiencias.

Por otro lado, cuando alguna de estas condiciones no se cumpla, no se debe excluir la oportunidad de que el afectado, en el caso de las denuncias, o la autoridad, en el caso de las investigaciones de oficio, plantee hipótesis alternativas de desplazamiento siempre y cuando éstas sean analíticamente sólidas.

Considerando todo lo anterior, se proponen los siguientes criterios generales de investigación y sanción de la distribución exclusiva:

- i) Investigar la conducta cuando haya elementos para plantear razonablemente la hipótesis de daño a la competencia; esto es, cuando las condiciones a), b) y c) estén presentes o se prevea que lo estarán en el futuro cercano, o bien que se acrediten condiciones para hipótesis alternativas de desplazamiento, siempre y cuando sean sólidas en términos analíticos.
- ii) Determinar la probable ilegalidad de la conducta cuando, como resultado de la investigación, se cuente con elementos que validen la hipótesis inicial, o resolverla como legal en caso contrario.
- iii) Dar oportunidad al responsable para que desacredite las conclusiones de la investigación o acredite que la conducta genera ganancias netas de eficiencias. Lo anterior deja la carga de la prueba sobre eficiencias al responsable porque quizás sea el único que tenga información para acreditarlas.
- iv) Sancionar la práctica cuando el responsable no haya atendido el punto anterior.

Estos criterios requieren que, antes de iniciar una investigación, el afectado, en las denuncias, o la CFC, en las investigaciones de oficio, presenten elementos para plantear razonablemente la hipótesis de daño a la compe-

tencia. Este requisito limitaría los incentivos para que algunas empresas utilicen las investigaciones para obstaculizar prácticas normales de negocios de sus competidores y reduciría el riesgo de intervenciones que distorsionen el funcionamiento adecuado del mercado. Una investigación, independientemente de sus conclusiones, implica procesos engorrosos y costosos de integración y análisis de la información que consumen recursos públicos y particulares. Además, la investigación puede interpretarse como un cuestionamiento a las estrategias de negocio. Finalmente, los criterios darían mayor certidumbre a los particulares acerca de cuándo una exclusividad será considerada ilegal.

COMENTARIOS FINALES

Cuando las condiciones de mercado hacen improbable que la distribución exclusiva sea anticompetitiva, debe excluirse la intervención gubernamental porque existe un riesgo alto de inhibir prácticas comerciales que mejoran la eficiencia del canal de distribución. Sin embargo, en ciertas condiciones de mercado es probable el objeto o efecto anticompetitivo. En estos casos, la intervención gubernamental puede mejorar la eficiencia del mercado al eliminar restricciones a la entrada, reducir los precios y ampliar las alternativas de los consumidores. Con base en la revisión de la literatura y de la experiencia internacional, este artículo identifica que esas condiciones son: *i)* dominancia del proveedor y economías de escala o red; *ii)* distribuidores sin alternativas de suministro y con poder de negociación; y *iii)* amplia cobertura de la práctica. Por otro lado, las tres condiciones no excluyen la hipótesis de que la conducta genere eficiencias que contrarresten su efecto anticompetitivo, por lo que se recomienda evaluar las posibles ganancias en eficiencias y prohibir la conducta sólo si las eficiencias no logran contrarrestar el efecto negativo con bienestar.

Asimismo, propone criterios de investigación y sanción a partir de estas condiciones, los cuales minimizarían el riesgo de una intervención excesiva y darían certidumbre acerca de cuándo es ilegal la distribución exclusiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aghion, P., y P. Bolton (1987), "Contracts as a Barrier to Entry", *American Economic Review*, vol. 77, núm. 3, pp. 388-401.

- Asker, J. (2005), "Diagnosing Foreclosure Due to Exclusive Dealing", NYU Documento de trabajo núm. EC-04-36, New York University, Leonard N. Stern School of Business, Department of Economics, Nueva York.
- ACCC (Australian Competition and Consumer Commission) (2010), "Guide to Exclusive Dealing Notifications" (<https://www.accc.gov.au/publications/guide-to-exclusive-dealing-notifications>), 23 de diciembre.
- Bernheim, B. D., y M. D. Whinston (1998), "Exclusive Dealing", *Journal of Political Economy*, vol. 106, núm. 1, pp. 54-103.
- Besanko, D., y M. K. Perry (1993), "Equilibrium Incentives for Exclusive Dealing in a Differentiated Product Oligopoly", *Rand Journal of Economics*, vol. 24, núm. 4, pp. 646-667.
- , y M. K. Perry (1994), "Exclusive Dealing in a Spatial Model of Retail Competition", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 12, núm. 3, pp. 297-329.
- Bork, R. H. (1978), *The Antitrust Paradox*, Free Press, Nueva York.
- Brennan, T. J. (1989), "Exclusive Dealing, Limiting Outside Activity, and Conflict of Interest", *Southern Economic Journal*, vol. 56, núm. 2, pp. 323-335.
- Chang, M. H. (1992), "Exclusive Dealing Contracts in a Successive Duopoly with Side Payments", *Southern Economic Journal*, vol. 59, núm. 2, pp. 180-193.
- Chen, Y., y M. H. Riordan (2003), "Vertical Integration, Exclusive Dealing, and Ex Post Cartelization", Documento de debate núm. 0203-13, Department of Economics, Columbia University.
- CE (Comisión Europea) (2009), "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes", *Diario Oficial de la Unión Europea* (<http://jurado-competenciaextremadura.gobex.es/normativaeuropea/36.pdf>), 24 de febrero de 2009.
- , "Directrices relativas a las restricciones verticales", *Diario Oficial de la Unión Europea* (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriSer.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>), 19 de mayo de 2010.
- Cournot, A. (1838), *Researches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses*, Hachette, París.
- Director, A., y E. H. Levi (1956), "Law and the Future: Trade Regulation", *Northwestern University Law Review*, vol. 51, pp. 281-296.
- DOJ (Department of Justice) (2008), "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act", Reports (<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>), septiembre.
- Easterbrook, F. H. (1984), "The Limits of Antitrust", *Texas Law Review*, vol. 63, núm. 1, pp. 1-40.
- Fumagalli, C., y M. Motta (2006), "Exclusive Dealing and Entry, when Buyers Compete", *American Economic Review*, vol. 96, núm. 3, pp. 785-795.
- Heide, J. B., S. Dutta y M. Bergen (1998), "Exclusive Dealing and Business Efficiency:

- Evidence from Industry Practice”, *Journal of Law and Economics*, vol. 41, núm. 2, pp. 387-407.
- Klein, B., y A. V. Lerner (2007), “The Expanded Economics of Free-Riding: How Exclusive Dealing Prevents Free-Riding and Creates Undivided Loyalty”, *Antitrust Law Journal*, vol. 74, núm. 2, pp. 473-519.
- Marvel, H. P. (1982), “Exclusive Dealing”, *Journal of Law and Economics*, vol. 25, núm. 1, pp. 1-25.
- Martimort, D. (1996), “Exclusive Dealing, Common Agency, and Multiprincipals Incentive Theory”, *Rand Journal of Economics*, vol. 27, núm. 1, pp. 1-31.
- Motta, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Pearlstein, D. J., R. E. Bloch, R. P. Harty, P. B. Hewit, H. I. Saferstein, J. I. Serota, W. K. Tom (2002), *Antitrust Law Developments*, vol. 1, 5ª ed., American Bar Association Chicago.
- Posner, R. A. (1974), “Exclusionary Practices and the Antitrust Laws”, *University of Chicago Law Review*, vol. 41, pp. 506-535.
- (1976), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago.
- Rasmusen, E. B., J. M. Ramseyer y J. S. Wiley (1991), “Naked Exclusion”, *American Economic Review*, vol. 81, núm. 5, pp. 1137-1145.
- Salop, S. C. (1979), “Monopolistic Competition with Outside Goods”, *Bell Journal of Economics*, vol. 10, núm. 1, pp. 141-156.
- Sass, T. R. (2005), “The Competitive Effects of Exclusive Dealing: Evidence from the U.S. Beer Industry”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 23, núm. 3-4, pp. 203-225.
- , y M. Gisser (1989), “Agency Costs, Firm Size, and Exclusive Dealing”, *Journal of Law and Economics*, vol. 32, núm. 2, pp. 381-400.
- Segal, I. R., y M. D. Whinston (2000), “Naked Exclusion: Comment”, *American Economic Review*, vol. 90, núm. 1, pp. 296-309.
- Spengler, J. J. (1950), “Vertical Integration and Antitrust Policy”, *Journal of Political Economy*, vol. 58, núm. 4, pp. 347-352.
- Telser, L. G. (1960), “Why Should Manufacturers Want Fair Trade?”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, pp. 86-105.
- Yong, J. (1996), “Excluding Capacity-Constrained Entrants Through Exclusive Dealing: Theory and an Application to Ocean Shipping”, *Journal of Industrial Economics*, vol. 44, núm. 2, pp. 115-129.