

No clasificado

Español - o Inglés

16 September 2021

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version)
FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión II: Análisis de
eficiencias en las restricciones verticales**

– Contribución de Brasil –

20-22 de septiembre de 2021

El documento adjunto de Brasil se distribuye en el Foro Latinoamericano y del Caribe de la Competencia PARA DEBATE en el marco de la Sesión II para su próxima reunión que se celebrará del 20 al 22 de septiembre de 2021, a través de una reunión virtual de Zoom.

Sra. Lynn Robertson, Experta en Competencia [Correo electrónico: lynn.robertson@oecd.org].

JT03481037

Sesión II: Análisis de eficiencias en restricciones verticales

Cláusulas de exclusividad en la jurisprudencia del CADE

- Contribución de Brasil¹ -

1. La creciente importancia de las plataformas digitales de la economía brasileña conlleva numerosos retos para el análisis de competencia, especialmente en lo relativo al abuso de posición dominante a través de las restricciones verticales, como la adopción de cláusulas de exclusividad por parte de las empresas dominantes.
2. A pesar de que la lista de infracciones de la legislación antitrust facilitada en el artículo 36(3) de la Ley 12529/2011 (la Ley de Competencia brasileña) no incluye cláusulas de exclusividad, éstas no están permitidas debido a los efectos que pueden producir, por lo dispuesto en el artículo 36(3), puntos 3 a 5.
3. Por tanto, pese a la mayor complejidad de los modelos de negocio utilizados en plataformas digitales, los efectos anticompetitivos vinculados a los acuerdos de exclusividad ya fueron ampliamente debatidos en la anterior decisión del CADE. No obstante, ahora la autoridad se enfrenta a retos relacionados con la necesidad de normalizar sus decisiones en aplicación de estas cláusulas y sus posibles efectos anticompetitivos en el mercado.
4. Según el *Libro de Trabajo sobre conducta Unilateral de la Red Internacional de Competencia (RIC)*², el análisis de los acuerdos exclusivos debe considerar los potenciales efectos resumidos en la siguiente tabla:

Cuadro .1. Los efectos de los acuerdos de exclusividad

Efectos negativos	Efectos positivos
• Aumento de precios provocado por la disminución de la oferta y el consiguiente descenso de la producción (pérdida de eficiencia); • Un incremento artificial de la cuota de mercado de una empresa dominante (no relacionada con la calidad ni con la relación natural entre oferta y demanda); • Los competidores podrían salir del mercado desanimados por las cláusulas de exclusividad; • Los potenciales competidores podrían ser incapaces de entrar en el mercado.	• Un incentivo para que los distribuidores fomenten productos de fabricantes y para que los proveedores ayuden a los distribuidores mediante servicios de información; • La prevención de problemas de parasitismo entre proveedores; • El tratamiento de los problemas de retención en relación con inversiones específicas de los consumidores; • Se facilita el control de calidad de la distribución que realizan los proveedores.

¹ Escrito por Ana Sofia Cardoso Monteiro, Asesora Principal del Presidente del CADE.

² RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA. **Libro de trabajo sobre conducta unilateral de la RIC**. Varsovia: RIC. Red Internacional de Competencia. Disponible en <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_UCW_Ch5.pdf>. Consultado el 25 de junio de 2021.

5. El informe también muestra que hay diferentes modos de crear y hacer cumplir las obligaciones de exclusividad y que un acuerdo de exclusividad puede ser *de iure* o *de facto*. En caso de exclusividades contractuales (*de iure*), que entran en el ámbito de este documento, existen variaciones en cuanto al alcance, la aplicación y la duración del acuerdo.

6. Las cláusulas de exclusividad pueden ser parciales o totales, es decir, un acuerdo puede considerarse exclusivo, aunque no cubra todas las compras o ventas del socio comercial de una empresa dominante. Como señala el informe de la RIC, los requisitos de exclusividad parcial pueden ser suficientes para impedir que los competidores alcancen la masa crítica necesaria para competir con los operadores de ese mercado.

7. Las cláusulas que establecen disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones de exclusividad pueden ser muy variables. Pueden imponer multas, suspender transferencias o incluso imponer sanciones que afecten negativamente a la reputación del distribuidor como medio de represalia.

8. Además, la duración de la obligación de exclusividad también es una variable importante, ya que los acuerdos de corta duración tienden menos a provocar efectos de exclusión en el mercado al permitir a otros proveedores presentar nuevas propuestas con regularidad³. Por otro lado, los contratos a largo plazo pueden tener efectos más perjudiciales al evitar conflictos habituales entre competidores.

9. El formato de los acuerdos de exclusividad es básico para determinar el grado de exclusión del mercado. Sin embargo, el tamaño de la cuota de mercado relacionada con la obligación es un criterio de análisis mucho más importante porque muestra la parte que potenciales competidores podrían explotar. Por lo tanto, hay que realizar el análisis caso por caso para identificar lo que un competidor necesitaría en términos de masa crítica para competir con los operadores del mercado.

10. Entonces, tras evaluar el grado de exclusión del mercado, se inicia un segundo análisis que trata de determinar la existencia de posibles eficiencias compensatorias asociadas a la práctica investigada. Por ello, antes de la denuncia o exoneración de una práctica en particular, es necesario aplicar un enfoque basado en efectos y examinar las restricciones verticales eficientes generadas por una cláusula de exclusividad. Se trata de utilizar la regla de la razón, que requiere que la autoridad estime los efectos netos de la inclusión de esas cláusulas de exclusividad en el nivel general del bienestar del consumidor⁴.

11. En cuanto a los efectos compensatorios en casos de abuso de posición de dominio a través de las restricciones verticales originadas por acuerdos de exclusividad, considerando los 19 casos revisados por el CADE hasta la fecha⁵, el organismo ha identificado varias eficiencias.

³ GERADIN y PEREIRA NETO, 2013, p. 81.

⁴ En este sentido, según lo dispuesto en la Resolución 20/99, Anexo 1, subapartado B, «(...) las prácticas verticales suelen ser indicativas de la existencia de poder de mercado en el mercado de referencia original, pudiendo alcanzar una parte sustancial del mercado objetivo, al imponer riesgos de competencia. Pese a que estas restricciones en un primer momento limitan la competencia, también pueden tener beneficios («eficiencias económicas»). Estos beneficios deben sopesarse considerando los posibles efectos anticompetitivos según la regla de razonabilidad».

⁵ Para obtener una muestra de casos en los que el CADE analizó la exclusividad contractual como un abuso de posición de dominio debido a la creación de barreras de entrada, el citado organismo adoptó la siguiente metodología: (i) en primer lugar, el uso de las palabras clave «exclusividad», «exclusividad contractual» y «cierre de mercado», la herramienta de búsqueda de antecedentes del CADE presentó datos relacionados con todos sus casos anteriores; (ii) después excluyó de los resultados todos los casos relacionados con el control de la estructura (que implicaban

12. Las revisiones de casos utilizan los criterios siguientes: (i) el grado de exclusividad contractual y la forma en que se adoptó; (ii) la conclusión sobre si él o los encuestados tienen una posición dominante en el mercado; (iii) consideraciones relacionadas con las características específicas del mercado que podrían influir en el grado de exclusión provocado por la adopción de cláusulas de exclusividad; y (iv) la decisión de la autoridad de competencia sobre la desestimación del caso, la condena a las partes, o en su caso, la celebración de un Acuerdo de Cese y Desistimiento⁶.

13. Se desestimaron el 47,36% de los 19 casos estudiados. En el 31,57% de los casos, la autoridad declaró culpables a los acusados, y en el 21,05% de los casos se firmaron Acuerdos de Cese y Desistimiento.

14. En cuanto a las diferencias entre estas cláusulas de exclusividad, se identificaron un total de seis patrones: (i) cláusulas que establecían una cuota mínima, provocando la interrupción del suministro del producto como penalización; (ii) cláusulas-radio, que, si se incumplían, daban lugar a la rescisión automática del contrato; (iii) contratos de exclusividad similares a los contratos de adhesión, que incluían una cláusula que permitía la rescisión contractual en caso de incumplimiento; (iv) cláusulas de exclusividad relacionadas con la representación en los procedimientos de licitación; (v) cláusulas de exclusividad adoptadas en respuesta a la determinación reglamentaria; y (vi) obligaciones de exclusividad relacionadas con los sindicatos de clientes finales.

15. En cuanto al análisis del cierre potencial del mercado, la tasa de cierre aceptable solo se tuvo en cuenta en el 21,05% de los casos, lo que indica que no hay normas fijas sobre el grado de cierre aceptable. Por otra parte, en casi todos los casos (84,2%) se debatió sobre las posibles eficiencias obtenidas mediante la adopción de cláusulas de exclusividad. Cuando no se dieron estos debates, la autoridad decidió desestimar el caso.

16. Entre las eficiencias, las más común fue la posibilidad de adoptar una cláusula para frenar el problema de los oportunistas (un argumento empleado en aproximadamente el 33,3% de los casos relativos a eficiencias compensatorias). Otras eficiencias mencionadas fueron (i) economías de escala, (ii) la consecución de masa crítica (descrita como la existencia de un producto mínimo escalable), (iii) una tendencia favorable a las inversiones (lo que significa que la adopción de cláusulas de exclusividad ofrecería seguridad jurídica a los inversores asegurando sus contrapartidas), (iv) la previsibilidad de la demanda, (v) recompensas más eficientes a los agentes implicados en la cadena de suministro y (vi) más seguridad respecto a la calidad de los productos.

fusiones) (iii) a continuación excluyó todos los casos que implicaban prácticas colusorias y solo quedaron aquellos relacionados con prácticas verticales; (iv) luego también excluyó todos los casos relacionados con la exclusividad *de facto* y con los descuentos condicionales, o cualquier otro mecanismo no contractual capaz de inducir a la exclusividad; (v) por último, excluyó del conjunto de los casos relacionados, todos los casos sin sentencia firme incluso aquellos en los que se habían acordado soluciones provisionales.

⁶ Es básico señalar que los criterios empleados están relacionados con la revisión de la literatura y el marco propuesto por el Juez Richard Posner en el asunto Roland Machinery (7^o Circuito 1984). En este caso, el juez identificó las siguientes variables importantes en la evaluación de los efectos causados por la adopción de cláusulas de exclusividad: (i) la adopción de la cláusula de exclusividad debe poder excluir del mercado al menos a una empresa competidora significativa; (ii) la adopción de la cláusula de exclusividad debe poder dar lugar a un aumento de precio, reduciendo la oferta por debajo del nivel competitivo; y, finalmente (iii) los efectos anticompetitivos deben ser más significativos que los beneficios esperados.

17. Por tanto, es posible llegar a algunas conclusiones sobre los estándares de análisis del CADE en relación con las prácticas verticales de abuso de posición de dominio que implican la adopción de cláusulas de exclusividad que pueden dar lugar a un cierre de mercado:

- Entre las diversas estructuras de cláusulas de exclusividad adoptadas (considerando el grado, la duración y la aplicación de las disposiciones), la última es la única que ha sido efectivamente considerada en el análisis del CADE hasta la fecha. La autoridad suele evaluar la información obtenida durante la investigación para determinar el tipo de sanción contractual establecida por el incumplimiento de la cláusula de exclusividad y si se aplicó la sanción;
- El grado de exclusión del mercado nunca fue una condición para declarar culpable o inocente a una parte. Además, en los pocos casos que lo consideraron, no hubo un patrón de decisión claro, ya que mientras hay casos en los que el tribunal rechazó el argumento de que un grado de exclusión por debajo del 20% no perjudicaría la competencia⁷, en otros casos, concluyó que las estimaciones entre el 10,9% y el 105% eran inocuas⁸;
- A la hora de determinar el impacto neto mediante el análisis de las posibles eficiencias producidas por estas cláusulas, existe una norma de análisis clara, en cierto modo. No obstante, no viene necesariamente precedida de otras etapas del análisis, como la definición de la posición dominante del mercado, el examen del tipo de cláusulas adoptadas y el grado de exclusión resultante.

1. Características de las plataformas digitales y su impacto en el análisis de las cláusulas de exclusividad

18. En el caso de las plataformas digitales, la relación entre varios grupos y la plataforma crea incentivos económicos diferentes de los que solemos observar en los mercados tradicionales. La interdependencia de la demanda hace que el bienestar del consumidor dependa de los efectos que se acumulan en sus múltiples vertientes, creando así singularidades respecto (i) al alcance y a la escala de producción, (ii) a la consecución de la masa crítica y (iii) a la creación de efectos de bloqueo.

19. Las economías de escala y alcance, en el contexto de los bajos costes marginales de los mercados digitales, crean un fenómeno de transición que pasa de la competencia en el mercado a la competencia por el mercado o el ecosistema⁹. En esta situación, el operador puede usar las cláusulas de exclusividad para cambiar la naturaleza de la competencia, con la intención de no vender más unidades de productos o servicios a consumidores, sino de mantener una relación exclusiva con consumidores, aumentando los costes para los competidores. Por tanto, si la exclusión del mercado impide que un número significativo de competidores mantenga o amplíe su escala de operaciones¹⁰, se produce una pérdida de eficiencia.

⁷ CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA (CADE). **Procedimiento administrativo 08012.007423/2006-27**. Demandante: Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio Ltda. Demandado: Nestlé Brasil Ltda. and Unilever Brasil Ltda.

⁸ CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA (CADE). **Procedimiento administrativo 08012.003303/1998-25**. Demandante: Philip Morris Brasil S/A. Demandado: Souza Cruz S/A.

⁹ MORTON, Fiona Scott et al. **Informe del subcomité de estructura de mercado y legislación antitrust**. En STIGLER COMISIÓN DE PLATAFORMAS DIGITALES. Stigler Comisión de Plataformas Digitales: Informe final. Disponible en <<https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/events/antitrust-competition-conference>>. Consultado el jueves, 15 de abril de 2021.

¹⁰ GERADIN y PEREIRA NETO, Op. Cit. 2013, p. 33.

20. Del mismo modo, la posibilidad de que los competidores alcancen una masa crítica es básica para la viabilidad del negocio, ya que el tiempo que se tarda en rentabilizar las inversiones en los negocios digitales es diferente al de los modelos de negocio tradicionales. Si la plataforma no logra el nivel de masa crítica esperada, no consigue nuevos usuarios. Además, se enfrenta a la posibilidad de perder los existentes¹¹ debido a la relevancia de los efectos de red en este modelo de negocio.

21. Finalmente, la última característica relevante de las plataformas digitales es la creación de efectos de bloqueo. Como las plataformas en mercados con multihoming tienden a crear barreras de entrada para tener un efecto bloqueo en sus usuarios, la exclusividad se convierte en una de las opciones para evitar la migración cuando los usuarios acceden a la plataforma (lo que implica el uso de datos y la maximización del sesgo de comportamiento).

3. Comentarios finales

22. Al revisar los antecedentes del CADE relativos a las potenciales restricciones verticales producidas por las cláusulas de exclusividad, queda claro que la autoridad de competencia no tiene estándares de análisis consistentes. Esto se debe probablemente al reducido número de casos que representan prácticas unilaterales en comparación con el número de prácticas que el CADE ha revisado.

23. No obstante, esto ha cambiado en los últimos años. Con el crecimiento de los mercados digitales, el CADE se enfrenta ahora al reto adicional de adaptar las soluciones existentes a las dificultades impuestas por las especificidades de las plataformas digitales (como el alcance y la escala de producción, la consecución de una masa crítica y la creación de efectos de bloqueo).

24. En septiembre de 2020, el CADE se enfrentó al reto de tramitar el Procedimiento 08700.004588/2020-47, relativo al posible abuso de posición de dominio en el sector de la distribución de alimentos, después de que Rappi Brasil presentara una denuncia contra iFood. Aunque la investigación no está aún terminada, el CADE impuso una medida preventiva requiriendo a iFood la limitación del uso de cláusulas de exclusividad con restaurantes. En la decisión, el CADE señaló algunas especificidades de este mercado, como el fenómeno de la ventaja del pionero, los efectos de propina y los efectos de red, así como el momento delicado que atraviesa el sector de distribución de alimentos que está experimentando una expansión muy necesaria a consecuencia de las medidas sanitarias y de distanciamiento social.

25. Además, la autoridad de competencia también consideró las posibles consecuencias negativas de limitar el multihoming y los elevados costes que supone para los restaurantes cambiar de plataforma debido a la duración de los contratos y a la imposición de multas de rescisión, incluidas en este texto como aplicación de las cláusulas de exclusividad.

26. Aunque una decisión aislada no basta para determinar que la autoridad de competencia está adoptando una nueva fórmula de análisis, indica que va en una nueva dirección, un movimiento muy necesario teniendo en cuenta los retos actuales y futuros que hay que afrontar.

¹¹ EVANS, David S. **How Catalysts Ignite: The Economics of Platform-Based Start-Ups (Cómo se encienden los catalizadores: la economía de las empresas emergentes basadas en plataformas)**. En: Gawer, A. **Platforms, Markets and Innovation (Plataformas, mercados e innovación)**. EE.UU: Edward Elgar, 2010. Disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279631>.