

**PRACTICAS DISCRIMINATORIAS EN LAS RELACIONES VERTICALES  
ENTRE EMPRESAS**

**ALDO GONZALEZ<sup>1</sup>**  
**DEPARTAMENTO DE ECONOMIA**  
**UNIVERSIDAD DE CHILE**

---

<sup>1</sup> Email: [agonzalez@econ.uchile.cl](mailto:agonzalez@econ.uchile.cl). Trabajo preparado para el Ministerio de Economía. Se agradecen los comentarios de Jose Tomás Morel, Marcia Pardo y Martín Osorio. Todas las opiniones expresadas en este artículo son personales.

## 1. Introducción

El objetivo de este estudio es recoger las recomendaciones que entrega la teoría económica y la práctica antimonopolios respecto al carácter anticompetitivo que tendrían las prácticas discriminatorias, ya sea en precio o en otros aspectos, que se den en la relación contractual entre empresas a nivel vertical.

La discriminación de precios (DP) ha sido históricamente vista con hostilidad por las leyes antimonopolios. Comúnmente se argumenta que una firma que cobra diferentes precios a sus clientes sin razones de costos, estaría actuando de forma arbitraria y además sería un reflejo de poder monopólico de parte de ella. Si bien la DP puede ser una manifestación de poder de mercado de una empresa, su prohibición no anula el ejercicio de dicho poder, pues igualmente puede ejercerse mediante la aplicación de precio uniforme y más aún éste último caso puede ser más perjudicial para el consumidor que el permitir la discriminación.

A nivel de relaciones verticales entre empresas, la fijación de contratos discriminatorios tiene un carácter especial. Se señala que si dos empresas pagan precios disímiles por un mismo insumo se produciría una distorsión en la competencia entre ellas, pues no estarían en igualdad de condiciones al momento de competir. También es posible que se impongan contratos discriminatorios por parte de empresas con poder de mercado, ya sea a nivel mayorista o minorista con el propósito de excluir competidores y fortalecer así una posición dominante en la industria.

Las leyes antimonopolios, en determinados momentos y jurisdicciones, han optado por declarar como anticompetitivo per se a la discriminación de precios, sobre todo a nivel mayorista. Sin embargo, como señala la teoría, el establecer condiciones uniformes de competencia no siempre va alineado con la eficiencia económica. El imponer precios uniformes o cláusulas de cliente más favorecido pueden reducir la intensidad competitiva y hacer creíble el ejercicio de poder de mercado por parte de empresas dominantes.

En este sentido, las recomendaciones de economistas expertos a nivel mundial en materias de competencia apuntan a lo que se debe proteger es más bien la competencia que los competidores. Ello implica que la evaluación de las prácticas discriminatorias debe hacerse en función de su impacto en términos de precio, calidad y alternativas de elección que perciban los consumidores finales y no únicamente en si conduce o no a la salida de firmas de la industria.

Se propone que los contratos diferenciados hacia empresas, como descuentos por volumen, se analicen según la regla de la razón y que por lo tanto no se consideran como anticompetitivos per se, a pesar de que no tengan justificaciones de costos. Para emitir un juicio acerca de la bondad competitiva de dichas prácticas, se requiere hacer un análisis competitivo específico del caso. Ello incluye entender la racionalidad comercial de la práctica supuestamente anticompetitiva y evaluar si ésta tiende o no a debilitar la competencia en algún segmento de la industria.

El artículo se desarrolla según las siguientes etapas. Luego de la introducción, se presentan en forma resumida los elementos económicos básicos de la discriminación de precios hacia consumidores finales. En la sección tres se realiza una revisión de las leyes que tanto en Estados Unidos como en Europa hacen mención a las prácticas discriminatorias aplicadas a empresas. Junto con exponer las respectivas legislaciones, se hace una síntesis de su aplicación en el tiempo y una breve evaluación de la misma. La sección cuatro contiene un análisis teórico acerca de los diversos tipos de prácticas discriminatorias que pueden existir en la relación vertical entre empresas. Según sea la situación analizada se dará una evaluación respecto a los peligros competitivos de que existan discriminaciones o bien que se impongan condiciones de uniformidad en el trato hacia las firmas. Junto al desarrollo conceptual se aportará jurisprudencia relacionada con los casos puntuales que se analicen. En la sección cinco se analiza la jurisprudencia en Chile sobre prácticas discriminatorias con un enfoque en la industria farmacéutica, que es la que ha presentado un alto grado de litigiosidad en esta materia. Finalmente, en la última sección se entregan recomendaciones sobre la forma de enfrentar los casos de discriminación en las relaciones verticales.

## 2. Conceptos Básicos de la Discriminación de Precios

En esta sección se analizarán los efectos competitivos de la discriminación de precios (DP) cuando ésta se aplica directamente a los consumidores finales. El análisis aquí desarrollado y las lecciones que se puedan extraer nos permitirán comprender mejor los efectos de la DP cuando ésta se analice en un marco de relaciones verticales entre empresas.

La discriminación de precios es una de las prácticas comerciales más extendidas y probablemente más controversiales desde el punto de vista del control antimonopolios. Se dice que una empresa discrimina precios, cuando fija precios diferentes a distintos grupos de consumidores de modo tal que dicha diferencia no se explica por razones de costos o de calidad de la prestación.

La DP posee una connotación negativa pues se argumenta que se está actuando en forma injusta y arbitraria al fijar precios diferentes a dos clientes cuando el costo del servicio es el mismo. La percepción de abuso asociada a la DP y su supuesto carácter negativo, no es completamente congruente con las predicciones que entrega la teoría económica. Aunque la DP es una manifestación del poder de mercado que tiene una empresa, su prohibición no anula el ejercicio de dicho poder ni tampoco beneficiará necesariamente a los consumidores en términos agregados. Una empresa imposibilitada de discriminar precios, puede de igual modo ejercer poder de mercado a través de un precio uniforme, y como veremos más adelante, no siempre constituye una alternativa superior a permitir la discriminación.

Las empresas discriminan precios porque así pueden extraer el máximo posible de excedente del consumidor. Al disponer de más herramientas competitivas –precios- una empresa pueda afinar mejor su estrategia comercial respecto a fijar un precio único.

Para que sea factible aplicar la DP se deben cumplir ciertas condiciones. Primero el arbitraje entre grupos de consumidores debe ser costoso o limitado. Es decir, no pueden producirse transacciones entre clientes que perciben diferentes precios. En segundo lugar la empresa discriminadora debe tener algún grado de poder de mercado, de otra forma la competencia llevará a las firmas a fijar precios iguales al costo de provisión del bien o servicio, sin importar la valoración que los clientes tengan sobre el producto ofrecido. Finalmente, la firma debe ser capaz de segmentar el mercado a través de alguna característica observable de cada grupo de consumidores, que aporte información acerca de la disposición a pagar de aquellos por el producto. En caso que estos atributos no sean directamente observables, la empresa deberá emplear instrumentos adicionales en su estrategia comercial para mejorar su información sobre el mercado.

### 2.1 Monopolista Discriminador de Precios

La literatura habla de discriminación de primer, segundo y tercer grado en base a la clasificación hecha por el economista Arthur Pigou (1932).<sup>2</sup> La discriminación de primer grado es un caso extremo donde el monopolista posee información perfecta acerca de la valoración individual de cada consumidor por el bien. Por lo tanto la empresa le cobra a cada uno de ellos su máxima disposición a pagar, permitiéndole al monopolista capturar completamente el excedente del consumidor. Si bien este tipo de discriminación es la más abusiva para el consumidor, debido a que se queda sin excedente, no hay ineficiencia económica desde el punto de vista agregado, pues se produce la cantidad socialmente óptima.<sup>3</sup> Si se prohibiera la discriminación, la empresa fijaría el precio monopolístico uniforme y todos los consumidores con una valoración mayor a dicho precio gozarían de un cierto excedente.

La discriminación de primer grado es un caso más bien teórico y quizás no exista un mercado donde el oferente posea tal nivel de información para aplicarla. Los casos más comunes corresponden a la denominada discriminación de segundo y tercer grado, donde el monopolista posee algún grado de información sobre las características de los consumidores

---

<sup>2</sup> Esta clasificación no es muy informativa, pues como señala McAfee (2007) la discriminación de segundo grado no puede considerarse como un caso intermedio entre la de primer y la de tercer grado.

<sup>3</sup> Si el monopolista sabe que será capaz de capturar completamente el excedente del consumidor, entonces su función objetivo será igual a la de un planificador benevolente que maximiza la suma del bienestar del consumidor más la del productor. La diferencia radica en el reparto del excedente entre las partes.

En la denominada discriminación de tercer grado, la empresa aplica distintos precios según el segmento de mercado que se trate. Aquí la empresa es capaz de identificar cada segmento por alguna característica observable de éste, como es su ubicación geográfica, edad del cliente, etc. La limitación al arbitraje se produce por lo costoso o imposible que resulta para los clientes cambiar de categoría. Dentro de cada segmento de mercado la empresa no es capaz de discriminar entre consumidores, por lo que fija un precio uniforme. Sin embargo dicho precio uniforme difiere entre mercados, por lo que este tipo de discriminación debe considerarse como un caso imperfecto de discriminación de primer grado.

En la discriminación de segundo grado, a diferencia de la de tercer grado, la empresa no dispone de información directamente observable de los clientes para segmentarlos en distintos tipos de mercado, sin embargo la puede obtener en forma indirecta a través de los patrones de consumo que los clientes presenten. Descuentos por volumen de compra, tarifas no lineales y empaquetamiento de servicios son ejemplos de estrategias que permiten a las empresas segmentar a los clientes según su valoración del servicio y ofrecerles así precios personalizados y por ende discriminatorios.<sup>4</sup> Este tipo de *screening* del mercado es imposible de ser realizado por medio del simple precio unitario.

La forma en que opera este tipo de discriminación es por la vía de un menú de opciones que la empresa ofrece a los consumidores de modo que éstos se auto-seleccionan de acuerdo a su valoración por el bien ofrecido. Aunque estas estrategias permiten segmentar el mercado, la empresa está limitada en su extracción de excedente desde los consumidores debido a la posibilidad de arbitraje interno entre grupos de clientes. Si la oferta dirigida al segmento de alta valoración es muy abusiva en relación a la del segmento de baja valoración, los clientes que naturalmente pertenecen al primer grupo preferirán tomar la oferta dirigida a los clientes del segundo grupo.

Las implicancias de bienestar de estos dos últimos tipos de discriminación, respecto a la fijación de precios uniforme son ambiguas. Consideremos la discriminación de tercer grado donde, por ejemplo, existen dos segmentos de consumidores: los de alta valoración por el bien y los de baja valoración. Con discriminación de precios, el monopolista fijará a cada segmento un precio distinto siendo más alto para el grupo de mayor valoración. Si el oferente es obligado a fijar un precio único a todos, varias cosas pueden suceder. Si el grupo de consumidores de baja valoración es muy reducido, la empresa puede optar por desecharlos y servir solo al segmento *premium*, con un precio uniforme. En este caso, la prohibición de discriminar impide que el segmento de baja valoración sea servido, a pesar de que el costo adicional por servirlos sea menor al valor que le dan esos consumidores, es decir los beneficios sociales de la transacción entre las partes no se materializan. En el otro extremo, si el segmento *premium* no es significativo, la obligación de fijar precio uniforme inducirá al monopolista a fijar un precio bajo a ambos grupos, lo cual permite que en promedio todos los consumidores gocen de menores precios y que algunos clientes del segmento *premium* sean servidos debido a la reducción en el precio.

El prohibir a un monopolista discriminar precios, ya sea del tipo de segundo o tercer grado, sin duda que limita su poder de mercado en términos de los beneficios extra normales que éste puede obtener. Al contar el monopolista con menos instrumentos –precios independientes- es menor el excedente que puede extraer de los consumidores. Sin embargo, el limitar el poder de mercado por medio de imponer un precio uniforme, no necesariamente conduce a una ganancia neta para todos los consumidores. En general no se puede dar una predicción inequívoca del efecto que tendría una medida que prohíba a un monopolista discriminar precios. Los beneficios netos de imponer un precio uniforme dependerán del trade-off entre los clientes que se dejan de servir en el mercado de baja valoración versus los clientes del mercado premium que comprarían en el bien producto de la reducción en el precio que ellos experimentan. El efecto neto entre ambos efectos va a depender de las características de la demanda de ambos mercados (tamaño de mercado y elasticidad de la demanda principalmente).<sup>5</sup>

## 2.2 Monopolio Regulado y la Solución Ramsey-Boiteux

El fijar precios discriminatorios es una solución de segundo mejor cuando existe un monopolio natural que debe servir diversos mercados y hay un costo fijo común que cubrir, el cual debe ser financiado con

---

<sup>4</sup> Existen otras formas más sofisticadas de segmentar el mercado, como por ejemplo distorsionar la calidad del bien.

<sup>5</sup> En Tirole (1988), Capítulo 3 se explican las condiciones bajo las cuales la discriminación de precios de tercer grado en el caso de un monopolista aumentan el bienestar agregado.

las tarifas a usuarios, pues no hay posibilidad de transferencias directas desde el fisco hacia la empresa. Cuando el monopolista sirve solo un mercado, la solución de segundo mejor es fijar precio igual al costo medio. Sin embargo, cuando estamos en presencia de un monopolista multiproducto, no existe una definición precisa de costo medio pues el producto corresponde en realidad a diversas prestaciones que no son factibles de ser agregadas. Así, existiría más de una combinación de precios que satisface la restricción de autofinanciamiento del monopolio.

La solución Ramsey-Boiteux propone que para lograr el autofinanciamiento las tarifas de los diversos servicios se incrementen por sobre el costo marginal en forma inversamente proporcional a la elasticidad de la demanda. Esta solución permite minimizar la pérdida social que se produce por tener que aumentar las tarifas por sobre el costo marginal.<sup>6</sup>

La lógica de las tarifas tipo Ramsey es que el precio se incrementa más en los mercados inelásticos que en los elásticos, pues en los primeros existirá una menor reducción en el consumo producto del sobre precio. Así, tendremos tarifas óptimas que son discriminatorias y que no están relacionadas exclusivamente con los costos de cada mercado. Dicho de otra forma, a pesar de que el costo marginal de servir dos mercados sea el mismo, la solución óptima recomienda fijar tarifas diferentes si los mercados difieren en su elasticidad-precio.

El imponer precios uniformes al monopolio regulado implica que para un mismo nivel de recaudación, la distorsión económica que se produce es mayor que cuando se permite discriminar. El beneficio de aplicar tarifas discriminatorias se hace más evidente cuando la máxima tarifa uniforme no logra financiar el costo del servicio. En tal caso, el mercado no podría existir a menos que se permita que el monopolista incremente sus ingresos por la vía de extraer mayor excedente desde los consumidores mediante la discriminación de precios.

### 2.3 Monopolio y amenaza de entrada

La discriminación de precios puede ser una estrategia que facilite la exclusión de competidores, por la vía de la predación. Suponga que un monopolista sirve dos mercados geográficamente distintos A y B, y que la entrada de un competidor se produce sólo en B. Para aplicar la estrategia predatoria el monopolista debe reducir su precio significativamente en B (obteniendo pérdidas de corto plazo) con el objeto de hacer no rentable el ingreso del competidor. Si la firma incumbente está obligada a fijar el mismo precio en A y B, el aplicar precios predatorios la obliga también a reducir el precio donde no se produce entrada –en el mercado A.- y por lo tanto el costo de la predación, representado por las pérdidas de corto plazo, aumenta haciendo menos probable que tal práctica excluyente se lleva a cabo.

¿Se justifica, entonces una obligación de precio uniforme para evitar comportamientos predatorios? Una respuesta correcta debe también tomar en cuenta los costos que implica una medida de este tipo. Como la predación no es una acción que sea fácil de distinguir de la reacción natural ante el ingreso de un competidor, el imponer una restricción de uniformidad puede llevar a las firmas a moderar su reacción ante la entrada, cuando no hay propósitos predatorios. A priori, no parece recomendable establecer una prohibición de discriminación, pues puede terminar inhibiendo al incumbente a reaccionar competitivamente, lo cual perjudicaría a los consumidores del mercado donde se produce el ingreso.<sup>7</sup> El que la discriminación facilite una práctica anticompetitiva como es la predación, no implica que ésta deba prohibirse en general. Si hay casos concretos de posible acción predatoria, las leyes antimonopolios

---

<sup>6</sup> Formalmente, las tarifas Ramsey-Boiteaux se obtienen de la maximización de una función de bienestar social bajo la restricción de autofinanciamiento del monopolio multiproducto. Esta solución fue propuesta por Boiteux (1956) para la tarificación de monopolios naturales, siguiendo un principio similar al que Ramsey desarrolló décadas atrás para la fijación óptima de impuestos. Ver Laffont y Tirole (2000).

<sup>7</sup> En estricto rigor es posible que la obligación de no discriminación sea conveniente socialmente incluso en un escenario en que no haya riesgo predatorio. La reacción a la baja en el precio donde se produjo entrada puede también favorecer al mercado donde no hay entrada. Sin embargo para saber si aquella medida es favorable se requiere demasiada información acerca de los mercados involucrados. No obstante se observen medidas de este tipo en mercados regulados, la práctica antimonopolios en general no respalda su utilización.

tienen instrumentos para enfrentarla y la aplicación de precios discriminatorios por parte de la firma acusada es un elemento más a tener en cuenta en el análisis del caso.

## **2.4 Discriminación de Precios bajo Competencia Imperfecta**

Como se mencionó más arriba, bajo competencia perfecta es imposible discriminar pues cualquier intento de una empresa por fijar el precio por sobre el costo marginal será aprovechada por un competidor para reducir infinitesimalmente el precio. En equilibrio, las firmas igualarán el precio al costo de producir el bien y la disposición a pagar o la elasticidad de la demanda no jugará ningún rol en el precio que las empresas fijen a los consumidores.

En un escenario de competencia imperfecta las empresas sí poseen algún grado de poder de mercado sobre los consumidores, de modo que si hay posibilidades de limitar el arbitraje, es factible que las empresas apliquen discriminación de precios al competir. Sin embargo, a diferencia del caso monopolístico, los efectos negativos de la DP tienden a disiparse o incluso a revertirse en un ambiente de competencia.

Corts (1998) estudia las implicancias de la discriminación de precios de tercer grado cuando las firmas compiten bajo diferenciación vertical, es decir ofreciendo bienes de distinta calidad en el mercado donde compiten. El autor encuentra que la discriminación de precios disipa los beneficios de las empresas y conduce a menores precios debido a que la firma que ofrece la variedad de baja calidad se encuentra liberada para aplicar fuertes descuentos donde compite con el oferente de alta calidad, sin sacrificar los beneficios de su segmento cautivo. Similar resultado se obtiene cuando la competencia es con diferenciación horizontal, por ejemplo empleando un modelo tipo Hotelling, donde las empresas se encuentran en los extremos de la distribución de preferencias de los consumidores y aplican discriminación de precios de primer grado, es decir fijan a cada cliente individual un precio personalizado.

La intuición de este resultado es que la discriminación intensifica la competencia y por consiguiente las empresas tienden a fijar precios más bajos y reducir sus márgenes en beneficio de los consumidores. Cuando discriminan, las empresas aplican recortes selectivos de precios, intentando cobrar más caro a clientes "leales" y atrayendo con descuentos a clientes "más difíciles." Al aplicar todas las empresas la misma estrategia, se logra un equilibrio con precios menores al caso en que ellas fijan precios iguales a todos los clientes. El precio uniforme hace que sea costoso para una firma aplicar descuentos, pues debe traspasárselos a todos los clientes, lo que lleva a que modere sus deseos por reducir precios, situación que no se produce cuando los descuentos son selectivos o discriminatorios. Se debe eso sí tener presente que aunque un buen número de trabajos concluye que la discriminación de precios en un ambiente de competencia conduce a menores precios en comparación a una política de precios uniforme, éste no es un resultado general.

¿Por qué las empresas optan por discriminar precios si ello las lleva a tener menores beneficios? Efectivamente, todas ellas estarán mejor si se comprometieran a fijar precios uniformes. Sin embargo, cada una tiene incentivos individuales a aplicar precios diferenciados, produciéndose una situación de equilibrio tipo dilema del prisionero donde el interés individual lleva a aplicar una estrategia que colectivamente es inferior en términos de beneficios. Claramente en esta situación el prohibir la discriminación de precios llevaría a las empresas a sostener el equilibrio cooperativo o más deseable para ellas, lo cual sería sin duda perjudicial para los consumidores.

A diferencia de lo que sucede en el caso del monopolista, el obligar a fijar precios uniformes no reduce los beneficios de las empresas sino que al contrario puede incrementarlos. La existencia de interacción estratégica entre los competidores hace que la rigidez en la selección de precios de todas ellas (imposición de precio uniforme) debilite la intensidad competitiva, permitiéndoles sostener en equilibrio precios más altos que si se les permitiera discriminar. En consecuencia, la prohibición de discriminar precios en un ambiente de competencia es claramente menos recomendable que en el caso de un monopolio.

### 3. Leyes sobre Prácticas Discriminatorias

En los Estados Unidos la principal pieza legislativa que trata sobre prácticas discriminatorias es la “Robinson Patman Act” (RPA) creada en 1936. Esta ley hizo más explícitas las calificaciones anticompetitivas de las acciones discriminatorias que contenía la “Clayton Act”. Esta última ley establecía que “...es ilegal discriminar en precio entre diferentes compradores de bienes de similar tipo o calidad donde el efecto sea debilitar sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio en cualquier línea de comercio”.

La RPA agregó que al párrafo anterior lo siguiente:

*“...línea de comercio, o dañar, destruir o prevenir la competencia con cualquier persona quien ya sea otorga o conscientemente recibe el beneficio de tal discriminación o con clientes de cualquiera de ellos”*

El acta indica tres posibles razones para ser eximidos de sanciones por discriminar en precios:

- Los bienes sean perecibles u obsoletos o que se trate de una venta de bancarrota
- La diferencia se deba a que existen distintos costos en la producción, venta o entrega final del producto.
- Que responda a una acción de buena fe, hecha para igualar el precio ofrecido por algún competidor.

La RPA también busca prevenir discriminaciones no basadas en precios al establecer que no se podrán efectuar pagos a compradores por servicios de promoción u otros efectuados a estos últimos a menos que éstos se extiendan al resto de los compradores en términos equitativos o proporcionales. Similar restricción se fija a eventuales servicios que los proveedores realicen a los compradores de sus productos. Finalmente la RPA hace explícitamente responsable a los compradores que induzcan o sean beneficiarios de prácticas discriminatorias prohibidas por la ley.

Respecto a los contenidos y al espíritu mismo de la ley, se han hecho varias críticas. La principal apunta a que su objetivo es más bien proteger a los competidores que proteger la competencia, lo cual no es necesariamente equivalente y por ello iría en contra de las leyes generales sobre competencia. Al prohibir explícitamente los tratos diferentes entre compradores, se está intentando establecer una igualdad de condiciones entre compradores, evitando que minoristas de mayor tamaño obtengan tratos ventajosos respecto de los más pequeños, poniendo así en desventaja a éstos últimos al momento de competir por los clientes finales.

En tal sentido no es claro que el objetivo de la ley sea la maximización del bienestar social, sino que su fin sería redistributivo, con posibles efectos negativos en la eficiencia económica. El forzar a las empresas a fijar precios uniformes puede en muchas circunstancias llevar a precios iguales pero más altos, lo cual es contradictorio con los fines perseguidos por las leyes de competencia.

La RPA es clara en declarar ilegal per se, salvo las excepciones señaladas, a la discriminación de precios, sin considerar si la práctica produce o no real daño competitivo. No se toman en cuenta elementos propios del análisis antimonopolios como la existencia de poder de mercado por parte de quien aplica o se beneficia de dicha práctica, si la práctica tiene fines excluyentes o si daña o no a los consumidores finales.

Según Hovenkamp (1999), el Congreso de los EE.UU. no tenía en mente la maximización del bienestar general al momento de aprobar esta ley, sino más bien la protección de pequeños comerciantes quienes estaban perdiendo terreno en relación a las grandes cadenas. Estas últimas, por su tamaño, eran capaces de obtener mejores precios mayoristas que las pequeñas tiendas y por lo tanto podían vender a menor precio.<sup>8</sup>

La aplicación del acta a través del tiempo ha mostrado una clara tendencia a un menor activismo, lo que se refleja en una disminución de los casos perseguidos por las autoridades de competencia de los EE.UU. Entre 1966 y 1970 la intensidad de persecución cayó a una tasa de 5,6 casos por año, comparado a un valor de 74 por año del período 1960-65.<sup>9</sup> Desde el año 1977 el Departamento de Justicia ha dejado de aplicar dicha acta y la Comisión Federal de Comercio (FTC) la ha empleado muy ocasionalmente. Hoy en

---

<sup>8</sup> El mismo autor señala que inicialmente el nombre propuesto para la ley fue el de “Wholesale Grocers`Protection Act”.

<sup>9</sup> Ver Scherer y Ross (1980)

día la RPA es empleada principalmente en casos de litigación privada entre empresas, donde las cortes deciden el alcance de la aplicación de dicha ley a los casos que reciben.

Como elemento de análisis adicional en la evaluación del funcionamiento de la RPA, Scherer et al (1980) mencionan que la mayoría de las sanciones basadas en esta ley han recaído en empresas medianas y pequeñas, que son las que se pretendía proteger y que por el contrario, las denominadas grandes empresas sólo han recibido sanciones en escasas ocasiones.<sup>10</sup>

La prácticamente nula relevancia de la RPA en la actividad “antitrust” de los EE.UU. en la actualidad, no significa que los casos de prácticas discriminatorias estén exentos del escrutinio antimonopolios, sino que se ha convergido a tratar las acusaciones que envuelven prácticas discriminatorias mediante los instrumentos legales básicos de la ley de competencia (Sherman Act). Por ejemplo los casos denominados de violación de primera línea, donde la empresa acusada fija precios disímiles en distintos mercados sin justificaciones de costos y con el supuesto intención de excluir rivales, han comenzado a ser evaluados bajo los estándares comúnmente aplicados a prácticas predatorias.<sup>11</sup> Las denominadas faltas de segunda línea, que son las que contienen prácticas discriminatorias aplicadas por vendedores a compradores y donde éstos últimos compiten en un mismo mercado, han sido últimamente analizadas por las cortes bajo el marco aplicado a las restricciones verticales. En este tipo de acusaciones, la evidencia de trato no igualitario sería considerada como un elemento más a tener presente en la investigación pero no una falta anticompetitiva per se.

En la Unión Europea el Tratado de Roma en su artículo 82 señala expresamente que:

*“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.*

Dentro de las prácticas definidas como abusivas, se incluye la siguiente (Artículo 82 numeral c):

*“Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;”*

La legislación establece que está prohibida la explotación de posición dominante por parte de empresas y que una de las acciones explícitamente sancionadas es la de discriminar en precios o en otro atributo contractual a distintas empresas por prestaciones que sean equivalentes. La ley además explícitamente se refiere al caso en que los afectados por la discriminación- ya sea los favorecidos o perjudicados- compitan entre ellos. Es decir, sanciona discriminaciones de segunda línea, según la definición que hemos dado más arriba. Esto no quiere decir que los casos de primera línea queden sin sanción, simplemente que no pueden ser atacados invocando el numeral señalado.

Sobre la aplicación de la ley en casos de discriminación de precios, como mostraremos en secciones posteriores, la Comisión y las Cortes han hecho una aplicación estricta de dicho artículo en su sentido original. Se ha condenado el uso de descuentos por volumen, por su carácter discriminatorio, una vez que se ha comprobado que quienes los aplican gozan de posición dominante en sus respectivos mercados.

En Chile no existe una normativa específica que reglamente las relaciones contractuales a nivel vertical. Los abusos que por esta vía se puedan cometer deben ser analizados según lo establecido en el artículo tercero de la ley de competencia del país. No obstante, como veremos más adelante, los organismos antimonopolios han tendido a normar aspectos de las relaciones verticales en lo que a tratos discriminatorios se refiere.

---

<sup>10</sup> Los autores mencionan que entre 1961 y 1974 solo el 6,4% de las empresas acusadas tenía ventas anuales por sobre los 100 millones de dólares, valor por sobre el cual una empresa puede considerarse de tamaño grande.

<sup>11</sup> El último caso de “primera línea” sancionado estrictamente según la RPA fue el denominado “Utah Pie” en 1967

#### **4. Prácticas Discriminatorias en Relaciones Verticales**

Este capítulo presentará los distintos casos, reconocidos en la literatura, donde es probable que se presenten prácticas discriminatorias en las relaciones contractuales de carácter vertical entre empresas mayoristas y minoristas. Si bien el análisis también es válido para casos en que una empresa provee un insumo a un comprador aguas abajo que lo utiliza en su proceso productivo, nos referimos en general a relaciones verticales entre mayoristas y minoristas o entre proveedores y distribuidores. Junto al análisis teórico de cada escenario, se presenta la jurisprudencia relevante asociada a las prácticas bajo discusión.

Por práctica discriminatoria, se entenderá en principio a diferencias en los precios mayoristas que ya sea impongan los proveedores o distribuidores según el poder negociador que cada empresa tenga. No obstante, las diferencias contractuales pueden presentarse en otros atributos de la transacción como disponibilidad del producto, servicios adicionales, condiciones de venta, etc.

A diferencia del caso de empresas que venden directamente a consumidores finales, la discriminación de precios hacia otras empresas tiene características especiales.

En primer lugar los minoristas no son un grupo atomizado, sino que son identificables individualmente por los mayoristas. Estos últimos poseen un mayor grado de información respecto a los patrones de compra de sus clientes directos, lo que permite a los mayoristas ofrecer contratos más personalizados y por ende discriminadores entre los clientes minoristas, si existe heterogeneidad entre estos últimos.

En segundo lugar, los minoristas en su calidad de intermediarios, actúan muchas veces como agentes de los mayoristas, de modo que estos últimos deben inducir a los primeros a esforzarse para incrementar las ventas o a fijar precios eficientes desde el punto de vista de la estructura verticalmente integrada. Los problemas de riesgo moral o de doble marginalización que ocurren en la relación vertical pueden solucionarse en base a contratos más complejos que los de precio unitario constante. Es por lo tanto probable que los contratos contengan elementos diferenciadores entre distribuidores, pues serán contingentes en el desempeño comercial de éstos últimos, como la cantidad vendida en el mercado final por ejemplo.

Finalmente, los minoristas muchas veces compiten entre ellos en el mercado de aguas abajo y por ello sus respectivas demandas por el insumo del mayorista son interdependientes. Es decir, lo que está dispuesto a pagar un distribuidor por un producto es función, entre otras cosas, de la condiciones de la transacción (precio y cantidad) hecha con otro distribuidor.<sup>12</sup> Si un minorista tiene un trato relativamente desventajoso en términos de precio de insumos respecto a sus rivales más directos, se hace menos competitivo, arriesgando ser desplazado del mercado final. Por esta misma razón, los minoristas presionarán al proveedor por obtener tratos ventajosos o a lo menos iguales a sus competidores en lo que a precio de insumos se refiere.

No obstante tales particularidades, la evaluación de bienestar de las prácticas que contengan elementos discriminatorios debe incluir los impactos que éstas tendrían en el mercado de los consumidores finales. Al ser mercados verticalmente relacionados, cualquier contrato entre mayoristas y minoristas, que tienda a restringir el nivel de producción y por ende sea anticompetitivo, se verá reflejado en mayores precios aguas abajo y en consecuente provocará una pérdida de excedente para los consumidores.

##### **4.1 Discriminación y Comportamiento Oportunista**

Los riesgos competitivos que pueden generarse a partir de la obligatoriedad de un trato uniforme o no discriminatorio hacia minoristas han sido expuestos por Hart y Tirole (1990) en su conocido artículo sobre relaciones verticales y riesgo de exclusión, el cual exponemos a continuación.

Considere un mercado donde existe un monopolista M, el cual tiene una patente que le da el derecho exclusivo a producir un bien. Para comercializar su bien, la empresa decide emplear a uno o más distribuidores, mediante la firma de contratos con ellos. La firma M podría extraer la máxima renta del

---

<sup>12</sup> En el caso de los consumidores finales, la utilidad de un individuo es función únicamente de las cantidades que éste consume y no depende del nivel de consumo de otros agentes.

mercado, por ejemplo, dándole el derecho de vender el bien a un solo distribuidor ( $D_1$ ). Si suponemos que:

- Los consumidores finales están atomizados, es decir no actúan estratégicamente y se representan por una función de demanda igual a:  $Q(P) = A - P$
- Hay múltiples posibles interesados en ser los distribuidores
- No hay costos de distribución ni producción (supuesto simplificador)

Entonces  $M$  ofrece un contrato a  $D_1$  tipo tarifa en dos partes, donde le cobra a este último una tarifa fija  $T = A^2/4$  y una variable igual a cero, permitiéndole vender hasta  $Q = A/2$ . La firma  $D_1$  acepta el contrato pues al tener monopolio en la distribución, puede cobrar el precio monopólico  $P = A/2$ , lo que le permite obtener una renta  $\Pi = (A/2)^2 = A^2/4$ , que corresponde a la tarifa fija que le pide  $M$  por distribuir su bien. De este modo  $M$  extrae la renta monopólica del mercado, sin necesidad de integrarse verticalmente para distribuir el bien.

Supongamos que luego  $M$  ofrece un contrato paralelo a otro distribuidor  $D_2$ , quien sabrá que  $D_1$  puede distribuir  $Q = A/2$ , así que enfrentará una demanda residual y no todo el mercado. En este caso  $D_2$  aceptará un contrato tal que  $Q_2 = A/4$  y  $T_2 = A^2/16$ , lo cual dejará a  $D_2$  con rentas netas iguales a cero y le permitirá a  $M$  incrementar sus beneficios. En el límite,  $M$  puede proseguir con su comportamiento oportunista y ofrecer contratos paralelos indefinidamente a nuevos distribuidores, si es que estos últimos no anticipan que serán víctima de tal acción oportunista.

Si los potenciales distribuidores son racionales, obviamente no desearán ser víctimas de tal situación y rechazarán cualquier contrato que contenga una transferencia neta  $T$  positiva hacia  $M$ . La ausencia de compromisos creíbles por parte de  $M$  para no replicar contratos a más distribuidores, llevará a que el monopolista no pueda extraer renta alguna del mercado a pesar de su condición de productor único.

Una forma de hacer creíble el compromiso de no replicación es firmar un contrato de exclusividad con un distribuidor. Otra forma es establecer una cláusula de no discriminación en los términos del contrato hacia los distribuidores.

Nótese que el comportamiento oportunista descrito implica que el precio unitario mayorista –representado por el cociente entre la tarifa fija y la cantidad – es diferente entre distribuidores, esto es:  $P_1 = A/2$ ,  $P_2 = A/4$ ,.... y así sucesivamente. Si la discriminación no es posible, ya sea porque  $M$  establece una cláusula al respecto o porque la autoridad así lo dictamina, entonces  $M$  no puede ofrecer el contrato oportunista a  $D_2$ , pues será más ventajoso que el ofrecido a  $D_1$ . La no discriminación obliga a  $M$  a ofrecer el mismo precio mayorista unitario a todos los distribuidores. Por lo tanto, luego de ofrecer el contrato mencionado más arriba a  $D_1$ , ningún distribuidor aceptará un contrato con precio unitario igual a  $A/2$ . Esto se debe a que  $D_1$  pondrá  $A/2$  en el mercado, y cualquier cantidad adicional aportada por un  $D_2$  reducirá el precio minorista por debajo de  $A/2$ , dándole un margen negativo al distribuidor. De este modo, todos los contratos oportunistas no son factibles de ser aceptados bajo la imposibilidad de discriminar por parte de  $M$ .

La existencia de cláusulas de tipo **cliente mas favorecido** (CMF) permitiría por ejemplo implementar el contrato dirigido a  $D_2$  siempre que dichos términos más favorables fueran también traspasables retroactivamente a  $D_1$ . Si  $D_2$  acepta comprar  $Q/4$  a un precio mayorista de  $A/4$ , la firma  $M$  debe rebajar la tarifa aplicada a  $D_1$ , desde  $A/2$  hasta  $A/4$ , lo cual le implica a  $M$  perder un beneficio igual a  $A/4 * A/2 = A^2/8$ , valor que es mayor a  $A^2/16$ , que es el beneficio adicional que se obtiene al ofrecer un contrato a  $D_2$ .

La presencia de externalidades entre distribuidores en sus contratos verticales con el productor, obstaculiza a este último a ejercer poder de mercado a pasar de su posición monopólica. Si los contratos no son observables, un distribuidor racionalmente anticipará que al productor le convendrá luego ofrecer contratos oportunistas a nuevos distribuidores, los que serán perjudiciales para el primer distribuidor, pues compiten en el mismo mercado.

El que los contratos sean observables y no discriminatorios entre distribuidores, posibilitará a  $M$  hacer creíble el compromiso de no ofrecer posteriormente contratos oportunistas a nuevos distribuidores. Esto por consiguiente hará factible que  $M$  extraiga la renta monopólica del mercado, lo cual es en definitiva perjudicial para los consumidores. Por lo tanto, el imponer exógenamente una prohibición de discriminar

no es recomendable, pues ello tiene el efecto de hacer factible el ejercicio de poder de mercado por parte del monopolista.<sup>13</sup>

## 4.2 Política de Cliente Más favorecido

Como mencionamos en la sección anterior, las cláusulas de CMF hacen más difícil que un mayorista aplique descuentos selectivos a algunos de sus compradores. Cualquier descuento aplicado a nuevos clientes, debe hacerse extensivo a sus compradores inframarginales, lo cual por cierto es costoso para el proveedor. Al comprometerse a una política de precios uniformes, la empresa amplifica el costo que incurre en aplicar un descuento particular, lo cual la lleva a restringirse en reducir los precios. Según menciona Baker (1996), no es indispensable que la cláusula se extienda a todos los clientes, si no que basta que se aplique a los principales clientes para que el efecto de amortiguación de la competencia funcione.

La literatura reconoce también que las cláusulas de CMF pueden tener efectos adversos en la competencia, por la vía de facilitar un equilibrio en precios por sobre el nivel competitivo. Cooper (1986) demuestra este fenómeno para el caso en que la cláusula de CMF se aplica en forma intertemporal, es decir, si una empresa baja los precios hoy respecto de ayer implica que debe extender los nuevos precios en forma retroactiva a quienes compraron ayer. Al adoptar la política de CMF, una empresa está señalizando que mantendrá una rigidez en los precios, y que no se verá tentada a bajarlos en el futuro debido al costo de compensación que debe hacer en forma retroactiva. De este modo, la empresa al usar la política de CMF, puede creíble y racionalmente mantener precios altos, sin que sus competidores reaccionen optando por una política agresiva en precios.<sup>14</sup>

Se ha señalado que la política de CMF puede también convertirse en una práctica facilitadora de la colusión por la vía de hacer más transparente el mercado en términos de precios.<sup>15</sup> Siempre será más fácil para las firmas coordinarse en un punto focal (conjunto de precios colusivos) cuando el rango de precios que ofrece cada empresa es reducido, o en el límite, cuando cada una aplica un precio único o uniforme. Por esta misma razón, es más fácil detectar las desviaciones y fiscalizar el cumplimiento del acuerdo colusivo si las firmas aplican un precio igual para todos los clientes, lo cual es precisamente lo que las políticas de CMF posibilitan.

La transparencia en precios como mecanismo facilitador de la colusión, se fundamenta además en casos de industrias que han sostenido colusión en base a políticas de precios únicos y públicos. Las cláusulas de cliente más favorecido han estado presentes en diversos casos de acusación de colusión tácita y explícita. En la denominada conspiración eléctrica, las empresas General Electric y Westinghouse, inicialmente condenadas en los Estados Unidos por fijación de precios en 1962, adoptaron luego una serie de prácticas tendientes a hacer públicas sus políticas de precios, con el supuesto intento de reducir la rivalidad competitiva entre ellas. Una de aquellas prácticas fue la de cliente más favorecido, que tenía una protección retroactiva de seis meses. Finalmente en 1977, por acción de la autoridad de competencia, las empresas acordaron terminar con dichas prácticas incluyendo la de CMF.

En el caso denominado como Ethyl (1984) la Comisión Federal de Comercio (FTC) de los Estados Unidos acusó a los productores de antídoto para gasolinas de ese país de restringir la competencia entre ellos, por la vía de fijar precios uniformes y por sobre el nivel competitivo por un período de cinco años. Los cargos de colusión tácita, se fundamentaban en el comportamiento paralelo mostrado por los cuatro productores. En particular, la FTC atacó el empleo de algunas prácticas comerciales que tendían a facilitar la colusión por la vía de hacer más transparentes las políticas de precios aplicadas por los mayoristas, principalmente por los dos más grandes oferentes Ethyl y Du Pont. Estas prácticas eran tres: Anuncios anticipados de cambios de precios a compradores, precios uniformes de venta a lo largo del territorio y política de cliente más favorecido. Respecto a uso de la cláusula de CMF, los acusados señalaron que sus clientes demandaban este tipo de protección ante posible discriminación y que ellos simplemente accedían a incluir en los contratos tal solicitud de no-discriminación. Ethyl, por ejemplo,

---

<sup>13</sup> Este resultado ha sido formalizado en más detalle por los trabajos de O'Brien y Shaffer (1992) y MacAffe y Schwartz (1994)

<sup>14</sup> Según demuestra Cooper, en un escenario donde hay dos empresas siempre en equilibrio al menos una de ellas escoge la estrategia de CMF. Lo importante es que siempre las firmas sostendrán un nivel de precios más altos que el nivel Bertrand estático, que es el que obtendrían si ninguna adoptara tal cláusula.

<sup>15</sup> Ver Spector (2005)

empleaba la cláusula de CMF con anterioridad al ingreso de Du Pont, y la aplicaba como una forma de no poner en desventaja a clientes menores en comparación a las refinerías de mayor envergadura.

En una primera instancia, la FTC determinó que las prácticas en cuestión sí contribuían a la poca competitividad que presentaba el mercado. Dicha resolución fue apelada ante una corte distrital, la que revirtió el fallo de la FTC. A juicio de la corte el uso de la cláusula de CMF y de las otras prácticas, no necesariamente estaban dirigidas a reducir la competencia, y que ellas no eran inherentemente pro-clusivas, coercitivas, predatorias o restrictivas, es decir la corte optó por no prohibir per se la política de CMF.<sup>16</sup>

Es económicamente racional que los minoristas demanden una protección del tipo de CMF, como una forma de evitar estar en desventaja respecto a competidores que adquieran el insumo del mismo mayorista. Sin embargo a nivel agregado es posible que los minoristas estén mejor sin dicha cláusula, pues induce a los mayoristas a aplicar descuentos y en promedio a bajar el precio de los insumos. Si los minoristas poseen algún nivel de poder de mercado, podrían colectivamente capturar algunos de los beneficios de contar con insumos más baratos. En caso que tal segmento de la industria no sea capaz de retener rentas, los efectos de una cláusula de CMF se harán sentir en los consumidores finales. Se debe tener presente que a pesar de que tanto los mayoristas como minoristas estén de acuerdo con emplear la cláusula de CMF en sus transacciones, esto no la exime del escrutinio antimonopolios, pues pueden existir ineficiencias asignativas que se reflejarán en forma de precios más altos en el mercado final.

A pesar de que la teoría respalde el carácter anticompetitivo de las cláusulas de CMF, las cortes han sido reacias a declararlas como ilegales per se. Es posible que existan razones de eficiencia asociadas al uso de dichas cláusulas, que no han sido formalizadas por la literatura especializada. Motta (2004) señala que las condiciones de CMF pueden reducir los costos de transacción en la búsqueda de menores precios. También proveen un seguro a distribuidores adversos al riesgo, reduciendo por lo tanto sus costos de entrada a la industria. En el caso de contratos de largo plazo, tal cláusula puede proveer protección a ambas partes ante shocks inesperados que hagan variar los costos de proveer el producto en el futuro.

Es necesario hacer presente que es ingenuo pensar que las cláusulas de CMF favorecerán a los distribuidores de menor escala debido a que éstos gozarían también de los beneficios otorgados a los grandes compradores. Primero, por que la simple existencia de dicha cláusula inhibirá a los minoristas a exigir tratos favorable. Además, por las razones que hemos explicado, será más probable observar la existencia de la cláusula de CMF ya sea cuando un proveedor dominante desea asegurar su poder de mercado o cuando un distribuidor dominante la exige a sus proveedores. Los pequeños compradores no tienen poder de negociación para imponer tal condición de cliente más favorecido.

---

<sup>16</sup> Ver Hay (1994)

### 4.3 Elevar Costos del Rival

Una práctica de similar naturaleza a la de CMF pero con efectos anticompetitivos más evidentes, es la imposición de condiciones más favorables exigidas por minoristas con poder de mercado a los mayoristas. Si una empresa minorista es dominante y compite aguas abajo con un grupo de empresas de menor envergadura, puede exigir a un proveedor que el precio que ofrezca a los distribuidores pequeños sea mayor que el que él obtiene. El objetivo de esta condición es hacer menos competitivos a los competidores al imponerles que operen con un precio mayorista más alto. Dado que el beneficio del minorista con poder de mercado es decreciente en el precio mayorista que el percibe y creciente en el precio mayorista del competidor, existen claros incentivos a hacer menos competitivo a los rivales. Esta estrategia se conoce con el nombre de “Elevar el Costo de los Rivales” (Raising Rival Costs).<sup>17</sup>

El caso Toys R Us (1997) constituye un ejemplo de acción de un distribuidor sobre los proveedores para reducir la competencia enfrentada por minoristas entrantes. Toys R Us (TRU), el principal vendedor detallista de juguetes en los Estados Unidos, comenzó a enfrentar la competencia de tiendas de “bajo costo”, las cuales ofrecían a la venta los mismos juguetes que TRU, pero a menores precios, debido a que las tiendas de descuento operaban con menores márgenes. Como respuesta, TRU exigió a los fabricantes de juguetes que no abastecieran a dichos competidores a riesgo de no ser adquiridos por TRU. La intención de este distribuidor era evitar que la comparación entre artículos similares revelara que TRU no tenía los precios más bajos. Esta práctica, según estimó la FTC, tenía un propósito claramente anticompetitivo pues inducía a reducir a competencia en el segmento minorista, lo cual iría en claro detrimento de los consumidores finales.

Un elemento esencial del caso, es la dependencia de las tiendas de descuento de contar con juguetes de marca conocida, que eran los que predominantemente vendía TRU. Se estimaba que era improbable que los minoristas rivales de TRU, pudieran tener éxito en su negocio sin ofrecer dichos juguetes. Por otro lado, es pertinente preguntarse por qué los fabricantes de juguetes más reconocidos por el mercado, aceptaban las condiciones impuestas por TRU. Comanor y Rey (2000) proveen una explicación a este hecho señalando que los fabricantes son más dependientes del distribuidor dominante que éste último de los primeros. Es decir, los distribuidores tendrían mejor alternativas de marcas que los productores de encontrar canales de venta equivalentes. En este sentido los distribuidores de bajo costo no serían un sustituto equivalente de TRU para los fabricantes de juguetes. Según el modelo de Comanor y Rey (2000), la práctica de TRU equivaldría a un contrato de exclusividad entre el gran distribuidor y los actuales fabricantes. Ambos se benefician, los primeros pues evitan la competencia de las tiendas de descuento y los segundos de que TRU negocie con otros fabricantes. Esta estructura integrada sería capaz de extraer las rentas de la industria por la vía de excluir a competidores en ambos segmentos del mercado. Esto explica por qué los fabricantes actuaron conjuntamente en su negociación con TRU, razón por la cual fueron también sancionados por ser parte de un acuerdo horizontal contrario a la competencia.

### 4.4 Discriminación Como Mecanismo de Disuasión de Entrada.

Empresas mayoristas pueden emplear contratos discriminatorios hacia distribuidores como herramienta de exclusión de competidores. Para entender este fenómeno utilizaremos el modelo desarrollado por Rasmusen, Ramseyer y Wiley (1991). Consideremos una configuración de mercado donde inicialmente existe un mayorista único  $M_1$  y dos minoristas o distribuidores:  $D_1$  y  $D_2$ . La condición de monopolista, le permite a  $M_1$  extraer la renta monopólica del mercado final o minorista a través de contratos ofrecidos a ambos distribuidores.

Existe también un potencial entrante en el segmento mayorista a quien denominaremos  $M_2$ , el cual es más eficiente que  $M_1$ , de modo tal que si  $M_2$  logra ingresar, desplazará a  $M_1$  del mercado. Debido a la existencia de costos fijos irrecuperables, el entrante debe ser capaz de capturar una cierta cuota de mercado para que sea rentable su ingreso. En este caso supondremos que  $M_2$  debe vender a través de  $D_1$  y  $D_2$ , de lo contrario, no se produce la entrada y  $M_1$  sigue siendo el mayorista único.

El incumbente  $M_1$  sabiendo que la única forma de que sea exitoso el ingreso de  $M_2$  es que ambos acepten distribuir su producto, le bastará ofrecer un contrato ventajoso sólo a uno de los distribuidores para que la entrada sea bloqueada.

---

<sup>17</sup> Dicha denominación se debe a Salop y Scheffman (1983).

Cuadro 1

	D1 Aceptar	D1 Rechazar
D2: Aceptar	(11, 15)	(11, 10)
D2: Rechazar	(10, 15)	(14,14)

El cuadro 1 representa una situación estratégica donde  $M_1$  ofrece contratos de exclusividad a ambos distribuidores. Claramente ambos están mejor si rechazan simultáneamente la oferta de  $M_1$ , debido a que podrán ofrecer un producto superior. Sin embargo, tal situación no es factible, pues  $D_1$  preferirá aceptar el contrato ventajoso que le ofrece el incumbente. Dado que  $D_1$  aceptará, la mejor estrategia de  $D_2$  es aceptar también el contrato de exclusividad, a pesar de que no sea tan ventajoso como el ofrecido a  $D_1$ . En equilibrio, ambos aceptan la oferta de  $M_1$  y la entrada se bloquea.

El incumbente es exitoso en impedir el ingreso de un competidor más eficiente debido al problema de coordinación que existe entre los minoristas. Nótese que ambos, a nivel agregado, estarían mejor si se coordinan en rechazar la oferta de  $M_1$ , sin embargo la actuación individual los lleva a que elegir la aceptación del contrato les sea más favorable. El uso de contratos discriminatorios por parte de  $M_1$  permite exacerbar la falla de coordinación entre los distribuidores y por ende garantizar el bloqueo de la entrada.

¿Qué sucedería si no se le permite a  $M_1$  ofrecer contratos discriminatorios? En tal situación, el mayorista ofrece un contrato de exclusividad idéntico a cada distribuidor. Las estrategias a seguir por los minoristas en caso de contratos no discriminatorios, son las siguientes:

Cuadro 2

	D1 Aceptar	D1 Rechazar
D2: Aceptar	(12, 12)	(12, 10)
D2: Rechazar	(10, 12)	(14,14)

Según se aprecia, hay dos posibles equilibrios, uno en que ambos rechazan y otro en que ambos aceptan el contrato de exclusividad. Igualmente estamos en presencia de un problema de coordinación entre minoristas, pero a diferencia del caso discriminatorio no hay certeza absoluta que el resultado de las ofertas conduzca a la exclusión del entrante. Nótese que no es factible que  $M_1$  mejore las ofertas de exclusividad a los distribuidores respecto a lo que éstos obtendrían si ambos optan por rechazar, debido a que el entrante es más eficiente que el incumbente. En estricto rigor podría mejorar la oferta, pero sería sacrificando beneficios de corto plazo, lo cual correspondería a comportamiento predatorio.

El papel que cumplen los contratos discriminatorios, como los presentados en el cuadro 1, es que sin ser predatorios, concentran el premio a repartir entre los distribuidores en uno solo de ellos, lo cual sería suficiente para garantizar el bloqueo del entrante. No obstante, es posible que en el segundo caso también se observen en equilibrio tratos discriminatorios o distintos entre distribuidores si uno de ellos acepta y el

otro rechaza.<sup>18</sup> En este caso la discriminación sería contingente en la aceptación o no de exclusividad y no puramente arbitraria como en el escenario descrito en el cuadro 1.

En el modelo recién expuesto, la existencia de contratos discriminatorios entre distribuidores tiene por objeto evitar el ingreso de un competidor mayorista. Los minoristas pueden ser favorecidos o perjudicados con este tipo de tratos dependiendo de la estrategia perseguido por el mismo distribuidor y por el resto. La función jugada por la discriminación es hacer más factible la exclusión de un competidor por la vía de agravar el problema de coordinación entre compradores para que sea factible el ingreso del nuevo mayorista.

#### **4.5 Descuentos por Fidelidad**

Los descuentos por volumen de compra o los esquemas de fidelidad en general, conocidos también como “rebates”, pueden cumplir propósitos de exclusión de competidores, por la misma razón que se explicó en el caso de los contratos de exclusividad. A diferencia de este último tipo de contratos, los rebates no exigen al comprador una exclusividad en la elección del proveedor, pero sí dan claros incentivos al minorista a concentrar sus compras con una firma por la vía de descuentos o premios que obtiene el distribuidor. Por esta misma razón, también reducen las ventas y los beneficios de los competidores y pueden en última medida hacer no viable el ingreso al mercado, si hay costos fijos significativos que cubrir.

Existen diversos tipos de premios por fidelidad aplicados a los minoristas. El caso extremo es el de exclusividad, el cual fue expuesto al comienzo de la sección. El más empleado es el de tarifa en dos partes, donde según la magnitud de la compra, el mayorista cobra una tarifa fija más una variable de modo tal que el precio promedio mayorista percibido por el distribuidor es decreciente. Este tipo de tarificación no lineal tiene sus fundamentos en la discriminación de precios de segundo grado. Otras modalidades de descuentos se aplican no sobre el volumen absoluto de las ventas, sino que lo hacen sobre el porcentaje de ventas. Es decir, mientras mayor sea el porcentaje de las ventas totales que el minorista vende de una determinada marca, mayor es el premio que le otorga el proveedor de dicha marca. Existen formas más sofisticadas, en que los premios dependen por ejemplo del crecimiento en las ventas del minorista, o de la cantidad de distintos productos que el minorista compra del proveedor.<sup>19</sup>

Se menciona que los contratos que ofrecen descuentos serían discriminadores debido a que el mayorista cobra diferentes precios unitarios promedio (y también marginales) a distintos minoristas según su nivel de compra o de otra variable. Dado que en general los rebates premian a los compradores más importantes, éstos tendrían una ventaja respecto de sus competidores de menor escala en la venta minorista, debido a que gozarían de un menor precio por sus insumos.

El temor competitivo del uso de “rebates” por parte de empresas dominantes apunta más bien al riesgo de excluir competidores aguas arriba del mercado que a discriminar o dañar a las empresas minoristas que operan a menor escala. No es del interés de un mayorista con poder de mercado excluir o perjudicar a los minoristas pequeños, pues las mayoristas no se ven beneficiadas con la desaparición de canales alternativos de distribución minorista de sus productos. La discriminación de precios resultante del uso de “rebates” y que busca incentivar a los distribuidores a incrementar la compra de su marca en desmedro de competidores, puede sin duda dañar a los minoristas pequeños. Sin embargo, ello debe considerarse un efecto lateral de una acción destinada a otro propósito, la salida o no entrada de otros mayoristas.

Por tal razón, la evaluación de la bondad competitiva de esta práctica discriminatoria debe hacerse en función de lo probable que sea la exclusión de competidores aguas arriba, y no de si daña o induce la salida de empresas aguas abajo. Si se estima que los “rebates” finalmente no excluirán a competidores mayoristas, entonces no deben considerarse anticompetitivos a pesar de que algunos minoristas se vean perjudicados por ellos. Este análisis es también válido cuando la existencia de poder de mercado se halla a nivel minorista y son los grandes distribuidores los que imponen a los proveedores contratos ventajosos respecto a sus competidores aguas abajo del mercado. En este caso, el eventual propósito anticompetitivo

---

<sup>18</sup> El juego representado en el cuadro 2 tiene dos equilibrios de Nash en estrategias puras, pero también tiene un equilibrio en estrategias mixtas donde cada distribuidor elige cada una de sus dos estrategia con probabilidad 0,5.

<sup>19</sup> Esta última modalidad correspondería a una suerte de descuento por empaquetamiento.

sería excluir a dichos competidores en el segmento donde se hallan los operadores dominantes. Como es evidente, al momento de evaluar el impacto competitivo de contratos discriminatorios, se debe en primer lugar identificar el segmento donde se encuentran las empresas dominantes con poder suficiente para imponer tales cláusulas diferenciadoras y luego predecir el efecto esperado de dichas cláusulas en el segmento donde es probable que se produzca exclusión.

En Europa, la jurisprudencia ha sido estricta en cuanto a sancionar prácticas discriminatorias como los “rebates”. Se ha tendido a emplear una prohibición prácticamente per-se una vez que se cumplen requisitos de dominancia por parte de la firma que las aplica.

En el caso Hoffmann-La Roche (1979), la comisión empleó el criterio de que los descuentos por volumen aplicados por empresas consideradas como dominantes, tienen un carácter anticompetitivo a menos que los descuentos tengan un verdadero sustento en ahorros de costos por quienes los ofrecen. No se tuvieron en cuenta posibles motivaciones de eficiencia de los descuentos o si los competidores podían igualarlos, o si los descuentos podían ser finalmente beneficiosos para los consumidores. Similar aplicación de la ley se hizo en el caso *Michelin* (2003). En *British Airways vs. Virgin Atlantic Airways* (1999), la Comisión Europea sancionó a la primera aerolínea por el uso de un programa de fidelidad aplicado a los agentes de viajes en el Reino Unido. Dicho fallo fue confirmado luego por la Corte de Primera Instancia (CPI) de Europa. La Comisión señaló que el sistema de descuentos inducía a los agentes de viajes a favorecer en su recomendación a BA por sobre otras aerolíneas, lo cual tenía un claro efecto de exclusión de competidores. Según la CPI, el programa ofrecido por BA no era posible de ser imitado por sus competidores más cercanos como *Virgin Atlantic*.

La Comisión también hizo mención al carácter discriminatorio entre agentes de ventas del programa de fidelidad de BA, cuyo esquema de premios no estaba basado en el volumen de ventas por período sino en el desempeño comercial relativo a períodos anteriores. Así, agencias que mostraban igual volumen de ventas podían recibir distintas gratificaciones por parte de BA, lo cual fue considerado discriminatorio y anticompetitivo por la Comisión.

El carácter cercano a la ofensa per-se que tanto la Comisión como la CPI dan a los “rebates” aplicados por empresas dominantes, se refleja en la siguiente sentencia de la CPI respecto al caso BA/Virgin:<sup>20</sup>

*“Para los propósitos de establecer una infracción al artículo 82, no es necesario demostrar que el abuso en cuestión tuvo un efecto concreto en los mercados bajo análisis. Es suficiente demostrar al respecto que la conducta abusiva de la empresa en posición dominante tiende a restringir la competencia, o en otras palabras, que la conducta es capaz o probable de tener tal efecto en la competencia”*

La calificación de práctica anticompetitiva per-se otorgada a los “rebates” y solamente sujeta a condición de dominancia por quien la aplica ha sido cuestionada en círculos académicos. Gual et al (2005) critican que el enfoque empleado por la Comisión en sus fallos es esencialmente formal y no se analiza si la práctica produce o no algún efecto perjudicial para los consumidores finales. Dichos autores postulan un tratamiento caso a caso de los rebates, donde su evaluación competitiva se haga sobre la base de los probables efectos que éstos tengan en el mercado. Para lo cual se debe tomar en cuenta una serie de factores, como el tipo de descuentos que se aplican, la existencia de competidores a nivel mayorista, las posibles externalidades entre compradores que llevan a éstos a aceptar los rebates, etc.

En los Estados Unidos, el tratamiento que las cortes han dado al uso de los descuentos por fidelidad ha variado en el tiempo. En 1948, en el caso denominado como *Morton Salt*, la Corte Suprema consideró ilegal el esquema de precios unitarios decrecientes en el volumen de compra que la firma acusada aplicaba a sus compradores. La Corte estimó que los menores precios unitarios del insumo favorecían a los grandes distribuidores en perjuicio de los pequeños. Similar criterio se empleó en el caso *Borden*, donde los grandes distribuidores de leche de Chicago fijaban descuentos por volumen a sus compradores. En este caso la Corte no aceptó como válida la justificación de costos presentada por los acusados para fundamentar su sistema de descuentos.

Posteriormente decisiones han modificado el criterio inicial y han tendido a acoger la idea de que los descuentos por volumen de compra no serían anticompetitivos siempre que ellos no impliquen fijar

---

<sup>20</sup> Según es citado en Ehlermann y Ratliff (2005). La traducción es propia.

precios por debajo del costo. Dicho principio, establecido en el caso conocido como *Brooke Group*, desecha el criterio de ilegalidad per-se de la discriminación de precios a nivel de venta mayorista y le aplica un procedimiento de evaluación similar al utilizado para analizar precios predatorios. Es decir, la discriminación de precios, como potencial práctica anticompetitiva se estaría evaluando bajo el criterio de las prácticas excluyentes o monopolizadoras según lo establecido en la Sherman Act, artículo segundo.

En cuanto a los descuentos por compras empaquetadas, es decir aquellas que premian al minorista que adquiere más de un producto del proveedor, la evidencia es mixta. Por ejemplo en *Virgin Atlantic*, las cortes tanto de primera como de segunda instancia no encontraron ilegales los descuentos ofrecidos por la acusada –British Airways- debido a que la demandante no pudo demostrar debidamente el daño competitivo que producía el esquema de incentivos de la acusada. La aproximación empleada por las cortes de Estados Unidos, de analizar este tipo de discriminación bajo los criterios usualmente empleados para las prácticas monopolizadoras, donde se pone énfasis en el efecto en la competencia que produce la estrategia discriminadora, difiere del enfoque más formal que se utilizó en Europa para sancionar este mismo caso.

Un caso donde se falló en contra de los descuentos por empaquetamiento en los Estados Unidos es el de *Le Page vs. 3M* (2003). Esta última firma ofrecía a las grandes cadenas de distribución al detalle, descuentos por la compra de una amplia gama de productos, los cuales eran mayores si los compradores lograban ciertos volúmenes de compra en las categorías de producto definidas por 3M. La corte de primera instancia resolvió sancionar a la acusada, fallo que fue respaldado por la última instancia de apelación. Sin embargo, el principal argumento en que se basó la decisión fue el uso de empaquetamiento más que el carácter discriminatorio que envuelve dicha estrategia.<sup>21</sup>

## 5. Jurisprudencia en Chile

En Chile, las intervenciones de la autoridad antimonopolios en materias de discriminación hacia minoristas han ocurrido principalmente en el mercado de los medicamentos. Los dictámenes emitidos, por las comisiones antimonopolios han puesto restricciones a la forma en que se comercializan a nivel mayorista dichos productos, en particular en lo que ha políticas descuento se refiere.

La jurisprudencia se ha formado tanto en base a requerimientos hechos por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) como por acusaciones realizadas por los actores involucrados. En 1984 la Comisión Preventiva Central, dictaminó cuáles eran las condiciones que debían cumplirse en los contratos entre laboratorios y distribuidores de medicamentos.<sup>22</sup> Una de las motivaciones para reglamentar las condiciones de comercialización entre ambos segmentos –laboratorios y farmacias- era en palabras de la Comisión, terminar con lo *anárquico, irracional y confuso* del sistema de descuentos imperante en aquel tiempo. Para el organismo antimonopolio de entonces, el desorden imperante en las relaciones verticales era sinónimo de anticompetitivo.

En términos generales se estableció que no deben existir discriminaciones arbitrarias o no justificadas en los precios cobrados a las farmacias. Si bien se permite que existan descuentos asociados a los volúmenes de compra, éstos deben tener una estructura objetiva y no discriminatoria y además se limitan en magnitud, permitiéndose que éstos no excedan el 12%. En caso que se desee sobrepasar dicho límite, se debe consultar a la autoridad. Otro aspecto que se reglamenta son las ofertas especiales aplicadas por los laboratorios, las cuales deben ser formuladas por causas justificadas y mantenerse mientras las causas que las originan se mantengan vigentes. Finalmente se prohíben las ofertas que consideren ventas atadas.

En el 2001, la Comisión Resolutiva, actualizó las condiciones de comercialización a los laboratorios. Se exigió la obligatoriedad de mantener listados públicos de precios unitarios de venta a farmacias. En cuanto a los descuentos por volumen, los laboratorios deben especificar en forma concreta su política, haciendo pública la escala de descuentos que utilizan. Como forma de evitar que dicha medida sea transgredida, se exige que los laboratorios facturen la venta de productos y sus respectivas rebajas, separadamente de otros servicios como es el caso de las promociones. En el caso de las ofertas de carácter temporal, solamente se pide que se expliciten los precios y la duración de la misma. Esta resolución ha

---

<sup>21</sup> En este caso se aplica una presunción de ilegalidad al empaquetamiento y no a la discriminación, a pesar de que generalmente uno de los fines de las ventas empaquetadas es discriminar precios.

<sup>22</sup> Dictamen 436 de 1984 de la Comisión Preventiva Central.

sido fiscalizada por la FNE, lo que ha llevado a que diversos laboratorios sean sancionados por no cumplirla.<sup>23</sup>

Aparte de las acciones de iniciativa propia de la Fiscalía, ha existido una serie de denuncias por parte de empresas que se han considerado víctimas de prácticas discriminatorias. Los demandantes han sido en su mayoría pequeñas farmacias o sus asociaciones gremiales, quienes reclaman por los descuentos o condiciones de comercialización ventajosos que los laboratorios ofrecen a las grandes cadenas de farmacias en desmedro de los operadores de menor escala. Los pronunciamientos tanto de las comisiones como del TDLC han aplicado los siguientes criterios:

No se consideran los descuentos por volumen como anticompetitivos per se, si no que se exige que sean establecidos en bases objetivas, como por ejemplo por aprovechar mejor las economías de escala. Además deben ser públicos y aplicables a todos aquellos clientes que cumplan con los criterios establecidos objetivamente por el productor.

En principio no se ha requerido la justificación de costos como condición necesaria para aplicar descuentos por volumen, pero se ha puesto límite a la magnitud del descuento que se puede aplicar. Por ejemplo en el dictamen 877 de 1993 se establece que no se podrán aplicar descuentos superiores al 15% sin justificación previa ante la comisión preventiva.

Se ha rechazado también el empleo de cláusulas de cliente más favorecido, por considerarse atentatorias a la libre competencia. En una licitación llamada por la central de abastecimiento del sistema de salud, se objetó por anticompetitiva una cláusula de las bases que exigía a quien se adjudicaba la propuesta el no poder vender el mismo producto a otro comprador a un precio igual o menor al de adjudicación.<sup>24</sup> Si la empresa violaba dicho requerimiento, no se le permitía participar en futuras licitaciones.

La exigencia de publicidad de precios y esquemas de descuento aplicados por los laboratorios a las farmacias, persigue evitar que los minoristas de menor escala compitan en desventaja respecto a las grandes cadenas, que son quienes tienen poder para lograr menores precios mayoristas. Si bien tal medida puede ser violada, debido a que los contratos no son fácilmente observables, ésta provee una cierta protección a las pequeñas farmacias.<sup>25</sup>

Sin embargo, no es evidente que esta protección a dicho tipo de minoristas esté alineada con una mejora en el bienestar social. La opción de los organismos antimonopolios por hacer transparente y poner orden en el mercado mayorista en lo que a políticas de descuentos se refiere podría eventualmente inhibir a las grandes cadenas de implementar políticas comerciales más agresivas que se traduzcan en menores precios para los consumidores. Sin duda la justificación de la regulación en materia de tratos mayoristas que actualmente existe en el mercado farmacéutico es una materia que debe investigarse más a fondo.

Una materia complementaria a la anterior y que debe revisarse es la aplicación de las multas a quienes violen las disposiciones de las normativas actuales. En caso que se justifique económicamente regular los descuentos en las transacciones a nivel vertical, se debe evaluar si es más conveniente sancionar a quien ofrece el descuento ilegal, a quien lo acepta o a ambos. Un primer análisis nos puede indicar que dicha elección es irrelevante pues a pesar de que el poder de mercado se halle en el segmento de distribución, el multar al laboratorio de todas formas inhibirá que se materialice la transacción. Dicho riesgo de multa se traspasará de igual forma al segmento minorista en el momento en que las partes acuerden los descuentos.<sup>26</sup> Sin embargo, las diferencias en respaldo financiero o tamaño de la firma pueden afectar subjetivamente el monto de la sanción que apliquen los jueces.

---

<sup>23</sup> Cinco laboratorios fueron multados a partir de un requerimiento de la FNE. Ver sentencia 33/2005 del TDLC.

<sup>24</sup> Dictamen 643/1988 de la Comisión Preventiva Central.

<sup>25</sup> Teniendo la información del precio mayorista a público y el precio minorista observado de los rivales, las pequeñas farmacias pueden sustentar una denuncia por no cumplimiento de la normativa sobre condiciones de comercialización vertical de medicamentos.

<sup>26</sup> Si todo el poder de mercado está en el segmento de farmacias, estos establecimientos serán los reclamantes residuales de cualquier sanción que se les aplique a los laboratorios.

## 6. Conclusiones y Recomendaciones

En esta sección se entregan las principales conclusiones del estudio a la vez que se formulan recomendaciones respecto a las acciones a seguir en materia de libre competencia en casos donde se presenten contratos que contengan elementos discriminatorios entre diferentes empresas minoristas.

1. La jurisprudencia a nivel internacional ha tendido a ser dispar tanto a través del tiempo como entre jurisdicciones. En los Estados Unidos, si bien existe una ley específica sobre esta materia (la ley Robinson-Patman) su fiscalización en el último tiempo por parte de las agencia de competencia ha sido mínima. Los casos que envuelven prácticas discriminatorias se están analizando según los criterios aplicados a las prácticas denominadas monopolizadoras. En Europa por su parte, los últimos fallos han considerado a los descuentos por volumen sin justificación de costos, como una falta competitiva per se cuando la empresa que las aplica posee una posición dominante.

2. En Chile, la jurisprudencia ha tomado una posición similar a la de Europa, en cuanto a exigir una explicación racional y pro-competitiva a la aplicación de descuentos. Tampoco en la práctica se han permitido descuentos muy significativos, dejando en la parte acusada el peso de la prueba respecto a la justificación de los descuentos de gran magnitud.

3. La teoría económica señala que la discriminación de precios no siempre conduce a una reducción del bienestar de los consumidores y menos aún en un ambiente de competencia. Medidas que tiendan a homogeneizar los precios, no necesariamente evitarán que las empresas ejerzan su poder de mercado y más aún pueden terminar siendo perjudiciales para los consumidores, que es a quienes la acción antimonopolios debe principalmente proteger.

4. La existencia de contratos diferenciados, a nivel de relaciones verticales entre productores y distribuidores puede tener una motivación de excluir competidores. Sin embargo, la teoría también nos señala que dicha diferenciación puede tener efectos pro competitivos. Es por ello que se recomienda aplicar un criterio caso a caso para evaluar los posibles efectos competitivos de prácticas discriminatorias y no declararlas como ilegales per se. Para calificar a una práctica de anticompetitiva per se, ésta debe en la gran mayoría de los casos conducir a una reducción en el bienestar general. Según se ha analizado en este informe, las predicciones de la teoría son ambiguas respecto a los efectos competitivos de la discriminación de precios y existen no pocos casos en que prohibir la DP resultaría perjudicial para los consumidores finales.

5. No es recomendable que las agencias de competencia o entidades gubernamentales promuevan acuerdos de precios uniformes a nivel mayorista. Como hemos visto, existen diversos mecanismos por los cuales la competencia entre empresas se debilita cuando las firmas están forzadas a fijar precios uniformes a todos sus clientes. Una excepción a tal proposición sería la presencia de facilidades esenciales, en cuyo caso el precio debiera estar regulado por la autoridad. Del mismo modo, contratos verticales que contengan referencias a precios cobrados a competidores o bien a cantidades suministradas a aquéllos deben en principio considerarse como anticompetitivos. En caso que acuerdos de este tipo puedan tener alguna justificación pro-competitiva, queda en la parte requerida el peso de la prueba para demostrarlo.

Para juzgar debidamente la legalidad de las prácticas discriminatorias deben aplicarse los criterios y estándares que se emplean para el análisis de otras prácticas potencialmente monopolizadoras como son los contratos exclusivos o los precios predatorios. No es conveniente darle un carácter de ofensa per-se a la discriminación de precios, sino que debe aplicarse un enfoque caso a caso. En consecuencia, se debiera investigar si la práctica discriminatoria conduce o no la exclusión de rivales y que si dicha exclusión es o no negativa desde el punto de vista del bienestar económico. O bien, si no hay riesgo de exclusión, si la prácticas que involucran discriminación tienden a debilitar la competencia.

A continuación se presentan ciertas condiciones y se sugieren elementos a tener en cuenta al momento de evaluar una acusación sobre prácticas discriminatorias. En particular en el caso de descuentos por volumen de compra en sus distintas modalidades se puede establecer lo siguiente:

- Los descuentos que involucren ventas por debajo del costo deben ser analizados bajo los estándares aplicados a los precios predatorios.

- Los descuentos por volumen de compra tienen una diferencia con los descuentos basados en porcentaje de compras en lo que a implicancias competitivas se refiere. Es más probable que el primer caso induzca a la eficiencia pues lo que se premia es la mayor cantidad puesta en el mercado. Los del segundo tipo tienden a ser más excluyentes en el sentido que no sólo incentivan la compra de la empresa que los aplica sino que también premian la menor compra que se haga del competidor.
- Para analizar los efectos competitivos de descuentos supuestamente excluyentes, se debe entender cuál es la racionalidad de aplicar tal medida por parte de la o las firmas acusadas. Primero, hay que identificar en cuál segmento de la industria a nivel vertical las empresas poseen poder de mercado suficiente como para imponer contratos de tipo discriminatorio.
- Se debe también comprender por qué las partes afectadas aceptan contratos que les serían perjudiciales a ellos mismos y que le reducirían las opciones de canales alternativos ya sea de venta o de productos a ofrecer. Debe existir algún argumento de externalidad de contratos como los expuestos en la sección 4.3 para que la motivación anticompetitiva tenga sentido.
- El establecer si la firma que impone los descuentos tiene dominancia o no en el mercado relevante es informativo respecto a la probabilidad que la exclusión de competidores tenga éxito, debido al poder de mercado que gozaría ella. No obstante, la existencia de dominancia no debiera constituir per se una prueba de que los descuentos discriminatorios sean anticompetitivos. Por su parte, la ausencia de dominancia puede hacer muy improbable que la discriminación sea dañina para la competencia.
- Se debe también considerar las posibles razones de eficiencia asociadas al uso de los descuentos por volumen u otro tipo de contrato diferenciado entre empresas. La existencia de economías de escala, problemas de riesgo moral y doble marginalización e inversiones específicas pueden ser justificaciones válidas para aceptar esquemas de descuentos. Se debe eso sí exigir que el tipo de descuentos aplicados sea consistente con la explicación de eficiencia provista por la parte acusada.

## Bibliografía

- Bishop, S. (2005) "Delivering benefits to consumers or per se illegal? Assessing the competitive effects of loyalty rebates." Swedish Competition Authority
- Boiteux, M (1956) "Sur la Gestion de Monopoles Publics Astreints a l'Equilibre Budgetarie." *Econometrica*, 24 22-40.
- Comanor, W. y P. Rey (2000) "Vertical Restraints and the Market Power of Large Distributors" *Review of Industrial Organization* 17: 135-153.
- Cooper, T (1986) "Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion." *RAND Journal of Economics*, Vol. 17, 377-88.
- Dobson, P., and M. Waterson (2005): "Chain-Store Pricing Across Local Markets," *Journal of Economics and Management Strategy*, 14(1), 93—119
- Elhermann, C. y J. Ratliff (2005) "Mario Monti's Legacy for Competition Policy in Article 82" *Competition Policy International Spring*, Vol 1.
- Gual, J., M. Hellwig, A. Perrot, M. Polo, P. Rey, K. Schmidt y R. Stenbacka (2005) "An Economic approach to Article 82" Report Prepared for the European Commission.
- Hay, G (1994) "Facilitating Practices: the Ethyl Case (1984)" *The Antitrust Revolution*. Kwoka, J. E. y L. J. White, Harper Collins.
- Hart, O. y J Tirole (1990) "Vertical Integration and Market Foreclosure" *Brooking Papers on Economic Activity*. Microeconomics. 205 - 286
- Hovenkamp, H (1999) "Federal Antitrust Policy" West Group.
- Kobayashi, B (2005) "The Economics of Loyalty Discounts an Antitrust Law in the United States" *Competition Policy International*
- Laffont, J. J y J. Tirole (2000) *Competition in Telecommunications* MIT Press
- McAfee, P. (2007) "Price Discrimination" *In Issues Competition Law and Policy*
- McAfee, P y M. Schwartz (1994) "Opportunism in multilateral vertical contracting: nondiscrimination, exclusivity, and uniformity" *American Economic Review* 84 210-230
- Motta, M. (2004) "The Theory of Competition Policy" *Cambridge University Press*
- O'Brien, D. y G. Shaffer (1992) "Vertical control with bilateral contracts" *RAND Journal of Economics* 23 299 -308.
- Rey, P. y J. Tirole (2004) "A Premier in Foreclosure" IDEI Working Paper
- Rey, P. y J. Tirole (200) "Quelles Regulations pour le Commerce" Rapport du Conseil de Analyse Economique N° 29.
- Rasmusen, E., J. Ramseyer y J. Wiley (1991) "Naked Exclusion" *American Economic Review*, vol. 81(5), pages 1137-45.
- Salop, D. y S. Scheffman (1983) "Raising Rivals Costs" *American Economic Review*, vol. 73 (2), pages 267-71.
- Scherer, F y D. Ross (1980) "Industrial Market Structure and Economic Performance" Houghton Mifflin, 3rd edition

Spector, D. (2005) "The Strategic Uses of Price Discrimination" Swedish Competition Authority

Tirole (1988) "The Theory of Industrial Organization" MIT Press