

REVISTA DE DERECHO ECONOMICO

**VALIDEZ DE
LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES
DE NO COMPETIR**

PAULO MONTT RETTIG

VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DE NO COMPETIR

PAULO MONTT RETTIG*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los pilares fundamentales de lo que denominamos orden público económico es la libertad de empresa o, usando los términos del artículo 19 N°21 de la Constitución, el derecho de todas las personas - normalmente organizadas al efecto como empresa, de ahí la denominación utilizada - para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Tal derecho involucra, en primer lugar, un componente activo para su titular, que consiste precisamente en la posibilidad de éste de desarrollar una actividad económica o lucrativa lícita, en la medida que se ajuste al ordenamiento jurídico que regula a esa actividad. En este sentido, puede decirse que dicho derecho consiste en un poder o potestad, ya que permite a su titular actuar de una manera u otra, o simplemente no actuar. Al mismo tiempo dicha garantía contiene un aspecto negativo o prohibición que afecta a los demás, ya que ninguna persona - ni siquiera el Estado - puede prohibir o entorpecer el desarrollo de tal actividad. En este sentido, el mencionado derecho involucra también una inmunidad, ya que su titular puede legítimamente oponerse a las intervenciones de terceros que menoscaben tal derecho.

Uno de los principales textos legales que dotan de contenido práctico a la garantía constitucional referida es el Decreto Ley N°2111 (D.L. 2111) que establece las normas sobre defensa de la libre competencia, las cuales tienen por finalidad asegurar una efectiva competencia en los mercados, de modo que que los bienes sean producidos y asignados de la manera más

* Abogado Universidad de Chile. LL. M. in Competition Law, University College London. Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

eficiente posible, logrando así el bienestar de todos los consumidores. Dichas normas constituyen una importante garantía para los partícipes de cada mercado, ya que mediante ellas se les permite actuar dentro de un marco en el cual la competencia no se vea impedida, restringida o entorpecida. Pero el D.L. 211 es a la vez un límite a los agentes económicos, ya que éstos deben someter el desarrollo de sus actividades a las normas que protegen la libre competencia y que sancionan las conductas anticompetitivas.

Efectivamente, el artículo 3° del D.L. 211 sanciona todo "hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos"¹, englobando así tanto a los actos materiales como jurídicos y, dentro de éstos, a los contratos. Atendido que la competencia supone libertad de actuar en el mercado, el ordenamiento jurídico evita los actos o contratos que limitan o restringen esa libertad, ya que a través de ellos los actores sustituyen la actuación global del mercado por la voluntad de sólo algunos integrantes del mismo².

De esta forma, las partes de un contrato no pueden pactar condiciones contrarias a la libre competencia, ni aun bajo el pretexto de sostener que tales acuerdos sólo a ellas interesan. En efecto, las normas del D.L. 211 son de orden público y por ende constituyen un límite a la autonomía o libertad contractual, de manera que un contrato cuyas cláusulas son atentatorias a la libre competencia queda comprendido dentro de los "actos" contrarios a la libre competencia a que se refiere el citado artículo 3° del D.L. 211.

1 Desde muy temprano la jurisprudencia chilena ha establecido que para que se produzca un atentado contra la libre competencia, en principio, no es necesario que la conducta infractora haya tenido un efecto práctico, sino que será suficiente que dicha conducta objetivamente sea idónea para producir tales efectos. Véanse al efecto las Resoluciones N°56 (17 de enero de 1979) y N°60 (16 de mayo de 1979), ambas de la Comisión Resolutiva.

2 En este sentido, se ha señalado que "las concertaciones entre empresas con un objeto o efecto lesivo para la competencia constituyen un grave atentado contra ésta, toda vez que por esta vía las empresas sustituyen la actuación autónoma en el mercado tratando de obtener el éxito económico en base a la bondad de sus prestaciones, por una actuación coordinada en la que los incentivos para la captación de clientes se ven reducidos, en perjuicio de éstos y de la eficiencia del sistema en general" (ILLESCAS, Rafael, El Campo de Aplicación del Derecho de la Competencia: pluralidad de perspectivas. En: BENEYTO P., José María (Director) y MAILLO G., Jerónimo (Coordinador), "Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España". Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2005, pág. 174).

Lo anterior incluso significa que un agente económico no podría limitar su propia participación en el mercado a favor de otro, en la medida que ese pacto afecte la competencia dentro del mercado respectivo. Dicho pacto sería contrario a la libre competencia y susceptible de ser modificado o terminado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), el cual además podría imponer una sanción a las partes que lo acordaron, conforme a lo establecido por el artículo 26 del D.L. 2113.

Sin embargo, en la práctica es frecuente encontrar acuerdos mediante los cuales los distintos actores del mercado limitan su propia autonomía y se obligan a no competir entre sí. Los siguientes ejemplos hipotéticos sirven para ilustrar lo señalado:

- (i) La empresa A fabrica ropa y equipos especiales para practicar montañismo y celebra un contrato de distribución con B, mediante el cual B es designado como el distribuidor oficial de los productos de A en el territorio nacional. En el mismo contrato A se compromete a no vender - por sí ni a través de terceros - sus productos en la zona asignada a B, y B a su vez se obliga a no vender ropa o artículos de montaña de otras marcas que compitan con los productos de A.
- (ii) La empresa X fabrica jugos naturales y los provee a los principales supermercados y restaurantes del país. Dado el éxito del negocio, una importante empresa productora de alimentos decide comprar todos los activos a los dueños de X, pero lo cual las partes celebran un contrato de compraventa. En dicho contrato los dueños de X se comprometen a no incursionar en el negocio de los jugos naturales

3 El TDLC ha establecido en forma clara que, mientras exista un interés público comprometido, las partes no son libres para realizar actos que puedan atentar contra la libre competencia. En este sentido, el TDLC incluso ha fallado que la renuncia a las acciones judiciales es inválida si existe un interés público comprometido. Véase, por ejemplo, la resolución de fecha 13 de diciembre de 2007, mediante la cual el TDLC rechazó el desistimiento de una demanda presentada por Transportes Delfos Ltda. en contra de SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A., Sociedad Concesionaria, Empresa de Transportes Rurales S.A. (Tur Bus) y Transportes Centro Puerto Ltda. (autos Rol N°86-2006). El fundamento del rechazo del TDLC fue, precisamente, que "existe un interés público comprometido en los asuntos de que conoce este Tribunal, que corresponde resguardar tanto a éste como a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones".

y a no tener negociaciones ni ningún tipo de contacto comercial con los anteriores clientes de X durante un determinado plazo.

- (iii) La empresa P es líder mundial en la fabricación de comida rápida y le otorga a Q una franquicia para instalar una serie de locales dentro de las principales regiones del país. La franquicia incluye el uso de la marca y el traspaso de todos los conocimientos técnicos para preparar y servir la comida de acuerdo a los estándares requeridos por P. Como contrapartida de la franquicia, Q se obliga a pagar a P un porcentaje de las ventas, a no vender ningún otro tipo de comida rápida dentro de cada zona asignada y a no abrir locales de venta de los productos objeto del contrato sin el consentimiento de P.

Si se observa con atención los ejemplos anteriores, todos tienen un elemento en común, que consiste en que las partes se obligan a no competir entre sí. Es decir, en el respectivo contrato las partes pactan una obligación de no competir.

Al analizar dichos ejemplos de inmediato surge la pregunta acerca de la validez de tales acuerdos, es decir, si son o no contrarios a las normas de defensa de la libre competencia. En otras palabras, si el D.L. 211 tiene por objeto que exista una competencia efectiva en los mercados y que los distintos agentes no limiten dicha competencia, ¿es lícito pactar condiciones mediante las cuales una de las partes de un contrato se obliga a favor de la otra a no competir dentro del mercado en cuestión? O dicho de otra forma, ¿pueden existir acuerdos que establezcan obligaciones de no competir y que, al mismo tiempo, no sean contrarios a la libre competencia o incluso la favorezcan?

Esa es la pregunta que se intenta responder en este trabajo. Para ello analizaré ciertos casos particulares en que se han pactado cláusulas de no competir, los cuales han sido conocidos con cierta frecuencia por las autoridades antimonopolios de nuestro país. A partir de tales casos, todos los cuales tienen como elemento común el hecho que una parte limita su libertad empresarial a favor de la otra, trataré de extraer ciertas conclusiones en cuanto a si es o no lícito pactar cláusulas contractuales de no competir. En caso afirmativo, intentaré establecer bajo qué térmi-

nos dichos acuerdos serían lícitos, es decir, si existen límites a las cláusulas de no competir.

Cabe destacar que el presente trabajo se refiere exclusivamente a las obligaciones de no competir cuya fuente es contractual, es decir, que emanan de un acuerdo entre dos o más partes. De acuerdo a ello, bajo la denominación cláusulas contractuales de no competir, me referiré a toda clase de acuerdos mediante los cuales una parte se obliga directa o indirectamente para con la otra a no producir, comprar, vender o revender bienes - o prestar servicios - que compitan con aquellos bienes - o servicios - objeto de un contrato celebrado entre las mismas partes, dentro de un mercado determinado.

2. CASOS MÁS FRECUENTES DE CLÁUSULAS DE NO COMPETIR

a) *Distribución exclusiva*

Una de las principales decisiones que debe adoptar un productor o fabricante se refiere a la forma en que hará llegar sus productos al consumidor final. De poco o nada sirve contar con un excelente producto si el consumidor no tiene un buen acceso al mismo, por lo que un adecuado canal de distribución o comercialización resulta indispensable para todo productor. A fin de lograr este objetivo, el productor tiene principalmente dos alternativas: (i) la venta directa al público, sin recurrir a ninguna clase de intermediarios, utilizando personal dependiente e instalando sus propios locales de venta, es decir, mediante capital propio; y (ii) utilizar alguno de los canales de distribución a través de terceros que cuentan con un capital organizado en forma independiente del fabricante, llámeseles distribuidores, concesionarios, agentes, representantes, comisionistas, etc.⁴

Pues bien, tal como se adelantó en uno de los ejemplos mencionados en la introducción, es usual que en los distintos contratos de distribución

4 Sobre los distintos canales de comercialización a través de terceros véase FARINA, Juan M., "Contratos Comerciales Modernos", Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993; MARTORELL, Ernesto E., "Tratado de los Contratos de Empresa", Tomo III, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1997; y MARZORATI, Osvaldo J., "Sistemas de Distribución Comercial", Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996. En Chile PUELMA A., Álvaro, "Contratación Comercial Moderna", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

se pacte exclusividad entre el productor o fabricante y el distribuidor⁵. Dicha exclusividad normalmente opera en ambos sentidos, por lo que afecta tanto al productor como al distribuidor. En efecto, por una parte, es frecuente que el fabricante se comprometa a respetar la zona de exclusividad del distribuidor y se obligue a no comercializar bienes por sí o por terceros dentro de dicha zona. A su vez, el distribuidor puede comprometerse a no vender bienes que compitan con los del productor y a no instalarse en zonas reservadas a otros distribuidores⁶.

En relación con lo anterior se han presentado distintos cuestionamientos desde la perspectiva de la legislación antimonopolios, referidos principalmente a la validez de las cláusulas de exclusividad y de los eventuales beneficios que se otorgan al distribuidor y no a terceros. Con respecto al primer punto, que es lo que nos preocupa en este trabajo, con anterioridad a la modificación del D.L. 211 introducida por la Ley N° 19.911⁷ era necesario distinguir entre dos situaciones:

- (i) distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores. Es decir, distintos fabricantes encargaban la distribución del mismo producto a un solo distribuidor;
y
- (ii) distribución de artículos de un productor por parte de un solo distribuidor o un número limitado de distribuidores⁸.

5 Dado que no es el objetivo de este trabajo establecer las diferencias entre cada una de las formas de comercialización, los términos "distribuidor" y "contrato de distribución" se utilizan en un sentido genérico, es decir, referidos a todos los mecanismos de comercialización a través de terceros.

6 En el derecho comparado usualmente se distingue entre *exclusive dealing* o *single branding* -el distribuidor adquiere los productos exclusivamente de un productor- y *exclusive distributors-hip* o *sole outlet* -el productor designa a un distribuidor "exclusivo" para una zona geográfica o un grupo determinado de clientes, pero al distribuidor no se le impide adquirir bienes producidos por otros fabricantes- (véase, por ejemplo, ELHAUGE, Einer y GERADIN, Damien, "Global Competition Law and Economics", Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pág. 650). En el primer caso la "exclusividad" beneficia al productor, mientras que en el segundo es el distribuidor quien sale beneficiado. Para efectos de este artículo la expresión "distribución exclusiva" se utiliza en ambos sentidos.

7 Publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de noviembre de 2003.

8 Si bien en ambas situaciones existe exclusividad entre el productor y el distribuidor, el primer caso (un solo distribuidor) se conoce más específicamente como distribución exclusiva y el segundo caso (número limitado de distribuidores seleccionados de acuerdo a criterios pre-

De acuerdo con la letra c) del antiguo artículo 2º del D.L. 211, la primera forma de distribución era per se contraria a la libre competencia, por lo que no resultaba legítimo conceder la exclusividad a un solo distribuidor por parte de distintos productores de un mismo bien⁹. Por ende, cualquier acuerdo mediante el cual tales productores se obligasen a no competir - por sí o a través de otros distribuidores - con el distribuidor común, era considerado en sí mismo contrario a la libre competencia. Probablemente, el fundamento de dicha norma era evitar las prácticas colusorias entre los distintos fabricantes que competían por las ventas de un mismo producto.

En relación con la segunda modalidad de distribución exclusiva - distribución de bienes de un solo productor - originalmente fue aceptada sólo en la medida que el distribuidor actuase como mandatario, esto es, por cuenta y riesgo del fabricante. En este caso, la exclusividad era una de las condiciones que las partes podían pactar e incluso resultaba lícito asignar zonas de mercado al distribuidor mandatario. La única limitación a la exclusividad consistía en que el fabricante no podía prohibir a su mandatario vender otros productos, aunque fuesen similares (no idénticos) a los suyos. Es decir, en caso de pactarse un sistema de distribución exclusiva, el productor debía respetar la calidad de distribuidor exclusivo (lo que le impedía usar un canal distinto para comercializar sus bienes dentro de la zona del distribuidor), pero a su vez no podía impedir al distribuidor que compitiera con productos similares propios o de terceros. Sólo era válida la obligación de no competir por parte del distribuidor mandatario en

viamente establecidos) se denomina distribución selectiva. En la distribución selectiva -que normalmente involucra bienes suntuarios o con fuerte valoración de la marca- lo esencial es que el productor limita a quiénes se puede vender los productos, por lo que los distribuidores sólo están autorizados para venderlos al público en general o a otros distribuidores autorizados, pero no a distribuidores no autorizados. En este tipo de distribución la competencia normalmente opera en base a factores distintos al precio.

- 9 Dicho artículo tipificaba explícitamente como "hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes: ... c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o asignación de zonas de mercado o la distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores". Véase en este sentido la Resolución N°247, de fecha 15 de enero de 1987.

la medida que éste comercializase bienes idénticos a los del fabricante¹⁰. Como puede observarse, la exclusividad se miraba más bien como un beneficio para el distribuidor que para el productor, ya que el ámbito en que éste podía beneficiarse legítimamente de tal exclusividad era más restringido.

Si el distribuidor operaba como revendedor, organizando su negocio por su propia cuenta y riesgo, no era lícito pactar exclusividad y el productor estaba obligado a vender a cualquier tercero interesado que se encontrara en la misma situación, ya que de lo contrario incurría en negativa de venta¹¹. Es decir, siguiendo la jurisprudencia inicial, la exclusividad era siempre ilícita si el distribuidor compraba los bienes al fabricante para luego revenderlos al público. No era válido entonces, bajo ninguna circunstancia, limitar recíprocamente la autonomía de las partes por medio de cláusulas de exclusividad, por lo que las partes no podían obligarse a no competir entre sí.

Dicha distinción entre distribuidor mandatario y distribuidor revendedor fue luego abandonada por las autoridades antimonopolios, principalmente a través de distintos dictámenes de la hoy desaparecida Comisión Preventiva Central. Es así como se llegó a establecer que, más allá de la forma jurídica empleada para comercializar productos a través de terceros, lo esencial era que el sistema de distribución funcionara dentro de un mercado competitivo¹². En cuanto a la exclusividad, así como el otor-

10 Véase el Dictamen N°24/72 de la Comisión Preventiva Central, de fecha 7 de junio de 1974.

11 Así lo estableció, por ejemplo, la Resolución N°30 de la Comisión Resolutiva, dictada el 15 de junio de 1977: "Que, asimismo, esta Comisión estima que la conducta de la denunciada fue objetivamente contraria a la libre competencia y a las disposiciones del Decreto Ley N°211, de 1973, porque si un fabricante o proveedor no encomienda su distribución por mandato a uno o más distribuidores propiamente tales, y vende a terceros, debe vender a todos los que se interesen por comprarle, en iguales condiciones" (considerando 4°). Más adelante se señala: "Que la distribución exclusiva que la ley acepta es diferente de la que pretende justificar Indalum. La primera emana de un contrato en virtud del cual el distribuidor representa al mandante y, por cuenta de éste, vende a terceros. En cambio, la venta restringida a un solo comprador, o a unos pocos, no es 'distribución exclusiva', sino venta exclusiva, limitada o restringida, que importa, simultáneamente, negativa de venta a todo otro interesado" (considerando 10°). Ver también el Dictamen N°618/1145 de la Comisión Preventiva Central, de fecha 25 de septiembre de 1987.

12 Véanse al efecto los Dictámenes N°s 808/443 (11 de junio de 1992) y 833/993 (6 de noviembre de 1992), ambos de la Comisión Preventiva Central.

gamiento de un trato más beneficioso al distribuidor exclusivo, pasaron a ser elementos aceptados como legítima contrapartida a las especiales obligaciones que asumía el distribuidor a favor del fabricante.

No cabe duda que el cambio jurisprudencial¹³ ha sido acertado, ello por varios motivos. En primer lugar, porque fue un cambio deliberado y consciente, en el cual las autoridades antimonopolios expresamente se hicieron cargo de la jurisprudencia anterior y dieron las razones suficientes para justificar dicho cambio. En este sentido, resulta particularmente interesante lo resuelto en el Dictamen N°808/443, de la Comisión Preventiva Central, que se refiere a la jurisprudencia entonces vigente (que distinguía entre distribución por mandato y por compraventa):

"ESTA JURISPRUDENCIA, A JUICIO DE ESTA COMISIÓN, SUSTENTADA DESDE LOS PRIMEROS AÑOS DE DICTACIÓN DEL DECRETO LEY N°211, DE 1973, FUE VÁLIDA EN SU TIEMPO Y NECESARIA, PUES ESTUVO LLAMADA A REGIR SITUACIONES PRODUCIDAS EN MERCADOS MUY POCO COMPETITIVOS O QUE RECIÉN SE ESTABAN ABRIENDO A LA COMPETENCIA.

ACTUALMENTE, EN CAMBIO, DEBERÍA CIRCUNSCRIBIRSE SÓLO PARA LOS CASOS EN QUE NO EXISTA COMPETENCIA O BIENES ALTERNATIVOS QUE PERMITAN SATISFACER LA MISMA NECESIDAD Y NO PARA LAS SITUACIONES EN QUE LA COMPETENCIA SE EFECTÚA ENTRE MARCAS."

Además de lo anterior, concuerdo con el hecho de que la forma jurídica es irrelevante para determinar si la exclusividad es o no contraria a la libre competencia. El tipo de contrato de distribución que se celebre puede ser relevante desde el punto de vista civil, pero carece de importancia desde la perspectiva de la libre competencia¹⁴. Cabe destacar que la dis-

13 Cabe destacar que ya en 1977, a partir del caso *Sylvania*, la Corte Suprema de Estados Unidos había dejado de considerar las restricciones verticales como *per se* contrarias a la libre competencia en el caso de distribuidores-revendedores, analizando dichas restricciones bajo la *rule of reason* (véase *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977)). Con anterioridad al caso *Sylvania* los tribunales estadounidenses consideraban que las restricciones verticales a los distribuidores-revendedores eran *per se* contrarias a la libre competencia (véase, por ejemplo, *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911) y *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967)). Dicha distinción formal entre ambos tipos de distribuidores probablemente influyó en nuestras autoridades, las cuales en su momento adoptaron el mismo criterio de los tribunales estadounidenses.

14 La distinción entre un distribuidor que actúa como mandatario o como revendedor podría tener también importancia por el hecho de que, en caso de actuar por cuenta y riesgo del principal, es éste y no el distribuidor quien asume el riesgo del negocio. Por lo mismo, no

tinción efectuada por nuestra jurisprudencia inicial era netamente formal y dejaba de lado los casos más relevantes en materia de distribución, es decir, cuando el distribuidor actuaba por cuenta propia y no como un mero mandatario. Dicho cambio jurisprudencial permitió, entonces, validar sistemas de distribución que tenían una mayor relevancia práctica.

Si bien el antiguo artículo 2° del D.L. 211 fue sustituido con la dictación de la Ley N°19.911, estimo que el criterio jurisprudencial establecido para las cláusulas de exclusividad en los contratos de distribución - que no hace distinción entre la forma jurídica del contrato de distribución - no debiera sufrir modificaciones, tal como aparentemente lo ha estimado el TDLC en un caso reciente¹⁵. Asimismo, creo que hoy dicho criterio debiera aplicarse también a la distribución por una persona de artículos de distintos productores, ya que dicha figura - anteriormente prohibida - dejó de estar tipificada como per se contraria a la libre competencia al modificarse el mencionado artículo 2°. Aparte de esta razón de texto, es necesario considerar que si lo fundamental es que el mercado relevante sea competitivo, no existe ningún motivo para mantener la distinción entre un distribuidor exclusivo de uno o de varios productores. De esta manera, independientemente de la forma jurídica, un acuerdo de exclusividad entre un solo distribuidor y varios productores de un mismo bien debiera ser objeto de un análisis caso a caso, que considere tanto los riesgos anticompetitivos del acuerdo como los efectos pro competitivos del mismo.

Un acuerdo de tal naturaleza sería razonable, por ejemplo, en el caso de empresas pequeñas o medianas que por razones de costos no pueden

existiría verdadera autonomía por parte del distribuidor y, en realidad, podría discutirse la existencia misma de un "acuerdo" de exclusividad propiamente tal, ya que es el fabricante quien realmente actúa. Por tanto, si en un caso concurren los requisitos para estimar que existe una conducta contraria a la libre competencia, podría sostenerse que lo que se debería sancionar no es una "convención" propiamente tal, sino que el sistema de comercialización del fabricante, es decir, un "acto" unilateral de parte de éste, según los términos del artículo 3° del D.L. 211. La misma cuestión podría presentarse en caso de que el distribuidor exclusivo, pese a actuar formalmente por cuenta y riesgo propios, sea una empresa totalmente controlada por el fabricante.

15 Ver Resolución N°16, de fecha 17 de agosto de 2006, referida a un contrato que otorgaba a una empresa la distribución exclusiva de productos bajo una determinada marca (ExxonMobil). En este caso el TDLC no hizo ninguna distinción en cuanto a la calidad en que actuaba el distribuidor.

contar con una red de distribución propia, para lo cual se unen a fin de que los costos fijos sean repartidos entre sí de manera eficiente y así competir con las empresas más grandes del mercado que gozan de una ventaja competitiva en razón de su tamaño. También podría ser el caso de empresas que deseen penetrar un nuevo mercado y esta estructura de distribución conjunta sea indispensable para entrar en forma competitiva, mientras no se cuente con un sistema de distribución propio. En este caso resultaría válido un sistema de comercialización conjunto a través de un distribuidor exclusivo, al menos mientras dicho acuerdo sea indispensable para su fin perseguido¹⁶.

Como puede apreciarse, luego de la referida modificación del artículo 2° del D.L. 211, puede ser perfectamente posible que un distribuidor se obligue para con varios productores a comercializar exclusivamente los bienes de éstos. Con mayor razón, entonces, puede ser posible pactar un sistema de distribución exclusiva entre un solo fabricante y un distribuidor. Es decir, en principio no hay ningún inconveniente para pactar una cláusula de exclusividad mediante la cual el productor y el distribuidor se obliguen recíprocamente a no competir entre sí.

De esta forma, en cualquier caso, el punto de partida consiste en determinar si el mercado relevante es lo suficientemente competitivo para admitir un distribuidor exclusivo por parte de uno o más fabricantes de un determinado bien, tal como lo estableció la jurisprudencia citada anteriormente.

16 Ahora bien, un acuerdo de varios productores para comercializar sus bienes a través de un distribuidor exclusivo no sería válido si es utilizado para fijar los precios mínimos de venta al distribuidor; para atar las ventas a establecimientos comerciales que sólo estarían dispuestos a comprar bienes de algunos de esos fabricantes, o si éstos acordasen no vender a determinados comerciantes. Lo mismo podría ocurrir en caso de que el acuerdo aumente considerablemente los riesgos de colusión entre los productores, atendidas las demás circunstancias del caso. Cualquier acuerdo colusorio en este sentido (o que presente serios riesgos de colusión) sería contrario a la libre competencia. Además, parece razonable que cada productor debiera ser libre para utilizar un canal distinto de distribución sin sufrir represalias, por lo que cualquier limitación en este sentido en principio no sería válida. De esta forma, el hecho de haberse eliminado la anterior figura del artículo 2°, letra c), del D.L. 211, no implica estimar como válido cualquier contrato en que se acuerde la distribución por una persona de artículos de distintos productores. Simplemente, debe efectuarse un análisis caso a caso en lugar de estimar tales contratos como *per se* contrarios a la libre competencia.

Sobre esta materia cabe señalar que el actual artículo 3° del D.L. 211 no sanciona per se una cláusula de exclusividad, sino sólo en la medida que ella *"impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos"*. Y según la jurisprudencia señalada, en el caso de mercados competitivos la exclusividad debiera considerarse legítima, ya que en tal situación no resultaría posible para el fabricante o el distribuidor ejercer un poder de mercado del cual carecen. Por tanto, las partes serían libres para limitar su propia autonomía y así pactar cláusulas que - bajo la forma de exclusividad - impliquen no competir en un mercado determinado.

Estimo que en el caso de la distribución exclusiva una cláusula de no competir no es ni debe ser considerada en sí misma contraria a la libre competencia, ya que para ello no es suficiente que los distintos actores limiten su propia libertad de actuar en el mercado; además se deben producir (o tender a producir) efectos anticompetitivos, lo que debe ser acreditado por la parte que impugna la respectiva cláusula. Por tanto, para determinar si una cláusula de no competir es o no contraria a la libre competencia, debe analizarse tanto la estructura del mercado como los efectos de dicha cláusula, y muy particularmente las eficiencias creadas por la misma, tal como fue reconocido por la Corte Suprema de Estados Unidos en el ya referido caso *Sylvania*. En este contexto, debe analizarse el número de oferentes y demandantes, la participación de mercado de los mismos, la existencia de barreras de entrada, así como de otros canales de distribución actuales o potenciales, los riesgos de colusión o de exclusión de competidores que genera la cláusula de no competir, las inversiones efectuadas por las partes y la posibilidad de que se efectúen sin que exista la obligación de no competir; la posibilidad de contar con nuevos productos o tecnologías, la posibilidad de penetrar un mercado donde las partes no están presentes en la actualidad, los ahorros de costos y eventuales menores precios, entre otros.

En cuanto a la prueba, lo más apropiado es que la parte que impugna la cláusula de no competir en el contexto de un contrato de distribución exclusiva -el demandante o la Fiscalía Nacional Económica- tenga la carga de la prueba respecto de los efectos anticompetitivos de la cláusula, para lo cual además se debiera acreditar que quienes se benefician de ella gozan de poder de mercado (sin poder de mercado difícilmente

se producirán efectos anticompetitivos). Dichos efectos, en caso de ser acreditados, deben ser sopesados con los efectos pro competitivos de la referida cláusula. Dado que lo normal es que el efecto de este tipo de cláusulas sea pro competitivo -salvo que el contrato en el cual ellas se enmarcan tenga en sí mismo un objeto anticompetitivo, como lo sería, por ejemplo un cartel- me parece que el TDLC debiese adoptar un estándar de prueba que refleje claramente la carga que corresponde a la parte que impugna la respectiva obligación de no competir:

En efecto, no obstante establecer algunas limitaciones, un acuerdo de distribución exclusiva puede generar una serie de eficiencias tendientes a mejorar sustancialmente el funcionamiento del mercado o permitir la entrada de un competidor que antes no existía y que, de no pactarse exclusividad con el distribuidor, no habría ingresado. En otras palabras, un sistema de distribución exclusiva bien puede hacer posible asumir riesgos que de otra forma no se habría estado dispuesto a tomar, permitiendo así una mayor inversión e innovación en directo beneficio del mercado y del consumidor.

Consideremos al efecto el siguiente ejemplo. La empresa A produce automóviles y celebra con B un contrato de distribución. A le entrega a B toda la información relativa a la comercialización de los productos, además de lo cual invierte importantes recursos para capacitar al personal de B para que pueda vender adecuadamente los automóviles. A su vez, B compra un local comercial y lo acondiciona especialmente para vender los productos de A, además de lo cual invierte en publicidad y compra otros activos a fin de favorecer la venta de tales automóviles.

Si A fuese libre para autorizar a un tercero - C, por ejemplo - para instalarse como distribuidor frente al local de B, todo el esfuerzo publicitario y las inversiones de éste serían aprovechadas gratuitamente por C, sin necesidad de asumir mayores riesgos. Es decir, A podría comportarse en forma oportunista y así designar otro distribuidor que aprovecharía las inversiones de B, lo que desincentivaría cualquier clase de inversión o riesgo que B estaría dispuesto a asumir en caso de asegurarse que gozará de exclusividad. Asimismo, si al día siguiente de celebrarse el contrato B pudiera vender vehículos de un competidor directo de A, B aprovecharía todo el conocimiento, experiencia y capacitación entregados por A para

favorecer la venta de los productos de un tercero, que se beneficiaría gratuitamente de las inversiones efectuadas por A. En este caso sería B quien estaría actuando en forma oportunista y A probablemente preferiría elegir otro distribuidor; lo que (de ser conocido ex ante por A) desincentivaría la celebración del contrato de distribución.

Como puede apreciarse, en los contratos de distribución se presenta claramente un riesgo de comportamiento oportunista y, además, todo el esfuerzo de una de las partes puede ser aprovechado por la otra parte o por terceros sin incurrir en mayores costos ni riesgos económicos (esto último es lo que en el ámbito anglosajón se conoce como *free-riding*)¹⁷. Ello es especialmente importante cuando existen inversiones específicas que son hundidas, ya que la parte que las efectúa queda en cierta medida a merced de la otra, por lo que el riesgo de comportamiento oportunista es mayor. Por tanto, tal como lo ha reconocido la doctrina extranjera, dicha inversión no se efectuará salvo que exista la seguridad de que los bienes serán distribuidos en forma exclusiva¹⁸, lo que justificaría pactar una obligación de no competir entre el productor y el distribuidor.

Una obligación en tal sentido permitiría, por ejemplo, penetrar un nuevo mercado, lo que fue reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso *Société La Technique Minière v Maschinenbau Ulm* (caso N°56/65). En otro caso ese mismo tribunal aceptó expresamente la exclusividad en el otorgamiento de una licencia para cultivar un tipo especial de semillas de maíz, debido a las inversiones involucradas por las partes y el riesgo de *free-riding*, ya que de impedirse la exclusividad podría producirse un efecto negativo en el mercado. En efecto, dicho tribunal estableció que "una empresa establecida en otro Estado Miembro [de la Unión Europea] que no tuviese la certeza de que no enfrentará competencia de parte de otros licenciatarios para el territorio asignado, o del propio dueño de los

17 Un *free-rider* no es más que un "polizón" que viaja sin pagar el pasaje, gracias a que hay otros que sí lo hacen. Una muy buena explicación respecto de la justificación de la distribución exclusiva u otras restricciones verticales para evitar el *free-riding* puede encontrarse en CARLTON, Dennis W. y PERLOFF, Jeffrey M., "Modern Industrial Organization", 4a ed., E.E.U.U., Addison-Wesley, 2005, págs. 418 y sgtes. Véase también MOTTA, Massimo, "Competition Policy. Theory and Practice", 8a ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2007, págs. 335 y sgtes.

18 MONTI, Giorgio, "EC Competition Law", Reino Unido, Cambridge University Press, 2007, pág. 351.

derechos licenciados, se vería disuadida de aceptar el riesgo de cultivar y promocionar tal producto. Este resultado dañaría la propagación de una nueva tecnología y perjudicaría la competencia en la Comunidad entre un nuevo producto y otros productos similares existentes¹⁹.

Como puede apreciarse, las obligaciones de no competir pueden presentar grandes ventajas en el marco de los contratos de distribución. Los efectos beneficiosos de estos acuerdos de no competir normalmente serán traspasados a los consumidores finales y pueden consistir en asegurar el abastecimiento regular de determinados bienes que antes no existían, disponer de un producto o servicio de mejor calidad, precios más bajos, mejor información sobre los productos por parte de un personal más capacitado, el desarrollo de nuevas tecnologías, etc²⁰.

Por ende, el posible efecto limitativo que generaría una cláusula de exclusividad - y, por tanto, de no competencia - entre el productor y el distribuidor, puede verse más que compensado por los efectos pro competitivos generados por el mismo pacto. Corresponde a las autoridades antimonopolios, entonces, sopesar los posibles efectos restrictivos de las cláusulas de no competir con los beneficios que ellas pueden presentar.

Lo fundamental es que estos efectos beneficiosos se deriven precisamente del acuerdo de no competir entre el fabricante y el distribuidor, es decir, debe existir una relación de razonable causalidad entre dicho acuerdo y los beneficios para el mercado. Por lo mismo, si tales beneficios pueden ser igualmente alcanzados por otra vía menos gravosa para el mercado, la cláusula de no competir pareciera no ser indispensable. Además, dicha cláusula debe ser proporcional a los beneficios que conlleva, es decir, la magnitud de la restricción que ella produce debe ser la adecuada para generar las eficiencias esperadas.

19 Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, de fecha 8 de junio de 1982, caso *Nungesser (LG) KG and Kurt Eisele v Commission* (caso N°258/78), considerando N°57 (traducción libre).

20 Además, dichos acuerdos pueden presentar importantes ahorros para las partes involucradas, lo que también aumenta el bienestar total de la sociedad, aun cuando no sean traspasados completamente a los consumidores. Es decir, en la medida que las partes se vean beneficiadas y que los consumidores se mantengan en una situación al menos equivalente (no peor) a la anterior al acuerdo, la sociedad como un todo se encuentra en una mejor posición y por ende el bienestar general se ve favorecido. Es decir, se produciría una situación de Pareto óptimo, donde al menos una persona de la sociedad se encontraría en una posición mejor, sin empeorar la del resto de las personas.

En caso de ser indispensable y proporcional, el impacto de la cláusula de no competencia no sería significativo para el mercado y, por lo mismo, dicho acuerdo es plenamente válido desde la perspectiva de la libre competencia²¹.

Todo lo anterior es consistente con el hecho de que el principio rector en materia económica es el de libertad empresarial. En el ámbito jurídico dicho principio se refleja en la libertad contractual y, más específicamente en el caso de los contratos de distribución, en el carácter *intuitu personae* de los mismos, toda vez que la persona del productor y del distribuidor son esenciales al momento de contratar²². Este aspecto no ha sido considerado normalmente por la jurisprudencia, pese a la especial relación que existe entre el fabricante y el distribuidor. Es más, los contratos de distribución implican una colaboración empresarial y normalmente contemplan una licencia para el uso de la marca, el traspaso de know how o información confidencial y la obligación de prestar una serie de servicios de asistencia a los clientes, de manera que el público consumidor muchas veces no identifica al distribuidor como alguien distinto del productor. Un servicio deficiente o una mala situación financiera por parte del distribuidor puede causar un enorme perjuicio al fabricante.

De esta forma, el tipo especial de relación que existe entre el productor y el distribuidor nos lleva a concluir que a cada parte del contrato no le es indiferente con quién está contratando. No resulta lógico ni aceptable, entonces, pretender imponer a un fabricante la obligación de proveerle sus productos a cualquier tercero en las mismas condiciones que a su distribuidor. El tercero siempre podrá adquirir los productos, pero no en virtud de los términos más beneficiosos que el productor legítimamente

21 Este planteamiento ha sido reconocido expresamente en el derecho comparado. Así, por ejemplo, el artículo 81.3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establece que las disposiciones que declararan los actos contrarios a la libre competencia pueden ser inaplicables a aquellos actos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; y
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

22 En este sentido FARINA, Juan M. *op cit.* págs. 380 y 388.

puede dar a su distribuidor, entre los cuales se encuentra la exclusividad²³.

Lo señalado anteriormente tiene importantes consecuencias prácticas. En efecto, si estimamos que un acuerdo de distribución exclusiva en un principio es válido, ello implica que sería lícito asignar una determinada zona a un distribuidor, obligándose el fabricante a no interferir en dicha zona sea directamente o a través de otro distribuidor. Por lo mismo, el hecho de no vender bienes a terceros que pretendan establecerse como distribuidores en la zona reservada al distribuidor no implicaría negativa de venta, siempre que el productor esté dispuesto a vender a esos terceros según las condiciones normales que aplica al público en general. Es decir, el fabricante puede establecer condiciones más beneficiosas a favor de su distribuidor exclusivo y los terceros deben estar dispuestos a aceptar las condiciones bajo las cuales normalmente se comercializan los bienes en cuestión, sin que les sea permitido exigir el mismo trato beneficioso del distribuidor.

Como contrapartida a esa exclusividad a favor del distribuidor, también sería válido que éste se obligue a no comercializar bienes que compitan con los del productor, sin que necesariamente exista identidad entre unos y otros. En efecto, en este tipo de contratos la colaboración empresarial es fundamental, por lo que es legítimo proteger los propios productos y marcas de una posible competencia desleal por parte del distribuidor y del free-riding de terceros. Por tanto, en mi opinión bastaría que los productos de terceros compitan con los del principal para que la obligación de no competir del distribuidor sea válida desde la perspectiva de la libre competencia.

Como señalé anteriormente, la jurisprudencia actual en materia de distribución fija un importante punto de partida para determinar el límite entre un acuerdo de exclusividad lícito y uno ilícito. Sin embargo, los pronunciamientos existentes se han referido principalmente a mercados en

23 En la Resolución N° 17, de fecha 13 de septiembre de 2006, referida a la distribución de juegos de azar y pronósticos deportivos, el TDLC esbozó este argumento en un procedimiento voluntario. Sin embargo, no se trataba de un caso de cláusulas de no competir y, además, en este caso el proveedor gozaba de un monopolio legal, lo que no fue considerado en la resolución del TDLC.

que los productos son bastante homogéneos y/o en los cuales se aprecia una gran competencia entre marcas (por ejemplo, automóviles).

Subsiste entonces la duda de la validez de una cláusula de distribución exclusiva en mercados más concentrados o donde los bienes sustitutos son limitados, en los cuales sería posible ejercer algún poder de mercado. ¿Es posible en estos casos pactar un sistema de distribución exclusiva o ello constituiría un atentado a la libre competencia?

Sobre este punto pienso que se debiera dar un paso adelante, en el sentido de no considerar exclusivamente la estructura del mercado relevante sino además el hecho de si la exclusividad producirá o no una restricción sustancial de la competencia en dicho mercado. Naturalmente que la estructura del mercado es un elemento importante al momento de determinar si un acuerdo reducirá o no la competencia. Así, por ejemplo, es más probable que una cláusula de no competir produzca tal efecto en un mercado altamente concentrado y con pocos bienes sustitutos que en un mercado que no presente esas características, ya que en el primer caso la competencia entre marcas - y dentro de la misma marca - será más débil. Pero dicho criterio en ningún caso puede ser concluyente.

Lo anterior pareciera haber sido reconocido por el TDLC en una consulta relativamente reciente, referida a la distribución exclusiva de ciertos productos químicos de la empresa ExxonMobil Corporation²⁴. En dicho caso el TDLC sostuvo que, pese a que en algunos productos el distribuidor (Brenntag Chile Comercial e Industrial Ltda.) podía llegar a tener un 56% de participación de mercado, "además de la competencia interna que enfrentan Esso Chile y Brenntag, existe libertad de importación de productos químicos para la industria. Por lo tanto, es posible estimar que de aprobarse la celebración del contrato consultado, en principio, no existirían mayores peligros de abuso de poder de mercado por parte de Brenntag en el mercado relevante, dada la competencia efectiva y potencial que enfrenta" (considerando noveno). En el mismo sentido, el TDLC validó la existencia de ciertos "clientes designados" al distribuidor, respecto de los cuales el productor se obligó a no competir²⁵, y de "clientes

24 Resolución N° 16, de fecha 17 de agosto de 2006.

25 "Este Tribunal considera que la cláusula referente a los 'clientes designados', ha sido ideada para cumplir con el objetivo original de ExxonMobil de entregar la distribución de ciertos

reservados" al productor, respecto de los cuales el distribuidor se obligó a no vender productos químicos²⁶.

De esta manera, al pronunciarse sobre la validez de una cláusula de no competir, el TDLC debe ponderar la estructura del mercado, la amplitud de dicha cláusula en el ámbito temporal, espacial y material, así como los posibles efectos beneficiosos que el mencionado acuerdo pueda generar en el mercado, principalmente en términos de eficiencia. Sólo una vez sopesados todos estos elementos podrá determinarse si la obligación de no competir en virtud de un acuerdo de distribución exclusiva es o no contraria a la libre competencia.

Por lo tanto, aun cuando se trate de un mercado en el cual exista un operador dominante, el solo hecho de que se pacte exclusividad - y, junto con ella, una obligación de no competir entre el productor y el distribuidor - no puede considerarse contrario a la libre competencia. Sólo si un acuerdo de tal naturaleza reduce en forma significativa la competencia en el mercado relevante - independientemente de la estructura del mismo - puede estimarse ineficaz desde el punto de vista del D.L. 211.

b) Otros contratos de colaboración empresarial

Si bien la jurisprudencia chilena en materia de obligaciones de no competir se ha referido principalmente a contratos de distribución, las conclusiones señaladas en el párrafo anterior debieran ser en principio aplicables a los demás acuerdos de colaboración empresarial.

En esta materia, probablemente el caso más importante en el último tiempo ha sido el que se siguió hace algunos años contra Administradora Plaza Vespucio S.A. (Plaza Vespucio) en virtud de una denuncia de Cencosud S.A. ante la Fiscalía Nacional Económica y posterior requerimiento de ésta contra Plaza Vespucio. El punto central se refería a la validez de una cláusula pactada en los contratos de arrendamiento celebrados entre

productos a Brenntag y no constituye en sí un peligro para la libre competencia, toda vez que no impediría que otras empresas puedan proveer de los productos respectivos a los clientes que así lo requieran" (considerando décimo).

26 "Este Tribunal estima que esta cláusula en particular no representaría una amenaza a la competencia en el mercado de productos químicos para la industria minera, habida consideración de la competencia ya existente, y de la posibilidad de importar libremente productos de cualquier marca, los que podrían competir con los provistos por Esso Chile" (considerando undécimo).

Plaza Vespucio, en su calidad de administradora de un centro comercial, y los dueños de establecimientos comerciales ubicados en el mismo. Dicha cláusula establecía la prohibición de éstos de participar por cualquier vía en establecimientos o locales comerciales dentro de un radio de 2 a 5 Kms. alrededor del centro comercial administrado por Plaza Vespucio. En caso de infracción de la prohibición, esta sociedad podía poner término inmediato al respectivo contrato de arrendamiento y además cobrar una multa compensatoria en virtud de una cláusula penal pactada en los mismos contratos de arrendamiento.

La defensa de Plaza Vespucio se basó principalmente en que se trataba de contratos de colaboración empresarial, en virtud de los cuales el arrendatario debía rentabilizar al máximo su actividad en el centro comercial - de hecho, las rentas de arrendamiento tenían un componente variable en función de las ventas - por lo que dicha cláusula radial tenía por finalidad evitar la competencia desleal de los comerciantes.

En un fallo dividido²⁷, la Comisión Resolutiva declaró la validez de la cláusula radial, sin perjuicio de dejar sin efecto las multas en caso de incumplimiento de la misma, por estimar que constituían una barrera de salida de los comerciantes establecidos en el centro comercial y, a la vez, una barrera de entrada a potenciales competidores. Aun así, Plaza Vespucio podía poner término a los contratos de arrendamiento en caso de incumplimiento de dicha cláusula²⁸.

Este fallo fue luego revocado por la Corte Suprema²⁹ y se dejó sin efecto en su totalidad la cláusula mencionada. De la sentencia de la Corte Suprema pareciera desprenderse que dicha cláusula no era per se contraria a la libre competencia sino en virtud de los efectos anticompetitivos que ella podía producir. En efecto, el considerando 6° de la sentencia expresa:

27 Resolución N°681, de fecha 12 de marzo de 2003.

28 Si el argumento para dejar sin efecto las multas en caso de incumplimiento de la cláusula radial es la creación de barreras de entrada, resulta cuestionable mantener al mismo tiempo la validez de dicha cláusula junto con la posibilidad de poner término al respectivo contrato de arrendamiento. Esta sola circunstancia constituye una represalia suficiente que, en la práctica, impide la instalación del respectivo establecimiento comercial en otro lugar ubicado dentro del radio fijado en el contrato de arrendamiento, por lo que el argumento de la Comisión Resolutiva parece contradictorio.

29 Sentencia de fecha 19 de agosto de 2003.

“LA ADMINISTRADORA INCURRE EN TAL CONDUCTA (CONTRARIA A LA LIBRE COMPETENCIA), DE UNA DOBLE MANERA. POR UN LADO, IMPIDE QUE LOS ACTUALES LOCATARIOS DE PLAZA VESPUCCIO PUEDAN, PARALELAMENTE, MANTENER LOCALES EN LUGARES ALEDAÑOS A AQUELLOS EN LOS QUE ACTUALMENTE FUNCIONAN, LO QUE IMPIDE QUE PUEDAN AMPLIAR SU CAMPO OPERATIVO, LO QUE EN FORMA EVIDENTE COARTA DE MANERA SIGNIFICATIVA SU POSIBILIDAD DE EXTENDER SUS ACTIVIDADES ECONÓMICAS A OTROS CENTROS COMERCIALES O INCLUSO A OTROS BARRIOS DETERMINADOS. PERO TAMBIÉN LA REFERIDA ACTITUD, QUE SE CONFIGURA EN LO QUE SE DENOMINA CLÁUSULA RADIAL QUE ENCUBRE UNA PRÁCTICA CONTRARIA A LA LIBRE COMPETENCIA PROTEGIDA POR LA LEY, CONSTITUYE UN ATENTADO PARA OTROS CENTROS COMERCIALES INSTALADOS O QUE SE PUEDAN INSTALAR EN EL SECTOR CIRCUNDANTE A LA ADMINISTRADORA CUESTIONADA. EN EFECTO, CON ESA CONDUCTA IMPIDEN QUE ÉSTOS PUEDAN CONTAR CON TIENDAS QUE EXPENDAN DETERMINADOS PRODUCTOS QUE PUEDAN RESULTAR ATRACTIVOS PARA SU CLIENTELA, RESPECTO DE LOS CUALES LOS CONSUMIDORES, PARA PODER ADQUIRIRLOS, DEBERÁN CONCURRIR NECESARIAMENTE A LOS LOCALES COMERCIALES QUE MANTIENE LA RECURRIDA. DEBERÁN HACERLO, NO PORQUE DEBAN ACUDIR A CONSIDERACIONES ECONÓMICAS QUE PUEDAN SER ACEPTABLES E INSCRIBIRSE EN EL MARCO DE UNA SANA COMPETENCIA COMO, POR EJEMPLO, DIFERENCIAS DE PRECIOS, SINO SENCILLAMENTE POR LA INEXISTENCIA DE LUGARES EN QUE LOS EXPENDEN, DEBIDO A LA PRESENCIA DE TAL CLÁUSULA.”

Pareciera quedar claro, entonces, que el criterio que debe primar en esta materia es el mismo señalado anteriormente. Una cláusula de no competir como la recién mencionada no es en sí misma contraria a la libre competencia sino sólo en la medida que - analizados todos los antecedentes del caso - reduzca de manera sustancial la competencia en el mercado relevante.

En el caso citado, la Corte Suprema estimó que el pacto de no competir restringía significativamente la libre competencia, pero bien puede ser posible que un acuerdo de esa naturaleza celebrado en el marco de una actividad de colaboración empresarial, pese a imponer ciertas limitaciones a las partes, en definitiva favorezca y no restrinja sustancialmente la competencia. En este último caso, el mero hecho de obligarse a no competir no podría considerarse ilegítimo.

Efectivamente, una cláusula de no competir perfectamente podría considerarse válida si, por ejemplo, tuviese por finalidad la protección de las inversiones efectuadas por las partes, ya que de lo contrario éstas no incurrirían en tales inversiones. En el caso antes citado la prohibición

que afectaba a los establecimientos del centro comercial era de carácter indefinido, sin embargo, la cláusula radial podría haberse considerado válida si hubiese tenido una duración necesaria para compensar el riesgo de las inversiones realizadas por el centro comercial. De esta forma, una obligación temporal de no competir podría ser perfectamente válida en la medida que fuese necesaria para proteger las inversiones en que se ha incurrido al emprender un negocio.

Cabe destacar que en este tipo de contratos ambas partes buscan maximizar los beneficios comunes, por lo que un aumento en las ventas o una reducción en los costos puede conllevar considerables beneficios para aquéllas. En otras palabras, si es que una parte invierte en el negocio con miras a aumentar la demanda de un bien, son ambas partes las que se benefician por dicha mayor demanda.

Otra razón que puede justificar la existencia de cláusulas de no competir en los contratos de colaboración empresarial es la entrega de información o know how, ya que ello permite el logro de los objetivos comunes para ambas partes del contrato. Una cláusula de no competir evitaría que la información entregada por una parte sea utilizada por la otra en beneficio de los competidores de aquélla. Aun más, la protección del know how podría justificar que la obligación de no competir se extienda por un período razonable después de la terminación del contrato, tal como fue reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schilligalis (caso N° 161/84)³⁰. Efectivamente, en la sentencia recaída en dicho caso se estableció que la exclusividad pactada entre el franquiciante y el franquiciado (y, por ende, la obligación de no competir) estaba justificada por la protección del know how, a fin de evitar que - de no existir exclusividad - éste fuese utilizado por los competidores del franquiciante³¹. Asimismo, se reconoció especialmente la necesidad de mantener la identidad y reputación

30 Sentencia de fecha 28 de enero de 1986.

31 "Las cláusulas que sean indispensables para evitar este riesgo no constituyen restricciones a la competencia para los efectos del artículo 81, inciso primero. Lo mismo es válido respecto de una cláusula que prohíba al franquiciado, durante el período de vigencia del contrato y por un período razonable después de su vencimiento, abrir un negocio de la misma o similar naturaleza en un área donde pueda competir con otro miembro de la red (de distribución). Lo mismo se puede decir respecto de la obligación del franquiciado de no transferir su negocio a terceras partes sin aprobación previa del franquiciante; esta cláusula tiene por finalidad

de la marca o imagen de negocio como un fundamento de la referida exclusividad³².

Como puede observarse, las razones que justifican la existencia de cláusulas de no competir en los contratos de distribución son plenamente aplicables a los demás contratos de colaboración empresarial, en la medida que sean necesarias y proporcionadas respecto de los efectos beneficiosos que ellas puedan producir. De esta manera, al analizarse la validez de una cláusula de no competir en cualquier contrato de colaboración empresarial en que ambas partes buscan lograr un objetivo común (normalmente aumentar al máximo la venta de productos), deben considerarse los mismos elementos mencionados respecto de los contratos de distribución.

Lo mismo rige respecto de la carga de la prueba. De esta manera, corresponde al demandante o la Fiscalía Nacional Económica acreditar que el o los demandados tienen poder de mercado y que la cláusula de no competir impugnada tiene efectos anticompetitivos. Acreditado lo anterior, los posibles efectos anticompetitivos deben ser sopesados con los efectos pro competitivos de la referida cláusula. Asimismo, salvo que el contrato en el cual se enmarca la respectiva cláusula tenga en sí mismo un objeto anticompetitivo, el TDLC debiese adoptar un estándar de prueba que refleje claramente la carga que corresponde a la parte que impugna la respectiva obligación de no competir. De lo contrario nos acercaríamos a una prohibición per se de las cláusulas de no competir, lo cual, además de ser poco razonable, contravendría las reglas básicas en materia probatoria y se alejaría del texto actual del D.L. 211.

c) Compra de una empresa o establecimiento y negociaciones preliminares

Aparte de los contratos de colaboración empresarial a que me he referido anteriormente, también es usual que las partes pacten obligaciones de no competir al momento de comprar una empresa o un negocio. En

impedir que los competidores indirectamente se beneficien del *know-how* y la asistencia prestados" (considerando N° 16, traducción libre).

32 "En consecuencia, cláusulas que establezcan mecanismos de control necesarios para ese objetivo no constituyen restricciones a la competencia para los efectos del artículo 81, inciso primero (considerando N° 17, traducción libre).

este caso - a diferencia de los anteriores - normalmente la obligación de no competir no afecta a ambas partes sino que sólo al vendedor, quien se obliga a no desarrollar el mismo giro de la empresa vendida durante un período determinado.

Incluso puede ocurrir que la obligación de no competir anteceda a la conclusión del contrato definitivo y se pacte en la etapa de negociaciones preliminares (en este caso quien se obliga a no competir es normalmente el potencial comprador, pero el vendedor también se puede obligar a no realizar mayores alteraciones en la empresa), durante la cual se produce un importante intercambio de información entre las partes negociadoras.

Pareciera que en todas estas situaciones lo que se busca proteger es la clientela y la información sensible de la empresa que se pretende adquirir, ya que estas pueden constituir unos de sus principales activos. En efecto, probablemente la inversión en términos de dinero y tiempo por parte de la empresa para obtener su clientela ha sido considerable y la información que pueda disponerse respecto de dicha clientela es de muy elevado valor. Como la información es un activo fácilmente apropiable, las cláusulas de no competir - muchas veces acompañadas de sanciones pecuniarias en caso de violación - constituyen tal vez la principal herramienta de protección para el dueño.

¿No es razonable, entonces, que el comprador que paga el valor total de la empresa (incluyendo información y clientela) tenga interés en proteger su inversión? Lógicamente que sí. Es más, si quien compra una empresa se viese expuesto a que inmediatamente el vendedor empiece a competirle utilizando toda la información sobre el negocio, muy probablemente no estaría dispuesto a materializar la compraventa, o al menos no al precio originalmente establecido. Así lo ha reconocido la doctrina comparada al señalar que las obligaciones de no competir frecuentemente son un aspecto clave en la venta de una empresa "cuyo propósito es asegurar al comprador el valor total de los bienes transferidos, permitiéndole obtener la lealtad de los clientes, así como asimilar y explotar el know-how transferido"³³.

33 COOK, John y KERSE, Christopher; "EC Merger Control", 4a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2005, págs. 81-82 (traducción libre). Véase también KORAH, Valentine; "An Introductory

En un importante caso en el extranjero, la autoridad antimonopolios estableció lo siguiente para determinar si una cláusula de no competir acordada en el marco de la compra de una empresa es válida o no:

"...ES NECESARIO EXAMINAR CUÁL SERÍA LA SITUACIÓN DE COMPETENCIA SI DICHA CLÁUSULA NO EXISTIERA. SI LA CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA FUESE DEJADA SIN EFECTO Y EL VENDEDOR Y EL COMPRADOR SIGUIERAN COMPITIENDO DESPUÉS DE LA CESIÓN, ES EVIDENTE QUE EL ACUERDO PARA TRANSFERIR LA EMPRESA NO PODRÍA PRODUCIR SU RESULTADO. EL VENDEDOR, CON SU CONOCIMIENTO ESPECIALMENTE DETALLADO DE LA EMPRESA, PODRÁ RECUPERAR SU ANTIGUA CLIENTELA INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE EFECTUADA LA CESIÓN Y ASÍ HACER SALIR DEL MERCADO A LA EMPRESA COMPRADA. NO OBSTANTE, LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA INCLUIDAS EN UN CONTRATO DE CESIÓN DE UNA EMPRESA EN PRINCIPIO CUMPLEN LA FUNCIÓN DE QUE ESA CESIÓN PRODUZCA EL EFECTO PERSEGUIDO. EN VIRTUD DE ESTE SOLO HECHO, ESTAS CLÁUSULAS CONTRIBUYEN A PROMOVER LA COMPETENCIA, YA QUE CONDUCEN A UN AUMENTO DEL NÚMERO DE EMPRESAS EN EL MERCADO RESPECTIVO.

SIN PERJUICIO DE ELLO, A FIN DE QUE PRODUZCAN ESE EFECTO BENEFICIOSO PARA LA COMPETENCIA, ESTAS CLÁUSULAS DEBEN SER NECESARIAS PARA LA CESIÓN DE LA EMPRESA RESPECTIVA Y LA DURACIÓN Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS MISMAS DEBE LIMITARSE ESTRICTAMENTE A DICHO OBJETIVO"³⁴.

Pareciera claro entonces que una obligación de no competir, en el contexto de la compra de una empresa, no es en sí misma contraria a la libre competencia, ya que normalmente permite la celebración de un negocio que de lo contrario no se habría concretado. En tal caso lo relevante es que la limitación sea necesaria para el fin que se persigue y además proporcionada, por lo que una prohibición de competir de carácter indefinido lo más probable es que sea demasiado gravosa en relación con los beneficios que pueda generar.

En este sentido, desde antiguo la postura de las autoridades chilenas ha sido similar a la adoptada en el extranjero. Tal es el caso, por ejemplo, de la consulta de las sociedades administradoras de tarjetas de crédito bancarias Bancard y Transbank, respecto de la validez de la cesión de los contratos que aquélla mantenía con los establecimientos comerciales y los emisores de tarjetas de crédito. En el contrato consultado, Bancard (y

Guide to EC Competition Law and Practice", 9a ed., Oxford, Hart Publishing, 2007, pág. 289.

34 *Remia BV and others v Commission of the European Communities*, sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de fecha 11 de julio de 1985 (traducción libre).

su empresa relacionada Fincard) se obligaba sin límite de tiempo a no desarrollar el negocio de administración y operación de tarjetas de crédito, salvo autorización escrita de Transbank. Al pronunciarse sobre la consulta formulada, la Comisión Preventiva Central determinó que el contrato no merecía reparos desde el punto de vista de la libre competencia, salvo en cuanto se establecía una obligación de no competir sin límite de tiempo, la cual debía ser eliminada³⁵.

Con posterioridad, las partes presentaron a dicho organismo una nueva propuesta de contrato, en la cual la obligación de no competir se pactaba por un período de 10 años y se establecía que, en caso de que Bancard o Fincard desearan desarrollar el negocio referido en ese período sin contar con el consentimiento de Transbank, debían pagar la suma de US \$3.000.000. Al pronunciarse sobre esta nueva consulta, la Comisión Preventiva Central reconoció expresamente el valor de la información que conllevaba la cesión de los contratos de una a otra empresa, lo cual justificaba proteger el nuevo negocio del comprador para que efectivamente pudiera utilizar el activo por el cual había pagado³⁶. Es decir, se estableció que la información constituye un especial activo de la empresa, el cual debe ser protegido.

Sin embargo, como todo activo, la información también sufre una natural depreciación, por lo que la Comisión Preventiva Central estimó excesivo el plazo de 10 años de la obligación de no competencia. En definitiva, dicho organismo declaró válido el contrato consultado, pero estableció que la cláusula de no competencia debía tener una vigencia no superior a 5 años.

El mismo criterio fue seguido recientemente por el TDLC al pronunciarse respecto de una consulta sobre la compra de la totalidad de las acciones de la empresa de radiodifusión Iberoamerican Radio Chile S.A. (IARC)³⁷. En efecto, dado que el mercado en cuestión presenta importantes barreras de entrada (constituidas por las concesiones de radiodifusión), el TDLC aprobó la existencia de una obligación de no competir por parte

35 Dictamen N°757/262, de fecha 18 de abril de 1991.

36 Dictamen N°787/985, de fecha 19 de noviembre de 1991.

37 Resolución N°20, de fecha 27 de julio de 2007.

del vendedor, pero sólo por el plazo de dos años³⁸. Al respecto, el TDLC sostuvo expresamente (considerando sexagésimo sexto):

"QUE, CON EL OBJETO DE INCREMENTAR LA DESARMIABILIDAD DEL MERCADO EN LOS PROCESOS DE RENOVACIÓN DE CONCESIONES, DEBE EVITARSE LA EXCLUSIÓN DE AGENTES ECONÓMICOS RELEVANTES Y CON EXPERIENCIA EN EL MEDIO NACIONAL, COMO ES EL CASO DEL GRUPO CLAXSON, CONTROLADOR DE LA VENDEDORA IBEROAMERICAN RADIO, Y EN CONSECUENCIA SE DEBE CONDICIONAR LA OPERACIÓN A LA MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE NO COMPETIR ALUDIDA, LIMITANDO SU DURACIÓN DE MANERA TAL QUE EL CITADO GRUPO NO TENGA OBSTÁCULOS CONTRACTUALES PARA PARTICIPAR EN LOS CONCURSOS PÚBLICOS POR LA RENOVACIÓN DE CONCESIONES DE RADIODIFUSIÓN, EN LOS TÉRMINOS SEÑALADOS EN LO RESOLUTIVO".

Dicho criterio fue ratificado más recientemente por el TDLC a propósito de la fusión de las administradoras de fondos de pensiones ING AFP Santa María S.A. (ING) y Bansander AFP S.A. (Bansander). En efecto, la operación fue sometida a la consulta del TDLC y contemplaba inicialmente una cláusula de no competir por un plazo de tres años, durante el cual el Banco Santander Central Hispano S.A. (BSCH), en su calidad de vendedor, se obligaba a no competir directa o indirectamente en las actividades relacionadas con la administración de fondos de pensiones. Al pronunciarse sobre la fusión sometida a consulta, el TDLC estableció que dicho plazo "resulta excesivo, atendida la presencia de barreras de entrada y la baja intensidad de competencia en la oferta de productos de pensión obligatorios"³⁹. En virtud de ello, decidió que la obligación de no competir debía ser eliminada o reducida a un plazo no superior a dos años.

El plazo de dos años establecido por el TDLC en los dos casos recién citados es similar al fijado en otros casos resueltos en el extranjero, sin perjuicio de lo cual se han aceptado cláusulas de mayor duración - hasta

38 En la condición tercera fijada por el TDLC a la operación consultada, se estableció lo siguiente: "En la operación consultada no se podrán establecer prohibiciones, restricciones o condiciones a la participación del vendedor y sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de radiodifusión en Chile (entendiéndose por tal a todo negocio relacionado con la operación y explotación de estaciones de radio, la producción y comercialización de programas y contenidos de radios, y su difusión por señales radiofónicas, internet o medios digitales), que excedan del plazo de dos años contados desde la fecha de esta resolución".

39 Resolución N°23, de fecha 4 de enero de 2008, párrafo 13.2.

cinco años - cuando la transacción involucra un negocio en que la lealtad de los consumidores es especialmente sensible⁴⁰ o cuando el traspaso del know-how y el uso de la marca son aspectos particularmente relevantes⁴¹. Es de esperar, entonces, que en casos futuros el TDLC considere que las circunstancias específicas de cada caso pueden justificar una duración mayor para dichas cláusulas.

De lo señalado precedentemente se desprende que, en el caso de la venta de una empresa, para nuestra autoridad antimonopolios una cláusula de no competir es válida, en la medida que no sea absoluta. Si bien el TDLC se ha pronunciado principalmente respecto del límite temporal de dicha cláusula, hay otros aspectos que también deben ser considerados. Así, los límites aceptables parecieran ser los siguientes:

- (i) por una parte un límite de carácter material, referido específicamente al mercado relevante y no a otro distinto. Por lo mismo, resulta contrario a la libre competencia impedir a quien vende una empresa o negocio desarrollar un giro distinto al de la empresa vendida;
- (ii) en segundo término, un límite temporal. En el caso de la operación y administración de tarjetas de crédito se estimó que el plazo de 5 años era suficiente para proteger la inversión del comprador. Lógicamente, el límite de 5 años fue estimado en función de la naturaleza de este negocio. Por ende, en una actividad más dinámica que requiera mayor innovación y tecnología probablemente la duración de un pacto de no competir podría ser menor. Lo mismo ocurre en el caso de mercados que presentan altas barreras de entrada (vgr. radiodifusión y administración de fondos de pensiones), donde parece razonable fijar un plazo menor, cuestión que ha sido analizada por el TDLC;
- (iii) por último, un límite espacial, en el sentido de no exceder el mercado geográfico relevante donde opera la empresa adquirida⁴².

40 Decisión de la Comisión Europea de fecha 1 de septiembre de 2000, caso *Volvo/Renault VI*. (No. COMP/M.1980), párrafo 56.

41 Decisión de la Comisión Europea de fecha 17 de mayo de 2000, caso *Cap Gemini/Ernst & Young* (No. COMP/M.1901), párrafo 20.

42 Probablemente, en el caso de la operación y administración de tarjetas de crédito la Comisión Preventiva Central no consideró expresamente este aspecto debido a que las tarjetas

De esta forma, no resultaría lícito para quien entra al mercado exigir que el vendedor no compita en un mercado geográfico donde el primero no desarrolla actividades, salvo que exista un motivo fundado para ello (por ejemplo, una alta probabilidad de que ese mercado será abordado por el comprador y que el precio pagado incluía esta oportunidad de negocio). Ello es de toda lógica, ya que de ampliarse la prohibición de no competir a otros mercados se estaría excediendo la finalidad para la cual se estableció dicha obligación⁴³.

Sin perjuicio de que nuestras autoridades han tenido mayores oportunidades para pronunciarse respecto de los límites a las obligaciones de no competir a propósito de consultas sobre la compra de alguna empresa, estimo que dichas limitaciones son plenamente aplicables a las obligaciones de no competir pactadas en el contexto de contratos de colaboración empresarial. En ambos casos se trata de cláusulas de uso absolutamente corriente, cuyos fines son normalmente pro competitivos y lo usual es que los efectos beneficiosos compensen sobradamente los potenciales riesgos anticompetitivos que dichas cláusulas puedan conllevar. Por lo mismo, los estándares de prueba debieran ser los mismos, independientemente de si la respectiva cláusula de no competir se pacta en un contrato de distribución exclusiva, en cualquier otro contrato de colaboración empresarial o en un contrato de compraventa de una determinada empresa.

3. CONCLUSIONES

1. Las normas de defensa de la libre competencia son de orden público y constituyen un límite a la autonomía de la voluntad. Las

de crédito tienen cobertura nacional, por lo que el mercado relevante es todo el territorio de la República. Así fue fallado por la Comisión Resolutiva en un caso posterior (Resolución N°704, de fecha 20 de agosto de 2003). En la compra de las acciones de IARC y en la fusión de ING y Bansander, el TDLC estableció que el ámbito espacial de la obligación de no competir era todo el país, según se desprende de las condiciones tercera y segunda fijadas, respectivamente, a cada operación.

43 Véase la Decisión de la Comisión Europea de fecha 4 de agosto de 2000, caso *CDC/Banco Urquijo/JV* (No. COMP/M.1979), párrafo 18. La Comisión Europea aceptó la cláusula de no competir pactada entre las partes, restringiéndola al mercado geográfico español, ya que éste correspondía al lugar en que Banco Urquijo estaba desarrollando sus actividades al momento de la operación.

partes de un contrato no pueden limitar su libertad de actuar en el mercado si ello impide, restringe o entorpece la libre competencia. Un acuerdo de tal naturaleza es contrario al D.L. 211 y, por ende, susceptible de ser terminado o modificado por el TDLC, sin perjuicio de las sanciones que se puedan imponer a quienes lo celebren.

2. En determinadas circunstancias las partes pueden legítimamente limitar su libertad y obligarse a no competir entre sí. No obstante la limitación que pueda producir un pacto de este tipo, es probable que genere efectos competitivos en el mercado y beneficie la competencia, aumentando así el bienestar de los consumidores. Dichos beneficios pueden consistir, entre otros, en asegurar la provisión de bienes que antes no existían, disponer de un producto o servicio de mejor calidad, precios más bajos, mejor información sobre los productos y el desarrollo de nuevas tecnologías.
3. Las cláusulas de no competir no deben ser consideradas como per se contrarias a la libre competencia, pues una interpretación en tal sentido no sólo se alejaría del texto del D.L. 211 sino además sería normativamente indeseable. El D.L. 211 protege la competencia y ello implica aceptar ciertas restricciones, en la medida que sean razonables para alcanzar dicho objetivo.
4. Para que sean válidas, las cláusulas de no competir no pueden ser absolutas. Dependiendo de cada situación concreta, los límites a tales pactos pueden referirse a la materia objeto del acuerdo (límite material), al tiempo (límite temporal) y al espacio (límite espacial).
5. Corresponde al TDLC pronunciarse caso a caso sobre la validez de los acuerdos de no competir y sobre las limitaciones a que dichos acuerdos deben quedar sujetos, de manera que tales acuerdos sean razonablemente necesarios y proporcionados para generar los efectos beneficiosos esperados. Para ello el TDLC debe considerar no sólo la estructura del mercado, sino además los efectos que la cláusula de no competir producirá en el mismo, especialmente las eficiencias que se generarán.
6. En cuanto a la prueba, corresponde a quien impugna una obligación de no competir acreditar que quienes se benefician de ella tienen

poder de mercado y que la cláusula de no competir impugnada tiene efectos anticompetitivos. Acreditado lo anterior, los posibles efectos anticompetitivos deben ser sopesados con los efectos pro competitivos de la referida cláusula. Al apreciar la prueba, el TDLC debiese adoptar un estándar de prueba que refleje claramente la carga que corresponde a la parte que impugna la respectiva obligación de no competir.