

DERECHO DE LA COMPETENCIA

Rafael Mery NietoProfesor de Derecho Económico
Universidad Diego Portales

¿ES LA NEGATIVA DE VENTA UNA CONDUCTA ATENTATORIA A LA LIBRE COMPETENCIA? (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, SENTENCIA N° 16/2005 DE 20 DE MAYO DE 2005)

Con fecha 16 de mayo de 2003, la Sociedad de Servicios Audiovisuales Profesionales Sound Color S.A. (Sound Color), denunció ante la Fiscalía Nacional Económica a la Sociedad Andes Films S.A., por conductas anticompetitivas contrarias al D.L. 211, denuncia que fue ampliada en contra de U.I.P. Chile Ltda. por negativa de venta.

En efecto, la denunciante —propietaria y operadora de multicines en las ciudades de Temuco y Osorno—, sostuvo que desde la inauguración de estos multicines en el año 2000, celebró un contrato con tres distribuidoras de películas (Andes Films S.A., U.I.P. Chile Ltda. y Fox-Warner) para la distribución y exhibición de películas de estreno (películas “Clase A”). Sin embargo, en el mes de octubre de 2002, la Sociedad Andes Films S.A. suspendió la entrega de este tipo de películas, argumentando que no disponían de copias suficientes como para distribuirles a los multicines de propiedad de la denunciante ubicados en las ciudades de Temuco y Osorno.

Con todo, la denunciante sostiene que la razón que llevo a Andes Films S.A. a suspender la distribución fue la inauguración por parte de Chile Films S.A. de cines en las ciudades de Temuco y Puerto Montt.

A su turno, la denunciante sostiene que desde el 4 de junio de 2003 U.I.P. Chile Ltda. también suspendió la entrega de películas “Clase A”, aduciendo para ello que no continuaría recibiendo películas de estreno.

Agrega, además, la denunciante, que Chile Films S.A. posee el 50% de la propiedad de Andes Films S.A., y que ambas compañías son controladas por el empresario señor José Patricio Daire, y que el actual gerente de U.I.P. Chile Ltda., señor Rodrigo Köstner, y el referido señor Daire, han estado relacionados en el negocio durante años. Por último, agrega que Andes Films S.A. y U.I.P. Chile Ltda. comparten bodegas en la ciudad de Santiago, todo lo cual viene a demostrar la relación que existe entre estas empresas.

Por su parte, U.I.P. Chile Ltda., en respuesta a la denuncia, sostuvo ante la Fiscalía Nacional Económica que los cines de propiedad de la denunciante no contaban con la tecnología adecuada para exhibir películas “Clase A”, a

diferencia de los nuevos cines que Chile Films S.A. construyó en las ciudades de Temuco y Puerto Montt. En este sentido, U.I.P. Chile Ltda. señaló que las copias de las películas “Clase A” se entregan para su primer ciclo de exhibición a las mejores salas de cine del país y luego al resto de los cines, toda vez que en el negocio de los películas el riesgo financiero es compartidos por distribuidores y exhibidores. Así, entonces, entregar dos copias de películas “Clase A” simultáneamente para ser exhibidas en cines de Temuco resultaría un error de alto riesgo financiero.

Ahora bien, la Fiscalía Nacional Económica, en el análisis del caso, aborda aspectos comerciales del negocio, la definición del mercado relevante y argumenta en torno a la presunción de que entre las distribuidoras Andes Films S.A. y U.I.P. Chile Ltda. existiría un acuerdo para restringir la competencia en beneficio de Andes Films S.A.-Chile Films S.A., específicamente, y en razón de que ambas empresas ofrecen bienes complementarios, parece evidente que existiría una integración vertical entre ellas. En suma, la Fiscalía Nacional Económica concluye que la situación analizada representa una clara figura de abuso de posición dominante, particularmente, la negativa de venta. Además, la Fiscalía agrega en su análisis que existe un aspecto que hace más complejo el análisis del caso, cual es, la posición amenazada que tendría la denunciante —actual residente en el mercado—, toda vez que la integración vertical y la posición de dominio que ostentaría Andes Films S.A. y Chile Films S.A. se dan en el entorno.

La Comisión Preventiva Central, a su turno, en su dictamen N° 1.277 de fecha 30 de diciembre de 2003, también llega a la conclusión de que la integración vertical que existe entre Andes Films S.A. y Chile Films S.A. permite sostener la tesis de conducta anticompetitiva por parte de los denunciados. En efecto, la Comisión afirmó que:

“...la negativa de entregar copias en igualdad de condiciones entre las salas de cine integradas verticalmente con un distribuidor y las operadas por un competidor independiente, es una conducta que tiende a reducir las posibilidades de competencia entre distribuidores que operan en un mercado altamente concentrado y con algunos síntomas de colusión y aumentan artificialmente los precios en el mercado de las salas de cine a través de la creación y explotación de monopolios en el mismo”.

A partir de esto, la Comisión Preventiva Central, hizo las siguientes prevenciones a Andes Films S.A., Chile Films S.A. y U.I.P. Chile Ltda.:

- 1) Que debían abstenerse de negar la venta de películas a la denunciante y
- 2) Que debían establecer un sistema de cobro de acuerdo con pautas objetivas, razonables, de aplicación general y no discriminatoria.

Contra el dictamen N° 1277, las denunciadas interpusieron recursos de reclamación con fecha 6 de enero de 2004, ante lo cual la Comisión Preven-

tiva Central informó a la Comisión Resolutiva para su conocimiento, asunto que en definitiva terminó conociendo y resolviendo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en virtud de la disposición transitoria quinta de la ley N° 19.911.

Así las cosas, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conociendo de esta causa, lo primero que analiza es el mercado relevante, sosteniendo que se trataría del “mercado final de exhibición en salas de cine para películas de estreno simultáneo”.

La precisión que hace el Tribunal en relación con el mercado relevante es más específica que la que hace la Fiscalía, para quien el mercado relevante es “el de las películas cinematográficas de 35 mm., exhibidas en salas de cine de acceso público”. La Comisión Preventiva Central, por su parte, llega a la misma conclusión que el Tribunal.

En este sentido, el Tribunal concluye que, si bien las denuncias de Sound Color S.A. se relacionan con vínculos contractuales de tipo vertical entre Chile Films S.A. y las distribuidoras Andes Films S.A. y U.I.P. Chile Ltda.,

“los efectos relevantes deben ser analizados en términos de las consecuencias generadas sobre la competencia de mercado en la fase de exhibición de películas de estreno simultáneo”.

Con respecto al mercado geográfico relevante, el Tribunal sostiene que las ciudades materia de esta causa, esto es, Temuco, Osorno y Puerto Montt, constituyen cada una un mercado geo-

gráfico diferente. Sin embargo, el Tribunal cree que “un conjunto de ciudades de exhibición de películas de estreno podría llegar a constituir un mismo mercado relevante, en la medida que los costos totales de exhibición en una y otra ciudad muestren un grado significativo de interdependencia”, cuestión que no se daría en el caso que venimos analizando, donde cada una de estas ciudades constituirían mercados independientes de exhibición de películas de estreno.

Respecto a la existencia de bienes sustitutos, el Tribunal es de la idea –acertada a mi entender– que aun cuando existen sustitutos imperfectos por el lado de la demanda (*v.gr.* películas en formatos de video, DVD y televisión por cable), éstos no serían sustitutos suficientemente fuertes como para constituyan “un mismo y único mercado relevante”.

Ahora bien, con el objetivo de determinar la existencia de conductas atentatorias a la libre competencia, el Tribunal estima necesario dilucidar tres aspectos, a saber: si fue efectivo que las denunciadas no entregan copias de películas de estreno “Clase A” a la denunciada; si existe una posición dominante por parte de las distribuidoras denunciadas y, por último, si es posible acreditar que la negativa de entrega de copias de películas “Clase A” a la denunciante representó una práctica discriminatoria en su contra y, por lo tanto, atentatoria a la libre competencia.

Sobre lo primero, esto es, acerca de la existencia de eventuales negativas de entrega de películas de estreno a la denunciante, el Tribunal estimó –luego de un riguroso análisis de la evidencia alle-

gada al proceso— que, en al menos seis ocasiones, Andes Films S.A. negó la entrega de películas de estreno simultáneo a la denunciante y U.I.P. Chile Ltda. lo hizo en a lo menos dos ocasiones. Además, el Tribunal puntualizó que

“la entrega de películas bajo la modalidad *move over* constituye, desde el punto de vista económico, un producto diferente a la entrega de películas de estreno simultáneo”.

En relación con la eventual posición de dominio de Andes Films S.A. y U.I.P. Chile Ltda., el Tribunal sostuvo, en primer lugar, que no existían antecedentes para afirmar que las denunciadas habrían actuado de consuno para efectos de la negativa de entrega de películas a los cines de la denunciante. En segundo lugar, sostiene que es manifiesta la existencia de acuerdos de exclusividad en las relaciones contractuales que se desarrollan en la industria entre los productores de películas de cine y las empresas distribuidoras, cuestión que explicaría la concentración en la industria de distribución de películas. En Chile, según lo expone el Tribunal en su considerando decimoséptimo, las tres mayores distribuidoras, esto es, Andes Films S.A., U.I.P. Chile Ltda. y Fox-Warner, tuvieron durante el año 2004 una participación conjunta de mercado del 91% de las ventas totales, con participaciones del 23%, 22% y 46%, respectivamente.

Así, entonces, es perfectamente sostenible —cuestión que hace efectivamente el Tribunal en su sentencia— que las

tres principales empresas distribuidoras en Chile gozan de poder de mercado, especialmente en lo relativo a la distribución de películas de estreno.

Por último, y respecto a la posibilidad de que la negativa de entrega de películas de estreno constituya un abuso de posición dominante y, por lo tanto, una conducta atentatoria contra la libre competencia, el Tribunal analiza, en primer lugar, los principios económicos que están detrás del problema.

Haciendo referencia a la jurisprudencia¹ de los organismos de defensa de la libre competencia, el Tribunal define como negativa de venta —entendida en un sentido amplio— la negación injustificada a contratar abusando de una posición de dominio. Dicha negativa constituiría, desde el punto de vista del Tribunal, una restricción competitiva, toda vez que:

“...impida a un agente de mercado acceder libremente, y en igualdad de condiciones con sus competidores, al abastecimiento de bienes o servicios que son esenciales para el ejercicio de su actividad económica”.

Por el contrario, sólo podrá negarse la celebración de un contrato o la prestación de servicios y, por lo tanto, dicha negación no será una conducta atentatoria contra la libre competencia,

“...cuando el productor o prestador establezca condiciones ge-

¹ Ver dictamen N° 1.016 de la Comisión Preventiva Central de 22 de agosto de 1997.

nerales, objetivas y razonables para comercializar su producto o servicio, y éstas no fueren aceptadas por el cliente”.

Sobre la base de lo anterior, y teniendo en cuenta las restricciones que enfrentan las distribuidoras en cuanto a la disponibilidad de copias de una determinada película de estreno en forma simultánea, el Tribunal concluye que en el caso que el número de copias disponibles no permite satisfacer a la totalidad de los demandantes de copias de la película, “parece evidente que criterios de eficiencia asignativa, concordantes con criterios de rentabilidad privada y social”, aconsejarán asignar las copias disponibles:

“sólo a aquellas salas de cine que ofrezcan la opción de obtener mayores niveles de recaudación, sea porque ofrecen servicios de mayor calidad, disponen de mayor capacidad de asientos, o disponen de una localización relevante para una población más abundante”.

Sin embargo, el Tribunal es de la opinión que de ser el caso que el número de copias disponibles pueda ser ajustado por el distribuidor,

“el principio que debiera prevalecer, para efectos de velar por una asignación socialmente eficiente de recursos escasos, es que aquellos solicitantes de copias extras del estreno que estén dispuestos a pagar el costo

de oportunidad relevante de obtener una copia extra, debieran tener acceso a la copia solicitada”.

En suma, el Tribunal, acogiendo los recursos de reclamación interpuestos por United Internacional Pictures Chile Ltda., Andes Films S.A. y Chile Films S.A., estimó que en los casos denunciados por la Sociedad de Servicios Audiovisuales Profesionales Sound Color S.A., no es posible determinar si la no entrega de copias de películas de estreno se debió a que las empresas distribuidoras denunciadas enfrentaban condiciones de disponibilidad de copias que las hacían inalterables o, por el contrario, pudieron haber efectuado ajustes en el número total de copias por distribuir en Chile, y no los realizaron explotando abusivamente su poder de mercado y, por ende, discriminaron ilegítimamente en contra de Sound Color, por lo que, en definitiva, revocó el dictamen N° 1.277, de la Comisión Preventiva Central.

Ahora bien, la sentencia que venimos comentando es una muestra de un análisis riguroso por parte del Tribunal, con un fuerte contenido técnico que ayuda a entregar algún grado de certeza, lo que se traduce, a fin de cuentas, en mayores incentivos para que las empresas actúen competitivamente.

El aspecto central a que hace referencia esta sentencia es, en nuestra opinión, la definición que se hace de “negativa de venta” como conducta atentatoria a la libre competencia. En efecto, el Tribunal llega a una definición de negativa de venta, entendiéndola en un sentido amplio, y en la misma línea que lo hace

el derecho de la libre competencia estadounidense, donde la citada expresión *refusal to deal* hace referencia a la negación injustificada a contratar abusando de una posición de dominio². Así, se prohíbe la discriminación hacia empresas, en la medida que se traduzca en una exclusión artificial de competidores que derive en mayores riesgos de conductas anticompetitivas³. Con todo, un fabricante o un distribuidor puede restringir sus ventas a los distribuidores autorizados o proporcionar ciertos territorios exclusivos a las representaciones. Sin embargo, si un fabricante o un distribuidor establece un acuerdo con sus clientes o distribuidores que tenga un propósito anticompetitivo y, aunque no exista un efecto real sobre la competencia, pueden ser sancionados.

En Chile, la Comisión Preventiva Central, en su dictamen N 1.016 de 22 de agosto de 1997, conociendo de la denuncia realizada por Empresa de Distribución y Servicios D&S en contra de Colchones Rosen S.A.I.C., define y entrega los elementos esenciales que caracterizan a la negativa de venta como restricción a la libre competencia, cuestión que es tomada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la sentencia que venimos comentando.

² Para un análisis de la negativa de venta en Estados Unidos, ver Carlton, Dennis W. (2001). "A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal - Why Aspen and Kodak are Misguided". NBER Working Paper N° W8105. <http://ssrn.com/abstract=258504>.

³ Ver Richard GILBERT, "Networks, Standards, and the Use of Market Dominance", en John Kwoka y Lawrence White, *The Antitrust Revolution*, Oxford University Press, 1998.

La Comisión Preventiva Central, en su considerando cuarto del referido dictamen, definió en dicha oportunidad la negativa de venta señalando que ella:

"constituye una restricción competitiva en la medida que impida a un agente de mercado acceder libremente, y en igualdad de condiciones con sus competidores, al abastecimiento de bienes o servicios que son esenciales para el ejercicio de su actividad económica".

Asimismo, estableció tres condiciones particulares propias para cada caso, a saber:

- 1) que una persona vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica;
- 2) que la causa que impida a esa persona acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro y
- 3) que la referida persona esté dispuesta a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente al proveedor la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita.

Con todo, lo relevante del caso, materia de la sentencia *en comento*, es la necesidad de analizar las condiciones de mercado al momento de decidir si la negativa de venta es o no constitutiva de ser una conducta atentatoria a la libre competencia. El análisis y la conclusión a la que arriba el Tribunal se condice con el criterio que venían mostrando los órganos de libre competencia en Chile, a partir de 1992, cuando la Comisión Preventiva con ocasión de la consulta de la Sociedad Nichimen Corporation, aprobó a través del dictamen N° 808 de 11 de junio de 1992, la distribución exclusiva sobre la base del argumento que el mercado de los automóviles era lo suficientemente competitivo como para que no fuera posible un aprovechamiento monopólico a partir de esta práctica. Lo que hace en ese caso la Comisión Preventiva es incorporar un factor económico determinante en la potencialidad negativa de cualquier conducta y que no había sido considerado hasta esa fecha.

El Tribunal, con la finalidad de analizar la negativa de entrega de películas de estreno evalúa las condiciones de mercado, concluyendo que existe un

conjunto de factores que condicionan las opciones que tienen empresas distribuidoras de películas, para efectos de modificar el número de copias disponibles a ser distribuidas en un determinado mercado, lo que atenuaría la decisión de no distribuir las películas a una empresa y si distribuirlas a otra, como es el caso materia de la sentencia comentada.

La definición que entrega de “negativa de venta” es adecuada, se condice con la opinión que venían mostrando los órganos de libre competencia en Chile y la experiencia comparada, así como también entrega mayores elementos técnicos que requieren ser ponderados al momento de evaluar una conducta en el mercado.

En conclusión, la acertada sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, viene a ratificar la necesidad de que exista un órgano jurisdiccional con alta preparación técnica y donde el enfoque que prima es consistente con los objetivos usualmente atribuidos a una ley de defensa de la competencia, esto es, la eficiencia y el bienestar de los consumidores.