

Análisis de las condiciones bajo las cuales se produce un abuso de posición de dominio por ventas atadas y sus posibles justificaciones

*Viviana Carolina Cárdenas Garzón**

RESUMEN

El presente artículo se compone de cuatro apartados. El primero trata de determinar qué es y cuándo una práctica puede ser catalogada como una venta atada; en el segundo se abordan los tipos de vinculación, en el que se definen tanto el *tying* como el *bundling* para poder distinguirlos y conocer cómo estos se presentan en el mercado; en el tercero se determina cómo influye la conducta tanto en el mercado del producto vinculado como del vinculante; y, finalmente, en el cuarto, las posibles justificaciones a la conducta, en la cual se establecen como las más sobresalientes las justificaciones por causas legales, técnicas, de seguridad o salud pública, y por causas económicas, resumidas en la doctrina como eficiencias en el mercado.

Así, este trabajo busca establecer ciertos parámetros que permitan comprender, tanto a las autoridades de control de poder de mercado, usuarios, consumidores y operadores económicos, cuándo una conducta es susceptible de sanción, o si podría ser permitida en razón de que la misma, a pesar de ser ilegal, genera eficiencias en el mercado.

PALABRAS CLAVE: venta atada, libertad de empresa, posición de dominio, regla de la razón, regla *per se*, competencia, *tying*, *bundling*, demanda, mercado, producto vinculante, producto vinculado, eficiencias.

ABSTRACT

This paper is structured in four sections. The first try to determine the meaning of tying, and when a practice can be under that definition; the second talk about the types of bonding, where tying and bundling are defined to be able to distinguish each other; the third it is determined the different behavior influences in the market of the principal product and the secondary product; finally, the fourth explain possible justifications for conduct, paying attention specially about legal

* Funcionaria del Consejo de la Judicatura, Ecuador.

justification, technical justification, safety or public health reasons and economic reasons, known as market efficiencies.

This article seeks to establish certain parameters that allow understanding the authorities of control of market power, users, consumers and economic operators when a behavior requires a sanction.

KEYWORDS: tying; bundling, dominant position, rule of reason, per se rule, competition, demand, market, binding product, linked product, market efficiencies.

FORO

VENTAS ATADAS

DEFINICIÓN DE VENTA ATADA Y REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA

La venta atada en nuestra legislación se encuentra prevista en el artículo 9, numeral 8 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, y 11 numeral 12 de su respectivo reglamento, sin embargo no se encuentra definición de dicha conducta en ninguno de los dos cuerpos normativos antes mencionados; ambos se limitan a indicar que se sancionará como abuso de posición de dominio por prácticas restrictivas de la competencia a la venta condicionada y la venta atada, injustificadas. Existe por tanto, un vacío de la ley al no indicar los parámetros en los que se ha de considerarla justificada, por lo que es necesario recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia internacional para comprender que es la venta atada y bajo qué condiciones amerita sanción.

En este sentido, la venta atada consiste en una práctica por la cual se subordina la venta de un producto o servicio (denominado vinculante) a la condición de comprar un segundo producto (llamado vinculado),¹ de ello que la prohibición de esta figura radica en que la empresa obliga a la compra de un producto adicional al deseado por el comprador, con lo cual aumenta su gasto y reduce su capacidad adquisitiva, es decir, se produce un desequilibrio en el excedente social porque el excedente del productor se maximiza sin justa causa.

1. Juan Carlos Riofrío, Marcelo Marín Sevilla y otros, *Régimen de competencia* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 337.

Partiendo del asunto T-201/04, en referencia al caso Microsoft Corp v. Commission of the European Communities,² se pueden extraer las siguientes como condiciones para que las prácticas del *tying* (ventas atadas), y el *bundling* (empaquetamiento o venta conjunta) sean consideradas abusivas, y por tanto perjudiciales para la competencia:

EXISTENCIA DE DOS PRODUCTOS DIFERENCIADOS

La venta atada es una práctica que incluye la compra de un producto vinculante y uno vinculado que, en ciertas ocasiones, al ser adquirido en paquete, genera eficiencia al usarlo, pero también puede suceder que dicha venta lleve consigo la obligación de que el consumidor, a pesar de no querer el producto vinculado, termine consumiéndolo y pagando más.

Nuestra legislación es muy escueta al determinar las ventas atadas, de tal manera que es menester recurrir a los test y criterios de valoración sobre la separabilidad de los productos, que son usados por autoridades administrativas y judiciales a nivel mundial, entre los que destacan:

Test de la demanda diferenciada

El análisis para determinar si se trata de productos separados se realiza desde la perspectiva del consumidor, en razón de que se suele adquirir productos complejos que se comercializan de modo atado, pero que el usuario no lo nota, de tal modo que “existirán dos productos diferenciados siempre que exista suficiente demanda diversa o individual para el producto vinculado”;³ el individuo debe expresar su preferencia al comprar, de modo que “el comprador decide adquirir el producto vinculado independientemente del producto principal, cabe presumir ese deseo, de la constatación de la existencia de una oferta independiente del producto vinculado”.⁴

-
2. Comisión de Comunidades Europeas. Corte de Primera Instancia: Grand Chamber, caso T-201/04, Microsoft Corp v. Commission of the European Communities, sentencia, 17 de septiembre de 2007.
 3. Carmen Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia* (Madrid: La Ley, 2006), 161.
 4. *Ibíd.*, 166.

Vale la pena destacar el caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*,⁵ en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos dijo que las fotocopiadoras Kodak y los servicios de reparación, a vista del consumidor, eran dos mercados diferentes, que se demandaban de modo independiente. Para el uso de este test la prueba la constituye la opinión del comprador; si este prefiere, tras la oportunidad de elegir los productos por separado, adquirirlos en conjunto, se determina la existencia de un solo bien a los ojos del consumidor.

La posible distorsión a este test viene dada debido a que las empresas al realizar la venta atada pueden ofrecer el producto vinculado sin costo alguno, por lo cual en este caso no se ha de mirar el aspecto económico sino los efectos de la práctica en el mercado y en la competencia.

Test de las prácticas de mercado

Para determinar la presencia de productos separados se parte del análisis de la estructura de la oferta, tomando en cuenta las actuaciones de las empresas dentro del mercado. Por medio de este test se examina la política comercial de todos los competidores de un determinado mercado, detectando si la vinculación es una práctica general y si existen empresas que ofrecen los productos por separado se tratará de bienes diferenciados. Como prueba de este test se puede demostrar el historial de las prácticas comerciales de una empresa, de tal manera que “si el vendedor vende actualmente, o ha vendido en el pasado, los componentes separadamente, el hecho de que no lo haga en la transacción examinada puede apoyar la presunción de existencia de vinculación de productos diversos”.⁶

Test de la integración tecnológica

Por medio de este parámetro se analiza la estructura del paquete, como un todo, y las características de los productos considerados individualmente, para conocer las relaciones que pueden darse entre ellos y entender si cabe una integración de sus componentes que deriven en una funcionalidad del mismo.

5. Estados Unidos de América, Corte de apelaciones del noveno circuito, caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, sentencia, 8 de junio de 1992.

6. Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, 187.

Con dichas consideraciones, extraemos los parámetros que se evalúan, siendo estos la funcionalidad y la eficiencia tecnológica y económica de su integralidad. No se puede confundir esos parámetros con el atributo de fungibilidad de los bienes que se unen, en razón de que, al ser intercambiables entre ellos, pertenecerían a un mismo mercado y por ende no serían productos distintos.

Este punto fue corroborado en el caso *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*,⁷ donde se demandó al periódico antes referido por vincular la publicación de los anuncios en los diarios de horario matinal a la compra de un espacio también en el vespertino; el gobierno alegó que se trataba de una práctica ilegal porque se excluía a los periódicos vespertinos del mercado de los anuncios publicitarios. Sin embargo, la Corte Suprema estadounidense resolvió que no se trataba de mercados distintos sino que los dos correspondían al mercado de acceso a los lectores, y el que sea matutino o vespertino daba cuenta de que eran bienes fungibles que cumplían con la misma función de permitir la publicidad en un espacio para el público.

Test de las justificaciones empresariales

Este parámetro de evaluación tiene que ver con las características del mercado. Se deben analizar factores como: introducción de un nuevo producto al mercado, necesidad de prestigio o posicionamiento de marcas, eficiencias de funcionalidad de los bienes, entre otros. Particularmente, este test exige mucho conocimiento por parte de las autoridades y la aplicación de la sana crítica y la razonabilidad, en virtud de que puede que se admita vinculación en tiempos de lanzamiento de un producto, es decir, en su fase inicial, sin embargo, a medida que las condiciones económicas vayan desapareciendo o la empresa se haya consolidado en el mercado, también debe extinguirse paulatinamente la práctica de vinculación.

LA EMPRESA DEBE TENER POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO DEL PRODUCTO VINCULANTE

La venta atada presupone que la empresa que se encarga de vincular dos o más bienes ha de ser fuerte en el mercado del producto vinculante, puesto que dicha posición y poder hace que tenga la coerción suficiente como para condicionar la venta

7. Estados Unidos de América, Corte Suprema, caso *Times-Picayune Pub. Co. c. Estados Unidos*, sentencia 374, 25 de mayo de 1953.

del producto principal; vale en este punto citar el caso Tetra Pak International S. A. contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C333/94.⁸ El grupo Tetra Pak se especializaba en equipos de envasado aséptico y no aséptico de productos alimenticios líquidos y semilíquidos en cartones, campos en los cuales tenía en el ámbito no aséptico de envasado y cartones entre el 50 y 55% del mercado de la Comunidad frente al 27% de Elopak, y en el sector aséptico una participación del 90 al 95% del mercado,⁹ lo que lo constituía con suficiente poder de mercado como para permitirse en sus contratos introducir cláusulas como: reserva del derecho de control de la configuración de equipos y de asistencia técnica sobre las máquinas, además el comprador estaba obligado a usar envases Tetra Pak en las máquinas debiendo estos ser adquiridos de un proveedor designado por Tetra Pak; es decir, el poder de mercado que ostentaba dio la facilidad de vincular las máquinas envasadoras al uso de un servicio secundario de mantenimiento o a la compra de cartones del grupo Tetra Pak, restringiendo así la competencia en ese mercado.

En estos casos la prueba es el elemento coercitivo, para lo cual hay que remitirse nuevamente al criterio del comprador para determinar si siendo libre de ataduras igual hubiese adquirido el producto o servicio atado, por lo tanto “no [existe] un contrato vinculado [...] en los casos, de recepción favorable del comprador frente a la transacción propuesta, es decir, cuando cupiera presumir que este, aun de no mediar una oferta de adquisición conjunta, hubiera adquirido igualmente ambos productos o servicios”,¹⁰ entonces, si a su libre albedrío el usuario decide comprar los bienes en conjunto no existe venta atada, puesto que la adquisición ha sido sin condiciones, de modo voluntario.

Vale insistir en que este elemento coercitivo solo tiene oportunidad de aparecer cuando la empresa que ata los productos tiene posición de poder de dominio en el mercado del producto principal,¹¹ pues solo de ese modo el comprador se ve compelido por su deseo de compra del bien principal a aceptar condiciones de compra de otro producto.

8. Comisión de las Comunidades Europeas, Corte Suprema: Sala Quinta, caso C-333/94 P, Tetra Pak International S. A. v. Commission of the European Communities, sentencia, 14 de noviembre de 1996.

9. *Ibíd.*

10. Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, 254.

11. *Ibíd.*, 225.

LA EMPRESA NO PERMITE A LOS CONSUMIDORES OBTENER EL PRODUCTO VINCULANTE SIN OBTENER EL PRODUCTO VINCULADO, O HACE A LA ADQUISICIÓN INDIVIDUAL DE PRODUCTOS MENOS ATRACTIVA QUE LA COMPRA CONJUNTA

La existencia de la venta atada está sujeta a la presencia de una condición que no guarda relación con la principal sino que se trata de una prestación exigida al consumidor de modo subyacente pero no complementaria, aunque si necesaria. La atadura entre productos debe estar dada por el vendedor como una condición para la venta del producto principal que al no ser importante para la funcionalidad del producto le añade más costo a la compra.

En el caso *Comisión Europea c/ Hilti*,¹² la defensa de la empresa fue que los cartuchos y los clavos que usaban las pistolas de fijación accionados por potencia, utilizados en la industria de la construcción, y sobre las cuales tenía patentes, debían ser subordinados a la venta del sistema completo para la funcionalidad del producto; sin embargo, el mismo fue negado en razón de que se determinó que el uso de cualquier clavo o cartucho no significaba un peligro para las funciones del sistema ni implicaban riesgos operativos, sino que por el contrario eran un medio indirecto usado para impedir que los consumidores accedan a los mismos productos que ofrecían otros vendedores.¹³

LA CONDUCTA DE LA EMPRESA DEBE TENDER A EXCLUIR LA COMPETENCIA

La ley estadounidense, por medio de la Sherman Act, en el texto del artículo 1, castiga la venta atada cuando se cumple con dos supuestos: 1. El agente de mercado debe poseer posición de dominio en el producto atado, y 2. La conducta debe restringir un volumen sustancial en el mercado del producto atado.¹⁴

Dentro del caso *Times-Picayune Pub. Co. c. Estados Unidos*, se determinó que el periódico matutino de la empresa no tenía poder de mercado entre los diarios de

12. Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Primera Instancia: Sala Segunda, caso *Hilti AG v. Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia, 12 de diciembre de 1991.

13. Christian Ahlborn, David S. Evans, A. Jorge Padilla, “La economía antimonopolista de la vinculación: una despedida a la ilegalidad *per se*”, *The Antitrust Bulletin*, No. 49 (The United States. Department of Justice, 2004).

14. Estados Unidos de América, Corte Suprema, caso *Times-Picayune Pub. Co. c. Estados Unidos*, sentencia 374, 25 de mayo de 1953.

Nueva Orleans para fijar condiciones que le permitan expandirse a otro mercado, y concluyó que lo básico de las ventas atadas es que exista un apalancamiento en el mercado del producto vinculante para conseguir un espacio en el producto atado explotando así su posición de dominio y restringiendo la competencia en el mercado del producto atado¹⁵.

Destaca el caso de *International Salt Co., Inc. v. United States*,¹⁶ en el que se demandó a *International Salt* por la vinculación de la compra de las máquinas de procesar sal (de las cuales tenía uso de patente) a la venta de toda la sal que se procese con ellas; se concluyó que la empresa tenía poder de dominio en el mercado vinculante, por efecto de que la patente hacía que este fuera el único autorizado a la venta de las máquinas, además, la sal y las máquinas eran productos completamente diferenciados que no guardaban una relación complementaria siquiera; la Corte Suprema estadounidense determinó que la conducta era prohibida porque impedía el ingreso de competidores al mercado de la venta de sal.

La práctica de la venta atada, como hemos visto, permite a las empresas con posición dominante conservar o extender ese poder, concentrando la demanda en su empresa y dejando así que esta maneje a su antojo la oferta y la demanda, volviendo dependientes a los consumidores; por esto se consideran las ventas atadas como una conducta exclusoria de la competencia cuyo principal efecto es la expansión de poder en el mercado, lo cual se logra por medio de la exclusión o aumento de barreras de entrada a nuevos competidores del mercado;¹⁷ la razón está explicada porque los competidores no pueden hacerle frente a la estrategia de la empresa que se vale del apalancamiento en el mercado vinculante para ganar terreno en el otro mercado.

AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN OBJETIVA DE LA PRÁCTICA

Dado que nuestra legislación deja la puerta abierta a la justificación, se debe recurrir a la regla de la razón, la cual da la guía de que no se puede castigar una conducta como ilegal sin antes analizar las circunstancias específicas de cada mercado, y, en la práctica, la existencia de justificaciones empresariales o legales.

15. *Ibid.*

16. Estados Unidos de América, Corte Suprema, caso *International Salt Co., Inc. v. United States*, sentencia 46, 10 de noviembre de 1947.

17. Germán Coloma, *Defensa de la competencia. Análisis económico comparado* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003), 93.

Un caso importante a resaltar es *United States v. Jerrold Electronics Corp.*,¹⁸ en el cual Jerrold Electronics Corp. implementó una política que vinculaba la compra del sistema de antenas a la contratación del servicio de su mantenimiento; la defensa de Jerrold Electronics se centró en indicar que para garantizar el funcionamiento del producto nuevo así como la reputación y el crecimiento de la empresa era necesaria la presencia de esa política comercial, que fue aceptada por el juez de modo parcial por el hecho de que a medida que el objetivo se vaya cumpliendo la política debía ir desapareciendo paulatinamente.

Además cabe resaltar aquí el caso paradigmático y controvertido de *United States v. Microsoft Corp.* (D.C. Cir. 2001),¹⁹ en el cual se demandó a Microsoft por vincular la venta de su sistema operativo con la de Internet Explorer. Los demandantes afirmaban que Microsoft abusó de su poder de mercado en la producción de sistemas operativos para restringir el mercado de los navegadores de internet, creando barreras de entrada para los otros competidores como Netscape Navigator u Opera, al volver muy lenta la descarga de estos últimos, los cuales debían ser comprados en forma separada; la conducta de Microsoft incluía la provisión de Internet Explorer de modo gratuito y además modificaciones en el sistema de modo que solo resultaba compatible con su navegador de internet.

Microsoft afirmó que la fusión de Windows e Internet Explorer implicaba un proceso de innovación tecnológica, que los dos eran ahora el mismo producto y estaban funcionalmente integrados entre sí; sin embargo, los demandantes afirmaban que los navegadores eran un producto diferenciado del sistema operativo, y la muestra de ello era que Microsoft ofertaba una versión separada de Internet Explorer para el sistema Mac OS, y que el servicio no se mostraba realmente gratuito sino que los costos de desarrollo y comercialización hacían más alto el precio de adquirir Windows.

Dentro del juicio Microsoft presentó como defensa videos que demostraban que al eliminar Internet Explorer el sistema operativo se tornaba lento y provocaba un mal funcionamiento de Windows, sin embargo, en primera instancia se resolvió que Microsoft era culpable de los cargos presentados, y se dispuso que la compañía se escindiera en dos: una para producir sistemas operativos, y otra para los navegadores de internet; Microsoft apeló la sentencia, consiguiendo una revocación parcial porque se consideró que Microsoft no había incurrido en una venta atada que

18. Estados Unidos de América, Corte del Distrito de Pennsylvania, caso *United States v. Jerrold Electronics Corporation*, sentencia, 11 de octubre de 1960.

19. Estados Unidos de América, Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, caso *United States v. Microsoft Corp.*, sentencia, 2001.

monopoliza el mercado de los navegadores sino que la única falta cometida era su intento de evitar que los fabricantes de otros navegadores instalen dicho producto en el sistema Windows; dentro de las negociaciones se determinó que en lugar de ser desmembrada se comprometería a permitir que en el sistema operativo de Windows se instalara cualquier tipo de navegador; es decir, Microsoft no pudo comprobar una justificación objetiva de la venta atada de los dos productos.

TIPOS DE VINCULACIÓN

Para la introducción de nuevos productos al mercado, las empresas han ido desarrollando diversas formas de ventas atadas o de vinculación, que se resumen del siguiente modo:

- **Ventas atadas (tying)**,²⁰ se presenta de dos formas:
 - *Vinculación contractual*: es una vinculación explícita que se presenta por la presencia de una cláusula contractual en la que se establece la obligación del comprador de adquirir el producto vinculado como requisito para obtener el producto principal.
 - *Vinculación física o tecnológica*: deviene de la propia configuración del producto o servicio en el cual el vendedor ha relacionado de tal manera tales productos o servicios que se hace prácticamente imposible la adquisición de ambos, pues solo de ese modo funciona adecuadamente con todos sus componentes.
- **Empaquetamiento o venta conjunta (bundling)**, se da de dos maneras:
 - *Empaquetamiento simple de productos (bundling simple)*: se lo conoce como venta por paquetes pura; el agente que oferta vende conjuntamente dos productos que se encuentran en un solo paquete de modo conjunto. En este caso, el único modo de adquirir el producto deseado es también adquirir el secundario, esta forma de venta atada se realiza con la finalidad de que el consumidor compre todo el paquete.²¹

20. The United States of Department of Justice & Federal Trade Commission, “Antitrust Issues in the Tying and Bundling of Intellectual Property Rights”, *Boletín Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition* (2007), capítulo 5.

21. Juan Signes de Mesa, Isabel Fernández y Mónica Fuentes, *Derecho de competencia* (Pamplona: Aranzadi, 2013), 283-5.

- *Empaquetamiento compuesto (bundling mixto)*: se lo llama también descuento multiproducto, puesto que la adquisición del paquete se presenta como una opción más barata que adquirirlos por separado.²² En este caso existe la opción de que el consumidor compre únicamente uno de los productos que conforma el paquete, pero solo recibirá el incentivo económico que se refleja en el precio del producto si los adquiere en conjunto.²³

EFFECTOS DE LA VENTA ATADA

La venta atada puede producir efectos tanto en el mercado vinculado como en el vinculante, los cuales serán analizados de modo breve en este apartado, considerando las pautas dadas por Carmen Herrero, quien menciona los principales efectos:

- En el mercado del producto vinculado se puede producir:
 1. **Extensión del poder de mercado**: viene de la teoría del apalancamiento o *leverage*, es decir, que el agente económico, valiéndose de su poder de mercado en el del producto vinculante, se apalanca o afinca en el otro mercado para monopolizarlo.²⁴
 2. **Falseamiento de la competencia sobre méritos empresariales**: se produce porque la empresa no incursiona en el mercado vinculado con base en su marca o su calidad, sino que, a fuerza de coerción producida por cláusulas implícitas o explícitas, realiza una vinculación que no permite el libre juego de la oferta y la demanda en el mercado del producto vinculado.²⁵
 3. **Exclusión en el mercado del producto vinculado**: por medio de la práctica de venta atada se cierra el mercado a potenciales competidores, que no encuentran acceso al del producto vinculado; los usuarios se ven obligados a la compra de un producto secundario para adquirir el principal, y por dicha vinculación la empresa se asegura un puesto dentro del mercado que está vinculando, a costa de la creación de barreras de entrada.²⁶

22. *Ibíd.*

23. *Ibíd.*

24. Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, 366.

25. *Ibíd.*, 370-1.

26. *Ibíd.*, 423.

- En el mercado del producto vinculante, se puede producir:
 1. **Preservación de poder en el mercado del producto principal:** en este caso el producto vinculado funge de escudo que permite al producto principal conservar su estatus de monopolio por la construcción de barreras de entrada.²⁷
 2. **Habilitación de políticas de precios discriminatorios:** la venta atada puede ser usada como un instrumento de sondeo directo del uso que los consumidores dan a los bienes vinculados, con el objetivo de elaborar políticas de precios que orienten a los compradores al mayor consumo de los productos vinculados para que se adquiera más del producto principal.²⁸
 3. **Ejecución de acuerdos cartelísticos:** la venta atada puede resultar ser una práctica facilitadora de la formación de carteles, es decir, una acción conjunta de las empresa con el fin de vincular productos; visto de ese modo se forma un oligopolio que restringe la competencia dentro del mercado, eliminando a otras empresas que buscan competir.²⁹
 4. **Enmascaramiento de precio:** la venta atada puede convertirse en un instrumento que permite ocultar el precio real del producto principal (más aún si existe alguna regulación pública), de modo que los precios de cada bien permanecen en el anonimato, sin que el consumidor sepa qué parte de este corresponde al producto vinculado y cuál al vinculante.³⁰

POSIBLES JUSTIFICACIONES DE LA VENTA ATADA

Uno de los grandes retos del Derecho de competencia, y en especial de nuestra legislación, es fijar parámetros que permitan, en primer lugar, distinguir una conducta eficiente en el mercado de otra que eventualmente perjudique de modo directo a los consumidores, y, en segundo lugar, ponderar si una conducta de ventas atadas, a pesar de ser sancionable, genera eficiencias.

Con ese antecedente, en nuestro país la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado deberá ser prudente para evitar sancionar una conducta

27. *Ibid.*, 448-9.

28. *Ibid.*, 451-2.

29. *Ibid.*, 465-6.

30. *Ibid.*, 470.

que aparentemente dañaría el mercado, pero que en realidad lo hará funcionar de mejor manera.

Siguiendo la doctrina y la jurisprudencia internacional se pueden establecer como justificaciones o eficiencias a los siguientes grupos:

JUSTIFICACIONES LEGALES

Las prácticas de vinculación por efectos legales pueden ser opacadas, particularmente cuando es el Derecho mismo el que faculta la unión física de productos diferentes. Generalmente dentro de estos casos se enmarcan todas las concesiones que brindan la propiedad intelectual y el derecho de autor, contexto en el cual deberá analizar cuidadosamente el alcance de dichos derechos y determinar si se trata de un uso adecuado del mismo o se ha generado un abuso de la concesión. Dentro de estas justificaciones legales podemos anunciar, entre otras, las siguientes:

- **Patentes:** su presencia hace que la unión de varios productos que se comercializan independientemente se conviertan en uno solo, es decir, la ley considera la unión novedosa de partes como libre de sanción por vinculación, de manera que “la justificación económica de la unión o vinculación de bienes no necesita ser alegada como defensa por la empresa que la realiza, sino que esta es presupuesta por el ordenamiento jurídico, que reconoce la innovación y la protege...”³¹ Hay que ser cuidadosos en determinar el alcance de la patente, puesto que si se comercializa el producto patentado conjuntamente con otro que pertenece a un mercado diferenciado, se estaría cayendo en una vinculación, aprovechándose del derecho que se le ha conferido.
- **Derechos de autor:** guarda similitud con la figura de las patentes, de modo que se debe determinar qué cubre el derecho de autor; si el derecho ampara la obra o conjunto de obras que forman una sola, es decir, si la obra literaria constituye una trilogía, no se considerará vinculación la negativa de venta de uno solo de los ejemplares, dado que son los tres los que forman una sola colección protegida por el derecho de autor; sin embargo, si la obra protegida es vinculada a otras que ya no son parte de ella, es sancionable. Esto sucedió en el caso *United States v. Loew’s Inc.*,³² donde distribuidoras cinematográficas

31. Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, 196.

32. Estados Unidos de América, Corte Suprema, caso *United States v. Loew’s Inc.*, sentencia 42, 5 de noviembre de 1962.

condicionaban la exhibición televisiva de películas de alta calidad “premium” a la compra de otras películas de inferior calidad dado que se comercializaban en un solo paquete como si todas formaran uno solo. La Corte Suprema estadounidense indicó que se trataba de un contrato que contenía una venta atada por cuanto se vinculaba una película protegida por un derecho de autor a otras que no estaban incluidas en el alcance del mismo.

El juez de distrito determinó que cada bloque de películas con derechos de autor no eran similares entre sí, sino que variaban en calidad, temática, atractivo público, actores, entre otras características y, por lo tanto, no eran fungibles, ni conformaban un paquete unificado; dado que quienes poseían la licencia tenían una posición monopolística sobre el producto vinculante tenían el poder de mercado suficiente para restringir la competencia en el producto vinculado, por lo cual era sancionable conforme la Ley Sherman.

La Corte Suprema concluyó que:

These cases reflect a hostility to use of the statutorily granted patent monopoly to extend the patentee’s economic control to unpatented products.

The patentee is protected as to his invention, but may not use his patent rights to exact tribute for other articles.³³

Es decir, si bien el autor tiene por efecto del Derecho la recompensa de explotar su obra de ingenio, esta se extiende únicamente al producto creado, pero no puede ser en ningún caso usada como un medio para apalancarse en otro mercado u obtener ganancias por otro producto no incluido en ese derecho de autor; de ahí que “the sole interest of the United States and the primary object in conferring the monopoly lie in the general benefits derived by the public from the labors of authors”.³⁴

- **Marcas:** la marca, al ser un bien intangible, es considerado como un producto con identidad propia, que muchas veces puede ser vinculado a otro y constituirse en una venta atada; por su dificultad de distinción con otro producto que haga uso de la marca, los parámetros para el reconocimiento de una vinculación vendrán dados por el objeto del contrato y al protagonismo o función que cumpla en la marca dentro de cada caso.

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*

JUSTIFICACIONES ECONÓMICAS

Ahorro de costes

1. **Costos de producción y distribución:** el producir y distribuir dos bienes de manera conjunta permite abaratar costos con relación a aquellos que se los hace de modo separado,³⁵ y ello repercute en que la empresa podrá producir más a menores costos, lo que deriva en la generación de economías de alcance y de escala.

La reducción de estos costos se produce porque se usan los mismos recursos para fabricar los productos que se vinculan, tal como sucedió en el caso *Times-Picayune Pub. Co. c. Estados Unidos*, donde se acusaba al diario de forzar a los usuarios del servicio a anunciarse no solo en el periódico matutino sino también en el vespertino; la Corte Suprema estadounidense señaló que al realizar la venta de los espacios publicitarios de ese modo se convertía en una sola transacción que reducía costos, en lugar de gastar recursos en cada una.

Del mismo modo, con relación a la distribución, se verifican eficiencias por la comercialización conjunta, sea, como en el caso anterior, por el uso un mismo medio de transporte, como por efecto de la aplicación de la *full-line forcing*,³⁶ que implica la obligación de compra de toda la línea de producción del fabricante, eventualmente, se la suele encontrar en las cláusulas de contratos de franquicia.

2. **Costos de transacción:** los costos de uso de mercado se ven también abarataados, en razón de que se realiza en una sola compra la adquisición de varios productos (*one stop shopping*), lo que se traduce en que tanto el consumidor como el productor reducen tiempo y dinero con relación a la selección, valoración e información respecto a los productos.

35. Comisión Europea, “Directrices relativas a las restricciones verticales”, *Diario oficial de la Unión Europea: Comunicaciones Procedentes de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea* (2010), 44.

36. Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, 500.

Reducción de ineficiencias en los precios

Las prácticas de vinculación pueden eliminar externalidades en la fijación de los precios, y con ello asignar eficientemente los recursos, evitando la doble marginalización o efecto *Cournot*.

El economista y matemático Augustín Cournot mencionaba en su teoría que “bundling could improve the profits of two monopolists selling complementary products”,³⁷ es decir, si cada monopolista tuviera que fijar sus precios por separado lo haría en función de la independencia que goza del resto de los competidores del mercado, sin tener en cuenta la externalidad negativa que su precio alto causaría en la demanda del otro; al ser bienes complementarios la subida de precio en uno de ellos genera la caída de la demanda del otro, sin embargo, al fusionarse o coordinar precios y ofrecer conjuntamente los productos complementarios reducen el precio de los mismos, incrementan la demanda de los dos bienes, y ambas empresas obtienen más ingresos; al ser productos complementarios solo funcionan mientras se los usa de modo conjunto, de manera que el consumidor comprará todo o nada,³⁸ es decir, se crea eficiencia en el sentido de Pareto, pues el bienestar del consumidor se ve mejorado por los precios bajos de adquisición, y el de los productores por los mayores beneficios económicos obtenidos.

Justificaciones técnicas, de seguridad y de protección de la reputación empresarial

A más de buscar eficiencias cuantitativas, este tema guarda relación con la eficiencia cualitativa; la vinculación permite mejorar la calidad y funcionamiento de los productos, es decir, se convierte en una suerte de garantía que ofrece el proveedor.

Por medio de la vinculación, el productor se asegura del correcto funcionamiento técnico a futuro del bien vendido y correlativamente asegura su éxito comercial y su reputación como marca dentro del mercado, como por ejemplo cuando se vende una maquinaria de la cual la misma empresa brinda también el servicio de mantenimiento o de cambio de repuestos, acción con la que solo el productor tiene el control de la calidad de lo que vende.

37. Barry Nalebuff, “Bundling, Tying, and Portfolio Effects”, *Dti Economics Paper*, No. 1 (2003): 37.

38. *Ibid.*, 38.

Se expresan también dentro de estas justificaciones aquellas relativas a seguridad y salud pública, para evitar que la empresa se vea inmersa en algún tipo de contienda legal por su responsabilidad extracontractual por efecto de que alguien pueda verse perjudicado si el producto principal se usa con uno deficiente o no apto tecnológicamente para este, como lo ocurrido en el caso Eurofix-Bauco v. Hilti, en el cual la empresa Hilti indicaba que la vinculación de los clavos con las pistolas de fijación en la construcción se daba por razones de mantener seguridad, tanto en el buen funcionamiento del producto como en la integridad de los operarios; sin embargo, la Corte de Estados Unidos se mostró renuente a aceptar esta justificación y la continuó manteniendo como violatoria a las normas antitrust. Así lo confirma cuando menciona en su decisión:

above concerns relating to the safety, reliability and operation of its PAFS *are not sufficient to justify the commercial behaviour* which is the object of this Decision since it does not constitute the least restrictive action necessary to attain the objective of safety. [...] Hilti's actions described as abusive in this Decision reflect a commercial interest in stopping the penetration of the market of non-Hilti consumables.³⁹

Y concluye mencionado:

A company faced with safety worries may not resort to behaviour which is an abuse under Article 86; it should rather explore the other legitimate and normally more efficient ways of dealing with its concerns.⁴⁰

Tanto las justificaciones económicas como las de seguridad o de protección de reputación no han sido acogidas en la mayoría de los casos, en razón de que, partiendo del caso Eurofix-Bauco v. Hilti, la Comisión Europea reconoce que pueden existir ciertos tipos de eficiencia con la vinculación, pero también salva el hecho de que siempre existirán soluciones alternativas menos restrictivas a la competencia, insinuando que las empresas podrían generar las mismas eficiencias sin necesidad de recurrir a medios que violenten el ordenamiento jurídico relativo a la defensa de la competencia.

39. Comisión de Comunidades Europeas, caso Eurofix-Bauco v. Hilti, Decisión de la Comisión, 22 de diciembre de 1987.

40. *Ibid.*

CONCLUSIONES

Finalmente se puede concluir:

1. La vinculación sea por ventas atadas (*tying*) o en paquetes (*bundling*) son actualmente conductas usadas por las empresas en sus prácticas comerciales, resulta hoy tan común encontrar dos productos completamente diferenciados siendo vendidos en paquetes o con “promoción”, situaciones que deberán ser analizadas por Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado para entender si dicha venta genera eficiencias o efectos perjudiciales a la libre competencia.
2. La venta atada produce efectos negativos no solo en el mercado del producto vinculado, sino también en el del producto vinculante; los principales efectos que produce tienen que ver con: exclusión de competidores, falseamiento de la competencia, extensión de poder de mercado; sin embargo, deben ser tratadas con sumo cuidado pues, en varios casos, pueden traer eficiencias al mercado a pesar de violar una conducta tipificada en la ley, de manera que quien la ejecuta deberá justificar su aplicación entregando prueba válida de que su conducta trae efectos positivos.
3. Las prácticas de las ventas atadas dan lugar a un abuso cuando se presentan estas condiciones: 1. Existencia de productos distintos; 2. La empresa debe tener posición de dominio en el mercado del producto vinculante; 3. La práctica debe traducirse con un efecto restrictivo de la competencia; 4. Que la empresa no permita a los consumidores adquirir el producto principal sin obtener el producto atado; y 5. Ausencia de justificación objetiva.
4. Los derechos de autor y las patentes son medios jurídicos que confieren un monopolio legal al autor o al inventor de una obra o invento, pero este monopolio se establece como un premio al ingenio bajo un espacio temporal y no puede ser usado con fines de expandir su mercado, atando al producto patentado o protegido por un derecho de autor otras obras o inventos que no gozan de tal régimen.
5. A más de las justificaciones legales que hacen legítimas las ventas atadas, se encuentran las eficiencias que se traducen en mejoras económicas o conservación técnica y salud pública; sin embargo, estas no son del todo aceptadas como las justificaciones legales en razón de que siempre se sostendrá que una empresa es capaz de crear las mismas eficiencias sin necesidad de recurrir a medios fuera de la ley o que dañen el mercado.
6. Las ventas atadas tienen una suerte de dicotomía en cuanto pueden ser prácticas eficientes que reporten beneficios para las empresas y el consumidor, pero

también una conducta anticompetitiva susceptible de condena, por lo que su aceptación deberá ser ponderada bajo el principio de proporcionalidad que permita determinar si la opción más acertada corresponde a que la conducta se encuentre vigente o a su vez que sea sancionada.

7. El tema de las ventas atadas constituye una problemática que aún no encuentra parámetros uniformes de valoración a nivel internacional; cada legislación determina el uso de la regla *per se* o de la regla de la razón; sin embargo, bajo cualquiera de los dos mecanismos de interpretación se ponderará el bien jurídico protegido por el Derecho de competencia: el bienestar del mercado, con el bien jurídico particular de las empresas, determinándose en cada caso cuál de ellos para esa circunstancia merece mayor protección.

RECOMENDACIONES

1. La aplicación de la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado exige que existan funcionarios y jueces preparados en la materia de Derecho de competencia para que puedan distinguir las prácticas que caen en una venta atada no justificada, de la venta conjunta u otra estrategia comercial para evitar castigar sinergias positivas en el mercado o eficiencias empresariales.
2. De la formación correcta de la jurisprudencia respecto a ventas atadas dependerá su aplicación futura, por lo cual es importante por el momento recurrir a la aplicación internacional de la figura para entender sus elementos configuradores y además comprender los parámetros que se deben analizar para establecer una sanción.
3. El análisis de venta atada que se realiza por parte de los funcionarios públicos debe ser tanto desde una perspectiva legal, para determinar la existencia de alguna situación de poder de mercado y a partir de esta encontrar si la misma está siendo usada como una palanca para obtener otro mercado, y desde el punto de vista económico, para entender si la conducta genera eficiencias.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahlborn, Christian, David Evans, A. Jorge Padilla. “La economía antimonopolista de la vinculación: una despedida a la ilegalidad *per se*”. *The Antitrust Bulletin*, No. 49 (The United States. Department of Justice, 2004).
- Coloma, Germán. *Defensa de la competencia. Análisis económico comparado*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003.

- Comisión Europea. “Directrices relativas a las restricciones verticales”. *Diario oficial de la Unión Europea: Comunicaciones Procedentes de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea*. 2010.
- Herrero Suárez, Carmen. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*. Madrid: La Ley, 2006.
- Nalebuff, Barry. “Bundling, Tying, and Portfolio Effects”. *Dti Economics Paper*, No. 1. Estados Unidos (2003).
- Piraino Jr., Thomas A. “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century”. *Indiana Law Journal*, vol. 82 (2007).
- Riofrío, Juan Carlos, Marcelo Marín Sevilla y otros. *Régimen de competencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- Signes de Mesa, Juan, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de competencia*. Navarra: Thomson Reuters / Civitas, 2013.
- The United States of Department of Justice & Federal Trade Commission. “Antitrust Issues In The Tying And Bundling Of Intellectual Property Rights”. *Boletín Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition* (2007).
- Velandia, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

JURISPRUDENCIA

- Comisión de Comunidades Europeas. Tribunal de Primera Instancia: Sala Segunda. Caso Hilti AG v. Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia. 12 de diciembre de 1991.
- . Corte de Primera Instancia: Grand Chamber. Caso T-201/04. Microsoft Corp v. Commission of the European Communities. Sentencia. 17 de septiembre de 2007.
- . Corte Suprema: Sala Quinta. Caso C-333/94 P. Tetra Pak International SA v. Commission of the European Communities. Sentencia. 14 de noviembre de 1996.
- . Caso Eurofix-Bauco v. Hilti. Decisión de la Comisión. 22 de diciembre de 1987.
- Estados Unidos de América. Corte Suprema. Caso Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc. Sentencia 76-15, 23 de junio de 1977.
- . Corte de Apelaciones del noveno circuito. Caso Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. Sentencia. 8 de junio de 1992.
- . Corte Suprema. Caso International Salt Co., Inc. v. United States. Sentencia 46. 10 de noviembre de 1947.
- . Corte Suprema. Caso Times-Picayune Pub. Co. c. Estados Unidos. Sentencia 374. 25 de mayo de 1953.
- . Corte del Distrito de Pennsylvania. Caso United States v. Jerrold Electronics Corporation. Sentencia. 11 de octubre de 1960.
- . Corte Suprema. Caso United States v. Loew’s Inc. Sentencia 42. 5 de noviembre de 1962.

- . Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia. Caso United States v. Microsoft Corp. Sentencia. 2001.
- . Corte Suprema. Caso United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc, Sentencia 346. 6 de mayo de 1940.

NORMATIVA

Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado*. Registro Oficial, Suplemento No. 555, 13 de octubre de 2011.

Fecha de recepción: 10 de abril de 2017
Fecha de aprobación: 27 de abril de 2017