

**REPUBLICA DE CHILE
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA**

**RESTRICCIONES VERTICALES
Y ABUSO DE POSICION DOMINANTE:
JURISPRUDENCIA DE LAS COMISIONES ANTIMONOPOLIO**

**Mónica Salamanca Maralla
Jefe Departamento de Estudios
y Relaciones Internacionales
Fiscalía Nacional Económica, Chile**

INTRODUCCIÓN

Si bien CHILE es un país en vías de desarrollo, actualmente tiene firmado un tratado de libre comercio con Canadá y se encuentra negociando tratados de libre comercio con Estados Unidos, con la Unión Europea y con EFTA, que es el bloque integrado por Suiza, Islandia, Noruega y Liechsteintein y además es parte de las negociaciones del ALCA. Todos estos instrumentos abarcan capítulos especiales de competencia.

En atención a estas experiencias, podemos señalar que en general y dentro del marco general de los tratados antes citados, los capítulos de políticas de competencia están bastante avanzados, y nosotros creemos que en gran parte esto se debe a que en materia de competencia y regulación de monopolios, Chile tiene una experiencia de más de 30 años, con una legislación y estructura ya formada, por lo cual llegar a acuerdos en materia de competencia con países más desarrollados que el nuestro no ha sido tan difícil.

Por otra parte, y considerando un posible **acuerdo multilateral de competencia**, que sea favorable al desarrollo, creemos que es fundamental tener claridad sobre las conductas o prácticas anticompetitivas que este acuerdo debe considerar, ya que para que un acuerdo bilateral o multilateral sea eficiente, todos los miembros debemos hablar el mismo idioma, en el sentido de **concordar al menos** en las prácticas que deben ser reguladas, sobre todo si consideramos que en la negociación de un acuerdo multilateral nos encontramos con países que tienen regulaciones de competencias eficientes y economías desarrolladas, países con legislaciones relativamente nuevas y que se encuentran en etapa de implementación y países que aun no tiene legislación, por lo que a nuestro juicio **es indispensable** que las conductas anticompetitivas estén consideradas en cualquier acuerdo que se intente implementar.

Al respecto, dentro de las conductas anticompetitivas tenemos:

1. Abuso de posición dominante o monopolización
2. Acuerdos restrictivos horizontales, dentro de los cuales se destacan los carteles
3. Acuerdos restrictivos verticales
4. Control de fusiones.

Nosotros nos referiremos al abuso de posición dominante y a las restricciones verticales.

Entendemos por **abuso de posición dominante** la situación en que una empresa esta en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios. Bajo esta denominación se engloban practicas comerciales restrictivas de la competencia, en la que una empresa que tiene poder de mercado desarrolla acciones destinadas a impedir o restringir la competencia.

Las legislaciones de algunos países han tratado de tipificar las figuras que caerían bajo esta denominación mientras otros países no van al detalle y prefieren analizar cada caso para resolver si hubo por parte de la entidad o compañía cuestionada una conducta abusiva, ya sea respecto de los clientes o consumidores o respecto de los competidores existentes o interesados en ingresar al mercado.

Debemos remarcar que a nuestro juicio **siempre se debe sancionar es el abuso de posición dominante**, pero no la posición dominante per se, que puede existir por imperfecciones del mercado.

En cuanto a las **restricciones verticales**, debemos señalar que es un concepto a nuestro juicio muy ligado a lo que se entiende por mercado relevante y

posición dominante, ya que estos elementos son necesarios para que consideremos dichas practicas como ilegales.

Estos tipos de acuerdo son celebrados comúnmente entre compradores y vendedores en alguna fase de la cadena productiva. En general para su sanción es necesario realizar un análisis de sus efectos en relación con la competencia.

Dentro de este tipo de practicas tenemos las siguientes:

Denegación de venta, que consiste en la negación de trato o condicionamiento de la venta impuesto por un productor o distribuidor ya sea a un mayorista o a un minorista, y que puede tener varios fines como por ejemplo obligar a un minorista a respetar precios exigidos, apoyar acuerdos de distribución exclusiva, reservar la venta del producto a cierta categoría de consumidores o a una cierta zona geográfica

Acuerdos de distribución exclusiva, en el que el fabricante autoriza a un único distribuidor para comercializar el producto.

Ventas atadas o vinculadas, que es la situación en que la venta de un producto se encuentra subordinada a la compra de otro producto

Imposición de precios o fijación de precios de reventa, cuya principal característica es que un productor fija precios a un consumidor que no es el consumidor final, conducta que es regulada ampliamente por diversas legislaciones.

A través de esta presentación queremos exponer en forma general cuál ha sido la postura que han tenido nuestras Comisiones Antimonopolio frente a las figuras que constituyen formas de restricciones verticales y casos de abusos de posición

dominante, y que han sido investigadas por la Fiscalía Nacional Económica y por dichas Comisiones:

RESTRICCIONES VERTICALES

1) La distribución exclusiva:

1.1.- En cuanto a la distribución exclusiva, entendiendo por tal figura la situación en la cual un agente asume el carácter de único distribuidor de un bien o servicio, tenemos como hito principal en nuestra jurisprudencia el caso Nichimen-Daihatsu, resuelto por la Comisión Preventiva Central por medio del Dictamen N° 808, de 11 de junio de 1992.

Hasta el año 1988 las Comisiones Preventiva Central y Resolutiva tuvieron un criterio común para analizar la legalidad de esta conducta. Es así como en el Dictamen de la Comisión Preventiva Central N° 618 de septiembre de 1987, se declaró lo siguiente:

“En suma, sólo el que actúa por cuenta del mandante o proveedor puede tener el carácter de agente o distribuidor exclusivo, a diferencia del comprador o comerciante que actúa por cuenta propia, quien al constituirse en comprador único, exclusiva y permanentemente, contraviene las normas del señalado Decreto Ley, en razón de tratarse de una compra que elimina, en una de las etapas del proceso económico, la pluralidad o multiplicidad de demandantes, acarreando necesariamente una negativa de venta por parte del proveedor o fabricante a todo otro interesado en comprarle...este distribuidor exclusivo no puede concentrar parte importante de la distribución del mismo artículo en su mano”.

Como ya indicamos, un importante cambio de doctrina ocurrió en 1992, en la consulta de Nichimen – Daihatsu.

La Comisión aprobó la distribución exclusiva en el mercado de venta de automóviles sobre la base de que se estimaba que dicho mercado era lo suficientemente competitivo como para que no fuera posible llevar a cabo una conducta de abuso de posición de dominio a partir de la práctica del establecimiento de una distribución exclusiva.

1.2.- Un segundo caso en relación con esta figura, fue en que intervino Esso Chile Petrolera Ltda., sobre una consulta sobre la legalidad de ciertos contratos de operación de estaciones de servicios y que fue resuelto mediante Dictamen N° 1083, 27 de septiembre de 1999.

El primer contrato consultado fue un Contrato de Operación respecto de una estación de servicios de propiedad de Esso Chile, la que fue entregada a un tercero para su explotación (dealer) quien adquiría los combustibles marca Esso a dicha compañía y los revendía al consumidor.

El segundo contrato fue un Contrato de Operación de una estación de servicios de propiedad de Esso Chile, la cual se entrega a un tercero para su explotación y venta de combustibles de propiedad de la Compañía pero por cuenta de ésta última en este caso.

El contrato de Tienda de Conveniencia, el tercer contrato consultado, entregó a un Operador de Servicentro Esso la licencia para operar una franquicia bajo una marca registrada.

El cuarto contrato fue el de Distribución y Reventa (Peddler Retail), que era un contrato de reventa de combustibles diesel y kerosene en el lugar físico del cliente, para altos volúmenes de demanda.

En estos diferentes contratos de operación, el operador utilizaría la estación de servicios exclusivamente para comerciar y exhibir combustibles y lubricantes que suministrados por Esso Chile, impidiéndosele desarrollar otra actividad comercial, se encuentre o no relacionada con estos rubros, constituyéndose los contratos de operación en principales, y los de Tienda de Conveniencia, y de Distribución y Reventa, en contratos accesorios.

Las razones de la Comisión Preventiva Central para aprobar se basaron en que dichos contratos no contravenían la libre competencia por cuanto el mercado de la venta de estos productos era un mercado competitivo. También se basó en razones de protección de la marca registrada que amparaba los productos.

2) Fijación de precios de reventa:

En lo concerniente a la figura por la cual se determina el precio al cual un distribuidor puede revender un bien a los consumidores, ya sea en un precio máximo o en un precio mínimo. Al respecto, cabe señalar que la jurisprudencia sobre la fijación de precios de reventa indica que, en general, esta conducta no ha sido aprobada, utilizando como primer elemento de juicio la naturaleza de la relación comercial entre el productor, quien impone el precio de reventa, y el distribuidor, quien debe implementar el precio fijado.

Si la relación comercial del distribuidor con el productor es de comisionista, la FPR ha tendido a ser validada y no sancionada. Se argumentó en los dictámenes y resoluciones que si el distribuidor actuaba por cuenta del productor, lo que está directamente relacionado con la figura legal del mandato mercantil, ello constituía una forma de integración vertical que no era posible de intervenir.

Por otra parte, en el caso de que los bienes fueran vendidos por el productor al distribuidor, las Comisiones han tendido a prohibir esta figura, ya que en esta

situación hay claramente una conducta ilícita ya que se trata de dos entes independientes.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Resolutiva por medio de la Resolución N°625, 9 de octubre de 2001, declaró ilegal una política de fijación de precios de repuestos originales de vehículos marca Toyota; sin embargo, esta decisión fue adoptada por 3 votos contra 2, existiendo una posición minoritaria dentro de la Comisión que estuvo por no declarar ilegal la conducta por existir competencia en el mercado de la venta de vehículos. Este caso se encuentra ante la Corte Suprema por un recurso interpuesto por Toyota Chile.

Con todo, ya en 1992, la Comisión Preventiva Central mediante el Dictamen N° 833, de 6 de noviembre de 1992, autorizó un contrato de comisión para concesionarios de vehículos Nissan, aceptando la fijación de condiciones de venta tales como precios, volúmenes de venta y zonas de mercado. Sostuvo la Comisión: “ *lo relevante es que en un determinado mercado exista competencia en la producción o prestación de bienes y servicios, toda vez que es precisamente la libre competencia en las actividades económicas el bien jurídicamente protegido por esta legislación (Decreto Ley N° 211) y la finalidad última de sus normas.*”

ABUSO DE POSICION DOMINANTE.

En cuanto a los casos de abuso de posición dominante, cabe señalar que nuestra legislación sanciona expresamente esta figura en el artículo 6° de nuestro Decreto Ley N° 211.

1) Caso: En el año 2001 la H. Comisión Resolutiva resolvió investigar una denuncia de un hospital regional en contra de la empresa AGA por alzas desmedidas en el precio de los gases clínicos.

En la investigación se pudo determinar que los precios de gases medicinales mostraron alzas paulatinas, acordes con la evolución de los costos de producción, elementos que a juicio de la Fiscalía y de la Comisión no permitían configurar que las alzas de precios constituyeren una conducta de abuso de posición dominante.

2) Caso: También se investigó en el año 2001 una denuncia sobre las condiciones de comercialización de los laboratorios, las que no resultaban razonables, transparentes ni equitativas para las diversas farmacias.

Según la denuncia los laboratorios farmacéuticos otorgaban precios preferentes, plazos de pago más largos, descuentos más altos y créditos más cuantiosos a los consorcios o cadenas farmacéuticas que a las farmacias medianas y pequeñas.

Estas farmacias medianas o pequeñas no eran atendidas por los laboratorios sino que a menudo debían comprar a empresas distribuidoras, algunas de las cuales pertenecían a las referidas cadenas.

En la publicidad que efectuaban los laboratorios y los proveedores en general, solamente se mencionaba a algunos de sus clientes, los más grandes, y no a la mayoría que también vendía sus productos.

Del análisis de las respuestas y antecedentes recabados, la FNE concluyó que los hechos denunciados tenían sustento.

Se pudo establecer que las farmacias, que hasta hace dos décadas constituían una industria protegida por altas barreras de entrada y márgenes de comercialización asegurados, debieron considerar, además de la eliminación de tales barreras y condiciones, una situación estructural de las economías modernas, como lo son las economías de escala.

En virtud de éstas y dados unos márgenes razonables de comercialización, las farmacias medianas y pequeñas no están en condiciones de ofrecer al público los descuentos que hacen los consorcios y cadenas, perdiendo competitividad ante los mismos en el mercado.

Las condiciones de comercialización de los laboratorios tienden a marginar a las citadas farmacias menos robustas, resultan factibles por la constitución de consorcios o cadenas de farmacias que, instituidas para ese preciso fin, logran economías de escala reales y financieras imposibles de igualar para las farmacias independientes. Más aún, las restricciones verticales que se advierten en esta causa son, contra lo que se podría esperar, “aguas arriba”, esto es, desde las cadenas hacia los laboratorios, y no al revés. En efecto, las cadenas compran en volúmenes tales que no sólo consiguen de los laboratorios, sino que, en rigor, les imponen a éstos, al menos en algunos casos, descuentos, plazos, formas de pago y otras condiciones (como publicidad conjunta) a que las farmacias autónomas no pueden aspirar. Así pues, como se señaló al comienzo, las cadenas farmacéuticas obtienen de esta manera rebajas de precios de compra de mercadería, que van en su exclusivo beneficio, puesto que no las comparten con otras farmacias ni con el público en general, y ni siquiera con los laboratorios con los que pudieran tener algún grado de control conjunto o de relaciones de propiedad. .

En el presente caso confluían, además, tres criterios que tipifican claras restricciones a la competencia: **diferencias de precios** (de los laboratorios a sus clientes) no originadas en diferencias perceptibles en los costos; **abuso de posición dominante por parte de las cadenas farmacéuticas, sobre sus proveedores (los laboratorios)**; e **imposibilidad para las farmacias independientes de arbitrar precios.**

La Fiscalía Nacional Económica concluyó que una manera esencial de atenuar los efectos de la situación analizada (por un lado, el abuso de poder por parte de los

laboratorios y de los consorcios farmacéuticos, y, por otro, la pérdida de competitividad de las farmacias autónomas), es reforzar y cautelar la transparencia, suficiencia, veracidad, oportunidad y disponibilidad de la información sobre las condiciones de comercialización de los laboratorios e intermediarios hacia las farmacias, de éstas hacia aquéllos y al público en general.

Con ese fin se dictó una instrucción general para el mercado sobre difusión de condiciones de comercialización para laboratorios de producción farmacéutica, droguerías, depósitos, centrales de distribución e importadores de productos farmacéuticos.

La Fiscalía en este caso solicitó a la Comisión Resolutiva que hiciera uso de sus facultades privativas para dictar Instrucciones Generales a las cuales deberán sujetarse los particulares en uno o más mercados determinados, en la celebración de ciertos actos y contratos.

3) Existen otros pronunciamientos que también se refieren al comportamiento de una empresa dominante:

3.1.- La Resolución N° 347, de 17 de octubre de 1990, declaró que al no existir barreras de entrada, es legítimo que una empresa monopolica obtenga rentabilidades ligeramente superiores (3%) a las que obtiene en otras zonas geográficas, atendidos los diferentes volúmenes de producción y venta.

3.2.- La Resolución N° 466, de 22 de mayo de 1996, estableció que no hay posición dominante si la denunciada no es la única prestataria del servicio de exportación en el mercado respectivo y no hay obstáculos para que el productor realice la operación por sí mismo.

3.3. La Resolución N° 609, de 28 de junio de 2001, concluyó que : “ *En lo concerniente a las pretensiones basadas en el nivel de concentración del mercado*

de las bebidas carbonatas, esta Comisión no percibe que la actual participación de los embotelladores y competidores en el mercado de las bebidas carbonatadas constituyan un escenario significativamente distinto al existente al momento anterior a la firma del contrato cuestionado.

Adicionalmente, la entrada al mercado de marcas propias o marcas distintas a las de renombre o prestigio, constituyen presunciones bastantes para estimar que tales marcas representan productos que puedan ser catalogados como sustitutos importantes de las marcas establecidas, sin embargo, éstos no pueden ser calificados como sustitutos perfectos de los productos que conforman la demanda del mercado relevante.

Por consiguiente, en lo concerniente a las barreras de entrada en este mercado, se concluye que si bien la entrada de un competidor al mercado requiere de altos niveles de inversión, esta situación no impide el ingreso efectivo de nuevos productos, sea con marcas nuevas o con marcas o denominaciones existentes en otros mercados.

Así las cosas, de las estipulaciones convenidas por las partes en el contrato de licencia, no se desprenden acuerdos ilegales entre competidores o cláusulas que pudieran dar lugar a abusos de una posición dominante, sino más bien, el contrato responde a la necesidad de asegurar un nivel de independencia de las partes con el fin de evitar intervenciones o influencias que puedan entorpecer la competencia en el sector.”

Por otra parte, la H. Comisión Resolutiva ha considerado que la posición de dominio de un agente de mercado ha sido abusiva en los siguientes casos:

3.4.- La Resolución N° 513, de 8 de abril de 1998, acogió el requerimiento del Fiscal Nacional Económico deducido en contra de Sociedad Chilena del Derecho de Autor o SCD por abuso de posición dominante a través del establecimiento de un régimen arbitrario de tarifas para la ejecución de obras y producciones

musicales registradas por sus autores en dicha entidad, por las radioemisoras. Niega lugar a los recursos de reclamación interpuestos por SCD en contra de los Dictámenes N° 1003 y N° 1009 y, además, solicita al Supremo Gobierno, se modifique la norma que permite el cobro de tarifas sobre porcentajes de la totalidad de los ingresos brutos de las radioemisoras y sin vinculación respecto al uso efectivo de la música, es contrario a las normas sobre protección de la libre competencia. Consecuentemente señaló que, las tarifas deben calcularse considerando el uso efectivo de la música utilizada por las radioemisoras.

La Resolución N° 620, de 22 de agosto de 2001, señaló respecto a la posición de dominio de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, que no son válidas las cláusulas de duración indefinida incorporadas a los contratos de abastecimiento de energía eléctrica porque impiden el acceso al mercado por parte de cualquier empresa de generación eléctrica.

Cualquier incentivo en el proceso de licitación de suministro, diferente al precio de la oferta, altera las condiciones de objetividad, de no discriminación y de publicidad que necesariamente deben cumplir estos procesos.

**Estas decisiones reflejan la opinión de nuestras Comisiones, la que evidentemente ha variado durante el transcurso del tiempo y dada la transformación de los mercados.

CONCLUSION

Se puede concluir que en Chile, las restricciones verticales se han analizado caso a caso, considerando siempre el nivel de competencia en los mercados relevantes en que inciden las decisiones de las Comisiones y la participación de cada empresa en el mercado en que se desenvuelve.

Asimismo, respecto del análisis de las conductas de actores que detentan una posición de dominio, el estudio de las barreras a la entrada en el mercado relevante en cuestión también es un análisis esencial para establecer los hechos de cada caso en particular.

En definitiva que nuestras Comisiones han seguido una evolución jurisprudencial muy parecida a la que se ha desarrollado en otros países con mayor tradición en materia de defensa de la competencia, logrando resultados satisfactorios que dan certeza jurídica a los actores y agentes del mercado por una parte, como también promoviendo y protegiendo la competencia a favor de nuevos entrantes con miras a beneficiar al consumidor.

Finalmente, creemos que los acuerdos en materia de política de competencia siempre son positivos, sobre todo en la situación actual de los mercados que cada vez son mas globalizados, ya que las practicas anticompetitivas no se dan solamente a nivel domestico sino que cada vez es más común que se den situaciones que implican a compañías transnacionales y que para los países, sobre todo los que estamos en vías de desarrollo son muy difíciles de pesquisar y sancionar.