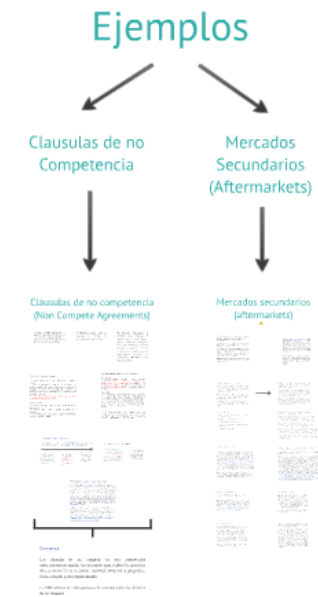


Criterios de la FNE para el cierre de las Investigaciones



Ronaldo Bruna Villena
 Jefe División Investigaciones
 Noviembre 2013

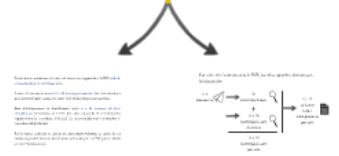


Antecedentes

La FNE opera de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de FNE, que establece que la FNE es un organismo autónomo adscrito al Poder Ejecutivo, con personalidad jurídica propia y patrimonio propio, que tiene como finalidad principal la investigación de los delitos de competencia de la Fiscalía Nacional Económica.

La FNE opera de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de FNE, que establece que la FNE es un organismo autónomo adscrito al Poder Ejecutivo, con personalidad jurídica propia y patrimonio propio, que tiene como finalidad principal la investigación de los delitos de competencia de la Fiscalía Nacional Económica.

Algunas Cifras



Criterios de cierre de investigación

- ¿Cómo se pueden encontrar estos criterios?
- ¿Cómo se pueden encontrar estos criterios?
- ¿Cómo se pueden encontrar estos criterios?

Finalmente...

Solo retenir que el objeto principal de publicar los informes de archivo de la FNE, es transparentar los criterios utilizados en el análisis de los casos y de este modo entregar mayor certeza del accionar de la FNE.

Los criterios utilizados por la FNE son sólo referenciales para los agentes económicos.

Les invito a revisar los casos mencionados hoy, nuestra pagina web y el libro que se entrega hoy.



Criterios de la FNE para el cierre de las Investigaciones



Ronaldo Bruna Villena
Jefe División Investigaciones
Noviembre 2013

Antecedentes

La FNE tiene como objetivo principal la investigación y el análisis de los hechos que dan origen a los delitos tributarios y de evasión fiscal, así como la identificación de los sujetos pasivos de dichos delitos.

La FNE tiene como objetivo principal la investigación y el análisis de los hechos que dan origen a los delitos tributarios y de evasión fiscal, así como la identificación de los sujetos pasivos de dichos delitos.

La FNE tiene como objetivo principal la investigación y el análisis de los hechos que dan origen a los delitos tributarios y de evasión fiscal, así como la identificación de los sujetos pasivos de dichos delitos.

Algunas Cifras



Criterios de cierre de investigación

¿Cómo se puede encontrar estos criterios?
¿Cómo se puede encontrar estos criterios?
¿Cómo se puede encontrar estos criterios?

Ejemplos



Finalmente...

Solo tener en cuenta que el objetivo principal de publicar los informes de archivo de la FNE, es transparentar los criterios utilizados en el análisis de los casos y de este modo entregar mayor certeza del accionar de la FNE.

Los criterios utilizados por la FNE son sólo referenciales para los agentes económicos.

Les invito a revisar los casos mencionados hoy, nuestra pagina web y el libro que se entrega hoy.



... cierre de las In



Ronaldo Bruna Villena
Jefe División Investigaciones
Noviembre 2013

Antecedentes

Algunas Cifras



Antecedentes

- La FNE quiere dar a conocer los criterios técnicos utilizados para cerrar las investigaciones que realiza.
- El objetivo de esta medida es entregar mayor grado de certeza a los agentes económicos y adicionalmente, mejorar los estándares de trabajo interno.
- Estas publicaciones, refuerzan el trabajo realizado por la FNE en materia de transparencia durante los años 2011 a 2013 con la publicación de diversas guías de trabajo, tales como: el “Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica” y la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”.
- La publicación de los informes de archivo de las investigaciones y denuncias permite entregar elementos doctrinarios, referenciales, es decir, no vinculantes a los agentes económicos.
- También compromete el actuar de la FNE con su doctrina interna, estableciendo los criterios de análisis que se utilizarán en el tiempo. Por lo tanto, cuando la FNE estime necesario cambiar algún razonamiento utilizado en el pasado en sus informes de cierre, fundamentará el cambio criterio en el informe respectivo.
- Es posible que los denunciantes no estén de acuerdo con los criterios utilizados por la FNE, en cuyo caso es factible que ellos acudan directamente al TDLC para que se corrija y/o sancione a los agentes económicos que a su juicio infringieron la ley.

- La FNE quiere dar a conocer los criterios técnicos utilizados para cerrar las investigaciones que realiza.
- El objetivo de esta medida es entregar mayor grado de certeza a los agentes económicos y adicionalmente, mejorar los estándares de trabajo interno.

- La publicación de los informes de archivo de las investigaciones y denuncias permite entregar elementos doctrinarios, referenciales, es decir, no vinculantes a los agentes económicos.
- También compromete el actuar de la FNE con su doctrina interna, estableciendo los criterios de análisis que se utilizarán en el tiempo. Por lo tanto, cuando la FNE estime necesario cambiar algún razonamiento utilizado en el pasado en sus informes de cierre, fundamentará el cambio criterio en el informe respectivo.

- Estas publicaciones, refuerzan el trabajo realizado por la FNE en materia de transparencia durante los años 2011 a 2013 con la publicación de diversas guías de trabajo, tales como: el “Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica” y la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”.

- Es posible que los denunciante no estén de acuerdo con los criterios utilizados por la FNE, en cuyo caso es factible que ellos acudan directamente al TDLC para que se corrija y/o sancione a los agentes económicos que a su juicio infringieron la ley.

Antecedentes

- La FNE quiere dar a conocer los criterios técnicos utilizados para cerrar las investigaciones que realiza.
- El objetivo de esta medida es entregar mayor grado de certeza a los agentes económicos y adicionalmente, mejorar los estándares de trabajo interno.
- Estas publicaciones, refuerzan el trabajo realizado por la FNE en materia de transparencia durante los años 2011 a 2013 con la publicación de diversas guías de trabajo, tales como: el “Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica” y la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”.
- La publicación de los informes de archivo de las investigaciones y denuncias permite entregar elementos doctrinarios, referenciales, es decir, no vinculantes a los agentes económicos.
- También compromete el actuar de la FNE con su doctrina interna, estableciendo los criterios de análisis que se utilizarán en el tiempo. Por lo tanto, cuando la FNE estime necesario cambiar algún razonamiento utilizado en el pasado en sus informes de cierre, fundamentará el cambio criterio en el informe respectivo.
- Es posible que los denunciantes no estén de acuerdo con los criterios utilizados por la FNE, en cuyo caso es factible que ellos acudan directamente al TDLC para que se corrija y/o sancione a los agentes económicos que a su juicio infringieron la ley.

Algunas Cifras



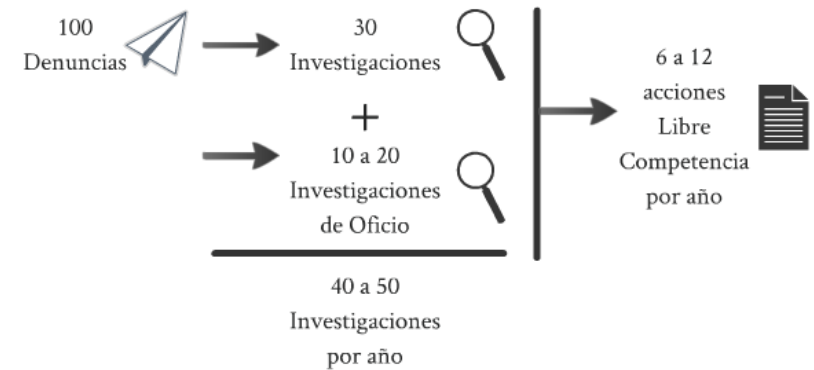
En términos numéricos, de cada 100 denuncias ingresadas a la FNE sólo 30 se transforman en investigaciones.

A estas 30 se suman entre 10 a 20 investigaciones de oficio (en términos porcentuales), para completar entre 40 y 50 investigaciones por año.

Esas investigaciones se transforman entre 6 a 12 acciones de libre competencia presentadas al TDLC por año, tomando en consideración requerimientos, consultas, solicitud de recomendaciones normativas o acuerdos extrajudiciales.

Por lo tanto, cada año se cierran un importante volumen de casos, de los cuales se pueden rescatar los criterios utilizados por la FNE para el cierre de sus investigaciones.

Por cada 100 denuncias ante la FNE, las cifras aproximadamente son las siguientes:



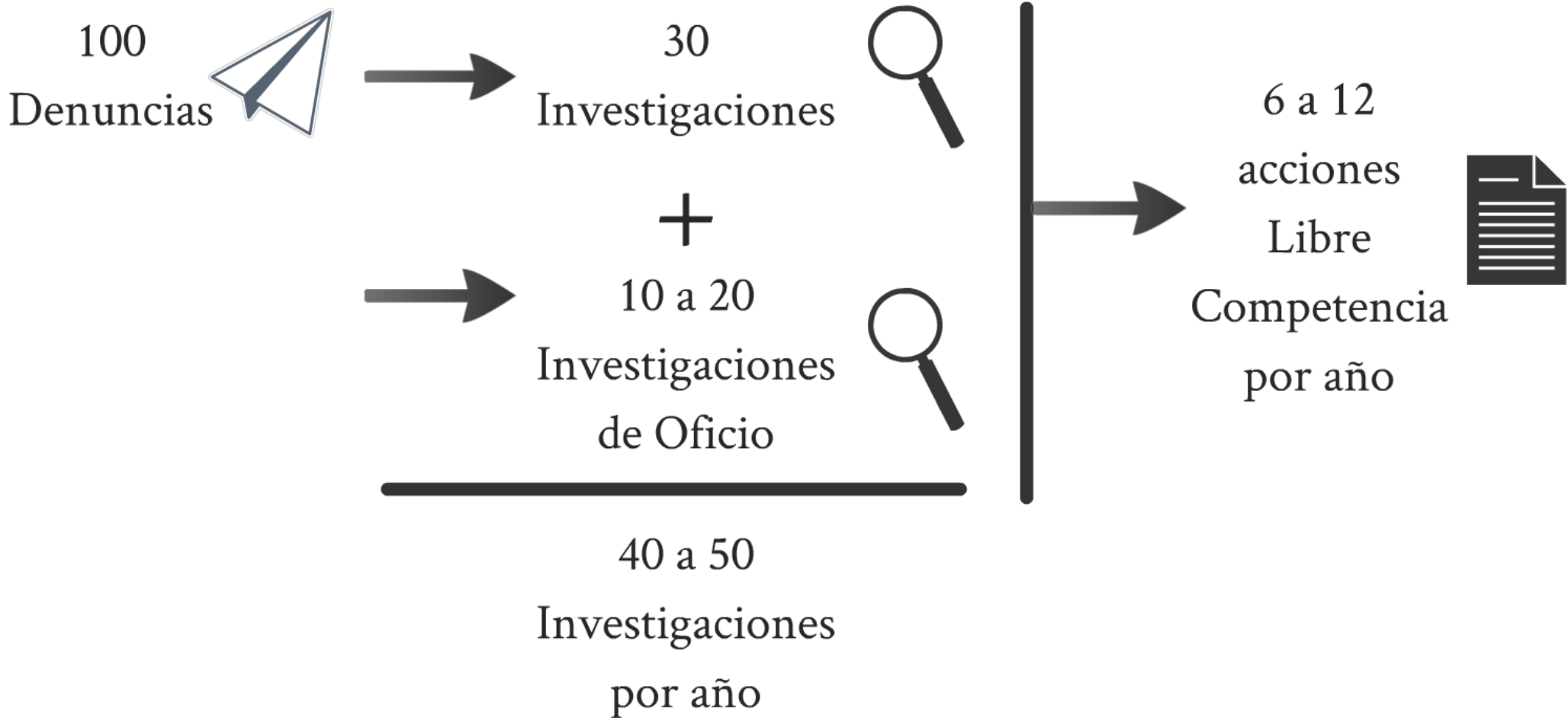
En términos numéricos, de cada 100 denuncias ingresadas a la FNE sólo 30 se transforman en investigaciones.

A estas 30 se suman entre 10 a 20 investigaciones de oficio (en términos porcentuales), para completar entre 40 y 50 investigaciones por año.

Esas investigaciones se transforman entre 6 a 12 acciones de libre competencia presentadas al TDLC por año, tomando en consideración requerimientos, consultas, solicitud de recomendaciones normativas o acuerdos extrajudiciales.

Por lo tanto, cada año se cierran un importante volumen de casos, de los cuales se pueden rescatar los criterios utilizados por la FNE para el cierre de sus investigaciones.

Por cada 100 denuncias ante la FNE, las cifras aproximadamente son las siguientes:



Algunas Cifras



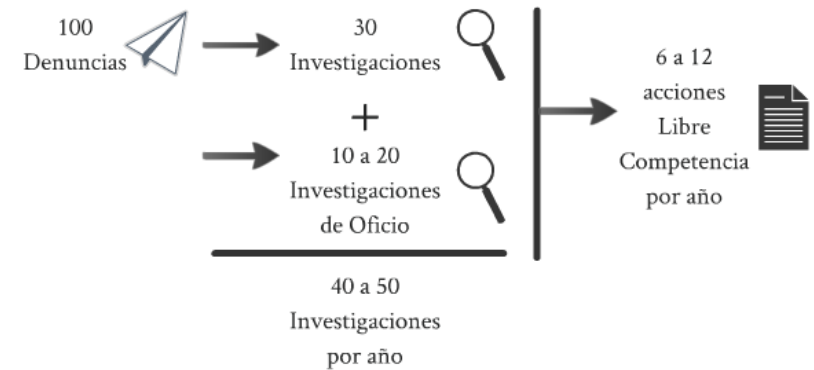
En términos numéricos, de cada 100 denuncias ingresadas a la FNE sólo 30 se transforman en investigaciones.

A estas 30 se suman entre 10 a 20 investigaciones de oficio (en términos porcentuales), para completar entre 40 y 50 investigaciones por año.

Esas investigaciones se transforman entre 6 a 12 acciones de libre competencia presentadas al TDLC por año, tomando en consideración requerimientos, consultas, solicitud de recomendaciones normativas o acuerdos extrajudiciales.

Por lo tanto, cada año se cierran un importante volumen de casos, de los cuales se pueden rescatar los criterios utilizados por la FNE para el cierre de sus investigaciones.

Por cada 100 denuncias ante la FNE, las cifras aproximadamente son las siguientes:



Criterios de cierre de investigación



1 ¿Dónde se pueden encontrar estos criterios?

a PUBLICACIÓN DE INFORMES DE CIERRE DE INVESTIGACIÓN EN LA PÁGINA WEB

Contiene los informes de archivo y sus respectivas resoluciones de archivo.

Periodo: Enero 2012 - Octubre 2013.



FNE.CL / DEFENSA DE LA COMPETENCIA / INVESTIGACIONES FNE

b EN EL LIBRO

Informes de archivo periodo 2012, ordenados por tipo de conducta y por mercado afectado, facilitando el análisis de libre competencia.

2 Criterios generales de cierre de las investigaciones



¿Qué motiva el cierre de una investigación?

1. Cuando la demanda se refiere a hechos, actos o conductas que no son infracciones al DL 211;

2. Cuando las empresas inicia a investigación no tienen poder de mercado suficiente para afectar la libre competencia, y los hechos, actos o conductas realizados por las empresas demandadas no le otorgan ese poder;

3. Cuando la eventual responsabilidad por infracción al DL 211, de lo que obste los hechos materia de la demanda, se encuentre presente;

4. Cuando no pareciera justificado iniciar una investigación, teniendo en cuenta el interés general de la sociedad en el orden económico, la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de la función que le corresponde a esta Fiscalía y la proporcionalidad de la intervención para el resguardo de la libre competencia en los mercados;

5. Cuando no hay más antecedentes suficientes para realizar diligencias que permitan reunir evidencia para esclarecer los hechos investigados;

6. Cuando las empresas investigadas cambian las conductas reprochadas y no se justifica perseguir la infracción en el TDLCC en la hipótesis de una sanción.

1 ¿Dónde se pueden encontrar estos criterios?

a PUBLICACIÓN DE INFORMES DE CIERRE DE INVESTIGACIÓN EN LA PÁGINA WEB

Contiene los informes de archivo y sus respectivas resoluciones de archivo.

Período: Enero 2012 - Octubre 2013.



FNE.CL / DEFENSA DE LA COMPETENCIA / INVESTIGACIONES FNE

b EN EL LIBRO

Informes de archivo periodo 2012, ordenados por tipo de conducta y por mercado afectado, facilitando el análisis de libre competencia.

2 Criterios generales de cierre de las investigaciones



¿Qué motiva el cierre de una investigación?

1. Cuando la denuncia se refiere a hechos, actos o convenciones que **no sean infracciones** al DL 211;

2. Cuando las empresas sujetas a investigación **no tienen poder de mercado** suficiente para afectar la libre competencia, y los hechos, actos o convenciones realizados por las empresas denunciadas no le entregan ese poder.

3. Cuando la eventual responsabilidad por infracción al DL 211, de la que dan cuenta los hechos materia de la denuncia, se encontrare prescrita;

4. Cuando **no pareciere justificado** iniciar una investigación, teniendo en cuenta el interés general de la colectividad en el orden económico, la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de la función que le corresponde a esta Fiscalía y la proporcionalidad de la intervención para el resguardo de la libre competencia en los mercados.

5. Cuando **no hay más antecedentes** suficientes para realizar diligencias que permitan reunir evidencia para esclarecer los hechos investigados.

6. Cuando las empresas investigadas **cambian las conductas** reprochadas y no se justifica perseguir la infracción en el TDLC en la búsqueda de una sanción.

1. Cuando la denuncia se refiere a hechos, actos o convenciones que **no sean infracciones** al DL 211;

2. Cuando las empresas sujetas a investigación **no tienen poder de mercado** suficiente para afectar la libre competencia, y los hechos, actos o convenciones realizados por las empresas denunciadas no le entregan ese poder.

3. Cuando la eventual responsabilidad por infracción al DL 211, de la que dan cuenta los hechos materia de la denuncia, se **encontrare prescrita;**

4. Cuando no pareciere justificado iniciar una investigación, teniendo en cuenta el interés general de la colectividad en el orden económico, la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de la función que le corresponde a esta Fiscalía y la proporcionalidad de la intervención para el resguardo de la libre competencia en los mercados.

5. Cuando no hay más antecedentes suficientes para realizar diligencias que permitan reunir evidencia para esclarecer los hechos investigados.

6. Cuando las empresas investigadas cambian las conductas reprochadas y no se justifica perseguir la infracción en el TDLC en la búsqueda de una sanción.

Criterios de cierre de investigación



1 ¿Dónde se pueden encontrar estos criterios?

a PUBLICACIÓN DE INFORMES DE CIERRE DE INVESTIGACIÓN EN LA PÁGINA WEB

Contiene los informes de archivo y sus respectivas resoluciones de archivo.

Periodo: Enero 2012 - Octubre 2013.



FNE.CL / DEFENSA DE LA COMPETENCIA / INVESTIGACIONES FNE

b EN EL LIBRO

Informes de archivo periodo 2012, ordenados por tipo de conducta y por mercado afectado, facilitando el análisis de libre competencia.

2 Criterios generales de cierre de las investigaciones



¿Qué motiva el cierre de una investigación?

1. Cuando la demanda se refiere a hechos, actos o conductas que no son infracciones al DL 211;

2. Cuando las empresas inicia a investigación no tienen poder de mercado suficiente para afectar la libre competencia, y los hechos, actos o conductas realizados por las empresas demandadas no le otorgan ese poder;

3. Cuando la eventual responsabilidad por infracción al DL 211, de lo que obste los hechos materia de la demanda, se encuentre presente;

4. Cuando no pareciera justificado iniciar una investigación, teniendo en cuenta el interés general de la sociedad en el orden económico, la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de la función que le corresponde a esta Fiscalía y la proporcionalidad de la intervención para el resguardo de la libre competencia en los mercados;

5. Cuando no hay más antecedentes suficientes para realizar diligencias que permitan reunir evidencia para esclarecer los hechos investigados;

6. Cuando las empresas investigadas cambian las conductas reprochadas y no se justifica perseguir la infracción en el TIDUC en la hipótesis de una sanción;

Ejemplos

Clausulas de no Competencia

Mercados Secundarios (Aftermarkets)

Cláusulas de no competencia (Non Compete Agreements)

Mercados secundarios (aftermarkets)

The screenshot shows a document with several paragraphs of text. Key sections are highlighted in red and blue. The red highlights appear to be definitions or specific clauses, while the blue highlights are likely related to the scope or application of the non-competition agreement. The text is dense and appears to be a legal or contractual document.

En resumen

Las cláusulas de no competir no son consideradas anticompetitivas cuando son necesarias para realizar la operación de concentración, y su ámbito material, temporal y geográfico, están acotados y son proporcionales.

La FNE revisará en cada operación de concentración, las cláusulas de no competir

The screenshot shows a document with several paragraphs of text. Key sections are highlighted in blue. The text appears to be a legal or contractual document related to secondary markets or aftermarket services. The highlights are scattered throughout the document, indicating specific points of interest.



Clausulas de no Competencia



Cláusulas de no competencia (Non Compete Agreements)

Mercado (after)

A) Casos: (i) SMU (AE rol N°2-10 TDLIC); (ii); Preunic/Salcobrand (Rol N°1992-11 FNE) (iii) Maicao/Socofar (rol N°2043-12 FNE).

B) Elemento común: todos en contexto de revisión de operaciones de concentración.

C) Suponían restricciones al vendedor para reingresar al mercado por diversos lapsos, algunos sumamente prolongados (p.ej. hasta 30 años); en ámbito espacial generalmente imponía restricciones a nivel nacional; y materialmente suponían, en ocasiones, un MR mayor al de la empresa adquirida.

D) Fundamentos de este tipo de cláusulas:

En principio, riesgo para competencia dado que es un acuerdo no competitivo. Sin embargo, también existe racionalidad en su implementación, esto es cuando la cláusula de no competir sea directamente necesaria para la realización de una operación de concentración y que sea proporcional al efecto que se busca, en términos de su duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación.

Todas las operaciones de concentración que revisa la FNE, presta especial atención a este tipo de cláusulas.

Preguntas relevantes:

¿Por qué es necesaria la cláusula para que se realice la operación de concentración?

¿En ausencia de dicha cláusula, la operación de concentración se materializaría?

¿En qué términos está redactada/diseñada la cláusula? ¿es proporcional a los efectos que quiere establecer?

El estándar utilizado por FNE respecto de este tipo de cláusulas es:

Límite temporal

Duración no puede ser superior al plazo justificable de acuerdo al mercado de que se trate. Es decir, la cláusula no debe extenderse más allá del tiempo necesario para permitir a la contraparte principal producir sus efectos. En la práctica, el límite de dos años, es para asegurar la continuidad de suministro y fabricación de la clientela (tal excepcionalmente tres años, en caso de transferencia de know how del negocio).

Límite espacial

Ámbito no excede mercado geográfico relevante en que opera empresa adquirida. Es decir, la cláusula no debe exceder el ámbito geográfico en que produce efectos la operación de concentración. En el caso de retail, esto es muy importante por aclarar marcadamente local que puede tener agente extranjero que desquiere. No es proporcional al impuesto cláusulas nacionales a empresas que operan en algunas zonas del país. (Ej. SMU presentaba cláusulas con alcance nacional o regional, las que fueron anuladas a nivel local, en la zona en donde el vendedor ofrecía sus productos)

Límite material

Ámbito no se extiende más allá del giro estrictamente necesario para garantizar la efectividad de la operación de concentración (p.ej. Maicao/Socofar, la cláusula original prohibía a los antiguos dueños de Maicao competir con los productos de Socofar, entendiendo al ámbito material más allá razonable).

F) ¿Cómo se construyeron estos estándares?

FNE considera jurisprudencia relevante, especialmente nacional pero también comparada, principalmente las reglas utilizadas en la Comunidad Europea.

País	Legislación	Resolución
Argentina	Decreto 1000/2010	Resolución 1000/2010
Brasil	Decreto 7.062/2010	Resolución 7.062/2010
Chile	Decreto 21.910/2010	Resolución 21.910/2010
Colombia	Decreto 2150/2010	Resolución 2150/2010
Costa Rica	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
El Salvador	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Estados Unidos	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Francia	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Guatemala	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Honduras	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
India	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Italia	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Japón	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Malasia	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
México	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Nicaragua	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Paraguay	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Perú	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
República Dominicana	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Uruguay	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Venezuela	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010

En el derecho comparado (algunos ejemplos):

País	Legislación	Resolución
Argentina	Decreto 1000/2010	Resolución 1000/2010
Brasil	Decreto 7.062/2010	Resolución 7.062/2010
Chile	Decreto 21.910/2010	Resolución 21.910/2010
Colombia	Decreto 2150/2010	Resolución 2150/2010
Costa Rica	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
El Salvador	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Estados Unidos	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Francia	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Guatemala	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Honduras	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
India	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Italia	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Japón	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Malasia	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
México	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Nicaragua	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Paraguay	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Perú	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
República Dominicana	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Uruguay	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010
Venezuela	Decreto 34.500/2010	Resolución 34.500/2010

F) También se evalúa la literatura económica y legal asociada a conflictos:

Adner Goddeeris, Janne. "Deben ser Válidas las Cláusulas de No Competencia en el Derecho Mercantil". *Revista Mexicana de Derecho Comparado*, Biblioteca Jurídica Virtual (BJRV). N°30, año 2011. "Para hacer falta, por una parte, que la Comisión haya pronunciado las líneas perentorias de los derechos de un competidor. Hasta ahora simplemente los ha ido los aspectos que deben ser limitados (personas, territorios, bienes o servicios, y tiempo), pero es necesario que se haya precisado qué personas no pueden quedar obligadas por una cláusula de no competencia y cuáles sí, así que entonces se define si la limitación territorial es adecuada o no, cuáles bienes o servicios pueden ser objeto de la restricción de no competir y cuáles no, y cuál es el límite temporal adecuado en razón del contenido de la cláusula de no competir. Un criterio que puede ayudar a precisar estos límites es el propuesto por Joaquín Garrigues (...) que ha de ser proporcional al riesgo que se ha fundado".

Morán, Pablo. "Válidas de las Cláusulas Contractuales de No Competencia". *Revista de Derecho Económico*, Universidad de Chile, N°78, año 2010 y 18. "Para ser más precisos que una obligación de no competir, está el contrato de compra de una empresa, no es el mismo contrato a la libre competencia, ya que normalmente permite la adquisición de un negocio que de lo contrario no se habría contratado. En tal caso la relevancia es que la

Cláusula de no competencia para un producto secundario, esto es, un producto que se adquiere sólo como resultado de comprar un producto primario. El producto primario y secundario son bienes complementarios.

Caso (i) Preunic/N°1000/10 FNE (ii) Maicao/Socofar/12 FNE (iii) Comercio General (Rol N°1915-11 FNE).

Suponían licencias o servicios que debían ser adquiridos posteriormente al mismo proveedor del bien primario. Caso Maico: requisitos de instalación para Asid. Caso Preunic: Servicio de mantenimiento de equipos de refrigeración. Caso Comercio General: venta de otros productos de refrigeración, entre otros servicios de tipo asesoría.

El caso de Maico: existencia de bien primario y de bien secundario, en los que se debía evaluar el estado de ambos en conjunto y por separado para definir el mercado relevante.

El análisis tiene a los resultados de la siguiente manera:

Por una parte, la prohibición de reingresar al mercado no se puede hacer efectiva si el vendedor no puede acceder al mercado de bienes secundarios. En consecuencia, la prohibición de reingresar al mercado de bienes secundarios no es necesaria para la realización de la operación de concentración.

Por otra parte, la prohibición de reingresar al mercado de bienes secundarios no es necesaria para la realización de la operación de concentración. En consecuencia, la prohibición de reingresar al mercado de bienes secundarios no es necesaria para la realización de la operación de concentración.

Se analiza una reacción oportuna del comprador no es suficiente con la oferta de información por cultura en el mercado y la capacidad basada para asegurar los pagos que podría ser distribuida en el problema de competencia.

El propósito de la cláusula es:

- Si se analiza la duración en sí sola con el alcance del mercado relevante, la cláusula es necesaria para el bien común.
- el precio y el valor del producto primario. (Garrigues).
- la importancia de la posición de los productos secundarios.
- los puntos de los productos secundarios en el mercado del bien del producto primario.
- los niveles de información y competencia.

El propósito de la cláusula es:

- Si se analiza la duración en sí sola con el alcance del mercado relevante, la cláusula es necesaria para el bien común.
- el precio y el valor del producto primario. (Garrigues).
- la importancia de la posición de los productos secundarios.
- los puntos de los productos secundarios en el mercado del bien del producto primario.
- los niveles de información y competencia.

En conclusión, más allá de lo que se ha visto en la literatura de competencia en un MR, también se ha visto en particular, la importancia de la duración de la cláusula de no competencia. El propósito de la cláusula es asegurar los pagos que podría ser distribuida en el problema de competencia.

El propósito de la cláusula es:

- Si se analiza la duración en sí sola con el alcance del mercado relevante, la cláusula es necesaria para el bien común.
- el precio y el valor del producto primario. (Garrigues).
- la importancia de la posición de los productos secundarios.
- los puntos de los productos secundarios en el mercado del bien del producto primario.
- los niveles de información y competencia.

A) Casos: (i) SMU (AE rol N°2-10 TDLC); (ii); Preunic/Salcobrand (Rol N°1992-11 FNE) (iii) Maicao/Socofar (rol N°2043-12 FNE).

B) Elemento común: todos en contexto de revisión de operaciones de concentración.

os en
de
n.

C) Suponían restricciones al vendedor para reingresar al mercado por diversos lapsos, algunos sumamente prolongados (p.ej. hasta 30 años); en ámbito espacial generalmente imponía restricciones a nivel nacional; y materialmente suponían, en ocasiones, un MR mayor al de la empresa adquirida.

D) Fundamentos de este tipo de cláusulas:

En principio, riesgosa para competencia dado que es un acuerdo no competir.

Sin embargo, también existe racionalidad en su implementación, esto es cuando la cláusula de no competir sea directamente necesaria para la realización de una operación de concentración y que sea proporcional al efecto que se busca, en términos de su duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación.

Todas las operaciones de concentración que revisa la FNE, prestan especial atención a este tipo de cláusulas.

Preguntas relevantes:

¿Por qué es necesaria la cláusula para que se realice la operación de concentración?

¿En ausencia de dicha cláusula, la operación de concentración se materializaría?

¿En que términos está redactada/diseñada la cláusula? ¿es proporcional a los efectos que quiere establecer?

E) El estándar utilizado por FNE respecto de este tipo de cláusulas es:

Límite temporal:

Duración no puede ser superior al plazo justificable de acuerdo al mercado de que se trate. Es decir, **la cláusula no debe extenderse más allá del tiempo necesario para permitir a la convención principal producir sus efectos**. En la práctica: (i) **límite de dos años**, ej. para asegurar la continuidad de suministro y fidelización de la clientela; (iii) **excepcionalmente tres años**, en caso de transferencia de know how del negocio.

Límite espacial:

Ámbito no exceda mercado geográfico relevante en que opera empresa adquirida. Es decir, la cláusula no debe exceder el ámbito geográfico en que produce efectos la operación de concentración. En el caso de retail, esto es muy importante por alcance esencialmente local que puede tener agente económico que desaparece. No es proporcional imponer cláusulas nacionales a empresas que operan en algunas comunas del país. (Ej: SMU presentaba cláusulas con alcance nacional o regional, las que fueron acotadas a nivel local, en la zona en donde el vendedor ofrecía sus productos)

Límite material

Ámbito no se extienda más allá del giro estrictamente necesario para garantizar la efectividad de la operación de concentración (p.ej. Maicao/Socofar, la cláusula original prohibía a los antiguos dueños de Maicao competir con los negocios de Socofar, extendiendo el ámbito material más allá razonable).

E) El estándar utilizado por FNE respecto de este tipo de cláusulas es:

Límite temporal:

Duración no puede ser superior al plazo justificable de acuerdo al mercado de que se trate. Es decir, **la cláusula no debe extenderse más allá del tiempo necesario para permitir a la convención principal producir sus efectos**. En la práctica: (i) **límite de dos años**, ej. para asegurar la continuidad de suministro y fidelización de la clientela; (iii) **excepcionalmente tres años**, en caso de transferencia de know how del negocio.

Límite espacial:

Ámbito no exceda mercado geográfico relevante en que opera empresa adquirida. Es decir, la cláusula no debe exceder el ámbito geográfico en que produce efectos la operación de concentración. En el caso de retail, esto es muy importante por **alcance esencialmente local que puede tener agente económico que desaparece**. No

se trate. Es decir, **la cláusula no debe extenderse más allá del tiempo necesario para permitir a la convención principal producir sus efectos.** En la práctica: (i) **límite de dos años**, ej. para asegurar la continuidad de suministro y fidelización de la clientela; (iii) **excepcionalmente tres años**, en caso de transferencia de know how del negocio.

Límite espacial:

Ámbito no exceda mercado geográfico relevante en que opera empresa adquirida. Es decir, la cláusula no debe exceder el ámbito geográfico en que produce efectos la operación de concentración. En el caso de retail, esto es muy importante por alcance esencialmente local que puede tener agente económico que desaparece. No es proporcional imponer cláusulas nacionales a empresas que operan en algunas comunas del país. (Ej: SMU presentaba cláusulas con alcance nacional o regional, las que fueron acotadas a nivel local, en la zona en donde el vendedor ofrecía sus productos)

Límite material

Ámbito no se extienda más allá del giro estrictamente necesario para garantizar la efectividad de la operación de concentración (p.ej. Maicao/Socofar, la cláusula original prohibía a los antiguos dueños de Maicao competir con los negocios de

alcance esencialmente local que puede tener agente económico que desaparece. No es proporcional imponer cláusulas nacionales a empresas que operan en algunas comunas del país. (Ej: SMU presentaba cláusulas con alcance nacional o regional, las que fueron acotadas a nivel local, en la zona en donde el vendedor ofrecía sus productos)

Límite material

Ámbito no se extienda más allá del giro estrictamente necesario para garantizar la efectividad de la operación de concentración (p.ej. Maicao/Socofar, la clausula original prohibía a los antiguos dueños de Maicao competir con los negocios de Socofar, extendiendo el ámbito material más allá razonable).

¿está redactada/diseñada la cláusula? ¿es proporcional a lo que quiere establecer?

efectividad de la operación de concentración (p.ej. Maicao/Socofar, la cláusula original prohibía a los antiguos dueños de Maicao competir con los negocios de Socofar, extendiendo el ámbito material más allá razonable).

F) ¿Cómo se construyeron estos estándares?

FNE considera jurisprudencia relevante, especialmente nacional pero también comparada, principalmente las reglas utilizadas en la Comunidad Europea.



En el derecho comparado (algunos ejemplos):

(i) En cuanto a la existencia de la cláusula de NC y su proporcionalidad.

Caso Remia BV and others v Commission of the European Communities, Tribunal de Justicia Europeo, 11 de julio de 1985. Párrafo 20. **La restricción de la competencia no sólo debe ser necesaria para la materialización de la operación de concentración, sino que proporcional a dicho efecto.**

Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 36/03). Caso muy interesante, pues **reconoce licitud de estas cláusulas, en la medida que las mismas "sean necesarias para la realización de la concentración"**. Es decir, que en su ausencia: "no se podría llevar a efecto la concentración o sólo podría realizarse en condiciones más inciertas, con costas considerablemente superiores, en un período de tiempo bastante más largo o con mucha más dificultad" (párrafo 13).

(ii) En cuanto al plazo de duración de la cláusula.

Otros casos de la Comisión Europea: Decisión de 2 de abril de 1998 (IV/M.1127 — Nestlé/Dalgety, párrafo 33); Decisión de 1º de septiembre de 2000 (COMP/M.2077 — Clayton Dubilier & Rice/Intel, párrafo 15); Decisión de 2 de marzo de 2001 (COMP/M.2305 — Vodafone Group PLC/EIRCELL, párrafos 21 y 22); Decisión de 12 de abril de 1999 (IV/M.1482 — KingFisher/Grosvlabour, párrafo 26); Decisión de 14 de diciembre de 1997 (IV/M.884 — KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler, párrafos 17). Todos consistentes en cuanto a **plazo de dos años y excepcionalmente más (normalmente tres), en caso de transferencias de derecho de llaves o de know how.**

F) También se evalúa la literatura económica y legal asociada a conductas:

Adame Goddard, Jaime. "¿Deben ser Válidas las Cláusulas de No Competencia en el Derecho Mexicano?". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca Jurídica Virtual UNAM. N°102, año 2001: "[P]ero hace falta, por una parte, que la Comisión vaya precisando los límites permisibles de las cláusulas de no competencia. Hasta ahora simplemente ha fijado los aspectos que deben ser limitados (personas, territorio, bienes o

TDC:

(i) Resolución N°20/2007 (Caso Radco II). Condición primera, párrafo 3º: "En la operación consultada no se podría 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 (...) que excedan del **plazo de dos años** contados desde la fecha de esta resolución".

(ii) Resolución N°23/2008 (Caso AFP). Condición segunda: "La participación del Banco Santander Central Hispano S.A. s/o sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de administración de fondos de pensiones en Chile, no podrá ser prohibida, restringida o condicionada por un plazo superior a **dos años**, contados desde el perfeccionamiento de la operación de venta, debiendo, en consecuencia, procederse a la eliminación o modificación de la cláusula o condiciones correspondientes

(i) Sentencia N°125/2011 (Caso Binostimulante).

"Trigésimo Octavo (...) Las cláusulas de no competir no constituyen en sí mismas un atentado a la libre competencia, salvo que se demuestre que tales cláusulas impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos en los mercados relevantes señalados. Trigésimo noveno. Que, en principio de lo anterior, este Tribunal hace presente que **en aquellos casos en que el agente económico en cuyo favor se establecen cláusulas de no competir que de poder de mercado, las mismas podrían impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos, si no existieran ninguna limitación en cuanto al tiempo, lugar y materia, o si, además, ésta fuese manifiestamente desproporcionada y excesiva en relación con el derecho que mediante su inclusión se trata de proteger.**

(ii) Sentencia N°117/2011 (Caso Montis y Guether Limitada).

"Cuarto. Que lo único que se encuentra acreditado en autos es la existencia de la cláusula de no competencia señalada en la condición primera precedente. Al respecto, este Tribunal estima que la sublección de uno tipo de cláusulas no constituirá en sí misma un atentado a la libre competencia, al tratarse de simples estipulaciones contractuales que prohíben un hecho, especialmente si, como ocurre en la especie, se han pactado con un plazo de vigencia limitado. Lo anterior, salvo que se demuestre que tales cláusulas impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos, lo que no ha sido posible establecer conforme al mérito de autos".

F) ¿Cómo se construyeron estos estándares?

FNE considera jurisprudencia relevante, especialmente nacional pero también comparada, principalmente las reglas utilizadas en la Comunidad Europea.

TDLC:

(i) Resolución N°20/2007 (Caso Radios I). Condición primera, párrafo 3°: "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 (...) que excedan del plazo de dos años contados desde la fecha de esta resolución";

(ii) Resolución N°23/2008 (Caso AFP's). Condición segunda: "La participación del Banco Santander Central Hispano S.A. y/o sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de administración de fondos de pensiones en Chile, no podrá ser prohibida, restringida o condicionada por un plazo superior a dos años, contados desde el perfeccionamiento de la operación de autos, debiendo, en consecuencia, procederse a la eliminación o modificación de las cláusulas o convenciones correspondientes

(i) Sentencia N°125/2013 (Caso Bioestimulantes):

"Trigésimo Octavo. (...) Las cláusulas de no competir no constituyen en sí mismas un atentado a la libre competencia, salvo que se demuestre que tales cláusulas impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos en los mercados relevantes estudiados. Trigésimo noveno. Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal hace presente que en aquellos casos en que el agente económico en cuyo favor se establecen cláusulas de no competir goce de poder de mercado, las mismas podrían impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos, si no contuviesen ninguna limitación en cuanto al tiempo, lugar y materia, o si, teniéndola, ésta fuese manifiestamente desproporcionada y excesiva en relación con el derecho que mediante su inclusión se trata de proteger".

(iv) Sentencia N°111/2011 (Caso Monrás y Günther Limitada):

"Cuarto: Que lo único que se encuentra acreditado en autos es la existencia de la cláusula de no competencia singularizada en la consideración primera precedente. Al respecto, este Tribunal estima que la celebración de este tipo de cláusulas no constituiría en sí misma un atentado a la libre competencia, al tratarse de simples estipulaciones comerciales que podrían ser lícitas, especialmente si, como ocurre en la especie, se han pactado con un plazo de vigencia limitado. Lo anterior, salvo que se demuestre que tales cláusulas impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos, lo que no ha sido posible establecer conforme al mérito de autos".

TDLC:

(i) Resolución N°20/2007 (Caso Radios I). Condición primera, párrafo 3°: “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 (...) que excedan del plazo de **dos años** contados desde la fecha de esta resolución”;

(ii) Resolución N°23/2008 (Caso AFP's). Condición segunda: “La participación del Banco Santander Central Hispano S.A. y/o sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de administración de fondos de pensiones en Chile, no podrá ser prohibida, restringida o condicionada por un plazo superior a **dos años**, contados desde el perfeccionamiento de la operación de autos, debiendo, en consecuencia, procederse a la eliminación o modificación de las cláusulas o convenciones correspondientes

(i) Sentencia N°125/2013 (Caso Bioestimulantes):

“Trigésimo Octavo. (...) Las cláusulas de no competir no constituyen en sí mismas un atentado a la libre competencia, salvo que se demuestre que tales cláusulas impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos en los mercados relevantes estudiados. Trigésimo noveno. Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal hace presente que en aquellos casos en que el agente económico en cuyo favor se establecen cláusulas de no competir goce de poder de mercado, las mismas podrían impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos, si no contuviesen ninguna limitación en cuanto al tiempo, lugar y materia, o si, teniéndola, ésta fuese manifiestamente desproporcionada y excesiva en relación con el derecho que mediante su inclusión se trata

(iv) Sentencia N°111/2011 (Caso Monrás y Günther Limitada):

“Cuarto: Que lo único que se encuentra acreditado en autos es la existencia de la cláusula de no competencia singularizada en la consideración primera precedente. Al respecto, este Tribunal estima que la celebración de este tipo de cláusulas no constituiría en sí misma un atentado a la libre competencia, al tratarse de simples estipulaciones comerciales que podrían ser lícitas, **especialmente si, como ocurre en la especie, se han pactado con un plazo de vigencia limitado.** Lo anterior, salvo que se demuestre que tales cláusulas impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos, lo que no ha sido posible establecer conforme al mérito de autos”.

En el derecho comparado (algunos ejemplos):

(i) En cuanto a la existencia de la clausula de NC y su proporcionalidad.

Caso *Remia BV and others v Commission of the European Communities*, Tribunal de Justicia Europeo, 11 de julio de 1985. Párrafo 20. **La restricción de la competencia no sólo debe ser necesaria para la materialización de la operación de concentración, sino que proporcional a dicho efecto.**

Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03). Caso muy interesante, pues **reconoce licitud de estas cláusulas, en la medida que las mismas: “sean necesarias para la realización de la concentración”**. Es decir, que en su ausencia: “no se podría llevar a efecto la concentración o sólo podría realizarse en condiciones más inciertas, con costos considerablemente superiores, en un período de tiempo bastante más largo o con mucha más dificultad” (párrafo 13).

(ii) En cuanto al plazo de duración de la cláusula.

Otros casos de la Comisión Europea: Decisión de 2 de abril de 1998 (IV/M.1127 — Nestlé/Dalgety, párrafo 33); Decisión de 1° de septiembre de 2000 (COMP/M.2077 — Clayton Dubilier & Rice/Itelcel, párrafo 15); Decisión de 2 de marzo de 2001 (COMP/M.2305 — Vodafone Group PLC/EIRCELL, párrafos 21 y 22); Decisión de 12 de abril de 1999 (IV/M.1482 — KingFisher/Grosslabor, párrafo 26); Decisión de 14 de diciembre de 1997 (IV/M.884 — KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler, párrafos 17). **Todos consistentes en cuanto a plazo de dos años y excepcionalmente más (normalmente tres), en caso de transferencias de derecho de llaves o de know how.**

(i) En cuanto a la existencia de la clausula de NC y su proporcionalidad.

Caso *Remia BV and others v Commission of the European Communities*, Tribunal de Justicia Europeo, 11 de julio de 1985. Párrafo 20. **La restricción de la competencia no sólo debe ser necesaria para la materialización de la operación de concentración, sino que proporcional a dicho efecto.**

Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03). Caso muy interesante, pues **reconoce licitud de estas cláusulas, en la medida que las mismas: “sean necesarias para la realización de la concentración”**. Es decir, que en su ausencia: “no se podría llevar a efecto la concentración o sólo podría realizarse en condiciones más inciertas, con costos considerablemente superiores, en un período de tiempo bastante más largo o con mucha más dificultad” (párrafo 13).

(ii) En cuanto al plazo de duración de la cláusula.

Otros casos de la Comisión Europea: Decisión de 2 de abril de 1998 (IV/M.1127 — Nestlé/Dalgety, párrafo 33); Decisión de 1º de septiembre de 2000 (COMP/M.2077 — Clayton Dubilier & Rice/Iteltel, párrafo 15); Decisión de 2 de marzo de 2001 (COMP/M.2305 — Vodafone Group PLC/EIRCELL, párrafos 21 y 22); Decisión de 12 de abril de 1999 (IV/M.1482 — KingFisher/Grosslabor, párrafo 26); Decisión de 14 de diciembre de 1997 (IV/M.884 — KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler, párrafos 17). Todos consistentes en cuanto a **plazo de dos años y excepcionalmente más (normalmente tres), en caso de transferencias de derecho de llaves o de know how.**

F) También se evalúa la **literatura económica y legal** asociada a conductas:

Adame Goddard, Jaime. “¿Deben ser Válidas las Cláusulas de No Competencia en el Derecho Mexicano?”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca Jurídica Virtual UNAM. N°102, año 2001: “[P]ero hace falta, por una parte, que la Comisión vaya precisando los límites permisibles de las cláusulas de no competencia. Hasta ahora simplemente ha fijado los aspectos que deben ser limitados (personas, territorio, bienes o servicios, y tiempo), pero es necesario que se vaya precisando qué personas no pueden quedar obligadas por una cláusula de no competencia y cuáles sí; con qué criterios se define si la **limitación territorial** es adecuada o no; **cuáles bienes o servicios pueden ser objeto de la restricción de no competir** y cuáles no, y cuál es el límite temporal adecuado en razón del contenido de la cláusula de no competir. Un criterio que puede ayudar a precisar estos límites es el propuesto por Joaquín Garrigues (...) **que han de ser proporcionados al negocio que las fundamenta**”.

Montt, Paulo. “Validez de las Cláusulas Contractuales de No Competir”. Revista de Derecho Económico, Universidad de Chile. N°75, año 2010; p.18: “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 puede generar**”.

En resumen

Las cláusulas de no competir no son consideradas anticompetitivas cuando son necesarias para realizar la operación de concentración y su ámbito material, temporal y geográfico, están acotados y son proporcionales.

La FNE revisará en cada operación de concentración, las cláusulas de no competir

Ejemplos



Clausulas de no
Competencia



Mercados
Secundarios
(Aftermarkets)



Mercados Secundarios (Aftermarkets)



Un aftermarket es un mercado para un producto secundario, esto es, un producto que es adquirido sólo como resultado de comprar un producto primario. El producto primario y secundario son bienes complementarios.

Casos: (i) [Philips](#) (Rol N°1700-10 FNE); (ii) [Maco](#) (Rol N°1681-10 FNE) (iii) [Cementerio General](#) (Rol N°2195-13 FNE).

Suponían bienes o servicios que debían ser adquiridos posteriormente al mismo proveedor del bien primario. [Caso Maco](#): repuestos de automóvil marca Audi. [Caso Philips](#): Servicios de mantenimiento de equipos de imagenología. [Caso Cementerios](#): mantenciones o exhumaciones de sepulturas, entre otros servicios de tipo secundarios.

Elemento común: existencia de bien primario y de bien secundario, en los que se debía evaluar el análisis de ambos en conjunto o por separado para definir el mercado relevante

Hipótesis de **mercado sistémico o unificado**: El consumidor debe haber considerado en el momento de la compra del bien primario los costos asociados al bien secundario; **Mercado múltiple**: Esto es un mercado para los productos primarios separados de los productos secundarios. Aquí hay un número restringido de productos secundarios compatibles con el producto primario; **Mercado dual**: esto es un mercado primario y un mercado secundario completamente separados.

Fundamentos de su análisis en sede libre competencia: existen riesgos de abusos unilaterales, sean explotativos (aprovechamiento de cautividad para extraer rentas, reducción de competencia en mercado secundario) o exclusorios (aumento artificial de costos de cambio a nivel primario).

e. El análisis en torno a los mercados secundarios es complejo.

Por una parte, los productores de equipos primarios sostienen que no puede haber dominio en productos secundarios, si hay una falta de dominio en el mercado de productos primarios porque los compradores potenciales simplemente dejan de comprar los productos primarios si se elevaron los precios de las piezas o servicios, en el mercado secundario.

Esta teoría implica una reacción oportuna sobre el mercado de productos primarios debido a la capacidad de los consumidores para el cálculo de los costos de tiempo de vida en general de los productos primarios, incluyendo todos los repuestos, consumibles, actualizaciones, servicios, etc.

Sin embargo esta reacción oportuna del consumidor no es consistente con la asimetría de información que enfrenta en algunos mercados y la capacidad limitada para anticipar los pagos que tendría que desembolsar en el producto secundario.

Para hacerlo tendría que disponer de información respecto de los servicios que demandarán en el futuro y el costos de esos servicios con mucho tiempo de anticipación, esto no solo para la marca que están comprando sino que para todas las marcas que compiten con este.

Otro elemento que habitualmente se incluye en el análisis de bienes durables, es la capacidad que tiene la empresa de mantener un compromiso de vender a futuro los bienes secundarios a un precio bajo. Sabiendo que tiene cautivo a los usuarios que compraron el bien principal la empresa tiene incentivos a aumentar los precios del bien secundario en forma rentable. (Borenstein , 2000).

En el otro extremo se encuentran los argumentos de las empresas que compiten en el mercado secundario, las cuales asumen posición dominante en el mercado de productos secundarios si las cuotas de mercado son altas, es decir, este enfoque se centra sólo en los productos secundarios, sin analizar los posibles efectos que emanan del mercado de productos primarios.

e) ¿Qué tipo de análisis realiza la FNE?

Se evalúa la dominancia en cada caso y la definición del mercado relevante. Se tienen en cuenta para ello factores como:

- el precio y el ciclo de vida del producto primario (bien durable),
- la transparencia de los precios de los productos secundarios,
- los precios de los productos secundarios como proporción del valor del producto primario,
- los costos de información y entre otras.

centra sólo en los productos secundarios, sin analizar los posibles efectos que emanan del mercado de productos primarios.

¿Cuándo se podría definir un mercado relevante del producto secundario independiente del producto primario y/o cuándo definirlos como sistémicos?

A mayor probabilidad de reemplazo de las piezas o servicios secundarios, los bienes tenderán a entenderse como un mercado sistémico. Si es altamente probable la necesidad de reemplazo de una pieza o insumo, entonces es razonable pensar que los consumidores incorporarán esa información en su decisión de compra al momento escoger el bien primario. (Caso Phillips)

Relevancia económica de bien secundario en relación a valor de bien primario.

En la medida que el precio del producto secundario sea una porción importante del precio del producto primario, tenderán a tratarse como mercados sistémicos. (Caso Phillips)

Expertise del comprador (existencia o no de simetrías informacionales). Compradores más sofisticados y/o expertos, podrían hacer una evaluación más completa del ciclo de vida del producto, por lo tanto, los mercados relevantes tenderán a ser tratados como uno sistémico. En general, se supone que las empresas tienden a ser más sofisticados que los consumidores finales. (Caso Phillips)

A mayor probabilidad de reemplazo de las piezas o servicios secundarios, los bienes tenderán a entenderse como un mercado sistémico. Si es altamente probable la necesidad de reemplazo de una pieza o insumo, entonces es razonable pensar que los consumidores incorporarán esa información en su decisión de compra al momento escoger el bien primario. (Caso Phillips)

Relevancia económica de bien secundario en relación a valor de bien primario.

En la medida que el precio del producto secundario sea una porción importante del precio del producto primario, tenderán a tratarse como mercados sistémicos. (Caso Phillips)

Expertise del comprador (existencia o no de simetrías informacionales). Compradores más sofisticados y/o expertos, podrían hacer una evaluación más completa del ciclo de vida del producto, por lo tanto, los mercados relevantes tenderán a ser tratados como uno sistémico. En general, se supone que las empresas tienden a ser más sofisticados que los consumidores finales. (Caso Phillips)

Costos de cambio. Cuando los costos de cambio del producto primario son bajos, el consumidor tenderá a tomar las decisiones en el mercado primario y secundario de manera conjunta. (ejemplo: impresoras y cartuchos de tinta)

En el derecho comparado se identifica la discusión en torno al análisis de aftermarket y las principales variables que es necesario identificar para realizar el análisis.

e) Jurisprudencia relevante (nacional y comparada):

TDLC:

(i) Resolución N°58/2007 (Caso Epson). “Decimoquinto. Que, respecto al mercado relevante, es necesario en primera instancia analizar la sustituibilidad entre las tintas de impresoras de diferentes marcas, y entre las distintas tintas –originales y alternativas- para impresoras marca Epson. Con ese fin, es necesario diferenciar entre la decisión del consumidor antes de comprar una impresora y después de que lo ha hecho. Antes de comprar una impresora, es dable aseverar que las diferentes marcas de tinta son sustitutas entre sí, dado que las impresoras de distintas marcas lo son. Así, puede suponerse que un consumidor medio considera en su decisión de compra de una impresora -al menos en parte- el precio de las tintas de repuesto. En el extremo, si el costo de una impresora nueva es suficientemente bajo en relación con el costo de las tintas de repuesto, el consumidor incluso podría decidir cambiar de impresora en lugar de comprar nuevas tintas. Si este fuera el caso, el mercado relevante incluiría cartuchos de tinta e impresoras de diferentes marcas. Sin embargo no hay información en el expediente que permita sustentar esta hipótesis, por lo que no se considerará. (hipótesis de mercado sistémico).

Que, entonces, este Tribunal centrará su análisis en la decisión del consumidor una vez comprada una impresora en particular. En este caso, las alternativas del consumidor respecto de los cartuchos de repuesto se reducen exclusivamente a aquellos que son compatibles con la marca y modelo de la impresora que posee”. (hipótesis de mercado múltiple)

En el derecho comparado se identifica la discusión en torno al análisis de aftermarket y las principales variables que es necesario identificar para realizar el análisis.

(i) USA. Caso Kodak. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992). Fallo polémico relativo a venta de piezas para post-servicio técnico.

(ii) Comisión Europea: [XXVth Report on Competition Policy 1995](#). párrafo 86. “La pregunta plantea muchas cuestiones complejas. The question raises many complex issues. Producers of primary equipment argue that there cannot be dominance in secondary products if there is lack of dominance in the primary product market because potential buyers would simply stop buying the primary products if the prices for parts or services were raised. This theory implies a timely reaction on the primary product market due to consumers' ability to calculate the overall life-time costs of the primary product including all spare parts, consumables, upgrades, services, etc. It furthermore implies that price discrimination is not possible between potentially new customers and ‘old’ captive customers or that switching costs for the latter are low. On the other hand, complainants who produce consumables or maintenance services assume dominance in the secondary product market if market shares are high in this market, i.e. this approach focuses only on the secondary products without analyzing possible effects emanating from the primary product market. In the Commission's view, neither of these approaches reflects reality sufficiently. Dominance has always been defined by the Commission as the ability to act to an appreciable extent independently of competitors and consumers. Therefore, an in-depth fact-finding exercise and analysis on a case-by case basis are required. In order to assess dominance in this context the Commission will take into account all important factors such as the price and life-time of the primary product, transparency of prices of secondary products, prices of secondary products as a proportion of the primary product value, information costs and other issues partly mentioned above. A similar approach was taken by the US Supreme Court in its 1992 Kodak decision”.

En el derecho comparado (algunos ejemplos) (cont.):

(iii) En relación al método de evaluación de riesgos para libre competencia derivados de este tipo de mercados y de justificaciones económicas objetivas que es necesario evaluar.

DG Competition, Comisión Europea. “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, December 2005; pp.68-72. “The dominant company may bring forward as possible objective justifications arguments similar to those described in the tying section; that is, arguments related to, for instance, the guarantee of the quality and good usage of the products. The dominant company may also invoke an efficiency defence. For instance, reserving the aftermarket to itself may help the dominant company to achieve savings in production, distribution or transaction costs (...)”.

f) Literatura pertinente (algunos ejemplos):

Bauer, Joseph. “Antitrust implications of aftermarkets”. The Antitrust Bulletin, Vol. 52, No. 1, Spring 2007; pp.31-51: “ Los intentos de los vendedores de un producto primario para extender su poder de mercado en el mercado para la venta de otro producto o servicio son penetrantes, adoptar una variedad de formas diferentes, y contienen la posibilidad de lesiones graves a los consumidores en forma de precios más altos, disminuido la innovación, y la pérdida de la elección. Debido a la fuerte posibilidad de graves efectos anticompetitivos resultantes de estos esfuerzos de captar ventas en el mercado secundario, este comportamiento requiere una estrecha vigilancia en las leyes antimonopolio (...)”.

Motta, Massimo. “Competition Policy, Theory and Practice”. Cambridge University Press, 2004; pp.113-114. **Definición de mercado como sistémico, múltiples o dual.**

Shapiro, Carl y Teece, David. “Systems competition and aftermarkets: an economic analysis of Kodak”. Antitrust Bulletin Spring 1994, 39, No.1; pp. 135-162. Concepto de installed base opportunism.

Temple Lang, John. “Practical Aspects of Aftermarkets in European Competition Law”. Competition Policy International, Volume 7, No. 1, Spring 2011; pp.198-241: “...un proveedor de productos secundarios no es dominante para ellos si una proporción suficiente de los compradores de los productos primarios se afecta significativamente por el costo de los productos del mercado secundario (como consumibles y servicios de mantenimiento), ya que es entonces un mercado único o sistémico que incluye productos primarios y productos secundarios. Bajos costos de cambio, la reputación de la compañía y otros factores que protegen los clientes existentes contra "el oportunismo " también son importantes. Si puede haber casos en los que un mercado separado es excepcionalmente definido para los productos secundarios, la competencia en el mercado primario, es probable que el comportamiento de la disciplina en el mercado secundario”.

Acciones de la FNE en estos casos

FNE ha instado por emparejar niveles informacionales (reducción de costos transaccionales para consumidor medio y relativamente desinformado).

Por ejemplo, la empresa Phillips, incrementó los niveles de información de que disponen sus clientes y cotizantes, estableciendo como política de la Compañía que las cotizaciones de dichos equipos incluyen información suficiente para que los clientes puedan decidir de manera informada.

Phillips ahora entrega información del valor del equipo, y de las mantenciones post garantía, la periodicidad de las mantenciones preventivas, periodicidad de cambio de repuestos más relevantes y su valor aproximado, entre otras.

En el [caso de cementerios](#) se ofició a los cementerios recomendando que se publique los precios de los servicios secundarios.

de no competencia (Non-compete Agreements)

- B) Elemento común: todos en contexto de revisión de operaciones de concentración.
- C) Suponian restricciones al mercado por diversos lapsos, algunos sumamente prolongados (p.ej. hasta 30 años); en ámbito espacial generalmente imponía restricciones a nivel nacional; y materialmente suponían, en ocasiones, un MR mayor al de la empresa adquirida.

El estándar utilizado por FNE respecto de este tipo de cláusulas es:

- Exclusivo temporal
- Existencia de un vínculo con respecto al objeto del contrato de manera de que se crea, efective, la expectativa de obtener una serie de **beneficios económicos para persona o la comunidad principal** derivados de ello. En la práctica, el límite lo dan los años, el plazo superior lo constituye el momento o el momento de la cláusula, **el momento base** (no en su caso, el momento de la base legal del objeto).
- Exclusivo espacial
- Actuar como un estándar genérico que cubra todo un sector productivo. En consecuencia, la cláusula no debe estar dirigida a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio. En el caso, si se dirige a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio, no se impondrá ninguna restricción adicional a aquellas que operen en algunas partes del país. **El NME** presentará una objeción al alcance nacional o regional, la que deberá ser acompañada de una solicitud de restricción al alcance del país.

- Exclusivo material
- Actuar como un estándar más allá del que existiera en materia de protección de la información de la operación de concentración. **Inter. Macro Transfer.**, la cláusula nacional prohibía a los autores de la operación de **Macro Transfer** sus actividades de negocio, **incluyendo la de dar o recibir servicios al sector público.**

En el derecho comparado (ámbito europeo):

País	Normativa
Francia	Artículo L.1010 del Código de Comercio
Italia	Artículo 28 del Código de Comercio
Países Bajos	Artículo 17:04 del Código de Comercio
Reino Unido	Artículo 113 del Código de Comercio
Alemania	Artículo 1 del Código de Comercio
Polonia	Artículo 22 del Código de Comercio
Eslovenia	Artículo 11 del Código de Comercio
Eslovaquia	Artículo 17 del Código de Comercio
República Checa	Artículo 11 del Código de Comercio
Letonia	Artículo 11 del Código de Comercio
Lituania	Artículo 11 del Código de Comercio
Eslovenia	Artículo 11 del Código de Comercio
Eslovaquia	Artículo 17 del Código de Comercio
República Checa	Artículo 11 del Código de Comercio
Letonia	Artículo 11 del Código de Comercio
Lituania	Artículo 11 del Código de Comercio

El Tribunal se refiere a la normativa europea y al artículo 101 del Tratado de Lisboa. En particular, se refiere a los artículos 101 y 102 del Tratado de Lisboa. El Tribunal recuerda que el artículo 101 del Tratado de Lisboa prohíbe los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El Tribunal señala que el artículo 101 del Tratado de Lisboa prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El Tribunal señala que el artículo 101 del Tratado de Lisboa prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El Tribunal señala que el artículo 101 del Tratado de Lisboa prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia.

Mercados secundarios (aftermarkets)

- Existencia de un vínculo con respecto al objeto del contrato de manera de que se crea, efective, la expectativa de obtener una serie de **beneficios económicos para persona o la comunidad principal** derivados de ello. En la práctica, el límite lo dan los años, el plazo superior lo constituye el momento o el momento de la cláusula, **el momento base** (no en su caso, el momento de la base legal del objeto).
- Exclusivo espacial
- Actuar como un estándar genérico que cubra todo un sector productivo. En consecuencia, la cláusula no debe estar dirigida a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio. En el caso, si se dirige a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio, no se impondrá ninguna restricción adicional a aquellas que operen en algunas partes del país. **El NME** presentará una objeción al alcance nacional o regional, la que deberá ser acompañada de una solicitud de restricción al alcance del país.

- Exclusivo material
- Actuar como un estándar más allá del que existiera en materia de protección de la información de la operación de concentración. **Inter. Macro Transfer.**, la cláusula nacional prohibía a los autores de la operación de **Macro Transfer** sus actividades de negocio, **incluyendo la de dar o recibir servicios al sector público.**

El Tribunal se refiere a la normativa europea y al artículo 101 del Tratado de Lisboa. En particular, se refiere a los artículos 101 y 102 del Tratado de Lisboa. El Tribunal recuerda que el artículo 101 del Tratado de Lisboa prohíbe los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El Tribunal señala que el artículo 101 del Tratado de Lisboa prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El Tribunal señala que el artículo 101 del Tratado de Lisboa prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia.

- Exclusivo temporal
- Existencia de un vínculo con respecto al objeto del contrato de manera de que se crea, efective, la expectativa de obtener una serie de **beneficios económicos para persona o la comunidad principal** derivados de ello. En la práctica, el límite lo dan los años, el plazo superior lo constituye el momento o el momento de la cláusula, **el momento base** (no en su caso, el momento de la base legal del objeto).
- Exclusivo espacial
- Actuar como un estándar genérico que cubra todo un sector productivo. En consecuencia, la cláusula no debe estar dirigida a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio. En el caso, si se dirige a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio, no se impondrá ninguna restricción adicional a aquellas que operen en algunas partes del país. **El NME** presentará una objeción al alcance nacional o regional, la que deberá ser acompañada de una solicitud de restricción al alcance del país.

- Exclusivo material
- Actuar como un estándar más allá del que existiera en materia de protección de la información de la operación de concentración. **Inter. Macro Transfer.**, la cláusula nacional prohibía a los autores de la operación de **Macro Transfer** sus actividades de negocio, **incluyendo la de dar o recibir servicios al sector público.**

- Exclusivo temporal
- Existencia de un vínculo con respecto al objeto del contrato de manera de que se crea, efective, la expectativa de obtener una serie de **beneficios económicos para persona o la comunidad principal** derivados de ello. En la práctica, el límite lo dan los años, el plazo superior lo constituye el momento o el momento de la cláusula, **el momento base** (no en su caso, el momento de la base legal del objeto).
- Exclusivo espacial
- Actuar como un estándar genérico que cubra todo un sector productivo. En consecuencia, la cláusula no debe estar dirigida a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio. En el caso, si se dirige a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio, no se impondrá ninguna restricción adicional a aquellas que operen en algunas partes del país. **El NME** presentará una objeción al alcance nacional o regional, la que deberá ser acompañada de una solicitud de restricción al alcance del país.

- Exclusivo material
- Actuar como un estándar más allá del que existiera en materia de protección de la información de la operación de concentración. **Inter. Macro Transfer.**, la cláusula nacional prohibía a los autores de la operación de **Macro Transfer** sus actividades de negocio, **incluyendo la de dar o recibir servicios al sector público.**

- Existencia de un vínculo con respecto al objeto del contrato de manera de que se crea, efective, la expectativa de obtener una serie de **beneficios económicos para persona o la comunidad principal** derivados de ello. En la práctica, el límite lo dan los años, el plazo superior lo constituye el momento o el momento de la cláusula, **el momento base** (no en su caso, el momento de la base legal del objeto).
- Exclusivo espacial
- Actuar como un estándar genérico que cubra todo un sector productivo. En consecuencia, la cláusula no debe estar dirigida a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio. En el caso, si se dirige a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio, no se impondrá ninguna restricción adicional a aquellas que operen en algunas partes del país. **El NME** presentará una objeción al alcance nacional o regional, la que deberá ser acompañada de una solicitud de restricción al alcance del país.

- Exclusivo material
- Actuar como un estándar más allá del que existiera en materia de protección de la información de la operación de concentración. **Inter. Macro Transfer.**, la cláusula nacional prohibía a los autores de la operación de **Macro Transfer** sus actividades de negocio, **incluyendo la de dar o recibir servicios al sector público.**

El Tribunal se refiere a la normativa europea y al artículo 101 del Tratado de Lisboa. En particular, se refiere a los artículos 101 y 102 del Tratado de Lisboa. El Tribunal recuerda que el artículo 101 del Tratado de Lisboa prohíbe los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El Tribunal señala que el artículo 101 del Tratado de Lisboa prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. El Tribunal señala que el artículo 101 del Tratado de Lisboa prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia.

- Exclusivo temporal
- Existencia de un vínculo con respecto al objeto del contrato de manera de que se crea, efective, la expectativa de obtener una serie de **beneficios económicos para persona o la comunidad principal** derivados de ello. En la práctica, el límite lo dan los años, el plazo superior lo constituye el momento o el momento de la cláusula, **el momento base** (no en su caso, el momento de la base legal del objeto).
- Exclusivo espacial
- Actuar como un estándar genérico que cubra todo un sector productivo. En consecuencia, la cláusula no debe estar dirigida a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio. En el caso, si se dirige a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio, no se impondrá ninguna restricción adicional a aquellas que operen en algunas partes del país. **El NME** presentará una objeción al alcance nacional o regional, la que deberá ser acompañada de una solicitud de restricción al alcance del país.

- Exclusivo material
- Actuar como un estándar más allá del que existiera en materia de protección de la información de la operación de concentración. **Inter. Macro Transfer.**, la cláusula nacional prohibía a los autores de la operación de **Macro Transfer** sus actividades de negocio, **incluyendo la de dar o recibir servicios al sector público.**

- Exclusivo temporal
- Existencia de un vínculo con respecto al objeto del contrato de manera de que se crea, efective, la expectativa de obtener una serie de **beneficios económicos para persona o la comunidad principal** derivados de ello. En la práctica, el límite lo dan los años, el plazo superior lo constituye el momento o el momento de la cláusula, **el momento base** (no en su caso, el momento de la base legal del objeto).
- Exclusivo espacial
- Actuar como un estándar genérico que cubra todo un sector productivo. En consecuencia, la cláusula no debe estar dirigida a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio. En el caso, si se dirige a una persona o entidad que produce o brinda la prestación de un servicio, no se impondrá ninguna restricción adicional a aquellas que operen en algunas partes del país. **El NME** presentará una objeción al alcance nacional o regional, la que deberá ser acompañada de una solicitud de restricción al alcance del país.

- Exclusivo material
- Actuar como un estándar más allá del que existiera en materia de protección de la información de la operación de concentración. **Inter. Macro Transfer.**, la cláusula nacional prohibía a los autores de la operación de **Macro Transfer** sus actividades de negocio, **incluyendo la de dar o recibir servicios al sector público.**

de no competir no son consideradas cuando son necesarias para realizar la operación en su ámbito material, temporal y geográfico, son proporcionales. **Prezi** en cada operación de concentración. las cláusulas

Finalmente...

Solo reiterar que el objeto principal de publicar los informes de archivo de la FNE, es transparentar los criterios utilizados en el análisis de los casos y de este modo entregar mayor certeza del accionar de la FNE.

Los criterios utilizados por la FNE son sólo referenciales para los agentes económicos.

Los invito a revisar los casos mencionados hoy, nuestra pagina web y el libro que se entrega hoy.

Criterios de la FNE para el cierre de las Investigaciones



Ronaldo Bruna Villena
 Jefe División Investigaciones
 Noviembre 2013

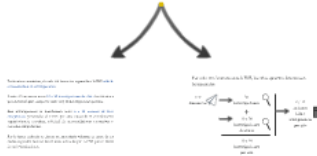
Antecedentes

La FNE opera en el campo de la fiscalidad y el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes. Su misión es asegurar el correcto pago de los impuestos y el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes.

Los datos que se manejan en el ámbito de la FNE son de carácter confidencial y no deben ser divulgados a terceros.

El objetivo de la FNE es garantizar el correcto pago de los impuestos y el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes.

Algunas Cifras



Criterios de cierre de investigación

¿Cómo se pueden encontrar estos criterios?

1. ¿Cómo se pueden encontrar estos criterios?

2. ¿Cómo se pueden encontrar estos criterios?

3. ¿Cómo se pueden encontrar estos criterios?

Ejemplos

Clausulas de no Competencia

Mercados Secundarios (Aftermarkets)

Clausulas de no competencia (Non Compete Agreement)

Mercados secundarios (aftermarkets)

Finalmente...

Solo tener en cuenta que el objeto principal de publicar los informes de archivo de la FNE, es transparentar los criterios utilizados en el análisis de los casos y de este modo entregar mayor certeza del accionar de la FNE.

Los criterios utilizados por la FNE son sólo referenciales para los agentes económicos.

Les invito a revisar los casos mencionados hoy, nuestra pagina web y el libro que se entrega hoy.

