

GUIA PARA EL ANALISIS DE RESTRICCIONES VERTICALES

Junio, 2014

www.fne.gob.cl

Presentación

Esta guía elaborada por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) tiene por finalidad explicitar los lineamientos generales que utiliza internamente este Servicio al analizar las restricciones verticales y su posible disconformidad con la legislación de libre competencia (“DL 211”), a través de la evaluación y ponderación de los efectos anticompetitivos actuales y potenciales y sus posibles eficiencias.

Tal explicitación busca, a su vez, contribuir a brindar mayor certeza a los agentes económicos y a la comunidad en general sobre el modo en que la FNE da cumplimiento a las funciones que la ley le encomienda.

Esta guía surge de la revisión de las mejores prácticas nacionales y extranjeras sobre restricciones verticales y el estudio de los desafíos asociados a las mismas, teniendo en consideración la realidad de un país con mercados normalmente concentrados y poco profundos.

La intención de la FNE es aplicar los lineamientos generales que aquí se exponen a las investigaciones que desarrolle en materia de restricciones verticales, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 39 Letra a) del DL 211 y el *Instructivo Interno para el desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica de 2013*, salvo que circunstancias extraordinarias y especiales que surjan de un caso determinado hagan necesario un análisis distinto, en cuyo caso la FNE precisará por qué se está distanciando del contenido de la presente guía.

Este documento es un material de promoción que se suma a otros análogos elaborados por la FNE. Cabe enfatizar que la presente guía constituye únicamente una orientación interna de la Fiscalía, que podría ser modificada a futuro, y que no compromete ni al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) ni a la Excelentísima Corte Suprema (“Corte Suprema”), ni busca alterar de modo alguno las disposiciones del DL 211.

Atentamente,

Felipe Irarrázabal Ph.
Fiscal Nacional Económico

Índice

I. Concepto	4
II. Clasificación y descripción.....	5
III. Marco analítico.....	6
IV. Participación de mercado	7
V. Efectos y riesgos anticompetitivos.....	8
V.1. Promoción o Facilitación de la Colusión	8
V.2. Bloqueo o retardo a la entrada o expansión de competidores	11
VI. Elementos de análisis de los efectos y/o riesgos anticompetitivos.....	13
VI.1. Condiciones de competencia	13
VI.2. Características de la restricción vertical propiamente tal	14
VII. Posibles eficiencias.....	16
VII.1 Doble marginalización.....	17
VII.2. Provisión óptima de servicios	18
VII.3 <i>Hold Up</i>	19
VII.4. Otros efectos potencialmente positivos	20
VII.5. Marco de análisis de las eficiencias alegadas por las partes	20
VIII. Palabras finales	22

I. Concepto

Las restricciones verticales representan mecanismos de operación entre agentes económicos independientes, situados en diferentes niveles de una cadena de producción (estructura vertical)¹, a través de los cuales se regulan las condiciones con que éstos compran, venden o revenden ciertos productos o servicios².

Las restricciones verticales pueden resultar pro-competitivas atendida su aptitud para incrementar los niveles de eficiencia productiva y asignativa, beneficiando tanto a quienes las suscriben o adoptan como a los consumidores finales. En concreto, aquellas pueden resultar aptas para mitigar las externalidades asociadas a los conflictos de agencia existentes entre quienes las establecen, permitiendo a vendedor y comprador reducir sus costos de transacción (principalmente costos de búsqueda y costos asociados a comportamientos oportunistas), optimizar los niveles de inversión y eliminar las distorsiones de precios que pudieren surgir de tales externalidades.

Sin embargo, las restricciones verticales también pueden debilitar la intensidad de la competencia dentro de la misma estructura vertical (lo que se conoce como “competencia *intra-marca*”) o entre estructuras verticales rivales (lo que se conoce como “competencia *inter-marca*”). En este sentido, aun resultando eficiente para las partes a las que se aplican, las restricciones verticales podrían resultar indeseables desde el punto de vista del bienestar social.

Así, la conformidad de una restricción vertical con la normativa sobre defensa de la libre competencia dependerá de la ponderación de las eficiencias, riesgos y efectos anticompetitivos inherentes a la misma.

En lo que sigue, se exponen los criterios generales utilizados por la FNE para evaluar si una restricción vertical suscrita entre agentes económicos independientes, infringe o puede infringir las disposiciones del DL 211, explicitando el marco analítico y las herramientas en que funda su análisis.

¹ En adelante denominaremos a los agentes económicos sujetos a una restricción vertical como “partes”. La forma más reconocida de restricción vertical involucra por una parte a un productor, importador o proveedor, en adelante indistintamente “proveedor” y/o “vendedor”; y por otra parte a un distribuidor, mayorista o minorista, en adelante indistintamente “distribuidor” y/o “comprador”. Lo anterior, sin perjuicio de que las restricciones verticales también pueden darse en el marco de la relación entre proveedores que operan en distintos niveles de la cadena productiva (proveedor de un insumo y proveedor del bien que utiliza dicho insumo) y distribuidores que operan en distintos niveles de la cadena de distribución (mayorista y minorista). Lo relevante, más que la forma jurídica en cómo están organizadas las partes o bajo qué instrumento se materializa la restricción, es que las partes son agentes económicos con cierto nivel de independencia y la restricción tiene una naturaleza vertical.

² El mecanismo que se utiliza normalmente reviste la forma de una compraventa o contrato equivalente o innominado, pudiendo también operar con contratos verbales, prácticas o meras imposiciones unilaterales.

Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación completa, íntegra y de buena fe de esta guía no puede brindar seguridad total a los agentes económicos respecto a que una determinada restricción resulte, en última instancia, compatible con la normativa de libre competencia. Lo anterior, no sólo por cuanto la opinión de la Fiscalía no compromete al TDLC ni a la Corte Suprema –órganos llamados en último término a decidir sobre estas materias–, sino que, además, porque los casos reales presentan muchas variables, las que no siempre pueden ser completa y adecuadamente tratadas bajo una fórmula general como la que aquí se presenta.

II. Clasificación y descripción

La clasificación más comúnmente utilizada en materia de restricciones verticales distingue entre aquellas restricciones que se refieren a la forma en que los propios productos de un fabricante son distribuidos (restricciones *intra-marca*) y aquellas que gobiernan la relación entre los productos de un fabricante y los de su competencia (restricciones *inter-marca*). A continuación se describen las formas más habituales de restricciones verticales, bajo la referida clasificación:

Cuadro N° 1. Restricciones verticales más comunes

<u>Restricciones intra-marca</u>	<u>Descripción</u>
<i>Fijación de precios mínimos de reventa</i>	<i>El proveedor establece al distribuidor el precio mínimo de venta minorista del producto. La FNE considera esta modalidad de restricción vertical como la potencialmente más perniciosa.</i>
<i>Fijación de precios máximos de reventa</i>	<i>El proveedor establece al distribuidor el precio máximo de venta minorista del producto.</i>
<i>Sugerencia de precios de reventa</i>	<i>El proveedor insinúa un precio de venta minorista y el distribuidor es libre para determinar dicho precio.</i>
<i>Territorios exclusivos</i>	<i>El proveedor asigna al distribuidor un territorio en el cual no enfrenta competencia intra-marca.</i>
<i>Distribución exclusiva o selectiva</i>	<i>El proveedor comercializa sus productos a través de un distribuidor determinado o de algunos distribuidores que cumplen ciertas características establecidas por el proveedor.</i>
<i>Requerimientos de servicios</i>	<i>El proveedor determina el nivel de servicios pre y post venta o el esfuerzo de venta que debe proveer el distribuidor.</i>
<i>Cláusula de cliente preferencial</i>	<i>El vendedor garantiza al comprador que está obteniendo los términos más convenientes en la compra o adquisición del producto, y que cualquier beneficio que se le conceda a algún otro comprador le será replicado.</i>

<u>Restricciones inter-marca</u>		<u>Descripción</u>
Contratos de exclusividad		<i>El vendedor prohíbe al comprador comercializar las marcas de la competencia o alguna marca en particular.</i>
Precios no lineales	Tarifas en dos partes	<i>El vendedor cobra al comprador un pago fijo (tarifa de franquicia) más un pago variable por unidad transada.</i>
	Descuentos por metas	<i>El precio que cobra el vendedor al comprador disminuye en la medida que se incrementa el volumen de ventas o se alcanzan determinadas metas. Pueden aplicarse de manera incremental, cubriendo sólo las compras que exceden cierto umbral, o retroactiva, cubriendo en este caso la totalidad de las compras.</i>
Venta empaquetada o venta atada		<i>El vendedor requiere que el comprador adquiera conjuntamente dos o más productos. Si los productos no se venden por separado, la conducta toma nombre de "venta atada", y si dicha opción sigue existiendo, aunque a un precio mayor, la conducta tomará el nombre de "empaquetamiento".</i>
"Slotting allowances" o pago por acceso a góndola		<i>El proveedor paga al distribuidor por la comercialización de sus productos.</i>
"Quantity forcing" o requerimiento mínimo de compra		<i>Requerimiento mínimo de compras que debe realizar el comprador.</i>

III. Marco analítico

De modo consistente con el derecho nacional y comparado, y atendiendo al hecho de que las restricciones verticales resultan altamente sustituibles entre sí en cuanto a sus efectos, la FNE estima más adecuado, como marco general de análisis, evaluar los efectos actuales o potenciales de las mismas, antes que realizar un examen puramente formal del contenido esencial de cada una de estas conductas³⁻⁴.

³ Vid. Sentencia N°126/2012 del TDLC. Demanda de ACAM S.A. contra Comercial e Industrial Silfa Ltda.: "(...) Que el análisis de los acuerdos de distribución exclusiva, como conducta contraria a la libre competencia, ha ido mutando desde uno de naturaleza principalmente formal, a uno en el que prima el estudio de los efectos, actuales o potenciales, que el acuerdo produce en el mercado respectivo. En otras palabras, para este Tribunal, es necesario acreditar que dichos actos producen o tienden a producir efectos contrarios a la libre competencia en el mercado para que se configure la infracción (...)"

⁴ Vid. Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales (2010); p.21, §97: "La evaluación de si un acuerdo vertical tiene el efecto de restringir la competencia se hará comparando la situación actual o la futura situación probable en el mercado de referencia con restricciones verticales, con la situación que prevalecería a falta de restricciones verticales en el acuerdo. En la evaluación de casos individuales, la Comisión tendrá en cuenta, según el caso, tanto efectos reales como probables. Para que los acuerdos

El análisis general de las restricciones verticales consta de tres etapas consecutivas, en las cuales la FNE indagará respecto de: a) la participación de mercado que tienen los agentes económicos sujetos a la restricción; b) los efectos anticompetitivos, actuales o potenciales, derivados de la restricción vertical (en adelante “efectos” y “riesgos”); y, c) las eficiencias emanadas de la misma que no se pueden lograr a través de medidas menos restrictivas de la competencia.

En el marco de dicho análisis, los resultados obtenidos en la fase identificada con la letra a) servirán de filtro respecto de la necesidad de avanzar hacia las etapas posteriores, toda vez que resulta improbable que la restricción vertical genere efectos y/o riesgos anticompetitivos significativos si ninguna de las partes goza de una participación de mercado suficientemente alta.

Verificada la superación de un umbral mínimo de participación de mercado, los resultados obtenidos en las fases b) y c) deberán ser debidamente ponderados. En la medida que los efectos y/o riesgos resulten superiores a las eficiencias, esto es, existiendo evidencia que se trata de una restricción injustificada de la competencia, la FNE entenderá que la restricción vertical impide, restringe o entorpece la competencia, o tiende a producir dichos efectos, en los términos previstos en el artículo 3° del DL 211 o que concurren los ilícitos descritos en la letra a) o b) del mismo artículo.

IV. Participación de mercado

El análisis de casos que involucran la presencia de restricciones verticales debe partir por la determinación de las cuotas de mercado de las partes, para lo cual resulta necesario definir los mercados relevantes en donde cada empresa compra y vende los productos objeto de la restricción⁵. Como se ha dicho, los efectos y/o riesgos generados por una restricción vertical dependerán de la posición que posean las empresas que lo establezcan en el mercado definido como relevante. Evidentemente, una restricción vertical será más riesgosa en la medida que la participación de mercado de una o de todas las partes que participan en él sean mayores. Por el contrario, cuotas bajas de participación de mercado de proveedor y distribuidor normalmente resultarán indicativas de un menor potencial anticompetitivo de la restricción vertical analizada.

La FNE apreciará en términos generales como lícita una restricción vertical cuando la cuota de mercado del vendedor, en el mercado donde vende los productos objeto del contrato, y la cuota

verticales se consideren restrictivos de la competencia por efecto deben afectar a la competencia efectiva o potencial de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tengan efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes y servicios (...)

⁵ Para estos efectos se deberá tener en consideración el acápite 1.2.2. de la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de la FNE. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>

de mercado del comprador, en el mercado donde adquiere los productos objeto del contrato, sean cada una del **35% o menos**⁶. Cumplidas ambas condiciones, desestimará la apertura de una investigación o cerrará la investigación ya iniciada.

Esta apreciación de licitud podrá desvirtuarse si se detecta la existencia de restricciones verticales paralelas que rijan a proveedores y/o distribuidores competidores entre sí y que en conjunto generen un *efecto acumulativo*⁷, y en otros casos extraordinarios y especiales así calificados por la FNE (tales como fijaciones de precios mínimos de reventa), en los que se explicitará por qué no se está utilizando la apreciación de licitud descrita.

V. Efectos y riesgos anticompetitivos

Los siguientes son los efectos y/o riesgos más importantes que pueden emanar de una restricción vertical:

1. Promoción o facilitación de la colusión o coordinación a nivel de proveedores o distribuidores en presencia de competencia *inter-marca*;
2. Bloqueo o retardo a la entrada o expansión de otros competidores.

V.1. Promoción o Facilitación de la Colusión

En principio, la disminución o eliminación de competencia *intra-marcaria* a través de una restricción vertical no debiese producir riesgos directos a la libre competencia en la medida que exista una alta intensidad de competencia *inter-marcaria*⁸⁻⁹. Sin embargo, la evidencia muestra

⁶ Sin perjuicio de lo anterior, y a efecto de no afectar la celeridad con que el referido análisis debe llevarse a cabo, cuando la Fiscalía carezca de información respecto de la participación del comprador en el mercado de la compra del producto, podrá realizar el análisis considerando como aproximación la participación de éste en el mercado de la venta del producto *aguas abajo*.

⁷ Se considerará que caben en esta situación las redes paralelas de restricciones verticales que incluyan restricciones que produzcan efectos análogos en el mercado. En relación con la influencia de las redes paralelas en materia de riesgos exclusorios, véase Asker, John y Bar-Isaac, Heski. *“Raising Retailers’ Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rivals”*, en The American Economic Review, Vol. 104, No. 2, 2014.

⁸ Sentencia N°126/2012 del TDLC. Demanda de ACAM S.A. contra Comercial e Industrial Silfa Ltda.: *“(…) La existencia de varias marcas de los mismos productos o de productos similares en un mercado relevante determinado hace menos probable que el territorio exclusivo que asigna un proveedor a un distribuidor pueda tener efectos contrarios a la libre competencia pues, si bien es cierto que con ello se limita la competencia intra-marca al impedir que otros agentes económicos puedan distribuir dicho producto y competir entre sí, ya sea a nivel mayorista o minorista, también es cierto que la existencia de productos*

que la reducción de intensidad competitiva a nivel *intra-marcario* puede constituir un primer paso que haga más factible, a su vez, la eliminación de competencia *inter-marcaria*¹⁰.

La muestra más notoria –y grave– de lo anterior la constituye la utilización de restricciones verticales que tienen por objeto o efecto promover o facilitar la coordinación e incluso la colusión en distintos niveles de la cadena vertical.

Así, en el extremo, las restricciones verticales pueden emplearse como mecanismos de sustitución de acuerdos horizontales entre distribuidores rivales mediante la utilización, al efecto, de proveedores comunes. Los acuerdos verticales que sirven a dicho propósito reciben en doctrina el nombre de acuerdos verticales fingidos (*sham vertical agreements*).

En este sentido, restricciones como la fijación de precios de reventa, la cláusula de cliente preferencial o la asignación de territorios exclusivos, por ejemplo, pueden llegar a ser utilizadas por distribuidores como mecanismos de reparto de mercado o de coordinación de precios. Ello podría ocurrir cuando los distribuidores exhiben un poder de mercado suficiente para inducir a los proveedores a cumplir acuerdos de ese tipo y, al mismo tiempo, son capaces de prevenir la entrega de menores precios mayoristas a potenciales distribuidores rivales¹¹. Incluso en ausencia de un poder de mercado suficiente del distribuidor, la antedicha situación podría tener lugar cuando la colusión de los distribuidores cede también en favor de los proveedores, contribuyendo a incrementar sus propios beneficios (por ejemplo, a través de mayores precios mayoristas)¹².

De modo análogo, un proveedor común puede ser utilizado para intercambiar información entre distribuidores que compiten *aguas abajo*, facilitando la implementación, coordinación, monitoreo

similares de otras marcas -es decir, la competencia inter-marcas-, disciplina cualquier intento de abuso de poder de mercado que podría realizar el distribuidor exclusivo”.

⁹ Vid., a modo de ejemplo, Comisión Europea (2010); p.22, §102: “*En un mercado en el que los distribuidores individuales distribuyen la marca o marcas de un único proveedor, una reducción de la competencia entre los distribuidores de la misma marca llevará a una reducción de la competencia intramarca entre estos distribuidores, pero puede no tener un efecto negativo en la competencia entre los distribuidores en general. En tal caso, si la competencia inter-marca es feroz, es poco probable que una reducción de la competencia intra-marca tenga efectos negativos para los consumidores”.*

¹⁰ Rey, Patrick. “Vertical Restraints: An Economic Perspective”. (2012). pp. 21-22. Documento realizado como antecedente para la elaboración de esta Guía. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Vertical-restraints.pdf>

¹¹ OECD. “Resale Price Maintenance”. DAF/COMP(2008)37. Policy Roundtables, 2008; p.12: “*En algunos casos, RPM también se puede utilizar para sustentar a un cartel en el retail. En este caso, los distribuidores deben tener colectivamente el poder suficiente para inducir a las empresas aguas arriba para entrar en acuerdos de RPM y para impedir las ventas con grandes descuentos a los distribuidores potenciales rivales. En efecto, los acuerdos RPM verticales entre los distribuidores y los proveedores son un sustituto de acuerdos colusorios horizontales entre los distribuidores”* [Traducción Libre/FNE].

¹² Shaffer, Greg. “Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: a Comparison of Facilitating Practices”. RAND Journal of Economics, Vol. 22, No. 1, 1991; pp.120-135.

y mecanismos de castigo dentro de un cartel a nivel de distribución. Este tipo de coordinación a través de proveedores comunes se conoce como *colusión hub and spoke*¹³.

Las restricciones verticales también pueden ser utilizadas para propiciar o mantener la colusión aguas arriba. En efecto, pueden ser utilizadas por los proveedores competidores para facilitar los mecanismos de coordinación y monitoreo al interior de un cartel, por la vía de propiciar una mayor transparencia en el mercado y, consecuentemente, una mayor facilidad en la detección de eventuales desvíos en el comportamiento acordado entre los miembros del cartel¹⁴.

Asimismo, conviene destacar que incluso en un escenario de ausencia de colusión existen tres hipótesis bajo las cuales ciertas restricciones verticales pueden resultar propicias para debilitar la competencia *inter-marca*, por la vía de debilitar la competencia *intra-marca*¹⁵: La delegación estratégica¹⁶, la agencia común¹⁷ y las relaciones de *interlocking*¹⁸.

¹³ Lianos, Ioannis. "Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC", Centre for Law and Governance in Europe University College London, 2007; p.31: "El tercer tipo de casos en los que se encontró una práctica concertada en un contexto vertical, son conspiraciones "hub and spoke", donde muchas partes, conspiran directamente con un "hub" o parte principal. El "hub" puede ser un proveedor o un distribuidor. Su función es la de servir como un intermediario que habla individualmente a cada uno de los competidores y luego transmite el acuerdo de cada competidor a los otros competidores en una serie de conversaciones uno-a-uno" [Traducción Libre/FNE]. Al respecto, ver i) Joined Cases 100-103/80 SA Musique Diffusion Française v Commission [1983] ECR 1825; y, (ii) CA/98/8/2003 Agreements between Hasbro UK Ltd, Argos Ltd & Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games, [2004] 4 UKCLR 717.

¹⁴ La Corte Suprema de EE.UU., en *Leegin Creative Leather Prods. Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 892 (2007), ha señalado lo siguiente: "Un cartel ilegal tratará de descubrir si algunos fabricantes están socavando los precios fijados por el cartel. La fijación de precios de reventa podría ayudar al cártel en la identificación de los fabricantes que reducen sus precios y que se benefician de los bajos precios que ofrecen." [Traducción Libre/FNE]. Además, "acuerdos de precios verticales pueden ayudar a la fijación horizontal de precios a nivel del fabricante (al reducir el incentivo del fabricante de hacer trampa en un cártel, ya que sus distribuidores no podrían pasar sus precios más bajos a los consumidores)(...)." [Traducción Libre/FNE]. *Business Elec. Corp. v. Sharp Elec. Corp.*, 485 U.S. 717, 725-26 (1988).

¹⁵ Rey, Patrick. "Vertical Restraints: An Economic Perspective". (2012); pp.22-29.

¹⁶ Bajo ese mecanismo, los proveedores modifican la estructura de la competencia aguas abajo con el objeto de generar efectos estratégicos de debilitamiento de la competencia aguas arriba. El supuesto de la delegación estratégica consiste en que luego de debilitar la competencia en el nivel de la distribución, mediante restricciones verticales *ad-hoc*, los proveedores delegan la adopción de las decisiones comerciales de mayor relevancia precisamente en ese nivel menos competitivo, señalizando así, de manera creíble, la intención de no competir agresivamente, a la espera de que sus competidores modifiquen a su vez sus propias estructuras verticales a objeto de disminuir la intensidad competitiva.

¹⁷ La agencia común presupone la existencia de competencia a nivel de producción y de un monopolio en la distribución. Bajo este supuesto, determinadas restricciones verticales resultan aptas para debilitar, e incluso suprimir la competencia *inter-marca*, al propiciar la fijación de precios minoristas que reflejen el resultado de una maximización conjunta de beneficios, tal como si se tratara de un monopolio que produce bienes sustitutos.

¹⁸ Un problema similar al de *agencia común* es aquél que la doctrina denomina como relaciones de *interlocking*, escenario en que se considera la existencia de oligopolios tanto a nivel de producción como de

Finalmente, y de un modo más excepcional, las restricciones verticales podrían incluso facilitar una explotación abusiva -ya no colectiva sino individual- por parte de un proveedor que goza de poder de mercado, al inhibir la competencia *intra-marca* entre sus distribuidores¹⁹.

V.2. Bloqueo o retardo a la entrada o expansión de competidores

Las restricciones verticales pueden ser utilizadas como herramientas para levantar barreras a la entrada o a la expansión de competidores actuales o potenciales, afectando la estructura competitiva de los mercados y, por esta vía, a los consumidores²⁰.

En términos más precisos, las restricciones verticales pueden servir como instrumento para mantener o incrementar una posición de dominio individual o colectiva, sea previniendo la entrada de competidores potenciales, o impidiendo la expansión de los competidores actuales²¹.

distribución, de manera que cada proveedor comercializa sus productos a través de más de un distribuidor, y cada distribuidor comercializa los productos de más de un proveedor. En este caso, los distribuidores actúan como agentes comunes para diferentes proveedores, pero a su vez enfrentan competencia de otros distribuidores. En el escenario descrito aún existen ciertas restricciones verticales que pueden limitar de manera importante la intensidad de la competencia *intra-marca*, restaurando el rol de los distribuidores como “agentes comunes”. Una restricción vertical particularmente eficaz en ese sentido es la fijación de precios de reventa.

¹⁹ Así, por ejemplo, una empresa que exhibe algún grado de poder de mercado aguas arriba, pero que enfrenta cierto poder de contrapeso de parte de sus distribuidores, tiene fundadas razones para temer que mientras más intensa sea la competencia aguas abajo, mayor será la probabilidad de que la misma termine afectando sus propios márgenes a la baja. En ese contexto, restricciones verticales tales como la fijación de precios de reventa o la cláusula de cliente preferencial permitirán al proveedor señalar a los distribuidores su compromiso en cuanto a no ofrecer mejores condiciones a otros compradores, disuadiendo así el ejercicio de presiones por descuentos que tengan por fuente el temor a una conducta discriminatoria de su parte (esto es, que el proveedor pueda conceder mayores descuentos a otros distribuidores).

²⁰ Sentencia N° 26/2005 del TDLC. Denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos: “Que, a juicio de este Tribunal, las cláusulas de exclusividad e incentivos antes indicados son, a la vez, fuente y medida de un ejercicio ilícito del poder de mercado que detenta CCT, toda vez que actúan como un verdadero cerrojo que impide, en los hechos, la venta de cigarrillos de otras marcas en los puntos de venta High Trade, los que, además, no pueden negarse a pactarlas, pues, por una parte, no les es conveniente prescindir de la venta de cigarrillos de Chiletabacos, dado que, tal como se ha acreditado, éstos son los más consumidos por el público y, por la otra, reciben incentivos económicos evidentes por aceptarlas”.

²¹ Resolución N° 43/2012 del TDLC. Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.; §12.19-§12.23. Véase también, Rasmusen et. al. “*Naked Exclusion*”. *The American Economic Review*, Vol. 81, No. 5, 1991; p.1137-1144. Para una formalización reciente, véase, Asker, John y Bar-Isaac, Heski. “*Raising Retailers’ Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rivals*”. *The American Economic Review*, Vol. 104, No. 2, 2014; p.684: “*Si un entrante no puede establecerse sin el apoyo de un distribuidor, estos últimos pueden ser reacios a dar cabida a un nuevo operador, ya que una mayor competencia aguas arriba reducirá las rentas de la industria, y, por lo tanto, las cuasi-rentas obtenidas por los distribuidores. En efecto, el servicio que los distribuidores ofrecen es la exclusión de un competidor potencial. Por lo tanto,*

Así, por ejemplo, en la medida que se trate de una práctica extendida en la industria, la fijación de precios de reventa puede resultar apta para impedir el ingreso al mercado de distribuidores del tipo *hard-discount* que tienen una estrategia de precios bajos (la que se verán imposibilitados de aplicar). Asimismo, al eliminar la variable precio como principal factor de competencia entre distribuidores, la fijación de precios de reventa puede convertir el crédito en el principal componente competitivo, erigiendo así barreras artificiales respecto de actores que carecen de la escala necesaria para ejercer una competencia vigorosa en el mercado crediticio²².

También puede ocurrir que las restricciones verticales no impidan el ingreso ni fuercen la salida de competidores, pero que sí bloqueen su expansión, por la vía de negarles el acceso a economías de escala. Así, por ejemplo, restricciones verticales como las exclusividades o los descuentos condicionales pueden incrementar artificialmente los costos de los restantes actores del mercado²³.

Finalmente, ciertas restricciones verticales pueden permitir a una empresa alcanzar una posición dominante²⁴, mediante el apalancamiento (*leverage*) de la posición de dominio que exhiben en un mercado en otro mercado distinto. Así, por ejemplo, una empresa dominante en el mercado A, podría, bajo ciertos supuestos, intentar replicar esa posición en el mercado B, atando o empaquetando la venta de A y B.

según esta teoría, tanto el distribuidor como el proveedor incumbente pueden obtener beneficios de estas prácticas de exclusión” [Traducción libre/FNE].

²² La fijación de precios mínimos de reventa también podría ser utilizada por empresas que gocen de poder de mercado para impedir la entrada o expansión de sus competidores mediante el aseguramiento al distribuidor de mayores márgenes a cambio de la venta preferente o exclusiva de sus productos. Ver EC Vertical Restraint Guidelines, at ¶ 224; *Leegin*, 551 U.S. at 894 (“Un fabricante con poder de mercado (...) podría utilizar el mecanismo de fijación de precios de reventa para proporcionar a los distribuidores un incentivo para no vender los productos de los pequeños rivales o nuevos entrantes”) [Traducción Libre/FNE].

²³ Salop, Steven (2008); p.143: “*Elevar costos de los rivales [Raising rival's costs o RRC] es otro -y distintivo-tipo paradigmático de conducta excluyente. RRC generalmente implica una conducta para aumentar los costos de los competidores con el propósito y el efecto de hacer subir sus precios o reducir su producción, lo que permite a la empresa que excluye beneficiarse por el establecimiento de precios supracompetitivo. Análisis consistente con el paradigma de la RRC se aplica comúnmente a acuerdos de exclusividad que tengan el efecto de aumentar los costos de distribución de los rivales*”.

²⁴ El TDLC ha definido la posición dominante como: “*La habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder*”. Sentencia N° 112/2011. Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y Otros. Considerando Sexagésimo Noveno.

VI. Elementos de análisis de los efectos y riesgos anticompetitivos

A efecto de determinar la probabilidad de ocurrencia de los efectos y/o riesgos asociados a las restricciones verticales, y la magnitud de los mismos, la FNE podrá tomar en cuenta los siguientes factores relacionados con las condiciones de competencia en el mercado y con las características de la restricción vertical propiamente tal.

VI.1. Condiciones de competencia

Concentración de los mercados en que participan las partes. Mientras mayor sea la concentración de la industria, mayor es la probabilidad de que las restricciones verticales provoquen efectos o riesgos anticompetitivos significativos²⁵.

Cuotas de mercado y posición competitiva de las partes. Mientras mayor sea la participación de mercado del vendedor o del comprador, y más evidentes sus ventajas competitivas, más factible será la existencia de los efectos y/o riesgos descritos.

Condiciones de entrada a los mercados. Mientras mayor sea la presencia de barreras a la entrada o la constatación de la imposibilidad de una entrada oportuna y suficiente en el o los mercados afectados, mayor es la probabilidad de que las restricciones verticales produzcan efectos y/o riesgos anticompetitivos. Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta a que incluso en ausencia de barreras legales o naturales, sean las propias restricciones verticales las que se erijan como una barrera estratégica a la entrada o expansión de sus competidores.

Efecto “acumulativo” de las restricciones. Mientras mayor sea la cuota de mercado cubierta por las restricciones verticales análogas, mayor es la probabilidad de ocurrencia de efectos y/o riesgos anticompetitivos.

Posición que ocupan los competidores de las partes. Mientras más relevante sea la posición competitiva de los competidores de las partes, menor es la probabilidad de que la restricción individualmente considerada genere efectos y/o riesgos anticompetitivos.

Posición de mercado de los clientes de las partes. El poder de compra de los clientes de las partes podría ayudar a prevenir los potenciales efectos y/o riesgos anticompetitivos generados por las

²⁵ *United Nations Conference on Trade and Development: Competition Policy and Vertical Restraints* (1999); p.1. Disponible en: <http://unctad.org/en/docs/poitcdclpm8.en.pdf>

restricciones. Dicho efecto disuasivo tenderá a ser más importante cuando el producto comercializado por las partes tenga una representatividad mayor dentro del costo total de dichos clientes.

Presencia de economías de escala, curvas de aprendizaje o externalidades de red. Las restricciones verticales resultarán más aptas para afectar la competencia, en términos de potencial excluyente, en mercados que se caractericen por la presencia de economías de escala, curvas de aprendizaje o externalidades de red.

Presencia de economías de ámbito. A nivel de distribución, las restricciones verticales inter-marca pueden resultar más perjudiciales en el contexto de mercados que presentan economías de ámbito significativas, en contraposición a aquellos mercados donde no resulta factible que el distribuidor comercialice distintas gamas de productos.

Grado de madurez de la industria. Resulta más probable la ocurrencia de efectos y/o riesgos anticompetitivos en el contexto de mercados maduros, con demandas estables o en declinación, sin perjuicio de que la intensidad de dichos efectos será mayor cuando las restricciones verticales afecten mercados dinámicos, en crecimiento y sujetos a innovación.

Costos de búsqueda y comparación. Algunas restricciones verticales tienden a elevar los costos de búsqueda -y comparación- de los bienes y servicios, reduciendo las posibilidades de elección de los consumidores y aumentando los riesgos de conductas explotativas por parte de quienes las suscriben. Dichos efectos explotativos serán más significativos tratándose de productos de bajo precio que se adquieren de manera habitual, que respecto de productos de mayor valor que exhiben un carácter de compra única o esporádica.

Otras características de la industria facilitadoras o indicativas de prácticas coordinadas o colusivas. Cuando se advierta que la restricción vertical puede incrementar los riesgos de coordinación o de debilitamiento de la competencia, se tendrán en consideración, además, los siguientes factores: número de competidores, frecuencia de las interacciones entre los mismos, niveles de transparencia del mercado, historial de la industria en materia de prácticas concertadas o colusión y la existencia de evidencia respecto de seguimientos de precio, anuncios anticipados de cambios en los precios, o de rigidez de los precios ante escenarios de exceso de capacidad en la industria.

VI.2. Características de la restricción vertical propiamente tal

Extensión de las restricciones. Se buscará establecer el porcentaje de las ventas (o compras) totales de las partes que se encuentran cubiertas por la restricción. Mientras mayor sea la cuota

de mercado cubierta por la restricción, mayor es la probabilidad de que éstas afecten negativamente la competencia.

Clientes afectados por la restricción vertical. La restricción vertical podría estar diseñada de manera de alcanzar sólo a aquellos clientes que resultan más propensos a consumir los bienes de la competencia o de un potencial entrante, por ejemplo, debido a su ubicación geográfica, o al público objetivo que atienden.

Duración de la restricción. Mientras mayor sea la duración convenida, mayores serán los efectos y/o riesgos anticompetitivos asociados a una restricción vertical. No obstante lo anterior, restricciones verticales de corta duración pueden resultar aptas para dañar la competencia, puesto que incluso en un escenario de “competencia por la restricción”, dicha competencia tenderá a darse en una cancha dispareja cuando existan actores que tengan rentas sobre-normales que proteger²⁶.

Restricciones verticales implícitas. Resulta necesario indagar respecto de los términos no explicitados que rigen la relación entre las partes. Por ejemplo, una sugerencia de precios de reventa podría ocultar una fijación de precios de reventa, mientras que un premio por desempeño a la fuerza de venta podría, en los hechos, constituir un incentivo a asegurar la exclusión de los productos de la competencia de los distintos puntos de venta.

Distintas restricciones acordadas entre las mismas partes. La combinación de restricciones verticales tenderá a incrementar los efectos y/o riesgos anticompetitivos, sin perjuicio de que excepcionalmente la utilización conjunta de las mismas podrá resultar menos perniciosa para la competencia que su aplicación individual (por ejemplo, cuando se establece un precio máximo de reventa a un distribuidor a quien se ha conferido poder de mercado a través de la concesión de la exclusividad para la venta de un producto de alta demanda).

Efectos probablemente asociados a la restricción. Además de indagar acerca de la aptitud anticompetitiva de una restricción vertical determinada, la FNE intentará encontrar evidencia concreta de los efectos derivados de una restricción vertical, si es que tal evidencia existiera y pudiera obtenerse, teniendo en consideración los costos involucrados en tal obtención. Así, tratándose de efectos de tipo exclusorios, podría considerarse, entre otros, la evidencia existente respecto de eventuales intentos fallidos de entrada o de expansión, de salidas del mercado, o evidencia del aumento de la participación de mercado -o del poder de mercado- vinculada a la utilización de las restricciones verticales. Por otra parte, si los efectos que preocupan a la FNE son

²⁶ Asimismo, un entrante que necesita una masa crítica de clientes para alcanzar una escala viable podrá verse imposibilitado de coordinar dicho número crítico si las restricciones existentes tienen un vencimiento diferido (no-simultáneo) en el tiempo.

de carácter coordinado, podría considerarse, por ejemplo, la posible evidencia sobre participaciones estables de mercado, de márgenes altos o de algún otro indicio de baja intensidad competitiva.

Tipo de restricción vertical de que se trate. Además del análisis común a todas las restricciones verticales, la FNE realizará un examen específico respecto de cada tipo de restricción. Así, por ejemplo, tratándose de descuentos condicionales (*rebates*), se prestará especial atención a la forma en que se estructuran los descuentos (incrementales o retroactivos²⁷) y las metas (porcentaje de compras efectuadas o metas numéricas, las que a su vez podrán ser individuales, del tipo *traje a la medida* o generales²⁸), así como al grado de certidumbre respecto de unos y otras²⁹.

Por otra parte, cuando se esté en presencia de empaquetamientos, tomarán preponderancia elementos de análisis tales como la existencia de demanda separada para ambos productos, vinculante y vinculado, la naturaleza técnica o contractual del empaquetamiento, el eventual carácter de bienes complementarios de los productos y su eventual uso en proporciones fijas, y la existencia o no de regulación en la industria, entre otros.

Finalmente, tratándose de conductas de precios (*pricing conducts*), podría resultar pertinente la realización de determinados *tests* de costos. Dichos *tests* servirán para ilustrar los efectos competitivos de la restricción vertical, aunque no constituirán por sí solos evidencia de la conformidad o disconformidad de la misma con la normativa sobre defensa de la libre competencia. Lo anterior, toda vez que, al practicarse sobre la base de una realidad estática, los *tests* de costos no capturan la potencial presión competitiva que nuevos actores pudiesen ejercer en caso de removerse las barreras estratégicas que les impiden alcanzar mayores grados de eficiencia.

VII. Posibles eficiencias

La descentralización en la toma de decisiones de los distintos agentes económicos pertenecientes a una estructura vertical puede llevar a los mismos a adoptar decisiones sin considerar el impacto

²⁷ Siendo esta última forma más lesiva de la competencia. Vid., a modo de ejemplo, Sentencia N°90/2009 del TDLC. Requerimiento de la FNE y otros contra la Cía. Chilena de Fósforos S.A.

²⁸ Resultando las metas en términos de monto total de compras, establecidos para la generalidad de los clientes, la opción menos restrictiva de la competencia. Vid., Comisión Europea, Caso Intel (COMP/C-3/37.990 – Diario Oficial 2009/C 227/07).

²⁹ A mayor incertidumbre generalmente se tendrán mayores efectos exclusorios, ya que para asegurar el descuento, los clientes realizarán la mayor cantidad de compras posibles a la empresa que los establece.

(externalidades) directo o indirecto que aquéllas puedan tener en los demás miembros de la estructura. Lo anterior podría llevar a un resultado ineficiente no sólo de cara a los miembros de la estructura, sino que también respecto de los consumidores.

En ese escenario, las restricciones verticales pueden utilizarse como una herramienta pro competitiva destinada a mejorar la coordinación vertical entre los agentes económicos, aumentando los grados de eficiencia de la estructura vertical e incrementando el grado de competencia entre aquélla y sus estructuras rivales.

En general, las externalidades más comunes que las restricciones verticales intentan remediar son: (i) la doble marginalización, que se refiere al problema de coordinación vertical en la fijación de los precios que pagan los consumidores finales; (ii) el efecto *free rider*, relacionado principalmente con la provisión de servicios al consumidor final; y (iii) la existencia de *hold-up*, relacionada con la sub ejecución de inversiones específicas. Existen, asimismo, otras fuentes de ineficiencia asociada a la falta de coordinación de la estructura vertical, algunas de las cuales se analizarán brevemente al final de esta sección.

VII.1 Doble marginalización

La doble marginalización constituye una externalidad vertical al interior de una cadena de producción. Su fuente se encuentra en una desalineación de incentivos entre proveedor y distribuidor, debido a que este último no incluye, dentro de su política de precios, los efectos que éstos tienen en los ingresos del primero. Mientras que el proveedor vende bienes al distribuidor cobrando un margen sobre el costo marginal de producción (representativo del poder de mercado del primero), el distribuidor, a su vez, cobra al consumidor un margen sobre el precio de venta del proveedor, acorde a su propio poder de mercado. Aunque dicho margen aumenta las ganancias obtenidas por el distribuidor en cada unidad vendida, el sobre-precio disminuye la cantidad total de unidades vendidas, perjudicando los ingresos del proveedor.

Una estrategia posible y comúnmente descrita a efectos de alinear los incentivos entre los miembros de la cadena, consiste en integrar verticalmente las etapas de producción y distribución, de modo que las decisiones de precios que se tomen a ambos niveles tiendan a maximizar los beneficios conjuntos.

Las restricciones verticales pueden operar entonces como estrategia alternativa a la integración vertical, logrando efectos de coordinación análogos. La fijación de un precio máximo de reventa que limite la imposición de un cobro adicional por parte del distribuidor sobre el precio del producto, el requerimiento al distribuidor de una cantidad mínima de compras (*quantity forcing*), o el establecimiento de una tarifa de dos partes, son algunos de los mecanismos que pueden utilizarse para estos fines.

Atendido que la gravedad de la ineficiencia que se quiere corregir es proporcional al grado de poder de mercado de la partes, la invocación de esta eficiencia supone necesariamente un reconocimiento de la existencia de poder de mercado en ambos niveles de la estructura vertical.

VII.2. Provisión óptima de servicios

La demanda de un producto dependerá, entre otros factores, de la provisión de servicios complementarios, tales como la publicidad, la presencia de vendedores especializados, la calidad de la infraestructura en los puntos de venta, la existencia de servicios de post-venta y de despacho.

Con todo, el esfuerzo por incrementar la cantidad o calidad de estos servicios puede no resultar capturado en su integridad por quien los realiza, atendida la existencia de externalidades positivas de carácter vertical (cuando otro proveedor se beneficia de los esfuerzos de venta de su competidor) u horizontal (cuando el beneficio lo recoge un distribuidor distinto a aquél que realiza el esfuerzo de venta). Dichas externalidades producen un efecto similar al de bien público, que lleva a las empresas a constituirse en *free riders* en la provisión de tales servicios.

Así, la presencia de esta clase de externalidades puede resultar en un desincentivo para ofrecer servicios complementarios como los referidos, produciéndose una sub-provisión de los mismos. Dependiendo del tipo de producto de que se trate, esta sub-provisión puede llegar a afectar negativamente la intensidad de la competencia *inter-marca*. En este caso, restricciones verticales que reduzcan la competencia *intra-marca*, pueden restablecer los incentivos para ofrecer los referidos servicios complementarios, incrementando la competencia *inter-marca*.

Dentro de dichas restricciones verticales se encuentran los contratos de exclusividad, los descuentos no lineales y los requerimientos de cantidad, cuando los servicios son provistos por el proveedor; y la distribución selectiva o exclusiva, las tarifas de dos partes, el establecimiento de obligaciones de provisión de servicios mínimos y la fijación de precio de reventa, cuando los servicios son provistos por el distribuidor.

Para que las eficiencias asociadas a este tipo de cláusulas superen los efectos y/o riesgos inherentes a las mismas, se deben cumplir a lo menos con ciertas condiciones, entre las que destacan: que el grado de apropiabilidad de las rentas asociadas al esfuerzo de ventas sea bajo (así, por ejemplo, la inversión en publicidad resulta mucho menos apropiable que la inversión en infraestructura de venta); que las características del producto hagan que el esfuerzo de venta resulte indispensable (producto nuevo o con cierta complejidad técnica); que el producto represente un porcentaje elevado del gasto de los consumidores (para que existan incentivos para obtener servicios complementarios desde cierto distribuidor, para luego realizar la compra con

otro más barato); y que no sea económicamente eficiente imponer restricciones directas respecto del nivel de esfuerzo de ventas deseado (porque por ejemplo el monitoreo resulta muy costoso).

VII.3 *Hold Up*

Muchas relaciones verticales requieren de inversiones de largo plazo, específicas al negocio, y con un alto componente de irrecuperabilidad. El problema del *hold-up* se refiere al incentivo que tienen las empresas involucradas en alguna relación contractual para adoptar un comportamiento oportunista una vez hundidas las inversiones por su contraparte, con el objeto de apropiarse *ex-post* de las rentas o utilidades que se generan como consecuencia de las mismas.

La posibilidad de comportamiento oportunista *ex-post* reduce los incentivos a invertir *ex-ante* de parte de la empresa sujeta al comportamiento oportunista, lo cual puede ser ineficiente desde un punto de vista social. Por este motivo, las empresas que forman parte de una misma estructura vertical pueden establecer algunos compromisos contractuales que permitan dar mayor certidumbre respecto de la posibilidad de recuperar las inversiones realizadas, los que toman la forma de restricciones verticales. Ejemplos de compromisos de este tipo son los contratos de exclusividad, las cláusulas de no competencia o el requerimiento mínimo de compra (*quantity forcing*), cuando la inversión es realizada por el proveedor; o algunos tipos de distribución exclusiva, cuando la inversión es realizada por el distribuidor.

No obstante lo anterior, para que el riesgo de sub-inversión sea significativo, y por ende existan eficiencias asociadas a las restricciones verticales que intenten corregir dicho problema, las inversiones requeridas debiesen exhibir ciertas características copulativas: (i) las inversiones deben ser específicas, es decir, si la relación contractual se termina, el valor de liquidación de estos activos debe ser significativamente menor a su valor original dentro de la estructura vertical; (ii) debe ser una inversión de largo plazo; (iii) la inversión debe ser asimétrica, es decir, alguna de las partes debe invertir significativamente más que las otras, de modo que se encuentre en una posición de renegociación desventajosa.

Finalmente, cabe referirse a una modalidad particular de *hold-up* que se produce a propósito de la transferencia de *know-how* entre empresas que operan en una misma estructura vertical. En estos casos, si bien no existe una inversión que cumpla estrictamente con los requisitos antes referidos, existe amplio espacio para comportamientos oportunistas, toda vez que una vez efectuada la transferencia del *know-how*, ya no resulta posible revertir el conocimiento transferido. Así, esta modalidad de *hold-up* puede inhibir el traspaso de un *know-how* especialmente eficiente, lo que

podrá remediarse a través de restricciones verticales que impliquen exclusividades u obligaciones de no competir por lapsos limitados³⁰.

VII.4. Otros efectos potencialmente positivos

Existen, asimismo, otras fuentes de ineficiencia asociadas a la falta de coordinación de la estructura vertical que pueden ser remediadas a través de restricciones verticales:

Apertura e Ingreso en Nuevos Mercados: El ingreso de un nuevo producto al mercado, especialmente si no cuenta con el aval de un fabricante de renombre, puede requerir de la entrega de compensaciones al distribuidor por el costo de oportunidad que representa darle espacio a un producto cuyo éxito no está asegurado. Lo anterior se puede lograr a través de contratos de exclusividad, fijación de precios de reventa, o pagos de una cantidad determinada de dinero (*slotting allowances*), entre otros.

Falta de incentivos a comercializar la totalidad del inventario: Igualmente, en mercados muy volátiles, donde existen muy pocos productos que concentran buena parte de las ventas, y donde el éxito comercial puede resultar muy difícil de anticipar, como ocurre con la música, los libros o el cine, puede resultar necesario establecer algún tipo de compensación al distribuidor a efecto de que comercialice la totalidad del inventario del fabricante y no solamente aquellos productos que estime tienen mayor probabilidad de éxito.

VII.5. Marco de análisis de las eficiencias alegadas por las partes

Establecido que la restricción vertical genera riesgos y/o efectos nocivos para la competencia, aquéllos deberán ser ponderados con las eficiencias esgrimidas por las partes. De modo consistente con su práctica general, la FNE mide en idéntica forma, y bajo el mismo estándar, tanto los efectos actuales o potenciales como las eficiencias que con una probabilidad razonable pudieran derivarse de una restricción vertical. En ese contexto, el referido examen de ponderación comprenderá tres etapas.

En primer lugar, corresponderá establecer si las eficiencias alegadas resultan veraces. Lo serán cuando se presenten antecedentes de que resultan aptas para resolver un problema de coordinación específico entre quienes la acuerdan.

³⁰ Ver Resolución de Archivo Rol 1604-09 FNE, de 10 de noviembre de 2011, sobre denuncia de Lecherías Loncomilla Limitada en contra de Nestlé Chile S.A., párrafos noveno y décimo.

A modo de referencia, el siguiente cuadro informa acerca de la mayor o menor factibilidad de que las eficiencias esgrimidas sean estimadas veraces por la FNE, de acuerdo con las características del mercado relevante en el que las restricciones verticales sean utilizadas³¹.

Cuadro N° 2. Importancia de los argumentos de eficiencia para diferentes características del producto o su distribución

Naturaleza del producto o de su distribución	Más Factibilidad	Menos Factibilidad
Complejidad del producto	Altamente complejo o técnico	Simple o no técnico
Costo para el consumidor	Alto - Cuota importante de su presupuesto	Barato
Hábitos de consumo	Compra única o esporádica	Compra repetida
Información de los consumidores acerca del producto	Conocimiento limitado	Detalles y características ampliamente conocidas
Percepción del grado de diferenciación	Poco claro - Marcas débiles	Claro - Marcas fuertes
Posición en el ciclo de vida del producto	Nuevo	Establecido o maduro
Barreras de entrada en el nivel distribución	Bajas	Elevadas
Economías de ámbito en el nivel distribución	Poco significativas	Muy significativas
Ámbito de aplicación de la restricción	Cubren todas las áreas geográficas	Cubren solamente algunas áreas geográficas

En segundo lugar, establecido que las eficiencias resultan veraces, la FNE realizará un examen cualitativo a objeto de determinar si aquéllas sirven de contrapeso efectivo a los riesgos y/o efectos anticompetitivos generados por la restricción.

Si dicho examen arroja que aquéllas no sirven de contrapeso efectivo a los riesgos y/o efectos detectados, la FNE entenderá la restricción vertical como contraria a la libre competencia. En caso contrario, resultará necesario ejecutar una tercera etapa de análisis, consistente en el estudio acerca de cuán indispensable es la restricción adoptada. Lo anterior implica verificar si existen

³¹ El cuadro N° 2 se ha fundado principalmente en el cuadro N° 5 del Informe “*Vertical Restraints and Competition Policy*”, *Research Paper N°12 – Office of Fair Trading*” [Traducción Libre/FNE].

alternativas realistas y menos restrictivas de la competencia que no impliquen una pérdida significativa de las eficiencias generadas por la restricción utilizada³².

VIII. Palabras finales

Esta guía constituye un esfuerzo desplegado por la FNE por dar a conocer los lineamientos generales e internos que este servicio utiliza para evaluar si una restricción vertical suscrita, acordada o impuesta entre agentes económicos independientes, infringe o no las disposiciones del DL 211, y que se traducen en el análisis del objeto y efectos de las restricciones verticales, más que en aspectos formales de cada una de sus figuras.

El principio básico que se refleja en estos lineamientos es que, en términos generales, las empresas pueden utilizar aquellas restricciones verticales que o bien resulten inocuas, o cuyas eficiencias —tales como evitar la doble marginalización, potenciar la provisión óptima de servicios y prevenir el *hold-up*, entre otros— excedan a los riesgos y/o efectos anticompetitivos que tales restricciones verticales pueden producir, teniendo a su vez en consideración las condiciones de competencia del mercado en que se desarrollen y las características propias de las restricciones verticales de que se trate.

³² El análisis de las restricciones verticales fundado en su efecto, en contraposición a un examen puramente formal, impide el establecimiento *a priori* de un catálogo de gravedad de las mismas, toda vez que su riesgo concreto dependerá de las circunstancias específicas en que se establezcan. Lo anterior no obsta a que, en principio, una fijación de precios mínimos de reventa suele tener asociados efectos anticompetitivos más severos que la fijación de precios máximos, así como una exclusividad o venta atada parecen, también en principio, más lesivas de la competencia que un descuento incremental por meta o un empaquetamiento, respectivamente.