

Respuesta a comentarios a la Guía para el Análisis de Restricciones Verticales

Junio 2014

El presente documento recoge y analiza los comentarios efectuados a la primera versión del documento *Guía para el Análisis de Restricciones Verticales* (“**Guía**”), elaborada por la Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**”), que fue puesta a disposición de la comunidad en el mes de octubre del año 2013.

La FNE agradece los comentarios efectuados por sus distintos autores, entre los que destacan estudios jurídicos nacionales y entidades internacionales tales como la Federal Trade Commission de Estados Unidos y el Antitrust Committee de la International Bar Association. Estos contribuyen al debate y claridad en el análisis de las restricciones verticales (“**RV**”) a la luz del régimen chileno de protección de la libre competencia, establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973 (“**DL 211**”).

Guía	Comentario	Observación
<p>I. Concepto</p>	<p>Definición de las RV</p>	
	<p><u>Primer comentario.</u> Se sugiere distinguir entre acuerdos verticales y RV pues, a diferencia de aquellos, las RV supondrían limitaciones al comportamiento de una o ambas partes del acuerdo y podrían al mismo tiempo presentar riesgos relevantes para la libre competencia.</p> <p><u>Segundo comentario.</u> Se sugiere ampliar la definición de acuerdo vertical de la Guía, incorporando como una forma de RV a los denominados acuerdos del tipo <i>distribución dual</i>, en virtud de los cuales dos partes vinculadas por una RV son, al mismo tiempo, competidores entre sí en una o más etapas de la cadena vertical. Lo anterior, con el objeto de otorgar certeza respecto de que tales acuerdos serán analizados por la FNE en su dimensión vertical y no horizontal (entre competidores <i>aguas abajo</i>).</p>	<p><u>Observación al primer comentario.</u> Usualmente, las RV constituyen una forma de acuerdo, asimilables a lo que el DL 211 califica como un acto o convención (véase, a modo de ejemplo, Jones y Sufrin, 2011; p.629). Luego, lo relevante no sería propiamente la naturaleza de la RV, sino que más bien su aptitud para producir efectos contrarios a la libre competencia a partir de la limitación del comportamiento que ellas conllevan.</p> <p><u>Observación al segundo comentario.</u> Si bien los denominados acuerdos de <i>distribución dual</i> tienen un componente vertical relevante, no necesariamente excluyen un eventual análisis al amparo del artículo 3 letra a) del DL 211. Lo anterior, pues la naturaleza vertical u horizontal de este tipo de esquemas ha sido considerada como una cuestión <i>difícil</i> (véase, por ejemplo, Elhauge y Geradin, 2011; pp.773 y siguientes). Sin perjuicio de lo anterior, y en línea con el tratamiento que la Comisión Europea efectúa de este tipo de acuerdos, la FNE procurará incluir siempre en sus análisis el componente vertical de los mismos, antes que únicamente su dimensión horizontal.</p>

	<p><u>Tercer comentario.</u> Se propone diferenciar entre RV impuestas y aquellas acordadas entre las partes, dado que las primeras constituirían una infracción más grave al DL 211.</p> <p><u>Cuarto comentario.</u> Se sostiene que la definición de RV, al enfatizar la independencia de los agentes económicos, omitiría la posibilidad de que una o más RV sean pactadas al interior de una misma firma u organización.</p> <p><u>Quinto comentario.</u> Se recomienda incorporar a la definición de restricción vertical, como fuente de las mismas y en adición a los acuerdos o imposiciones, las prácticas.</p>	<p><u>Observación al tercer comentario.</u> A juicio de la FNE, tanto las RV acordadas como aquellas impuestas podrían llegar a infringir el DL 211. Sin perjuicio de lo anterior, el que una RV sea impuesta sí podría incidir en la decisión del sujeto pasivo de la acción (el agente requerido por la FNE) así como en el análisis de la gravedad de la conducta.</p> <p><u>Observación al cuarto comentario.</u> En opinión de la FNE, la RV constituye una alternativa al fenómeno de integración vertical entre agentes económicos. Bajo esa perspectiva, al analizar una estructura verticalmente integrada lo relevante para la FNE no sería la existencia o no de una RV, sino que los incentivos que ese agente tendría para ejecutar posibles conductas anticompetitivas en uno o más de los segmentos en los que participa.</p> <p><u>Observación al Quinto comentario.</u> En opinión de la FNE, las prácticas no pueden tener un origen autónomo, obedeciendo ya sea a un acuerdo, ya sea a una imposición.</p>
--	---	--

II. <u>Clasificación y descripción</u>		
	Clasificación de las RV	
	<p><u>Primer comentario.</u> Se sugiere omitir la clasificación de RV en función de si estas son de tipo <i>inter-marcaria</i> o <i>intra-marcaria</i>, pues esa distinción no recogería adecuadamente los eventuales riesgos de una disminución en la competencia <i>intra-marcaria</i>.</p> <p><u>Segundo comentario.</u> Se recomienda modificar el Cuadro N° 1 de forma de incluir sólo aquellas RV que inevitablemente restringen la competencia <i>intra-marca</i>.</p> <p><u>Tercer comentario.</u> Se recomienda incluir una descripción más detallada de cada RV incluida en el Cuadro N° 1 e ilustraciones y ejemplos de algunos contextos en los cuales las RV resultan, en la práctica, más comunes. Asimismo, podrían incluirse casos relativos a franquicias, derechos de propiedad intelectual y comercialización <i>online</i>.</p>	<p><u>Observación al primer comentario.</u> La clasificación de las RV en base a la distinción entre su grado de incidencia en la competencia <i>inter-marcas</i> y/o <i>intra-marcas</i> constituye una metodología ampliamente aceptada en la doctrina y jurisprudencia aplicable (véase, a modo de ejemplo, Motta, 2004; §6.2 y §6.3; y, Sentencia N° 126/2012 del TDLC. Caso <i>Coches de Bebé</i>. Considerando Octogésimo Tercero). Por lo anterior, la FNE estima que no resultaría deseable innovar a este respecto, desde que ello podría incorporar mayores grados de incertidumbre para los agentes económicos, especialmente aquellos que operan en diversos países.</p> <p><u>Observación al segundo comentario.</u> Todas las RV enumeradas pueden, eventualmente, restringir la competencia en la medida que los riesgos generados sean superiores que sus eficiencias.</p> <p><u>Observación al tercer comentario.</u> La Guía no pretende efectuar un análisis exhaustivo de cada RV, dada la extensión que requeriría un tratamiento de ese tipo, circunstancia que hace más adecuado un análisis caso a caso, en los respectivos Informes y Resoluciones</p>

	<p><u>Cuarto comentario.</u> Se sugiere explicitar qué riesgos para la competencia se derivan de cada una de las RV identificadas y cuál será el marco analítico para evaluar cada una de ellas. Asimismo, se recomienda especificar cuáles de las RV más comunes poseen, a juicio de la FNE, mayores riesgos para la libre competencia. Se debieran individualizar las RV más comunes y con menores eficiencias asociadas.</p> <p><u>Quinto comentario:</u> Se indica que la Guía no señala si existen restricciones que considere más anticompetitivas que otras, ni indica cuáles serían aquellas, proponiendo explicitar las mismas a objeto de entregar mayor certeza a los agentes económicos.</p> <p><u>Sexto comentario.</u> Se indica que la fijación de precios mínimos debe distinguirse de la fijación de precios máximos, a objeto de diferenciar los potenciales riesgos competitivos de una y otra.</p> <p><u>Séptimo comentario.</u> Se señala que la RV asociada a requisitos de servicio no constituiría una afectación al nivel de competencia <i>intra-marcas</i>.</p>	<p>administrativos.</p> <p><u>Observación al cuarto comentario.</u> En opinión de la FNE, los riesgos de cada RV dependen del contexto en el cual éstas se acuerden o impongan, por lo que una definición <i>ex ante</i> de todos los problemas de competencia de cada una de ellas podría introducir rigideces innecesarias en el análisis. Respecto del marco analítico que la FNE utilizará en su análisis de un caso concreto de RV, se estima que las Secciones III y siguientes proveen de elementos suficientes para orientar a la comunidad acerca de la metodología a considerar.</p> <p><u>Observación al quinto comentario.</u> Comentario acogido, mediante la calificación de la Fijación de Precios de Reventa, como la práctica potencialmente más perniciosa para la competencia (Cuadro N° 1)</p> <p><u>Observación al sexto comentario.</u> Comentario acogido, mediante la modificación del Cuadro N° 1.</p> <p><u>Observación al séptimo comentario.</u> A juicio de la FNE, los servicios de <i>pre</i> y <i>post</i> venta o el esfuerzo de venta que es exigido por el fabricante</p>
--	--	--

		<p>al minorista puede, en los hechos, conllevar a que sólo un número reducido de estos últimos puedan cumplir con esa exigencia. En tal escenario, los requisitos de servicio pueden afectar el nivel de competencia <i>intra-marcaria</i> en una forma similar a, por ejemplo, los territorios exclusivos.</p>
<p>III. <u>Marco analítico</u></p>	<p>Procedimiento de análisis de las RV por la FNE</p>	
	<p><u>Primer comentario.</u> Se recomienda incorporar gradualmente un sistema de notificación previa de RV a la FNE, con el objeto de evitar contingencias legales para los agentes económicos. Este sistema debiera contemplar un procedimiento confidencial y de una duración inferior a los tres meses.</p> <p><u>Segundo comentario.</u> Se critica como inconsistente que la Guía señale que “algunas restricciones presentan, en principio, mayores efectos negativos y un menor número de eficiencias asociadas, lo que dificulta su justificación” en un contexto de análisis de las RV fundado en los efectos y no en la forma.</p> <p><u>Tercer comentario.</u> Se sugiere incluir un cuadro con un listado de las condiciones que harían más justificable una RV desde la perspectiva de la libre competencia. Entre otros, se proponen las siguientes: inexistencia de una amenaza por incumplimiento de la</p>	<p><u>Observación al primer comentario.</u> El artículo 18 N° 2 del DL 211 establece un procedimiento para asuntos de naturaleza no contenciosa que resulta pertinente para cumplir con el propósito descrito en el comentario. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE podría evaluar la pertinencia de establecer un procedimiento interno para emitir opiniones no vinculantes, en la medida de que exista disponibilidad presupuestaria para ello.</p> <p><u>Observación al segundo comentario.</u> Comentario parcialmente recogido, mediante la eliminación del párrafo criticado, y del establecimiento de una nota al pie (N° 32) que aclara la posición de la FNE sobre la materia.</p> <p><u>Observación al tercer comentario.</u> La sección VI contiene gran parte de ese análisis, por lo que se estima innecesario incluirlo como un cuadro separado.</p>

	<p>RV; existencia de estándares o prácticas comunes a un mercado; que la cuota de mercado abarcada por la RV sea menor; que el número de contratos que incorporen RV sea menor en relación al total de contratos suscritos por un agente económico; que la RV abarque pocos productos; y, plazos acotados de vigencia de la RV.</p>	
<p>IV. Participación de mercado</p>	<p>Umbral de intervención</p>	
	<p><u>Primer comentario.</u> Se sugiere aumentar el umbral de 35% de participación de mercado, establecido en la Guía para evaluar la presunción de licitud de la conducta. Lo anterior, considerando el tamaño y concentración de la economía chilena.</p> <p><u>Segundo comentario.</u> Se indica que la presunción de licitud no debiera referirse únicamente a las cuotas de participación, sino que incorporar además el grado de contestabilidad del mercado.</p>	<p><u>Observación al primer comentario.</u> El umbral establecido en la Guía busca recoger las mejores prácticas comparadas, ajustándolas a la realidad chilena. Considerando que la existencia de RV en el contexto de participaciones superiores a ese porcentaje no conlleva una presunción de ilicitud, se estima que la fijación del referido umbral es importante, pero no decisiva, para el análisis.</p> <p><u>Observación al segundo comentario.</u> La Sección VI.1 de la Guía contiene una descripción del rol que juega la contestabilidad del mercado en el análisis de los posibles efectos anticompetitivos de una o más RV. La FNE estima que tales condiciones no debieran ser consideradas como parte de un análisis de presunciones, desde que su evaluación es más propia de un análisis detallado y sustantivo de las condiciones de mercado en las que se inserta una o más RV en particular, el que malamente puede darse en el contexto de un análisis preliminar de aplicación de la presunción.</p>

Tercer comentario. Se recomienda especificar si la presunción de licitud cubre o no a los *acuerdos de distribución dual*.

Cuarto comentario. Se indica que la referencia a la cuota de mercado del comprador no clarifica si ésta se calcula en base al mercado en el cual se revenden los productos adquiridos por un comprador (*aguas abajo*) o si, por el contrario, lo es al mercado en que los productos son adquiridos por un comprador (*aguas arriba*). Para efectuar dicho cálculo, se sugiere considerar el mercado *aguas arriba*.

Observación al tercer comentario. Dicha presunción puede ser aplicada a un *acuerdo de distribución dual*, en lo que a su componente vertical respecta. Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado a propósito de la existencia de lo que la Guía denomina como “efecto acumulativo”.

Observación al cuarto comentario. Comentario acogido. En línea con lo señalado en el derecho comparado (a modo de ejemplo, Comisión Europea, 2010; §87), para que se aplique esta presunción, la cuota de mercado del proveedor en el mercado donde vende los productos objeto del contrato al comprador, y la cuota de mercado del comprador, en el mercado donde adquiere los productos objeto del contrato, deberán ser cada una del 35% o menos. De este modo, lo que se analizará propiamente es el mercado *aguas arriba*, aunque tanto en la dimensión de venta por el proveedor como de adquisición por el distribuidor. Sin perjuicio de lo anterior, cuando la información recopilada en forma preliminar resultare insuficiente (v.gr. ausencia de antecedentes sobre la participación del distribuidor en el total de las compras *aguas arriba*), en el marco de la posible aplicabilidad de esta presunción, la Fiscalía podrá también evaluar la posición del distribuidor en el mercado *aguas abajo*.

	<p><u>Quinto comentario.</u> Se recomienda explicitar el método que se utilizará para evaluar las RV paralelas y sus <i>efectos acumulativos</i>, indicando que las mismas debieran exceptuarse de la apreciación de licitud del 35% de participación de mercado sólo en caso que la FNE así lo señale expresamente, para un caso concreto, y no a la inversa.</p>	<p><u>Observación al quinto comentario.</u> Comentario acogido. Cuando la FNE decida hacer excepción al umbral de intervención de 35%, fundada en la existencia de redes paralelas u en otros casos excepcionales y especiales, deberá explicitar los fundamentos de dicha decisión en la resolución respectiva.</p>
<u>V. Efectos y riesgos anticompetitivos</u>	Supuestos de efectos negativos asociados a RV	
	<p>Se sugiere utilizar supuestos menos teóricos y más probables acerca de los potenciales efectos anticompetitivos de una RV. Concretamente, se indica que los mecanismos de <i>delegación estratégica</i> y de <i>common agency</i> constituirían hipótesis teóricas remotas de muy baja probabilidad de ocurrencia, por lo que se recomienda su eliminación.</p>	<p><u>Observación al comentario.</u> En términos generales, la <i>delegación estratégica</i> y la <i>agencia común</i> constituyen supuestos que han sido tradicionalmente incorporados en el análisis de las RV (a modo de ejemplo, véanse Bernheim y Whinston, 1985; y, Bonnano y Vickers, 1987). En consecuencia, se estima que ambos pueden resultar útiles como mecanismos de análisis de los riesgos o efectos negativos asociados a una o más RV en concreto. Sin perjuicio de lo anterior, acogiendo parcialmente el comentario, se ha decidido quitar preponderancia a las mismas al interior del capítulo de efectos anticompetitivos.</p>
	Promoción o facilitación de la colusión (§V.1.)	
	<p><u>Primer comentario.</u> Dada la gravedad de los efectos anticompetitivos descritos, se recomienda dejar esta sub-sección a continuación de las hipótesis de exclusión y explotación.</p>	<p><u>Observación al primer comentario.</u> Si bien se concuerda con que los efectos descritos en esta sub-sección resultan especialmente graves, lo que es, a su vez, consistente con lo señalado reiteradamente por la Corte Suprema y el TDLC,</p>

	<p><u>Segundo comentario.</u> Se sugiere eliminar la referencia efectuada a la colusión del tipo <i>hub and spoke</i>, pues ella se referiría a una realidad muy concreta como, por ejemplo, un acuerdo de compra exclusiva.</p>	<p>(véase, a modo de ejemplo, la Sentencia N° 134/2014, Considerando Centésimo Decimonoveno. Caso <i>Terminales de Buses</i>) se considera innecesaria la modificación en la estructura actual de la Guía.</p> <p><u>Observación al segundo comentario.</u> La FNE considera que la inclusión de supuestos de coordinación del tipo <i>hub and spoke</i> constituye un aporte valioso de la Guía, pues se trata de conductas probables y serias, como lo demuestra la evidencia citada a este respecto.</p>
<p>Explotación abusiva de una posición dominante</p>		
	<p><u>Primer comentario.</u> Se señala que el primer párrafo de esta subsección, que se refiere a los beneficios de la competencia <i>intra-marcaria</i> en presencia de bajos niveles de competencia <i>inter-marcaria</i>, podría encontrarse redactada en términos muy absolutos.</p>	<p><u>Observación al primer comentario.</u> A juicio de la FNE, mantener la competencia <i>intra-marcaria</i> puede ser relevante en contextos de escasa competencia <i>inter-marcas</i>. Lo anterior sería consistente con lo señalado recientemente por el TDLC, en el Caso <i>Nokia</i> (Sentencia N° 131/2013. Considerando Trigésimo Noveno) y, por ejemplo, con el análisis en jurisdicciones comparadas de las denominadas <i>cláusulas de cliente preferencial</i>, (véase, FTC y DOJ, 2012). Sin perjuicio de lo anterior, se ha modificado la redacción del párrafo referido, incluyendo las referencias ahí citadas.</p>

	<p><u>Segundo comentario.</u> Se precisa que lo sancionable bajo el DL 211 sería la explotación <i>abusiva</i> de una posición dominante y no la sola explotación de una posición dominante, como se indica en la Guía.</p> <p><u>Tercer comentario.</u> Se sugiere incorporar en la Guía una definición de posición dominante.</p> <p><u>Cuarto comentario.</u> Se indica que esta sub-sección resultaría confusa, pues en presencia de un poder compensatorio por los distribuidores el fabricante no necesariamente gozaría de una posición dominante.</p> <p><u>Quinto comentario:</u> Se sugiere repensar la pertinencia de la nota al pie N° 19, respecto del artículo de Sullivan y otros, atendido que el mismo no ha ganado consenso en la doctrina.</p> <p><u>Sexto comentario:</u> Se sugiere incorporar el capítulo 2.2. sobre explotación de una posición dominante como una subsección del</p>	<p><u>Observación al segundo comentario.</u> Se estima que este comentario es adecuado. Se agregará la referencia al abuso en la nueva versión de la Guía.</p> <p><u>Observación al tercer comentario.</u> Sugerencia acogida. Se ha incorporado, como nota al pie (N° 24), la definición entregada por el TDLC en el Caso <i>Colusión Radios</i> (Sentencia N° 112/2011. Considerando Sexagésimo Noveno).</p> <p><u>Observación al cuarto comentario.</u> Si bien el poder de contrapeso de los distribuidores puede ser una fuente de limitación del poder de mercado del fabricante, como lo muestra la evidencia (Comanor y Rey, 2000; p. 135; y, Canadian Competition Bureau, 2008), se estima que un compromiso de limitar el grado de competencia <i>aguas abajo</i> a través de una RV podría, a su vez, impedir que ese contrapeso ceda en beneficio del consumidor. Lo anterior, al permitir a ambas partes de la RV distribuir entre ellas la totalidad del excedente sin riesgo de afectar su respectiva posición competitiva.</p> <p><u>Observación al quinto comentario:</u> Comentario acogido a través de la eliminación de la nota al pie referida.</p> <p><u>Observación al sexto comentario.</u> Comentario acogido, subsumiéndose íntegramente el antiguo</p>
--	--	---

	Capítulo 2.1.	capítulo 2.2, en el último párrafo del actual capítulo V.1.
	Bloqueo o retardo a la entrada o expansión de otros competidores (§V.2.)	
	<p><u>Primer comentario.</u> Se sugiere incorporar una definición concreta de competidor potencial para efectos de evaluar los efectos negativos asociados al bloqueo o retardo de su entrada.</p> <p><u>Segundo comentario.</u> Por su pertinencia, se recomienda incorporar una referencia al modelo elaborado por Rasmussen E. <i>et. al.</i> (1991).</p>	<p><u>Observación al primer comentario.</u> La FNE adopta una definición de competidor potencial en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración (2012; p.15), entendiéndose por tales a aquellos actores que poseen activos necesarios para participar de la industria, participan en mercados adyacentes o complementarios, o exhiben características que revelen la existencia de incentivos para entrar a un mercado relevante determinado.</p> <p><u>Observación al segundo comentario.</u> Se acoge la recomendación, pues dicho modelo refleja adecuada y fundadamente los riesgos excluyentes que podrían derivarse de una RV cuando existe poder de mercado <i>aguas arriba</i> y competencia <i>aguas abajo</i>.</p>
VII. Posibles eficiencias	Nómina de eficiencias a considerar por la FNE en el análisis de una RV	
	Se sugiere incluir y enfatizar posibles eficiencias adicionales a las señaladas en la Guía, tales como: prestigio del producto; servicio al cliente; servicio de <i>post</i> venta y garantía; programación de ventas y/o compras; internacionalización; y, traspaso de riesgos	<u>Observación al comentario.</u> Si bien los casos sugeridos podrían representar efectos potencialmente beneficiosos de una RV en un caso concreto, se ha preferido ofrecer un listado

	entre las partes.	no exhaustivo de algunas de las eficiencias más comunes. Lo anterior no implica que posibles eficiencias, como las descritas en el comentario, no sean consideradas cuando ellas tengan como fundamento directo y comprobable una RV.
<u>VII.5. Marco de análisis de las eficiencias alegadas por las partes</u>	Eficiencias emanadas de la RV que pueden obtenerse mediante otras medidas menos restrictivas para la competencia	
	Se indica que la Guía estaría invirtiendo la carga de la prueba, al exigir que sean las partes quienes prueben la menor restricción asociada a la RV en relación a otros hechos, actos o convenciones análogos. Ello alteraría el principio rector de la libertad empresarial en materia económica.	<u>Observación al comentario.</u> Las eficiencias operan como un contrapeso a los efectos actuales o potenciales a la competencia asociados a una RV, y en consecuencia corresponde que sean acreditadas por quien de ellas pretende beneficiarse. Lo anterior sin perjuicio de las indagaciones que de oficio realiza siempre la FNE sobre la materia.
	Etapas del examen de ponderación de las eficiencias de una RV en relación a sus efectos	
	<p><u>Primer comentario.</u> Se señala que el estándar de veracidad y justificación de las eficiencias resultaría excesivamente elevado, señalándose que una mayor eficiencia debiera hacer presumir un beneficio al consumidor correlativo.</p> <p><u>Segundo comentario.</u> Se sugiere agregar una explicación de que la evaluación de las eficiencias no supone un análisis de ponderación respecto a los eventuales riesgos o perjuicios a la</p>	<p><u>Observación al primer comentario.</u> Comentario acogido. Se ha eliminado el requisito de que la RV sea justificada, por considerarse que el mismo se encuentra implícito en la etapa de comparación de efectos actuales y potenciales y eficiencias.</p> <p><u>Observación al segundo comentario.</u> Como indica la Guía (Sección VII.5), la FNE buscará analizar los efectos de una RV en particular. Lo</p>

	<p>competencia, sino que uno basado en la evidencia acerca de los efectos de la RV.</p> <p><u>Tercer comentario.</u> Respecto de la eventual tercera etapa de análisis de ponderación de eficiencias y efectos actuales y potenciales para la libre competencia, vinculada a una eventual <i>indispensabilidad</i> de la RV, se recomienda explicitar en la Guía cómo se pretende efectuar ese análisis de indispensabilidad.</p>	<p>anterior no obsta a que tales efectos, si resultan negativos, puedan contraponerse con aquellas eficiencias que las partes puedan invocar.</p> <p><u>Observación al tercer comentario.</u> Comentario acogido. Se ha modificado la redacción del último párrafo de la sección VII.5 de la Guía.</p>
--	---	--