

NUEVA GUÍA DE RESTRICCIONES VERTICALES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

1. Introducción En junio de 2014, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) dictó su nueva Guía para el Análisis de las Restricciones Verticales. Este documento es un nuevo esfuerzo de la FNE para promover la libre competencia, sobre la base de la revisión de las mejores prácticas en la materia y el estudio de los problemas asociados a las restricciones verticales. Esta guía está pensada para proporcionar un marco sobre el concepto de restricción vertical usado por la FNE, las principales características de este tipo de restricciones, los riesgos anticompetitivos y las potenciales eficiencias. La guía no es obligatoria para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sin embargo, la FNE puede interponer un requerimiento (demanda) ante el TDLC, basado en esta guía y alegar violaciones a la legislación antimonopolio.

2. La guía En sus investigaciones, la FNE considerará una presunción de legalidad de una restricción vertical específica, siempre que ninguna de las partes involucradas mantenga una participación de mercado superior al 35%. En el caso de que un comprador o vendedor esté sujeto a términos similares con otros vendedores y compradores, respectivamente, estas restricciones se mantendrán dentro de la presunción de legalidad en la medida que la participación de mercado de todos los compradores y vendedores que estén sujetos a estas disposiciones no superen el 35%. Sin embargo, esta presunción de legalidad puede ser refutada en determinadas circunstancias. La FNE tomará en consideración los siguientes aspectos:

- La participación de mercado de los agentes económicos sujetos a la restricción;
- El efecto contrario a la competencia (real o potencial) que surgen como consecuencia de la restricción vertical; y,
- Las eficiencias derivadas de la misma que no se pueden lograr a través de otras medidas menos restrictivas para la competencia.

Esta alerta legal es proporcionada por Carey y Cía. Ltda. con fines educativos e informativos únicamente y no pretende ni debe interpretarse como asesoría legal.

Carey y Cía. Ltda.
Isidora Goyenechea 2800, Piso 43.
Las Condes, Santiago, Chile.
www.carey.cl

2.1 Aspectos positivos y negativos de las restricciones verticales La guía reconoce posibles eficiencias de las restricciones verticales, como evitar:

- Doble margen en la relación productor / distribuidor;
- Efecto “Free Riding”¹, principalmente en la prestación de servicios al por menor;
- Hold-up², es decir, inversiones a largo plazo (con costos hundidos) en las relaciones verticales y el comportamiento oportunista de aprovecharse de dichas inversiones cuando es realizado por la contraparte.

Sin embargo, la guía también reconoce algunos riesgos potenciales a la competencia, en relación con los siguientes aspectos:

- Promover o facilitar la colusión o coordinación de los productores o distribuidores;
- Bloquear o retrasar la entrada o expansión de competidores.

2.2 Análisis de la FNE Si la FNE considera que las restricciones verticales pueden producir algunos riesgos a la competencia, se medirán los riesgos contra las eficiencias alegadas por las partes.

El análisis considera tres etapas consecutivas:

- Primero: La determinación de las participaciones de mercado de los agentes económicos sujetos a la restricción vertical.
- Segundo: Efectos reales o potenciales sobre la competencia.
- Tercero: Las eficiencias (que no pueden ser alcanzadas por otras alternativas menos restrictivas a la competencia).

Una vez que se establezca que las eficiencias son veraces y justificables, la FNE llevará a cabo un análisis cualitativo para determinar si esas eficiencias sirven de contrapeso eficaz a los riesgos generados por la restricción, es decir, si las eficiencias compensan los riesgos. Si el análisis revela que esas eficiencias no compensan efectivamente los riesgos identificados, la FNE considerará esta restricción vertical como contraria a la libre competencia.

3. Conclusiones La guía es un esfuerzo de la FNE por hacer públicos sus criterios internos que utilizará en sus investigaciones para determinar si una restricción vertical es o no atentatoria a la libre

competencia. Por lo tanto, al hacer públicos estos criterios, los agentes económicos serán informados de la posible reacción de la FNE y deberán tener en cuenta lo anterior, al momento de tomar una decisión sobre la materia.

1La FNE reconoce en su guía que la presencia de este tipo de externalidades podría producir un desincentivo para ofrecer servicios complementarios, produciendo una sub-provisión de los mismos. Dependiendo del tipo de producto, esta sub-provisión podría afectar negativamente la intensidad de la competencia entre marcas. 2 La posibilidad de un comportamiento ex-post oportunista (tales como Hold-up) reduce los incentivos para invertir ex-ante por la entidad que pudiera ser objeto de la conducta oportunista. La FNE considera que los riesgos de la sub-inversión serán significativos y, por lo tanto, habrá eficiencias asociadas a las restricciones verticales si se cumplen las siguientes características copulativas: i) Las inversiones son específicas; ii) Inversión a largo plazo; iii) La inversión debe ser asimétrica, esto significa que una parte debe invertir mucho más que la otra parte.

Autores: Lorena Pavic