



Nicaragua: Manual para el análisis de Prácticas Verticales o Prácticas Anticompetitivas entre no Competidores





Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

Manual para el análisis de Prácticas Verticales o Prácticas Anticompetitivas entre no Competidores

Managua, 01 de Diciembre 2009.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

Índice

I. ASPECTOS GENERALES.....	5
1. OBJETIVO DEL MANUAL.....	5
2. MARCO LEGAL.....	6
2.1. Aplicabilidad del Capítulo IV de la ley a los acuerdos verticales.....	7
2.2. Aplicabilidad de la ley a las conductas verticales.....	7
3. LAS CONDUCTAS VERTICALES.....	8
4. EFECTOS DE LA VIOLACIÓN DE LAS NORMAS.....	10
II- LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE Y LA DETERMINACIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO.....	11
A. DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.....	11
1. LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE.....	11
2. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE PRODUCTO.....	12
3. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO.....	16
B. DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO.....	19
1. CALCULO DE LA PARTICIPACIÓN DE MERCADO RELEVANTE.....	19
2. ANÁLISIS DE BARRERAS A LA ENTRADA.....	20
3. ANÁLISIS DE RIVALIDAD.....	22
4. ANALISIS PARA DETERMINAR LA POSICIÓN DE DOMINIO DEL MERCADO RELEVANTE.....	23
5. ANÁLISIS DE LA PROBABILIDAD DEL ABUSO INDIVIDUAL Y COLECTIVO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO RELEVANTE.....	24
III. ORIENTACIONES PARA ANALIZAR Y EVALUAR RESTRICCIONES VERTICALES ENTRE AGENTES ECONÓMICOS.....	25
1. MARCO DE ANÁLISIS.....	25
2. CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES.....	25
3. EFECTOS POSITIVOS DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES.....	27
3.1. PROBLEMA DEL DOBLE MARGEN.....	27
3.2. PROBLEMA DEL APROVECHAMIENTO GRATUITO o COMPORTAMIENTO OPORTUNISTA (FREE-RIDING).....	28
IV. ANÁLISIS DE RESTRICCIONES VERTICALES ESPECÍFICAS.....	29
1. EL APROVISIONAMIENTO EXCLUSIVO:.....	29
1.1. DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA.....	30
1.2. ASIGNACIÓN DE CLIENTE EXCLUSIVO.....	30
1.3. IMPOSICIÓN DE MARCA UNICA.....	32
1.4. DISTRIBUCIÓN SELECTIVA.....	33
1.5. SUMINISTRO EXCLUSIVO.....	34
2. FRANQUICIA.....	35
3. VENTAS ATADAS O VINCULADAS.....	37



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

4.	IMPOSICIÓN DE PRECIOS DE REVENTA	38
5.	OTRAS RESTRICCIONES VERTICALES	39
5.1.	VOLÚMENES MÁXIMOS DE VENTAS	40
5.2.	RESTRICCIONES RESPECTO DE LA EXHIBICIÓN DE PRODUCTOS 40	
5.3.	RESTRICCIONES RESPECTO A LA UTILIZACIÓN DE PRODUCTOS 40	
5.4.	PROHIBICIONES DE CONDICIONES COMERCIALES	41

I. ASPECTOS GENERALES

1. Objetivo del Manual

La Ley 601 “Ley de Promoción de la Competencia” publicada en Gaceta Diario Oficial número 206, mediante la cual se decreta la Ley de Competencia, incorpora en su artículo 19 y siguientes, las disposiciones concernientes a las prácticas anticompetitivas entre no competidores. El Instituto de Promoción de la Competencia (PROCOMPETENCIA) en adelante, (PROCOMPETENCIA), es una institución de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria para el ejercicio de las atribuciones y funciones que se establecen en la presente Ley y Reglamento. PROCOMPETENCIA podrá emitir instructivos o guías para el uso interno, todo de conformidad al artículo 13 inciso h.

El objetivo de este manual es establecer los lineamientos generales y los principios que seguirá PROCOMPETENCIA al momento de evaluar las conductas verticales o prácticas anticompetitivas entre no competidores que están contempladas en el Capítulo IV del artículo 19 de la ley y capítulo III artículo 21 del reglamento. Generalmente se entiende por relaciones verticales a aquellos actos desplegados entre agentes económicos de distintos niveles de la cadena productiva y de comercialización tales como productores y distribuidores; o mayoristas y minoristas.

El presente Manual para el Análisis Económico de Conductas Verticales o prácticas anticompetitivas entre no competidores o de abuso de posición de dominio (en adelante la Manual), presenta el procedimiento analítico que PROCOMPETENCIA aplicará para evaluar si una determinada conducta vertical se caracteriza o no como una práctica anticompetitiva al tenor de la Ley y, consecuentemente, podría llegar a ser demandada como un acto prohibido. Este Manual tratará particularmente sus modalidades más frecuentes, tales como: marca única, distribución exclusiva, asignación de cliente exclusivo, distribución selectiva, franquicia, suministro exclusivo, ventas atadas o vinculadas, imposición de precios de reventa recomendados, entre otras restricciones.

Al publicar este Manual PROCOMPETENCIA pretende, orientar a los funcionarios de PROCOMPETENCIA respecto a la legalidad de los actos de naturaleza vertical que los agentes económicos establecen en sus respectivas relaciones comerciales que se puedan realizar la evaluación de los mismos, a fin de analizarlos adecuadamente a la luz de las normas de competencia vigentes y crear más transparencia en la actuación de PROCOMPETENCIA.

No obstante lo anterior, los parámetros vertidos en el presente texto han de aplicarse y analizarse de manera casuística e indicativa, es decir, cada caso ha de estudiarse a la luz de sus propios hechos, lo que excluye una aplicación inflexible de los mismos.

El Manual se encuentra estructurada en cuatro partes: la primera abarca los **Aspectos Generales**, que describe el objetivo de las Guías, marco legal, los acuerdos verticales y los efectos de la violación de las normas. La segunda contempla la **definición del mercado relevante y la determinación de posición de dominio en el mercado y cálculo de la participación de mercado relevante**, que aborda temas, tales como: la definición del mercado relevante producto y geográfico, el análisis de barreras a la entrada en el mercado relevante, el cálculo de la participación de mercado relevante, la determinación de la posición de dominio y su ejercicio. El tercer apartado establece la **Orientación para analizar y evaluar restricciones verticales**, en éste se describe el marco de análisis de las conductas verticales y se especifican algunos temas como: las consecuencias negativas y los efectos positivos de las restricciones verticales. El cuarto apartado,



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

Análisis de restricciones verticales específicas que describe el marco general de análisis y la evaluación de PROCOMPETENCIA en casos concretos de acuerdos verticales.

2. MARCO LEGAL

Las prácticas anticompetitivas entre no competidores y de abuso de posición de dominio susceptibles de transgredir los preceptos contenidos en la Ley de Competencia, y en este sentido prohibidas, están definidas en las contempladas en el Capítulo IV del artículo 17 y siguientes de la ley.

De conformidad con esas disposición es, son prácticas anticompetitivas entre no competidores los actos, contratos, convenios o combinaciones, sean estos expresos o tácitos, escritos o verbales, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser:

- a) La contratación o acuerdo injustificado para la distribución exclusiva de bienes o servicios entre agentes económicos que no sean competidores entre si; o cuando el proveedor o distribuidor mayorista de un producto, venda solamente bajo la condición que el comprador minorista no compre o distribuya productos de la competencia.
- b) La imposición de precios y/u otras condiciones, que un distribuidor o minorista debe observar al momento de proveer bienes o servicios a compradores.
- c) La venta de un bien condicionado a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o la prestación de un servicio condicionado a la utilización de otro o a la adquisición de un bien.
- d) La compra o venta sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o abastecer, bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por terceros.
- e) La negativa de vender, proporcionar o comprar, ha determinado agente económico bienes o servicios que de manera usual y normal estén disponibles u ofrecidos a terceros y que no existan, en el mercado relevante, proveedores alternativos disponibles operando en condiciones normales. Se exceptúan las denegaciones de trato por parte del agente económico, cuando exista incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del cliente o que el historial comercial del potencial cliente demuestre altos índices de incumplimiento, de devoluciones o mercancías dañadas, sin que dichos incumplimientos o comportamientos puedan ser justificados conforme la relación que rige a los agentes económicos de que se trate.
- f) La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.
- g) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a estos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; y
- h) Las prácticas predatorias.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

2.1. Aplicabilidad del Capítulo IV de la ley a los acuerdos verticales

El capítulo IV de la Ley describe una serie de actos que pueden constituir una violación a la Ley de Competencia, analizable bajo el marco de las conductas verticales, de allí que se desprende que tales actos asumen formas diversas. No obstante PROCOMPETENCIA al momento de analizar este tipo de conductas debe, indispensablemente, examinar y comprobar las siguientes criterios:

- a) El presunto responsable tiene posición de dominio sobre el mercado relevante;
- b) Se realice respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante de que se trate;
- c) Que las prácticas impidan, limiten el acceso o desplacen a competidores del mercado, y en todo caso, que se produzca un perjuicio a los intereses de los consumidores.

El inciso c) del artículo 20 de la Ley, son una disposición residual o abierta. A través de ésta se prohíbe cualquier acto que limite, impida o desplace en forma significativa la competencia. Por lo tanto, el hecho que una práctica no esté mencionada o no cumpla con los requisitos de alguno de los literales del artículo 19 y siguientes, no impide que PROCOMPETENCIA pueda continuar su estudio o investigación de ser necesaria, observándose en este caso en particular las posibles eficiencias que se deriven de ella en cada uno de los efectos contemplados.

2.2. Aplicabilidad de la ley a las conductas verticales.

La ley ofrece un marco jurídico para la evaluación de las conductas anticompetitivas, reconociendo en algunas conductas los posibles efectos económicos beneficiosos, de manera excepcional, cuando las conductas permitan obtener incrementos en eficiencias económicas.

Son incrementos en eficiencia económica, las mejorías en las condiciones de producción, procesamiento, distribución, suministro, comercialización o consumo de productos o servicios, siempre y cuando se demuestre que no se puedan obtener de otra manera, sean persistentes a largo plazo y de manera neta compensen el posible efecto negativo a la competencia y se preserve el bienestar del consumidor.

De lo antes expuesto se deduce que:

- a. Un agente económico que no tenga posición de dominio en el mercado relevante no es capaz de limitar, impedir o desplazar en forma significativa la competencia; y
- b. Un agente económico con posición de dominio en el mercado de quien se alega una práctica anticompetitiva como conducta vertical en la cual sea dable ponderar las eficiencias económicas, puede desvirtuar tales alegaciones demostrando que los efectos netos económicos-positivos (pro-competitivos) del acto superan sus efectos anticompetitivos, y se preserve el bienestar del consumidor;



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

3. LAS CONDUCTAS VERTICALES

Como se ha venido señalando, dentro de las conductas verticales o restricciones verticales, se incluyen actos unilaterales, así como verticales tales como las combinaciones, arreglos, convenios o contratos, es decir, acuerdos suscritos entre dos o más agentes económicos, operando en un plano distinto al de su contratante en la cadena de producción y distribución o comercialización (proveedor y comprador), se refieran a condiciones de comprar, vender u otra transacción de bienes o servicios intermedios o finales. Es decir, trata todo tipo de intercambios de productos (bienes y servicios) entre agentes económicos en distintos niveles de la cadena de producción-comercialización. No se descarta que alguno de los agentes económicos opere en más de un eslabón de la cadena de producción, distribución y/o comercialización. En todo caso se necesitará la intervención de agentes económicos que pertenezcan a la cadena de producción, distribución y/o comercialización en el mercado relevante en el cual se investiga la restricción vertical. En ningún caso se supone la intervención de un consumidor final.

Para ser analizadas por PROCOMPETENCIA, las conductas verticales pueden haberse perfeccionado dentro del territorio nacional, o que éstas tengan o hayan tenido efectos en la República de Nicaragua.

En general, todo análisis se llevará a cabo contra personas naturales o jurídicas, privadas o municipales, estatales, industriales, comerciantes o profesionales, que se comporten como agentes económicos en el mercado relevante, así como a las asociaciones sin fines de lucro en situaciones en las que su participación se torne activa dentro de la actividad económica. Esto se entenderá cuando las recomendaciones o decisiones obligatorias o no para sus miembros incidan o influyan en variables de competencia en el mercado relevante. En estos casos pueden ser sujeto de investigación tanto la asociación como los miembros de ella que adopten tales decisiones o recomendaciones.

Las conductas verticales que se cometan, que se perfeccionen o tengan efectos en la República de Nicaragua, en las cuales el o los agentes económicos no tengan posición de dominio en el mercado relevante, no serán violatorios de la Ley de Competencia ya que no se cumple uno de los supuestos del artículo 20 de la ley.

Los análisis de las conductas verticales se llevarán a cabo desde una perspectiva que armonice el análisis económico y el jurídico. La toma de decisiones deberá estar debidamente razonada desde ambas perspectivas. Será necesario evaluar los actos y acuerdos verticales de manera que se logre un equilibrio y se diferencie entre los beneficios a la competencia y los efectos contrarios y restrictivos que causen tales acuerdos verticales. El interés superior será proteger e impulsar la política de competencia, de manera que se asignen los recursos con la mayor eficiencia y se procure el bienestar superior de los consumidores, generándose una ganancia neta para la sociedad.

Cuando agentes económicos competidores se ponen de acuerdo para establecer políticas comerciales, estas conductas se abordarán dentro de la metodología de prácticas anticompetitivas entre competidores contemplada en el artículo 19 de la ley.

Para la determinación de la eficiencia económica de conformidad al artículo 23 del Reglamento a la Ley 601, se considerarán ganancias en eficiencia, entre otras:



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

1. La obtención de ahorros en recursos que permitan al agente económico, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo.

1. La obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente.
2. La disminución significativa de los gastos administrativos.
3. La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado; y
4. La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución.

Los acuerdos o restricciones verticales en nuestra legislación para ser sancionables deben ser cometidos en ejercicio de posición de dominio dentro del mercado relevante, siendo su efecto el limitar, impedir o desplazar significativamente la competencia dentro de dicho mercado relevante.

Se entiende que el acto unilateral o aquel realizado entre dos o más agentes económicos limita, impide o desplaza significativamente la competencia, cuando en ejercicio de posición de dominio sobre el mercado relevante, en una relación de carácter vertical, restrinjan la competencia y no puedan ser justificados en términos de eficiencia económica de acuerdo a los parámetros del presente manual. No se justifica en términos de eficiencia económica el acto que genere un efecto neto negativo para la sociedad.

Al contrario, no limita, impide o desplaza significativamente la competencia el acto unilateral o colectivo de carácter vertical en ejercicio de posición de dominio de mercado relevante, que genere incrementos o aumentos netos de eficiencia económica de los cuales se beneficie el consumidor y permita la competencia efectiva, actual y/o potencial.

Son incrementos de eficiencia económica las mejoras de las condiciones de producción, procesamiento, distribución, suministro, comercialización o consumo de productos sean, bienes o servicios, siempre y cuando se demuestre que no se puedan obtener de otra manera, tales eficiencias debidamente comprobadas por quien las alega sean persistentes a largo plazo y compensen el posible efecto negativo a la competencia.

Bajo el concepto de eficiencia económica es necesario referirse a la ganancia neta de la sociedad (oferentes y consumidores), y no solamente se observa desde la óptica del beneficio de un agente económico en particular en cuya situación puede observarse es un refuerzo de la posición de dominio de mercado relevante. Es necesario verlo como la capacidad de redistribución y transferencia de los beneficios a los consumidores de manera efectiva y que aquellos puedan estar disponibles para expandir el consumo a otros bienes y servicios, permaneciendo el funcionamiento del mercado relevante disciplinado con competencia efectiva vista desde un ángulo actual y/o potencial.

En las restricciones verticales generalmente se plantean problemas entre marcas, si la competencia entre éstas resulta insuficiente. Generalmente las restricciones verticales ínter marcas son más perniciosas que las intra-marca, por lo que se considerarán negativos los efectos sobre la competencia cuando los acuerdos verticales se combinen con cláusulas inhibitorias de la competencia ínter marcas. Sin embargo, la competencia intra marcas puede ser negativa cuando se excluye a oferentes más eficaces o a oferentes con modalidades diferentes de producción,



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

distribución o comercialización, ya que se reduce el bienestar y las opciones del consumidor.

Los acuerdos exclusivos son más perniciosos que los acuerdos no exclusivos; los efectos anticompetitivos se ven intensificados cuando se trata de redes de distribución organizadas de manera similar o cuando se trata de productos de marca que a productos sin marca.

Este análisis aplica a las restricciones verticales que incluyan la utilización de propiedad intelectual ya sea a través del ejercicio de titularidad o explotación de una marca de productos o servicios, derechos de autor, derechos conexos o patentes de invención, siempre que tales titulares o quienes exploten tales derechos (unilateral o colectivamente) cuenten con posición de dominio sobre el mercado relevante. Esto es así dado que la exclusión de la aplicación de la Ley de Competencia a los derechos de propiedad intelectual no se extiende a la utilización discrecional de tales derechos en cualquiera de los actos realizados. Por el contrario, tal disposición es enfática al señalar que no pueden llevarse a cabo restricciones a la competencia, calificadas como prácticas anticompetitivas en la ley.

Para efecto de una restricción de tipo vertical, si la utilización de propiedad intelectual está presente en una transacción de tal naturaleza que pueda resultar restrictiva de la competencia, se observará el elemento de indebida causa cuando el efecto que se registre en el mercado relevante sea el de limitar, impedir o desplazar significativamente la competencia.

4. EFECTOS DE LA VIOLACIÓN DE LAS NORMAS

En el análisis de conductas verticales en las cuales se estime que las eficiencias económicas alegadas y debidamente comprobadas por quien las alegue, son superiores a las restricciones que puedan causarse a la competencia y que por tanto se verifica una compensación en la cual se genere una ganancia neta para el mercado relevante, y para los consumidores, mientras no configuren ninguna de las conductas prohibidas en la Ley.

En estos casos los acuerdos verticales tenderán a promover la competencia mejorando básicamente la calidad de los productos (servicios y/o bienes), los procesos de producción, distribución y comercialización, se evita el comportamiento oportunista (comportamiento oportunista que se explica más adelante en esta Manual), se abren mercados relevantes o se introduce en ellos nuevos bienes y servicios, se evita el riesgo de perder inversiones en la transferencia de conocimientos, entre otros.

Si por el contrario no se comprobaran los efectos compensatorios positivos para el mercado relevante y los consumidores en términos de eficiencias económicas, se concluirá la violación de las normas de competencia de los artículos 19 de la ley, y por tanto, la realización de una práctica anticompetitiva sancionable por PROCOMPETENCIA. Las sanciones se aplicarán de acuerdo al artículo 46 inciso b) de la ley. Se concluirá que este tipo de acuerdos o actos limitan, impiden o desplazan significativamente la competencia o la disminuyen sustancialmente, limitan a los consumidores en las opciones de adquirir tales bienes y servicios ya que se reduce la competencia intra-marcas o la competencia ínter marcas o facilitan la colusión entre productores, distribuidores o comercializadores en general.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

II- LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE Y LA DETERMINACIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO.

A. Determinación del Mercado Relevante.

1. LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE

El objetivo de esta sección del presente Manual es orientar sobre la forma en que PROCOMPETENCIA aplica los conceptos de mercado relevante de producto y mercado relevante geográfico al aplicar la normativa descrita en el artículo 20 de la ley.

La definición de mercado relevante permite determinar y definir los límites de la competencia entre agentes económicos, así como establecer el marco dentro del cual PROCOMPETENCIA aplica la política de competencia. El principal objetivo de la definición de mercado relevante es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan los agentes económicos afectados desde el punto de vista de la competencia.

La definición de mercado relevante tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de los agentes económicos afectados que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva. Desde esta perspectiva, la definición permite, en particular, calcular las participaciones de mercado relevante, que aportan una información significativa con respecto a la posición de dominio sobre el mercado relevante.

Una mayor transparencia también permitirá a los agentes económicos y a sus asesores prever mejor la posibilidad que PROCOMPETENCIA plantee objeciones desde el punto de vista de la competencia en un caso concreto. Por ello, los agentes económicos podrán tener en cuenta esta posibilidad en su proceso interno de toma de decisiones. También se pretende que los agentes económicos se encuentren en condiciones de comprender mejor qué clase de información considera importante la PROCOMPETENCIA para la definición de mercado relevante, por lo que se hace conveniente el poder capacitar a los agentes económicos sobre la determinación del mercado relevante y geográfico.

El mercado relevante se determina por la existencia de un producto o servicio o de un grupo de productos o servicios y otros productos o servicios sustitutivos, dentro del área geográfica en que tales productos o servicios son ofrecidos.

La definición de un mercado relevante es el proceso de identificación del conjunto de bienes y servicios, de agentes económicos y áreas geográficas que efectivamente limitan las decisiones de los consumidores referentes a precios y cantidades de un agente económico, esto es, del grupo de productos y áreas geográficas que determinan la oferta de productos sustitutos más cercanos.

El mercado relevante se determinará en términos de los bienes o servicios (de ahora en adelante simplemente productos) que lo componen (dimensión del producto) y del área geográfica para la cual la oferta de estos productos es económicamente viable (dimensión geográfica).



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

Los agentes económicos se ven sometidos a tres fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado relevante, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz para restringir el comportamiento de los oferentes de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios.

Un agente económico o un grupo de agentes económicos no puede influir de manera significativa en las condiciones de oferta reinantes, especialmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutivos o recurrir a oferentes situados en otro lugar. Básicamente, para definir un mercado relevante se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de los agentes económicos de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos como a la situación geográfica de los oferentes.

2. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE PRODUCTO

La determinación del mercado relevante producto busca establecer cuál es el conjunto mínimo de productos cuya oferta debería ser controlada por un agente económico hipotético para poder imponer un aumento de precios significativo y sostenible en el tiempo. Tal conjunto incluye aquellos productos entre los cuales se desplazaría la demanda de los consumidores si se produjera un incremento dado en el precio de cualquiera de ellos, mientras el de los demás permanece fijo.

Asimismo, dicho conjunto abarca aquellos otros productos que, como resultado de la reacción de otros agentes económicos competidores frente al aumento de precios, se convertirían en alternativas ciertas para el consumidor en el corto plazo.

Para cubrir esos objetivos, desde el punto de vista de la demanda es necesario determinar en qué medida: (i) los consumidores estarían dispuestos a cambiarse a desplazar su decisión de consumo hacia otros productos sustitutos; y (ii) si los consumidores estarían dispuestos a reorientar su demanda hacia el mismo producto ofertado en otras áreas geográficas.

Para poder identificar los productos hacia los cuales se desplazaría la demanda del producto objeto de análisis en caso que se modificase su precio o la variable de decisión pertinente por parte de los consumidores, se cubrirán diversos aspectos que permitan delimitar las preferencias de los consumidores, y establecer cuáles serían sus decisiones de sustitución económica y técnica entre productos. Si la respuesta de los consumidores ante incrementos en los precios es que estos no se cambiarían a demandar ningún otro producto y pagarían un precio más alto, entonces es correcto considerar el producto singular como el mercado relevante producto.

En caso que sí se produjeran reacciones de sustituibilidad ante variaciones en los precios, se inicia el análisis considerando un producto en particular con la finalidad de determinar cuáles son los productos que pueden ser considerados como sustitutos, de manera que se incorporen al mercado relevante producto, uno a uno, aquellos productos cuya sustitución económica y técnica sea factible.

A partir del análisis de los aspectos que constituyen la decisión de consumo, se considerarán como parte del mercado relevante, cada producto que cumpla con el requisito de sustitución, es decir aquella alternativa que esté disponible para los consumidores en cantidades suficientes a precios constantes, y que cuente con el mayor porcentaje de la desviación de la demanda en respuesta a un aumento significativo y no transitorio en el precio. La idea es incluir en el mercado relevante



Instituto de Promoción de la Competencia PROCOMPETENCIA

aquellos productos hacia los cuales la respuesta es suficientemente importante, en términos del volumen de mercado relevante que responde a variaciones en los precios, para hacer improductivo el aumento de precios¹.

La utilización de métodos cualitativos, se basa principalmente en la información que sea suministrada por las partes en la investigación, y la información que se recoja de otros actores, incluyendo la opción de recurrir directamente a los consumidores en el mercado relevante para evaluar su mapa de preferencias y decisiones. Definir un producto "relevante" es, en términos económicos, un intento de evaluar indirectamente la elasticidad de sustitución entre un producto y su mejor sustituto.

Hay una serie de elementos que permiten evaluar en qué medida podría producirse la sustitución. En algunos casos, cierto tipo de elementos serán determinantes, principalmente en función de las características y particularidades del sector y de los productos considerados, mientras que pueden no ser importantes en otros casos. En la mayoría de casos, una decisión tendrá que basarse en varios criterios y diferentes elementos de apreciación.

El análisis de mercado relevante debe aplicarse separadamente para cada uno de los productos objeto de la investigación. Hay un cierto número de elementos que permiten identificar los productos que son considerados como intercambiables o sustitutos por el consumidor. En función de los conceptos que se han enunciado, a continuación se exponen las pautas que llevarían a PROCOMPETENCIA a concluir respecto a la sustituibilidad factible y eficiente que puede presentarse en el mercado relevante. El análisis del mercado relevante en términos de producto abarca los estudios de sustituibilidad por el lado de la demanda y sustituibilidad por el lado de la oferta, mientras que la dimensión geográfica del mercado relevante se desarrolla en una sección posterior.

2.1. SUSTITUIBILIDAD POR EL LADO DE LA DEMANDA

El análisis sobre la posibilidad de los consumidores de sustituir los productos analizados por otros, se elabora bajo los siguientes elementos:

2.1.1 VISIÓN, ESTRATEGIA Y COMPORTAMIENTO DE LOS OFERENTES

Se relaciona con la visión que tengan los agentes económicos vinculados a la operación y los demás oferentes de los productos evaluados respecto a los productos que consideran como rivales del producto evaluado. Es decir, se trata de abstraer el proceso de formación de decisiones comerciales de los oferentes y se aprecia si ellos prevén la sustitución entre productos. Aquí debe estudiarse qué tipo de consideraciones toman los agentes económicos que ofertan un mismo producto, incluyendo, por ejemplo, si acuerdan modificaciones en los empaques de sus productos que sigan estrategias de productos similares; la estacionalidad de las promociones y la inversión en el desarrollo de canales de distribución particulares.

2.1.2 COMPORTAMIENTO E IDENTIDAD DE LOS CONSUMIDORES

Dentro de los análisis de mercado relevante debe considerarse el comportamiento pasado de los compradores y los planes estratégicos de negocios que elaboren los agentes económicos en función del comportamiento previsible de los mismos. Estos aspectos proveen información útil respecto a evaluar si los consumidores probablemente se cambiarían a otro producto, en caso que se registraran aumentos en los precios.

¹ Esta idea se corresponde con el concepto de consumidor marginal.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

2.1.3 USO FINAL DEL PRODUCTO

Este es uno de los aspectos más importantes para determinar la sustituibilidad, en la medida que esta decisión de los consumidores que se pretende sintetizar, debe ser factible, suficiente y oportuna (en el corto plazo). La sustituibilidad funcional entre dos productos es por lo general necesaria, más no suficiente para garantizar la inclusión de productos dentro de un mismo mercado relevante.

A partir de la especificidad del consumo puede investigarse la sustitución económica, es decir, si las variaciones en los precios relativos entre un producto y su supuesto sustituto es efectivamente ejercida cuando se modifica la variable de competencia.

A pesar que dos productos puedan ser considerados como pertenecientes al mismo mercado relevante con base en su sustituibilidad funcional, dichos productos con frecuencia puede que pertenezcan a mercados relevantes diferentes, como consecuencia del mayor valor que los consumidores den a una determinada característica técnica o física que posea uno de estos productos.

El grado de especificidad de un producto, en virtud de la valoración de atributos físicos o técnicos particulares, puede determinar que un producto pase a constituir un mercado relevante en sí mismo, descartando la posibilidad de sustitución efectiva por los productos que funcionalmente tienen los mismos usos. Otros productos que podrían influir en esas decisiones de sustitución son la reputación del producto o del fabricante, la moda y fenómenos de consumo puntual.

2.1.4 LOS COSTOS Y EL TIEMPO DE TRANSACCIÓN

Los costos de transacción y el tiempo requerido para sustituir el consumo de un producto por un supuesto sustituto, pueden determinar que la sustitución funcional se haga efectiva. En consecuencia, es importante apreciar si los costos de transacción en los cuales tendrían que incurrir los consumidores para cambiar su consumo al del producto sustituto son suficientes para inhibir la suficiencia y oportunidad de este cambio en la demanda. Si estos costos son altos, la sustitución efectiva no se realizará y no podrá considerarse el producto sustituto como parte del mismo mercado relevante.

También es importante considerar el tiempo que tomaría a los consumidores cambiar su consumo de un producto por otro.

2.1.5 EVOLUCIÓN DE LOS PRECIOS REALES

Se analiza la evolución de los precios reales de los posibles sustitutos, ya que si dos productos son sustitutos efectivos, de no producirse variaciones en la calidad y en otros atributos de los productos, sus movimientos de precios en el tiempo tendrán una alta correlación (o variarán en forma muy paralela en el tiempo).

Este análisis no es concluyente, pues debe descartarse que la correlación en los precios de los productos sea explicada por la evolución de los precios de un insumo común, inflación, políticas de precios de agentes económicos multi-productos y otras variables.

Los análisis de precios son limitados en el sentido que la confiabilidad de la información respecto a los movimientos y niveles de los precios es reducida, por la dificultad de comprobar los precios netos a los cuales las ventas son efectuadas.

El análisis de precios puede tener otras extensiones como el análisis de la competencia potencial de otros productos. En ese sentido, sería necesario, además



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

de determinar indicadores de correlación, observar la relación entre la posibilidad de entrada de competidores potenciales, incluyendo las importaciones, con las decisiones de precios de los agentes económicos ya instaladas en el mercado relevante.

2.1.6 EXISTENCIA DE PRODUCTOS DE SEGUNDA MANO, RECONDICIONADOS, RECICLADOS, REPARADOS O ALQUILADOS

En el análisis de sustitución, debe evaluarse la posibilidad de que los compradores se cambien a demandar productos de segunda mano, reacondicionados, reciclados, reparados o alquilados. Esta posibilidad debe existir en términos funcionales, de precios relativos y de la disponibilidad de tales fuentes alternativas, de modo que sea suficientemente importante para competir efectivamente con la oferta de productos originales.

2.2. SUSTITUIBILIDAD POR EL LADO DE LA OFERTA

El análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta pretende identificar los participantes en el mercado relevante, de modo que se incorporen al mismo aquellos agentes económicos que no están instalados en la fabricación, distribución o comercialización del producto objeto de análisis, pero que podrían hacerlo en un corto plazo y a un bajo costo.

Para realizar esta evaluación se examina fundamentalmente la posibilidad de que la tecnología disponible permita que existan fuentes de competencia potencial por el lado de la oferta. Este tipo de respuestas puede ocurrir de diferentes maneras: mediante la adaptación de equipos actuales de producción, distribución o comercialización para la sustitución o para la extensión de la oferta, o mediante la construcción o adquisición de activos que permitan la producción, distribución o comercialización en el mercado relevante. En consecuencia el análisis tiene relación estrecha con la identificación de entradas de corto plazo al mercado relevante.

La competencia potencial de oferentes que podrían entrar a ofertar el producto pertinente no podrá materializarse como tal, si los oferentes tuvieran dificultades para acceder a las redes de distribución y de mercadeo de los productos, o si se requiere de nuevas instalaciones de producción, distribución o comercialización para poder ofrecer en una escala significativa.

Si se cumplen estas condiciones, la fuente de competencia debe ser considerada como externa al mercado relevante, y las causales que impiden el ejercicio de la competencia potencial deben revisarse en el análisis de barreras de entrada al mercado relevante.

El análisis de competencia potencial también debe realizarse respecto a los agentes económicos integrados verticalmente. En caso que existan agentes económicos en un mercado relevante que oferten el producto analizado para su uso interno, habría que considerar si éstas podrían ampliar su producción, distribución y comercialización, y destinarla al mercado relevante. Tal fuente de competencia será inhibida en caso que tales agentes económicos encontraran dificultades o costos importantes en desviar la producción, distribución o comercialización de sus necesidades internas, o en caso que para llevar la producción, distribución o comercialización al mercado relevante en forma suficiente se tuviera que incurrir en inversiones o en expansiones.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

3. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

La definición de mercado relevante geográfico es la segunda dimensión necesaria para delimitar el mercado relevante. En particular, se busca determinar el ámbito espacial dentro del cual compiten los productos identificados en la delimitación del mercado relevante producto, en términos de precios, disponibilidad y calidad.

Si al producirse variaciones en los precios de los productos los consumidores pudieran trasladar su consumo hacia la adquisición de productos provenientes de otras áreas geográficas, los oferentes localizados en esas áreas geográficas entrarían dentro del mercado relevante a ser considerado. Así, la definición del mercado relevante debería incluir a los productores, distribuidores y comercializadores del mismo producto ubicados en otras áreas geográficas, así como a aquellos productos hacia los cuales los consumidores se cambiarían en respuesta a una variación en los precios relativos de los mismos.

Al igual que en la definición de mercado relevante en términos de producto, en este análisis se evalúan los productos y agentes económicos respecto a los cuales se establece una competencia efectiva, en función de su localización para poder delimitar esa dinámica.

En caso de prever que ante un incremento en el precio ocurriría un desplazamiento de la demanda hacia otro producto, en una magnitud tal que desincentivara el incremento en el precio, el producto hacia el cual se desplazó la demanda debe ser incorporado como parte del mercado relevante.

En la aplicación de este criterio de análisis, cuando no sea posible obtener la información de las importaciones con suficiente desagregación, de modo que tenga que presumirse que las mismas no participan directamente en la dinámica competitiva del mercado relevante analizado, podrá considerarse el análisis de las importaciones dentro del tratamiento de las barreras de entrada y condiciones de rivalidad del mercado relevante.

En cuanto a la información utilizada para definir el mercado relevante geográfico, ésta consistirá particularmente, aunque no de modo excluyente, en los siguientes elementos:

3.1. VISION Y ESTRATEGIA DE LOS CONSUMIDORES Y DE LOS OFERENTES

El análisis de mercado relevante geográfico comienza identificando las áreas de oferta de cada planta de producción de los agentes económicos investigados.

Al igual que en el análisis de mercado relevante producto, debe considerarse el comportamiento pasado de los consumidores y los planes estratégicos de negocios que elaboren los agentes económicos en función del comportamiento previsible de los mismos.

3.2. COSTOS DE TRANSPORTE

En este análisis se utiliza el mismo concepto de consumidor marginal que se aplicó en la definición de mercado relevante en términos de producto, por lo que debe evaluarse si ante una variación en el precio relativo de un producto ofertado en la zona relevante, sería factible que una proporción suficiente de consumidores desplazaran su consumo a productos ofertados en otra área. Los costos de transporte, pueden determinar que esa sustitución pueda materializarse. En caso positivo, se amplía la definición del mercado relevante geográfico a partir del área donde el agente económico investigado oferta el producto relevante.



Instituto de Promoción de la Competencia PROCOMPETENCIA

La consideración de los costos de transporte es tanto más importante en aquellos mercados relevantes en los cuales los costos de transporte representan una proporción importante en el precio del producto analizado, o cuando las especificaciones del producto implican que debe consumirse en un perímetro muy cercano al centro de compra. En ambos casos, se espera que los mercados relevantes geográficos atendidos desde cada planta o centro de distribución sea limitado.

Otro indicador que se utiliza para identificar mercados relevantes geográficos separados es la relación entre los precios del producto relevante que se verifican en diferentes áreas geográficas. Debe observarse si históricamente han existido precios diferentes para productos que forman parte del mismo mercado relevante producto, que son transados en áreas geográficas distintas.

Es necesario estudiar si esas diferencias son explicadas por los costos de transporte prevalecientes entre ambas áreas geográficas. Si las diferencias de precios son mayores que aquellos, puede preverse que las dinámicas de competencia en ambas áreas no influyen en los precios de la otra, y de allí parte la consideración de diferentes mercados relevantes geográficos.

3.3. COSTOS DE TRANSACCIÓN

Los costos de transacción se refieren a los costos en que se incurre en el intercambio del mercado relevante. Incluyen los costos de descubrir los precios del mercado relevante y los costos de redacción y ejecución de los contratos.

Las economías en los costos de transacción son reducciones en los costos medios de producción derivados de la eliminación de gastos asociados a negociaciones con proveedores o distribuidores, que no se expresan en los precios pactados entre las partes. Las economías de costos de transacción son más significativas en mercados relevantes en que los costos de transacción son mayores.

Los costos de transacción tienden a ser mayores y, por lo tanto los beneficios potenciales son más elevados, cuando:

- a) Los gastos de redactar y aplicar un contrato son elevados, y
- b) Cuando los costos de búsqueda del insumo son altos.

Los contratos pueden ser difíciles de redactar o de aplicar cuando las características del producto responden a exigencias técnicas bastante precisas y/o las condiciones de mercado relevante cambian frecuentemente. Como todo contrato es limitado en términos de las contingencias futuras que puede prever, tales características del producto y del mercado relevante aumentan la posibilidad de que una de las partes involucradas adopte conductas oportunistas contra las demás, elevando los costos de renegociación.

Los costos de búsqueda del insumo son altos cuando las características del producto responden a exigencias técnicas bastante precisas y las condiciones del mercado relevante cambian frecuentemente y/o cuando las informaciones pertinentes para la búsqueda solamente pueden ser obtenidas a través de la compra en conjunto a otros agentes económicos. Cuanto mayor el grado de especificación del insumo, mayor la dificultad de obtener proveedores sustitutos. Cuanto más cambien las condiciones del mercado relevante, mayor es la necesidad de búsqueda del proveedor más eficiente. En ambos casos, el costo de búsqueda es relativamente más alto.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

3.4. COSTOS LOCALES

Para determinar si los oferentes ubicados en un área diferente al mercado relevante geográfico están en capacidad de responder ante variaciones en el precio del producto relevante en otra área, es necesario considerar si existen costos asociados con la actividad productiva en la zona geográfica que implican la incursión en costos hundidos de una magnitud tal, que impidan reorientar la oferta hacia la atención de nuevos mercados relevantes geográficos. Ejemplo de estos costos puede ser la contratación de empleados locales, la inversión en mercadeo específica a la demanda de un área localizada, la infraestructura en activos específicos para las funciones de almacenamiento y los costos asociados con la obtención de aprobaciones asociadas con regulaciones locales.

3.5. PRECIOS RELATIVOS

Al igual que en la identificación de productos sustitutos, cuando puede probarse una estrecha correlación en los precios de los productos provenientes de diferentes áreas geográficas, esto se podría tomar como indicio de que ambas áreas forman parte de un mismo mercado relevante, pues sugiere la existencia de competencia entre oferentes de un mismo producto en esas diferentes áreas. De allí que sería necesario verificar si existen estas similitudes en la evolución de los precios y si podrían atribuirse a las políticas de precios de agentes económicos multi-mercado relevantes, la evolución de los precios de insumos comunes, u otras variables.

Adicionalmente, debe realizarse un esfuerzo por conocer si en el pasado las estrategias de penetración de mercado relevante de agentes económicos ubicados en esas diferentes áreas han tomado en consideración la evolución del mercado relevante correspondiente a esas otras áreas geográficas.

3.6. PATRONES DE TRANSPORTE

Para completar la identificación de los consumidores que forman parte de una misma dinámica de competencia, puede evaluarse la extensión de la infraestructura utilizada para ofrecer los productos. Si en el pasado se han ofrecido productos fabricados en un área en otras zonas geográficas, esto podría indicar que efectivamente se atienden mercados relevantes más amplios.

La existencia de medios de transporte significativos transportando el producto relevante hacia una segunda área sugiere que el mercado relevante geográfico podría ampliarse. Esta evidencia no es concluyente y no puede considerarse aisladamente respecto a otros aspectos que permiten definir el mercado relevante.

3.7. COMPETENCIA DE PRODUCTOS IMPORTADOS

Es necesario analizar si productos que son fabricados en otros países pueden competir significativamente con los productos locales. Este análisis debe hacerse siempre que se trate de productos "transables"², respecto a cada uno de los productos analizados.

A través de este análisis se identifican productos y participantes en el mercado relevante que no estén localizados dentro del territorio nacional. Este análisis se realiza una vez que se han identificado los productos que forman parte del mercado relevante que puede incluir productos importados que ya estén participando en el mismo.

² Los bienes "transables" o "comercializables" son aquellos expuestos al comercio y a la competencia internacional. Así, una mercancía se considera comercializable internacionalmente cuando su precio se determina básicamente por consideraciones en los mercados pertinentes internacionales, y más generalmente, cuando su precio depende o está influenciado por lo que sucede a nivel internacional. Tugores Ques, J. Economía Internacional e Integración Económica, Segunda Edición. McGraw Hill, 1995.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

A partir de allí, el análisis verifica si ante variaciones en los precios relativos es factible esperar la competencia de importaciones y determinar, si en caso que los consumidores desvíen su compra hacia productos de esa procedencia, la demanda de productos foráneos sería suficiente para disciplinar los precios de los productos domésticos.

Cuando una fuente de competencia extranjera puede afectar la viabilidad de incrementos en los precios de los productos domésticos, es posible incorporar esa área geográfica al mercado relevante geográfico dentro del cual se verifica la actividad del agente económico involucrado en la práctica vertical.

Se considera apropiado analizar la existencia de controles gubernamentales que pudieran limitar la disponibilidad de productos provenientes de otros países, como sería el caso de las barreras arancelarias y no arancelarias. En aquellos casos en donde existan aranceles, y el precio de la producción nacional no pueda ser superior al precio del producto importado más el arancel, debido a la posibilidad de entrada de la competencia extranjera, esta fuente de competencia debe ser tomada como un argumento, y en consecuencia, habría de ampliarse la definición del ámbito espacial del mercado relevante más allá de las fronteras nacionales.

B. DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

1. CALCULO DE LA PARTICIPACIÓN DE MERCADO RELEVANTE

En esta sección se desarrollarán a manera de orientación los elementos que deben tomarse en consideración al estudiarse la posición de dominio en un mercado relevante determinado, conforme lo señala el artículo 21 de la ley. El análisis se inicia ubicando la participación de mercado de los agentes económicos participantes del mercado relevante, observándose a continuación, que la posición de dominio de mercado puede verse desde dos variantes bien definidas de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, ya sea desde la perspectiva de la capacidad de fijar precios unilateralmente de uno o más agentes económicos, o desde la capacidad de que uno o más agentes económicos restrinjan la oferta en dicho mercado relevante; y en ambos casos sin que la competencia efectiva o potencial pueda disciplinar o contrarrestar tal capacidad en el ejercicio competitivo.

En este sentido, la definición de mercado relevante, tanto en lo relativo a los productos como en su dimensión geográfica, permiten saber cuáles son los agentes económicos en este mercado relevante. Sobre esta base, es posible calcular, para cada uno de los proveedores, el tamaño total del mercado relevante y las participaciones de mercado relevante que detentan sobre la base del volumen de negocios correspondiente a los productos en cuestión ofertados en el territorio relevante.

Las estimaciones de los agentes económicos, los estudios encargados a los agente económicos de consultoría o a las asociaciones profesionales o el volumen de negocios de los agentes económicos en cuestión, contribuyen a calcular el tamaño total del mercado relevante y las participaciones de mercado relevante que detentan cada uno de los operadores. Si las ventas son generalmente la referencia para calcular las participaciones de mercado relevante, existen sin embargo otras referencias, según los productos o la industria específica en cuestión, que pueden ofrecer información útil sobre la capacidad instalada y el volumen de producción.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

Para calcular la participación de mercado relevante, los datos físicos en número de unidades se pueden utilizar cuando los agentes económicos atienden a diferentes consumidores. Los datos monetarios en moneda se pueden utilizar cuando es importante la diferenciación de productos.

Para recabar la información necesaria se utilizarán, de existir, cifras públicas o de asociaciones a las que pertenecen los agentes económicos involucrados. En caso contrario se recabará la información directamente de los agentes económicos que pertenecen al mercado relevante analizado. De existir serias diferencias se procederá a solicitar la información de ventas (en unidades y/o moneda) y/o la capacidad instalada de los agentes económicos que pertenecen al mismo mercado relevante.

2. ANÁLISIS DE BARRERAS A LA ENTRADA

El grado de competencia que existe en un mercado relevante está directamente relacionado con su grado de contestabilidad, y ello depende substancialmente de que no haya barreras a la entrada. Desde Bain (1956), la doctrina define a las **barreras a la entrada** como aquéllas que permiten a los agentes económicos que ya están en el mercado relevante seguir obteniendo beneficios por encima de los normales debido a la inexistencia de una amenaza de entrada al mercado relevante de nuevos competidores. Esta amenaza o contestabilidad del mercado relevante constituye uno de los elementos esenciales de competencia, ya que configura el principal elemento regulatorio de los posibles abusos y concertaciones que tengan lugar en aquél.

Cuando un mercado relevante se encuentra concentrado, la posibilidad de competencia que se realice en el mismo estará determinada en gran medida (también depende de la rivalidad de dichos entrantes) por la probabilidad de entrada de nuevos competidores.

El análisis de las condiciones de entrada tiene dos propósitos. Primero, constatar si la estructura de mercado relevante concentrada conlleva una posición de dominio en el mercado relevante. Segundo, verificar si estas condiciones se ven reforzadas por la conducta vertical restrictiva, al punto que conduzcan a efectos perjudiciales respecto a la competencia efectiva en el mercado relevante. Ambas conclusiones se obtienen a partir del estudio de los aspectos que se señalan en esta sección.

Una posibilidad de entrada se define como las acciones que el agente económico debe tomar con la finalidad de producir, distribuir y/o comercializar en un mercado relevante. Todas las fases del esfuerzo de entrada se considerarán, incluyendo la planificación, el diseño, y la gerencia; los costos de instalación y financiamiento; la obtención de los permisos necesarios para operar en el mercado relevante, licencias y otro tipo de permisos; la construcción y operación de las instalaciones productivas; la publicidad y la promoción (incluyendo los descuentos de introducción), mercadeo, distribución, y satisfacción de los gustos del consumidor.

Para ordenar el análisis, es necesario abordar cada uno de los factores que pueden constituir restricciones para establecerse como productor, distribuidor y/o comercializador en el mercado relevante. Entre estos factores se encuentran:

1. La existencia de exceso de capacidad instalada en la industria, lo cual haría más probable que los participantes actuales en ese mercado relevante adopten acciones de represalia hacia los nuevos competidores mediante un incremento significativo de su producción, distribución y/o comercialización, con el consiguiente descenso en los precios de los productos. En estas



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

- circunstancias, el mantenimiento de un exceso de capacidad ociosa por parte de los agentes económicos que conforman un mercado relevante (conducta estratégica) incrementa la incertidumbre que deberá enfrentar un nuevo entrante, y puede ser un elemento que impida la entrada de un competidor.
2. Las limitaciones de acceso a factores de producción tales como insumos, mano de obra especializada, recursos de capital y tecnología.
 3. El análisis de costos hundidos. Costos hundidos son costos que no pueden ser recuperados cuando el agente económico decide salir del mercado relevante. La magnitud de los costos hundidos depende, entre otros:
 - del grado de especificidad del uso del capital ;
 - de la existencia de mercado relevantes para equipos usados ;
 - de la existencia de mercado relevante para el alquiler de bienes de capital;
 - El volumen de inversiones necesario para garantizar la distribución del producto (gastos con promoción, publicidad y formación de la red de distribuidores).
 4. Las barreras legales y regulatorias son exigencias creadas por los gobiernos para la instalación y la explotación de una actividad comercial. Las barreras legales pueden representar, en la práctica, un incremento en los costos hundidos, cuando no pueden ser traspasadas, o pueden simplemente excluir la posibilidad de entrada para un determinado conjunto de agentes económicos.
 5. Importancia de la imagen de marca en el mercado relevante. La marca de los productos incide en la capacidad de penetración del mercado relevante por nuevos competidores, y en la capacidad de reacción del resto de los participantes en el mismo, en términos generales. En consecuencia, puede resultar un factor determinante del riesgo que enfrente un entrante y de la magnitud de los costos hundidos en los que deba incurrir para instalarse efectivamente en el mercado relevante. De allí que deba analizarse la fidelidad hacia las marcas del agente económico investigado, en particular a través de los siguientes aspectos: el comportamiento previo del mercado relevante ante variaciones en los precios por parte de los agentes económicos que desarrollan la conducta; las reacciones de los clientes y los competidores ante tales variaciones; las inversiones de los competidores en mantener la imagen de sus respectivas marcas. Por otra parte, ha de evaluarse los efectos de las marcas de prestigio sobre el poder de negociación de la demanda.
 6. El grado de integración de la cadena productiva puede ser una barrera a la entrada en la medida en que aumente los costos de entrada de competidores potenciales. Tales costos aumentan a medida en que la única opción de entrada involucre inversiones en etapas de la cadena productiva distinta de la que pretende operar el entrante potencial (la verticalización). Las relaciones contractuales entre los agentes económicos que se concentran y sus clientes en virtud de su temporalidad, la sofisticación del producto o por condiciones de exclusividad, tienden a crear vínculos estables entre oferentes y consumidores, lo cual podría dificultar el potencial competitivo de los restantes participantes en el mercado relevante.
 7. El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida para entrar en el mercado relevante, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de la facilidad productiva o el equipo y la ausencia, falta o imperfección de un mercado relevante para facilidades productivas y equipos usados.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

8. Los costos financieros y el acceso limitado al financiamiento.
9. El acceso limitado a canales de distribución eficientes o el costo elevado de desarrollar canales alternativos.
10. El acceso limitado a la tecnología.
11. La necesidad de contar con concesiones, licencias o cualquier clase de autorización gubernamental, así como permisos de disponer de los derechos de uso o explotación protegidos por la legislación de propiedad intelectual.

Una vez analizados los aspectos que se han enumerado, es necesario determinar si, en caso de haber determinado que existen condiciones para que ocurra alguna entrada probable y oportuna, esta entrada sería suficiente para reducir los precios a los niveles previos a la configuración de la conducta restrictiva. La entrada puede no ser suficiente a pesar de que sea oportuna y probable, donde las restricciones a la disponibilidad de activos esenciales (tangibles e intangibles) le dan el control a los agentes económicos establecidos, haciendo imposible a nuevos entrantes alcanzar el nivel necesario de ventas.

La entrada será considerada como probable cuando sea económicamente rentable a precios competitivos y cuando estos precios puedan ser asegurados por el entrante. Los precios no podrán ser asegurados por el potencial entrante cuando el incremento mínimo posible de la oferta provocado por el agente económico entrante fuera suficiente para causar una reducción de los precios de mercado relevante. Como consecuencia, la entrada no será considerada probable cuando las escalas mínimas viables sean superiores a las oportunidades de venta en el mercado relevante.

La entrada no será considerada suficiente si, como resultado del control de los participantes ya instalados, los activos tangibles e intangibles requeridos para entrar no están adecuadamente disponibles para que los entrantes puedan responder completamente con sus oportunidades de penetración al mercado relevante. Adicionalmente, cuando las oportunidades competitivas no están distribuidas uniformemente dentro del mercado relevante en cuanto a que la entrada sea suficiente, el carácter y alcance de los productos entrantes será sensible a las oportunidades de ventas localizadas.

A partir de estos análisis se concluirá en qué medida el mercado relevante está abierto a la entrada de nuevos competidores, y de allí poder precisar el grado de posición de dominio que caracteriza cada mercado relevante y los efectos de la conducta restrictiva investigada.

Un aspecto adicional que es necesario revisar es la posibilidad de que se levanten barreras a la entrada como consecuencia de la conducta, por ejemplo:

- La eliminación de una fuente significativa de recursos necesarios o un canal de distribución irremplazable;
- El aumento significativo de la escala mínima viable o volumen de negocio con la que debe ingresar un nuevo competidor.

3. ANÁLISIS DE RIVALIDAD

Un análisis del comportamiento reciente de los agentes económicos permite una mejor comprensión de las fuerzas competitivas en el mercado relevante y de las relaciones entre los participantes en diferentes niveles dentro de éste. Este análisis



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

también permite identificar la importancia relativa de las diversas características estructurales del mercado relevante y poner en contexto apropiado los aspectos de participación de mercado relevante, organización de los canales de distribución, integración vertical y barreras de entrada al mercado relevante. Por otra parte, el análisis de esta dinámica permite identificar las estrategias de rivalidad seguidas en el pasado, y de allí aporta elementos para evaluar comportamientos o estrategias futuras.

De manera que esta sección abarca cuestiones de estrategia y comportamiento, y está estructurada de modo que pueda organizarse la información disponible en aras de prever si se conforman las condiciones para la realización de conductas anticompetitivas.

4. ANALISIS PARA DETERMINAR LA POSICIÓN DE DOMINIO DEL MERCADO RELEVANTE

El poder de mercado o posición de dominio del mercado relevante es la capacidad de un agente económico individual (o de un grupo de agentes económicos que actúan coordinadamente) de influir sobre las variables de competencia del mercado relevante (precio y/o cantidades entre otras), situación distinta al supuesto de la competencia perfecta por el cual los agentes económicos son tomadores de las variables de competencia en el mercado relevante.

En un mercado relevante en que la oferta de cada agente económico es suficientemente pequeña con relación a la oferta total de la industria, ningún agente económico o grupo de agentes económicos sostiene, unilateral o coordinadamente, capacidad de cambiar sus conductas con relación a las que prevalecerían bajo condiciones de competencia, porque los consumidores responderían a tal acto desviando la totalidad de sus compras para las agentes económicos rivales.

En la ausencia de esta condición, un agente económico o grupo de agentes económicos tiene, unilateral o coordinadamente, la capacidad de alterar su conducta con relación a las que prevalecerían bajo condiciones de competencia porque parte substantiva de la demanda no puede ser prevista por los agentes económicos rivales existentes.

Para determinar si un agente económico tiene o no posición de dominio sobre el mercado relevante, se tomarán en cuenta los siguientes factores:

1. Su participación en este mercado relevante y su capacidad de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado relevante, sin que los agentes económicos competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad;
2. La existencia de barreras a la entrada al mercado relevante y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto las barreras como la oferta de otros competidores;
3. La existencia y poder de los agentes económicos competidores;
4. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;
5. Su comportamiento reciente.

Si un agente económico que adopta una conducta vertical tiene capacidad de ejercer un significativo y no transitorio aumento de precios o tiene capacidad para restringir la oferta, se considera que sí tiene posición de dominio en el mercado.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

Cabe recordar que la posición de dominio en el mercado relevante no es determinado por un índice o variable cuantitativa específica sino que debe analizarse un conjunto de aspectos como las barreras a la entrada y rivalidad, tomando en cuenta que lo importante es la probabilidad de ejercicio de esa posición de dominio en el mercado relevante independientemente del poder de mercado que tenga el o los agentes económicos. Este aspecto lo analizamos a continuación.

5. ANÁLISIS DE LA PROBABILIDAD DEL ABUSO INDIVIDUAL Y COLECTIVO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO RELEVANTE

Desde el punto de vista de defensa de la competencia lo que interesa es comprobar si se abusa de la posición de dominio en el mercado relevante y no la posición de dominio en el mercado relevante en sí mismo. Nos interesa conocer si es probable el abuso de esta posición de dominio en el mercado relevante.

El abuso de posición de dominio de mercado relevante del agente económico infractor tendrá menor probabilidad de ser ejercido si la rivalidad entre este agente económico y sus competidores es "efectiva". La rivalidad es efectiva cuando los competidores son económicamente capaces de sostener conductas agresivas para mantener o aumentar sus participaciones en el mercado relevante o para disciplinar los precios de la competencia.

La evaluación de la rivalidad debe analizar el entorno competitivo del agente económico, producto relevante a partir del modelo de las cinco fuerzas de Porter (1982), identificando, caracterizando y analizando para cada mercado relevante los siguientes elementos:

- Competidores directos
- Productos sustitutos
- Amenaza de aparición de nuevos competidores
- Poder de negociación de los clientes
- Poder de negociación de los oferentes

Es posible identificar por lo menos tres (3) situaciones en que la rivalidad no es efectiva:

a) En ausencia de oferentes alternativos

La probabilidad que el abuso de la posición de dominio en el mercado relevante sea ejercido unilateralmente por el agente económico infractor aumenta a medida en que un porcentaje significativo de sus clientes no pueda desviar sus compras hacia oferentes alternativos. Esto puede ocurrir cuando los agentes económicos restantes en el mercado relevante no puedan aumentar suficientemente las cantidades ofertadas en un plazo de tiempo razonable, porque se encuentran operando a plena capacidad y no es económicamente viable expandir su producción, distribución y/o comercialización en un plazo superior a un (1) año. También puede resultar cuando la entrada en operación de la capacidad ociosa existente implica costos unitarios mayores que los costos asociados a la operación del nivel de ocupación actual.

b) En mercados relevantes sin productos sustitutos

La probabilidad que el abuso de posición de dominio en el mercado relevante sea ejercido unilateralmente por el agente económico infractor aumenta a medida en que una parte significativa de sus clientes no pueda desviar sus



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

compras hacia productos sustitutos. Este será el caso cuando una parte significativa de los consumidores en el mercado relevante considerare los productos provistos por el agente económico como su primera y segunda principales opciones y las siguientes no sean sustitutos cercanos.

c) En casos de verticalización

La probabilidad que el abuso de la posición de dominio en el mercado relevante sea ejercido unilateralmente por el agente económico infractor aumenta a medida que la conducta empresarial posibilite el aumento de los costos de los rivales, el cierre del acceso de los competidores a un importante insumo de producción, distribución y/o comercialización y la reducción artificial de los precios de los competidores. Para evaluar la posibilidad de que la verticalización reduzca la rivalidad efectiva se consideran dos aspectos: hasta qué punto los rivales están verticalizados; y hasta qué punto el insumo (cuando la conducta involucrara un proveedor) o el canal de distribución (cuando la conducta involucrara un distribuidor) son esenciales para los competidores del agente económico con posición de dominio.

III. ORIENTACIONES PARA ANALIZAR Y EVALUAR RESTRICCIONES VERTICALES ENTRE AGENTES ECONÓMICOS

1. MARCO DE ANÁLISIS

Lo que les concede a las restricciones verticales un tratamiento analítico especial es que, a diferencia de las relaciones verticales comerciales entre agentes económicos y consumidores finales, lo que hace un agente relacionado verticalmente afecta a los agentes económicos con los que se relaciona.

En el caso de oferentes relacionados, si el producto no es entregado, el efecto negativo sobre el consumo será asumido, principalmente, por el dueño de la marca, por el productor o por los otros distribuidores que sí entregan el producto adecuado. Esto hace, que sin una obligación o un contrato, algunos participantes de la cadena de comercialización no tendrán incentivos a dar el nivel de servicio eficiente, que no sólo conviene al productor sino que puede resultar eficiente desde el punto de vista de los actores que participan en la transacción.

Las restricciones verticales también pueden explicarse por la existencia de poderes monopólicos, es decir, generados por los agentes económicos con el objetivo de afianzar la posición de dominio en el mercado relevante. Esta hipótesis es contraria a la idea que visualiza a las restricciones verticales como contratos que permiten lograr una mayor eficiencia. En ambos casos se tratará de acuerdos o contratos que procurarán producir, en estructuras desintegradas verticalmente, el mismo resultado que se produciría verticalmente, es decir, la maximización de los beneficios conjuntos. El que se prefiera este tipo de contratos sobre la integración vertical depende de los costos y beneficios de integrarse, pero en particular, de cómo la legislación trate los contratos verticales en relación con la integración vertical.

2. CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES

A los argumentos basados en la eficiencia de las restricciones verticales, pueden contraoponerse otras que interpretan a las restricciones verticales como instrumentos utilizados por los agentes económicos para incrementar su posición de dominio en el mercado relevante o para efectuar un ejercicio abusivo de éste que termina perjudicando a los consumidores.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

El uso de las restricciones verticales como instrumento para el abuso de la posición de dominio en el mercado relevante puede verificarse en tres tipos de situación diferentes.

La primera es que lo que se intente sea influir sobre los precios de modo de obtener márgenes mayores entre precio y costo, creando de ese modo posición de dominio sobre el mercado relevante o ejerciéndolo de manera más efectiva.

La segunda posibilidad es que se intente excluir a competidores reales o potenciales, a los efectos de evitar que dichos competidores limiten la posición de dominio en el mercado relevante de los agentes económicos que instrumentan la restricción vertical. La exclusión se puede dar a través de la creación de obstáculos a la entrada de competidores potenciales o de elevación de los costos de los competidores efectivos.

La tercera forma es utilizarlo como instrumento de presión para imponer acuerdos colusorios.

Al investigar los probables costos económicos de las conductas verticales, se tomarán en cuenta, entre otras, las siguientes informaciones:

- La porción del mercado relevante cubierta por conductas verticales investigadas;³
- La duración de la práctica (la extensión temporal del acto);⁴
- La extensión de las barreras a la entrada en el mercado relevante en que se da la práctica vertical;
- La efectividad de la competencia proporcionada por los competidores (oferentes de modelos (marcas) rivales);
- La disponibilidad de opciones alternativas para los consumidores (el grado de sustitución entre los productos (modelos y marcas) disponibles);
- Los diferenciales de precios en productos equivalentes y de una misma marca;
- Los diferenciales de precios en productos equivalentes y de marcas distintas;
- Las conductas previas en cuanto a colusión de precios, paralelismo consciente o división geográfica de mercados relevantes;
- Los niveles de consumo vigentes antes y después de la existencia de la práctica vertical; y
- La historia de la práctica vertical (en especial, cuál agente económico tuvo la iniciativa del acto).

³ Para que no generen costos adicionales, las prácticas verticales se deben restringir a la extensión del mercado pertinente necesaria a la eliminación de la ineficiencia que buscan eliminar y a la remuneración del capital invertido en esta función.

⁴ Para que no generen costos adicionales, las prácticas verticales se deben restringir al período de tiempo estrictamente necesario a la eliminación de la ineficiencia que buscan corregir y a la remuneración del capital invertido en esta función.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

3. EFECTOS POSITIVOS DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES

Al investigar los probables beneficios económicos de las conductas verticales, se tomarán en cuenta, entre otras, las siguientes informaciones:

- Las características físicas del producto comercializado;
- La dependencia de la reputación del producto al servicio ofrecido por el oferente;
- El grado de diferenciación de los mercados relevantes regionales;
- La importancia del esfuerzo de venta de los distribuidores en el desempeño de los oferentes;
- La posibilidad del productor de recompensar individualmente a los distribuidores en función del esfuerzo de venta realizado;
- El nivel de inversión de oferentes en servicios postventa realizados a través de los distribuidores;
- La generación de externalidades positivas, por las inversiones, realizadas por los oferentes, para sus rivales;
- El nivel de inversión de distribuidores en servicios;
- La oferta de servicios postventa, tales como, asesoría técnica, capacitación del usuario y certificación de calidad; y
- La incidencia de economías de escala o de alcance en la actividad de distribución y comercialización, y su traslado a los precios finales.

Los beneficios económicos derivados de las restricciones verticales provienen principalmente del ahorro de la eliminación de los problemas de comportamiento oportunista entre productores, entre distribuidores y entre comercializadores, y de la existencia del margen doble.

3.1. PROBLEMA DEL DOBLE MARGEN

Cuando el productor, distribuidor o comercializador de un producto sobre el cual ejerce posición de dominio en el mercado relevante comercializa su producto a través de un distribuidor que también tiene cierto margen para influir sobre los precios, ambos tienen incentivos para restringir su oferta con el objeto de elevar su precio de venta, y la posición de dominio en el mercado relevante de uno de ellos no contrarresta el efecto que tiene la posición de dominio en el mercado relevante del otro, sino que más bien lo potencia.

La causa de dicha potenciación proviene del hecho de que el distribuidor, que enfrenta toda la demanda final del bien que comercializa, tiene incentivos para elevar el precio de venta por encima de su costo de provisión. Al comportarse de este modo, le genera una reducción en la demanda al productor, que a su vez haya más conveniente elevar el precio al cual le vende su producto al distribuidor y aumentar el costo de éste. Esto tiene como efecto elevar aún más el precio de venta del producto a los consumidores finales, restringiendo en consecuencia el volumen total comercializado.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

Este doble margen puede eliminarse mediante la fijación de precios de reventa en la forma de fijación de un precio máximo de reventa por un agente económico (o la imposición de una participación mínima de venta), eliminando la posibilidad de que un distribuidor ejerza su posición de dominio en el mercado relevante. La fijación de un precio máximo de reventa (o la imposición de una participación mínima de venta) aumenta las ganancias del proveedor del producto a expensas del distribuidor. En la ausencia de un precio máximo, las cantidades distribuidas son menores y los precios son más elevados. La ganancia del distribuidor sería mayor pero a expensas de la ganancia del proveedor y del bienestar del consumidor. En estos casos hay que tener presente las posibilidades de colusión.

3.2. PROBLEMA DEL APROVECHAMIENTO GRATUITO O COMPORTAMIENTO OPORTUNISTA (FREE-RIDING).

El comportamiento oportunista consiste en el acto de utilizar un producto sin incurrir en los costos correspondientes. Un agente económico que así actúa está perjudicando (generando un costo extra) al agente económico que incurre en los costos necesarios para generar el producto. Un agente económico que es víctima del comportamiento oportunista no se apropia de la totalidad de los beneficios generados por sus desembolsos y está, por eso, incentivado a realizar una inversión inferior a la que realizaría si fuera capaz de apropiarse de la totalidad de los beneficios generados. Por eso, el agente económico del comportamiento oportunista perjudica también al conjunto de la sociedad.

Eliminar la posibilidad del comportamiento oportunista, permitiendo que el agente económico que realiza el gasto se apropie de la totalidad de sus beneficios, eleva la oferta de los productos correspondientes y representa, por eso, un incremento de la eficiencia económica. Para evaluar los posibles beneficios económicos derivados de las conductas verticales en términos de eliminación del problema del comportamiento oportunista es necesario considerar, adicionalmente, la existencia de soluciones alternativas que restrinjan menos la competencia entre rivales.

Para que el comportamiento oportunista entre distribuidores sea un problema real, dos condiciones deben estar presentes:

- a) Las ventas (y el desempeño económico) del proveedor dependen, de manera sustantiva, del esfuerzo de ventas del distribuidor; y
- b) Los distribuidores no pueden ser recompensados individualmente en función del esfuerzo de venta realizado.

Ejemplos en que estas condiciones deben estar presentes incluyen, los casos en que el distribuidor realiza elevados gastos de publicidad de un producto que también es comercializado por otros distribuidores; el distribuidor debe realizar elevados gastos en el local en que se da la venta, como por ejemplo, en las instalaciones de salas de exhibición; cuando el distribuidor debe realizar elevados gastos de entrenamiento del personal de ventas, como por ejemplo, para las ventas de productos de informática; o cuando la reputación del producto es fuertemente dependiente del servicio de distribución como, por ejemplo, en el caso de las cadenas de comidas rápidas.

Si los consumidores pueden obtener gratuitamente ciertos servicios en un comercio (por ejemplo, en un negocio con vendedores especializados) y luego comprar el producto en otro (por ejemplo, en un autoservicio), este hecho puede tener un efecto disuasivo sobre los incentivos del primero de tales comercios para la prestación de los servicios en cuestión que generan un valor para los consumidores finales.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

La situación anterior puede llevar al productor a imponer restricciones verticales que limiten la competencia entre los distintos distribuidores que venden su producto, a efectos de incentivar la prestación de servicios de ventas que respalden o generen valor a la marca del fabricante, y de evitar que los distribuidores que no los prestan se apropien de los beneficios generados por los distribuidores que sí los prestan. Así, la fijación de precios de reventa, que en estas circunstancias tiene por objeto proteger las rentas del comercio que presta servicios de venta especializados e impedir que el comercio que no los presta pueda “quitarles clientes” a través de una reducción de precios encuentra justificación. Otra posibilidad es que el productor le asigne exclusividad horizontal a sus distintos distribuidores, a efectos de evitar que dentro de una misma área se desate una competencia de precios entre distribuidores que repercuta negativamente sobre el nivel de prestación que éstos realizan de sus servicios de ventas.

Es importante tener presente que los precios de reventa que el productor requiere fijarle al distribuidor son precios mínimos, en tanto que para evitar el problema de doble marginalización lo que se requería era fijar precios máximos. Esto se debe a que, si existen externalidades horizontales entre distribuidores, los incentivos de estos tienden a llevarlos a ofrecer menos servicios de venta.

IV. ANÁLISIS DE RESTRICCIONES VERTICALES ESPECÍFICAS

1. EL APROVISIONAMIENTO EXCLUSIVO:

El aprovisionamiento en el entorno económico se verifica como la forma de hacer llegar productos a los consumidores como actividad de intermediación que usualmente adoptan formas contractuales con obligaciones de exclusividad. Estas obligaciones le confieren protección territorial al distribuidor de determinados productos, así como pueden imponer la obligación de suministro de un solo o de determinado proveedor y/o de no adquirir productos que compitan con los del mencionado proveedor a través de las cláusulas de no competencia.

Estas obligaciones usualmente se insertan en el contenido de un contrato de distribución, representando un compromiso de un distribuidor de comprar solamente a un fabricante o a un tercero autorizado; a realizar el suministro exclusivo ya sea de uno o varios productos destinados a su ulterior venta en el establecimiento del distribuidor y en otras oportunidades puede revestir la obligación producto de la cual, el establecimiento debe estar autorizado por el fabricante para la ulterior comercialización. Este concepto implica no solo el aprovisionamiento de líneas de productos así como la modalidad reforzada de adquirir productos no relacionados con el objeto del contrato como prestación subordinada no deseada por el distribuidor pero que debe aceptar para recibir la prestación principal.

Estas operaciones tendrán un carácter vertical cuando agentes económicos que son parte del acuerdo se encuentran en distintos estadios del proceso económico.⁵ En general, los pactos de no competencia deben ser razonables en cuanto a su extensión geográfica, duración y productos o categorías comerciales que comprenden, de acuerdo a la realidad de nuestro contexto económico y deben analizarse para determinar si los mismos restringen o promueven la competencia para efectos de calificar la legalidad de los compromisos, siendo tales compromisos a final de cuenta el objeto principal de estudio de competencia del contrato, sin descuidar otros aspectos que deriven del mismo. En consecuencia, estos acuerdos

⁵ GINER Parreño, César. Distribución y Libre Competencia. Editorial Montecorvo, Madrid, 1994, pág. 57 a 58 y 86 a 87.



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

deben ser analizados de conformidad a la metodología general utilizada para los acuerdos verticales siempre de manera que la estructura de mercado relevante que crean no resulte restrictiva y por tanto compense de manera neta a la sociedad, al agente económico y los consumidores en cuanto a los beneficios que se deduzcan del mismo.

Veamos a continuación ejemplos de aprovisionamiento exclusivo:

1.1. DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA

En el marco de un acuerdo de distribución exclusiva, el proveedor se obliga a no vender su producción más que a un único distribuidor para su reventa en un territorio determinado. Al mismo tiempo, el distribuidor ve a menudo limitadas sus ventas activas hacia otros territorios exclusivos, como una forma de proteger a los distribuidores de otras áreas geográficas. Desde el punto de vista de la competencia, este sistema corre el riesgo sobre todo de debilitar la competencia intra marca y de asignar o repartir espacios de mercado relevante, de modo que de ello pudiera resultar una discriminación por los precios. Cuando la mayoría o la totalidad de los proveedores aplican la distribución exclusiva, eso puede facilitar la colusión, tanto a su nivel como al de los distribuidores. Este contrato usualmente impide al proveedor nombrar a otro distribuidor y a este último, revender productos de la competencia.

No obstante, tal restricción puede justificarse si su motivación está fundamentada en resolver problemas de externalidad. Usualmente se utilizan estos contratos como una oportunidad para el productor penetrar mercados relevantes en los que no cuenta con redes de distribución o con una organización que le permita esta actividad. Otro escenario pudiera ser el interesar al distribuidor por el producto a través de tal sistema de distribución exclusiva y se da cabida a que el productor pueda concentrar sus esfuerzos de venta. No obstante en estos casos será muy importante ponderar la competencia que surja entre marcas o entre fabricantes.

Así mismo, será necesario observar los acuerdos que fijen protecciones territoriales que impidan las importaciones, reexportaciones llevadas a cabo por terceros y/o las exportaciones, así como aquellas que fijen precios diferenciados para impedir o restringir la competencia o las obligaciones de no reconocer las garantías estándar de las importaciones paralelas, cuando estas infrinjan la competencia. Será el efecto neto sobre la eficiencia según se ha desarrollado en este documento, el que determinará si la distribución exclusiva es legal o no conforme a la norma de competencia.

1.2. ASIGNACIÓN DE CLIENTE EXCLUSIVO

La asignación de cliente exclusivo es una variedad que reviste la distribución exclusiva que se observa cuando un proveedor le garantiza al cliente que él será el único revendedor de su producto a un determinado grupo de clientes o personas, y éste se compromete a su vez a no vender los productos fuera de dicho grupo.

Esta división de mercado relevante no es necesariamente geográfica sino que se contempla por razón de los sujetos, es decir un productor o proveedor puede dividir un mercado relevante entre sus distribuidores que podían haber competido entre sí, al asignarles un tipo de clientes o grupo al cual deberán revender exclusivamente los productos suministrados. Con esta medida se reduce la competencia entre los distribuidores que comercializan el mismo producto, ya que el proveedor segmentó



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

la gestión de venta de estos distribuidores a determinados clientes establecidos por el proveedor.

La asignación de cliente exclusivo se aplica principalmente a los productos intermedios y en el nivel mayorista cuando atañen a productos finales, en cuyo caso pueden distinguirse grupos de clientes con demandas específicas diferentes en cuanto al producto.

Con la ejecución de esta conducta existen posibles riesgos a la competencia, uno de ellos asociado a la menor competencia intra marca y la partición del mercado relevante, con lo que se facilita particularmente la discriminación de precios, aplicando precios distintos según el cliente de que se trate. A su vez, esta práctica vertical puede facilitar la colusión, tanto en el nivel de los proveedores como en el de los distribuidores, cuando todos o la mayoría de los proveedores practican una asignación de cliente exclusivo.

Por otro lado, la asignación de clientes exclusivos dificulta para algunos distribuidores no designados o seleccionados la obtención del producto, ya que cada distribuidor designado posee su propia categoría de clientes a los cuales debe revender el producto. En ese sentido, el distribuidor se ve generalmente limitado en su venta activa a otras categorías de clientes asignados en exclusiva a otros distribuidores.

Así mismo, es importante destacar que la combinación de distribución exclusiva o asignación de clientes exclusivos con la compra exclusiva aumenta el riesgo de segmentación del mercado relevante y de discriminación de precios. La distribución exclusiva y la asignación de clientes exclusivos hacen más difícil que los clientes saquen partido de las posibles diferencias de precios dentro de una misma marca.

Esta combinación de conductas también impide que los distribuidores se beneficien de las diferencias de precios. Si se exige al distribuidor exclusivo que compre sus suministros de una marca dada directamente al fabricante, se le está impidiendo que se dirija a otros distribuidores exclusivos para comprar estos productos.

La asignación de cliente exclusivo puede ser permitida o legal si el agente económico que ejerce la práctica no goza de posición de dominio en el mercado relevante. De igual manera, esta restricción vertical entre el proveedor y distribuidor admite justificaciones basadas en argumentos de eficiencia.

Las denominadas eficiencias económicas pueden justificar las prácticas verticales, no obstante, aquel que alegue incrementos de eficiencia económica como resultado de sus actos debe acreditar tales supuestos.

Siendo así, la asignación de clientes exclusivos por lo general puede mejorar la eficiencia cuando existe un ahorro en los costos de transacción (v.g. costos relacionados con la búsqueda de los clientes, costos de negociación del contrato, costos ligados a la incertidumbre, costos de administración, publicidad, entre otros).

Así mismo, existen incrementos de eficiencia económica ligados a la conducta vertical de asignación de clientes exclusivos si se exige a los distribuidores hacer inversiones en equipos, o conocimientos técnicos específicos necesarios para adaptarse a las exigencias de dichos clientes.

La duración justificada de un sistema de asignación de clientes exclusivos viene determinada por el período de amortización. También es pertinente al momento de determinar las eficiencias, el término limitado de duración del contrato que por un



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

lado permite garantizar que los distribuidores puedan recuperar sus inversiones y por el otro, pasado el período de exclusividad permite al distribuidor la búsqueda de nuevas categorías de clientes para su producto, compitiendo con los otros distribuidores del mercado relevante de manera más dinámica.

En general, se dan más eficiencias en el caso de los productos nuevos o complejos y cuando los productos obligan al distribuidor a adaptarse a las necesidades del cliente en cuestión. Las eficiencias son más probables si se trata de productos intermedios, es decir, de productos que se venden a diversos tipos de compradores profesionales. Es poco probable que la asignación de consumidores finales genere eficiencias.

1.3. IMPOSICIÓN DE MARCA ÚNICA

Se trata de acuerdos entre agentes económicos actos unilaterales surgidos de un agente económico en ambos casos dentro de una operación de carácter vertical en la cual se induce, obliga, impone, fija, condiciona al comprador de bienes o servicios producidos, distribuidos, suministrados o comercializados a sólo comprar, vender, proporcionar, revender, o realizar transacción sobre productos que sean de determinada marca, o determinado proveedor. Esto implica que el distribuidor o suministrador no podrá vender, comprar, revender o analizar otra transacción de productos distintos de los del proveedor.

Usualmente estas cláusulas limitativas incluyen la no venta, compra, reventa u otra transacción de otras marcas de productos sustitutos de los productos del proveedor. Los contratos de marca única no deben tener una duración que cause efectos negativos en el mercado relevante interpretándose esto de manera restrictiva, si bien pueden renovarse.

Al aplicarse y analizar los acuerdos y actos verticales debe tenerse en cuenta que, en ciertos casos, cuando está próximo el vencimiento del contrato, los proveedores realizan todo tipo de operaciones para conseguir su renovación; en consecuencia, deberán procurarse medidas para evitar o, en su caso, perseguir estas prácticas que contribuyen a cerrar el mercado relevante, incluyendo aquellos acuerdos que permiten que los proveedores recurran a negocios simulados para ampliar el plazo de duración del contrato y contribuir al cierre del mercado relevante.

La posición de dominio en el mercado relevante del proveedor es primordial para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de las obligaciones de no competencia. En general, este tipo de obligación es impuesta por el proveedor, quien mantiene acuerdos similares con otros compradores. No sólo es importante la posición de dominio en el mercado relevante del proveedor sino también el alcance y la duración de la obligación de no competencia. Cuanto mayor sea la participación de mercado relevante derivada de la obligación de marca única, más importante será la exclusión causada por desplazamiento. Es necesario que los agentes económicos justifiquen amplia y objetivamente la adopción de estas medidas para sopesar cuidadosamente los efectos favorables de los desfavorables a la competencia y para tener claro el efecto real de éstas en dicha competencia. Estos acuerdos o actos verticales, además, no deben facilitar la colusión en el mercado relevante.

Estos acuerdos o actos verticales no deben crear dificultades a la competencia que no sea compensable en términos de eficiencia de acuerdo a este Manual, ni deben eliminar la competencia de manera sustancial o evitar la competencia efectiva; si los consumidores pueden por el contrario encontrar productos sustitutos de los



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

competidores o cuando los agente económicos competidores sean capaces de captar de manera relativamente fácil compradores para sus productos es probable que no se afecte la competencia. Cuando el proveedor tenga posición de dominio sobre el mercado relevante, cualquier obligación de marca única puede llevar fácilmente a efectos de desplazamiento en el mercado relevante. Cuanto mayor sea su posición de dominio en el mercado relevante, mayor será su capacidad de desplazamiento. En la justificación de eficiencia de la empresa o agentes económicos con posición de dominio en el mercado relevante, debe comprobarse el efecto neto a favor de la sociedad, y por ende del mercado relevante y el consumidor.

Es en el nivel minorista con los productos finales en el cual pueden verificarse el fenómeno del desplazamiento, dado los significativos obstáculos a la entrada que deben afrontar la mayoría de los fabricantes a la hora de crear canales o redes de comercialización para vender sus propios productos, generándose una restricción ínter marcas. Las exclusiones son más probables en el caso de un producto intermedio que en un producto final. Si se trata de productos finales vendidos al por mayor, el riesgo de exclusión depende del tipo de comercialización al por mayor y de las barreras a la entrada para los mayoristas. No hay riesgo de exclusión cuando los fabricantes competidores pueden organizar sus propios puntos de venta al por mayor.

La cláusula por la cual el proveedor obliga a que el comprador o similar en una transacción, le revelen las ofertas de otros proveedores acciona como cláusula de no competencia ya que no puede aceptarse a otro proveedor mientras el signatario de la cláusula no le ofrezca. Esto también hace propia la colusión entre proveedores además que lleva a concentrar sus compras o realizar transacciones con un solo proveedor. Lo mismo ocurre con la obligación de comprar cantidades mínimas, el sistema de rebajas por fidelidad, así como las tarifas duales (un precio fijo más un precio por unidad).

La transferencia de conocimientos usualmente justifica una obligación de no competencia, por ejemplo en una situación de franquicia. A este tema nos referiremos en su correspondiente apartado.

En general, puede considerarse que las obligaciones de marca única menores a un (1) año no sean inhibitorias o restrictivas de la competencia. Su renovación debe ser cuidadosamente observada.

El hecho de que el proveedor conceda al comprador préstamos o le proporciones equipos no específicamente ligados a su relación, no basta por sí sólo como justificación de eficiencia.

1.4. DISTRIBUCIÓN SELECTIVA

Los acuerdos de distribución selectiva usualmente revisten el carácter de suministro de producto de consumo sofisticado para cuya reventa de productos se estima limitar la misma al número de comerciantes autorizados. Tal como ocurre con los acuerdos de distribución exclusiva, los acuerdos de distribución selectiva limitan, por una parte, el número de distribuidores autorizados y, por otra, sus posibilidades de reventa. En contra de lo que ocurre con la distribución exclusiva, la limitación del número de minoristas autorizados no depende del número de territorios, sino de criterios de selección vinculados en primer lugar a la naturaleza



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

del producto y al mínimo de pericia del distribuidor que puedan desarrollar obligaciones específicas tales como promociones y niveles de aprovisionamiento.

Otra diferencia consiste en el hecho que la restricción en materia de reventa no afecta a las ventas activas efectuadas fuera de un territorio, sino a todas las ventas realizadas con distribuidores no autorizados, ya que entonces los minoristas autorizados y los consumidores finales son los únicos compradores potenciales.

La distribución selectiva casi siempre se utiliza para distribuir productos finales de marca. Desde el punto de vista de la competencia, este tipo de distribución corre el riesgo de debilitar la competencia intra marca y, sobre todo si hay efecto acumulativo, de eliminar uno o más tipos de distribuidores y de facilitar la colusión entre proveedores o compradores.

Al igual que el caso de distribución exclusiva, su justificación se fundamente en resolver problemas de externalidades entre distribuidores de una misma marca. Sin embargo, usualmente se requiere que el producto califique para este tipo de selección de distribuidor, que los aspirantes compitan sin restricciones, bajo criterios objetivos y no discriminatorios, que la selección del distribuidor esté relacionada con aspectos cualitativos para la correcta venta de los productos en los que se incluyen instalaciones adecuadas, personal especializado, una organización de servicios idónea y capacidad para manejar mercancía; siendo que no sería viable el criterio de disminución de números de oferentes e incluso de importaciones.

Los criterios cualitativos además deben ser los necesarios para la adecuada distribución de los productos, o que éstos no sean de la naturaleza propia que requiera un sistema de distribución selectiva. Usualmente se requiere que el distribuidor o que el sub-distribuidor honre las garantías del producto vendido por otro agente económico de la red.

1.5. SUMINISTRO EXCLUSIVO

El suministro exclusivo implica que una parte se obliga a obtener todo su suministro de determinados productos para la reventa exclusivamente de la otra parte del acuerdo. En estos contratos se estaría privando al adquirente de la libertad de obtener tales productos de cualquier otra fuente y se estaría impidiendo a otros suministradores colocar sus productos. Por ende, el suministro exclusivo significa que para efectos del adquirente pudiera ocurrir que para un mercado relevante no hay más que un único proveedor para productos determinados. Usualmente la obligación de compra exclusiva prevé expresamente que las compras se pueden realizar a agentes económicos a los que la parte suministradora haya confiado la distribución de los productos.

La conducta consistente en optar el suministrador por incluir una cláusula contractual en la que exige su autorización con carácter absoluto para que el vendedor pueda suplir a otro cliente, podría no ser racional desde el punto de vista económico frente a la actividad que pretenda realizar el titular demandante del producto, en atención a que se limita la libertad de éste imponiendo restricciones innecesarias para la consecución de sus objetivos, al impedir la realización de actividades comercialmente lícitas que pueden no afectar a su imagen de marca. De este modo las cláusulas de suministro exclusivo constituyen acuerdos que pueden producir el efecto de restringir la competencia en una parte del mercado



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

relevante específicamente fijando indirectamente condiciones comerciales o de servicio y limitando la distribución.

Desde el punto de vista de la competencia, el suministro exclusivo corre el riesgo, sobre todo, de dar lugar al desplazamiento de otros compradores o de poder impedir el acceso a otros suplidores, situación en la que pudiera ponerse en riesgo la participación competitiva de nuevos o potenciales rivales entrantes.

Esta conducta es necesario analizarla cuando los acuerdos de compra exclusiva se celebran entre partes con distintas participaciones de mercado relevante en sus respectivos niveles de producción, distribución, o comercialización, así como será necesario observar el período de tiempo por el cual se realicen los acuerdos. Serán pertinentes al momento de los análisis los productos competidores del proveedor incluyendo las importaciones, por el carácter restrictivo que pudiera dimanar de tales acuerdos, por el cual otros proveedores no puedan penetrar el mercado relevante o colocar sus productos. Así mismo se observará la competencia entre marcas y los pactos de acuerdos vinculantes respecto a productos que por su naturaleza o uso no lo estén con el producto objeto del suministro exclusivo.

En el caso de los productos intermedios, el suministro exclusivo a menudo se asimila a un suministro industrial. En estos casos usualmente se observan restricciones para que el adquirente pueda suplirse de bienes intermedios, materia prima o componentes de otro proveedor, así como cláusulas vinculantes que imposibilitan al adquirente a comprar otros bienes de otro suplidor, por lo que se imposibilita igualmente que el adquirente pueda suplirse y comerciar libremente de terceros en el mercado relevante. Estos contratos pueden ser racionales si se trata de objetos comerciales usuales, respecto a cantidades determinadas por un periodo de tiempo que asegure obligaciones comerciales recíprocas normales e indispensables, y que no restrinja la competencia.

2. FRANQUICIA

Los derechos de propiedad intelectual en principio restringen la competencia en estos acuerdos. Por lo tanto, sería necesario efectuar el estudio que esta guía describe, en los casos en los cuales se observen comportamientos, acuerdos o restricciones verticales y para los cuales será necesario llevar a cabo la metodología de análisis de posición de dominio en el mercado relevante y ponderar los beneficios económicos versus la restricción que conduzca a al resultado de limitar, impedir o desplazar significativamente la competencia.

Los acuerdos de franquicia contienen licencias de derechos de propiedad intelectual relativos en particular a marcas, signos registrados, conocimientos técnicos para el uso de la distribución de productos. La licencia y la asistencia comercial o técnica por la transferencia de conocimientos durante la vigencia del contrato son parte esencial del acuerdo comercial que se otorga en la franquicia. Por tanto son acuerdos verticales que contienen licencias de derechos de propiedad intelectual, especialmente marcas y conocimientos técnicos para el uso y la distribución de productos. Además de facilitar un método comercial, los acuerdos de franquicia pueden contener una combinación de diferentes restricciones verticales relativas a la venta de productos que se distribuyen, como la distribución selectiva, cláusulas inhibitorias de la competencia, distribución exclusiva u otras formas.

Se trata de un acuerdo vertical respecto de productos por el cual el propietario de una marca, nombre comercial u otra presentación distintiva (franquiciante) otorga una licencia en favor de un minorista (franquiciado) para que se utilice su marca, nombre comercial o presentación, y para disponer su establecimiento de acuerdo al



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

distintivo o formato asociado con el franquiciante. El franquiciado continúa siendo un agente económico independiente, soportando su propio riesgo financiero, entre los que se incluyen el pago de cánones o regalías al franquiciante. Este contrato se define como vertical ya que se desarrollan entre sujetos que operan en diferentes niveles de la cadena de producción, distribución o comercialización, como los son de proveedor y demandante del producto.

En la franquicia opera la existencia de un propietario que es poseedor de un nombre, una idea, un proceso o un procedimiento secreto, una pieza de un equipo especializado y un saber hacer/conocimiento práctico asociado e involucrado al producto mismo. Se obtiene la cesión de una licencia por parte del propietario, a nombre de otra persona, permitiendo el uso de un nombre, idea, proceso o equipo, así como el conocimiento sobre el asunto en la relación contractual relacionadas con la operación del negocio a cambio del pago de una contraprestación o regalía por los derechos cedidos por todo el servicio que el franquiciante proveerá al franquiciado; de igual forma, puede pactarse el pago por el abastecimiento de mercancías o productos en exclusividad. No obstante, cada contrato contará con características propias con el afán de describir lo más detalladamente posible las características inherentes al negocio en desarrollo.

Este es un tipo de negocio que puede tender a la minimización de riesgos, a partir de la atomización de las necesidades de inversión, simplificación de los procedimientos de administración del negocio respecto a una organización vertical extendida, reducción de los costos operativos debido al ingreso del negocio a una economía de mayor escala, retorno de la inversión en la publicidad y promoción del producto a partir de mayor volumen en la actividad ya que permite la pertenencia a una cadena de comercialización prestigiosa e identificable por parte del público consumidor. Aunado a lo anterior permite el acceso a beneficios, provecho de una planificación previa del franquiciante en la cual el franquiciado participa del beneficio de una economía a gran escala, concentra sus esfuerzos en resultados programados con participación y provecho de la notoriedad de una marca, además que provee asistencia técnica permanente en estudios de mercado relevante, localización de locales, formación de personal, inversión en técnica de apoyo en punto de venta y promoción, asesoramiento en política de gestión, contabilidad, auditoría interna.

Las particularidades del contrato de franquicia permiten conductas tipificadas como anticompetitivas tales como establecer precios de reventa sugeridos por el franquiciante, lo cual iría contra la prohibición de otras condiciones de comercialización.

La intervención en estos casos de la PROCOMPETENCIA puede tender a controlar cláusulas contractuales y de su eventual inclinación anticompetitiva analizando los beneficios o eficiencia económica y las ventajas que aporten a los consumidores de productos, así como el aumento en el nivel de eficiencia en la organización productiva y en la distribución, en donde los efectos benéficos netos para la sociedad, para el desarrollo de los productos de que se trate y, por ende para el consumidor, derivados de esa eficiencia económica, pueden superar los posibles efectos anticompetitivos.

Por lo general se consideran obligaciones necesarias para proteger los derechos de franquicia, la imposición al franquiciado de no ejercer directa o indirectamente una actividad comercial similar, la obligación del franquiciado de no adquirir las participaciones de capital de agentes económicos competidores que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento de los agentes económicos; la imposición al franquiciado de no develar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

pasado a ser de dominio público; la imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y conceder a éste y otros franquiciados una licencia no exclusiva sobre los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia; la imposición al franquiciado de informar al franquiciador de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante la licencia e iniciar acciones legales contra los infractores; la obligación de la imposición al franquiciado de no utilizar conocimientos técnicos transferidos por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia y la imposición del franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el conocimiento del franquiciador.

3. VENTAS ATADAS O VINCULADAS

Las ventas atadas están tipificadas en el literal c) del artículo 19 de la ley. Usualmente, la relación que existe entre el producto principal y el atado es que el segundo es complementario o está relacionado al primero. También es muy común que el bien principal es el producto tangible y el bien atado es el servicio inherente para el buen funcionamiento, mantenimiento y/o reparación del producto principal.

Si la venta atada no impide la competencia en el mercado relevante de alguno de los dos productos (el principal y el atado) y puede sustentarse en términos de ganancias en eficiencia, no existe inconveniente a este tipo de práctica.

También se justifica la venta atada cuando se utiliza para garantizar la calidad de los productos. Es común que algunos agentes económicos que comercializan equipos de oficina, vendan el bien atado al servicio de mantenimiento y reparación. Esto se hace para asegurar la calidad del servicio y de los repuestos utilizados. Además, para poder determinar en caso de daño, luego de una reparación, si esta se debió a desperfectos en el propio bien, o la mala calidad de los repuestos utilizados o a un trabajo de mano de obra deficiente.

Si la venta atada se establece por un período de tiempo limitado con el propósito de facilitar la entrada de un nuevo producto al mercado relevante puede justificarse en términos de ganancia en eficiencia. Esto es muy común en los supermercados donde alimentos, artículos de limpieza personal y de aseo del hogar se venden junto a otro artículo relacionado o complementario como forma de promoción y mercadeo de un nuevo producto que quiere introducirse al mercado relevante o aumentar la participación en el mercado relevante de un producto ya existente.

En muchas ocasiones este producto atado no tiene ningún precio adicional al producto principal. En otros casos, el precio del producto principal aumenta en una cantidad menor que el precio del producto atado (“paquete”) si se compra separado. El agente económico cobra por el producto atado la cantidad mínima para cubrir sólo sus costos, en algunos casos puede ser que no llegue a cubrir estos.

Puede desplazar a un competidor si un producto principal, en el cual el agente económico tiene posición de dominio en el mercado relevante, se vende atado a otro producto en el cual el agente económico no tiene posición de dominio en el mercado relevante, pero quiere adquirirlo indebidamente. Para llevar a cabo esto, vende sistemáticamente el producto atado durante un período prolongado de tiempo, aprovechando la posición de dominio que tiene en el producto principal e incluso compensando pérdidas en el producto atado (subsidio cruzado) para desplazar indebidamente a los competidores del producto atado y adquirir



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

beneficios y/o posición de dominio en el mercado relevante en el otro mercado relevante.

Los requisitos básicos que deben existir para que una venta atada se considere anticompetitiva son:

- Existencia de dos (2) productos separados o separables.
- Que el agente económico abusa de su posición de dominio en el mercado relevante del producto principal.
- El producto principal sólo se vende atado.
- La competencia se ve afectada.
- La práctica se lleva a cabo durante un período prolongado de tiempo y no puede explicarse en términos de ganancia en eficiencia.

Una variante de venta atada es la imposición de toda una línea de productos, en la cual un proveedor presiona (u obliga) a un comprador, que primordialmente sólo está interesado en un producto específico, a adquirir una línea completa de productos. Esta condición de atar la venta a toda la línea de productos puede eliminar oportunidades que otros agentes económicos vendan productos afines o aumenten las barreras a la entrada para aquellos que no ofrecen toda una línea de productos.⁶

4. IMPOSICIÓN DE PRECIOS DE REVENTA

La fijación unilateral de un precio de reventa ya sea máximo o mínimo es considerada como una práctica anticompetitiva entre no competidores susceptible de ser sancionada, y se encuentra establecida en el inciso b) del artículo 19 de la Ley.

Aunque esta conducta en principio restringe la competencia y puede afectar negativamente la eficiencia del mercado relevante en cuanto a la determinación de precios y cantidades, es necesario tomar en cuenta algunas consideraciones al evaluar su efecto neto.

En principio, se puede argumentar que en la fijación de precios de reventa el productor defiende al consumidor del cobro abusivo del distribuidor y comerciante detallista. Sin embargo, la fijación de precios de reventa máximos puede ser vista como una forma que no afecta la eficiencia del mercado relevante, sino que busca evitar que algunos distribuidores por ciertas condiciones especiales del mercado relevante en que se desarrollan (localización geográfica, ingresos de la población, entre otras) abusen de los consumidores estableciendo precios exorbitantes. En estos casos, usualmente no existe una práctica vertical restrictiva de la competencia.

En el caso de la imposición de precios de reventa mínimos la situación es opuesta. Estos casos sí afectan la eficiencia del mercado relevante y al consumidor directamente, ya que se impide el establecimiento de precios menores a los fijados por el proveedor lo que afecta el bienestar del consumidor.

Los argumentos a favor de esta política es evitar el comportamiento oportunista, los precios predatorios, el deterioro de la marca (el consumidor puede pensar que la calidad ha disminuido al reducirse los precios) y el deterioro del segmento de mercado relevante en donde está enfocado el producto. La fijación de precios

⁶ Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y las leyes sobre competencia. Recopilado por R.S. Khemani y D.M. Shapiro



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

mínimos de reventa es la conducta que requieren mayor análisis y cuidado al utilizar la regla de la razón.

Si se permitiera la imposición de precios de reventa nunca un productor con posición de dominio en el mercado relevante tendría que renunciar a parte de sus utilidades por cambios en el entorno competitivo, le bastaría simplemente reducir el precio al consumidor, restringiendo el margen de ganancia del distribuidor o detallista.

La realización de publicidad dirigida al consumidor final respecto al precio al cual deberían ser vendidos los productos que va a demandar, en términos generales, puede llegar a condicionar la autodeterminación del detallista respecto al precio al cual está dispuesto a vender sus productos, pues aunque la publicidad haga alusión a un precio sugerido, el consumidor tiende a exigirlo al detallista, sin considerar otros aspectos no mencionados en la publicidad, tales como el costo de operación del detallista o su margen de utilidad.

Si bien es cierto que la información asimétrica tiene repercusión en el aprovechamiento de oportunidades, no por ello la ausencia de publicidad, implica un desconocimiento total de las opciones de compra de los consumidores en su entorno.

Una lista de precios sugeridos tendría un efecto anticompetitivo en la medida que todos los negocios que venden el producto tengan que hacerlo al mismo precio. Por el contrario, la competencia entre detallistas con base en el precio que cada uno esté dispuesto a cobrar traería consigo beneficios tanto para los detallistas como para los consumidores.

Si la relación comercial del distribuidor con el productor es de comisionista, la imposición de precios de reventa ha tendido a ser validada y no sancionada. Si el distribuidor actúa por cuenta del productor, ello constituye una forma de integración vertical y no una práctica anticompetitiva entre no competidores.

5. OTRAS RESTRICCIONES VERTICALES

En los puntos anteriores se han desarrollado las prácticas verticales más comunes que tienden a darse en una economía, sin embargo, existen otros tipos de conductas verticales que entraremos a desarrollar. Estas conductas pueden surgir del contrato que se confeccione entre los agentes económicos que tendrán la relación comercial o pueden surgir de la práctica o relaciones comerciales entre los agentes económicos sin ningún sustento legal mediante un contrato.

El hecho que la conducta se dé basada en un contrato no exime de culpa al proveedor, si éste posee posición de dominio en el mercado relevante y la práctica tiene como objeto o efecto limitar, impedir o desplazar significativamente la competencia a un agente económico.

Entre otras prácticas verticales que no han sido señaladas anteriormente se pueden mencionar:



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

5.1. VOLÚMENES MÁXIMOS DE VENTAS

Un proveedor o distribuidor establece a sus clientes un volumen máximo de venta ya sea de forma contractual o en la práctica, negándose a vender después de cierto volumen especificado para cada cliente particular.

Este tipo de conducta puede justificarse si se prevé un exceso de demanda o una disminución de la oferta, lo cual puede ocasionar un desabastecimiento en el mercado relevante. El fabricante o distribuidor debido a su política comercial e imagen de marca no desea que esta situación se dé en el futuro inmediato en el mercado relevante, por este motivo restringe las ventas de sus clientes.

Este desabastecimiento también puede crear especulación o que los precios suban por el simple juego de la demanda y oferta. El fabricante o distribuidor puede tener una política de precios bajos y no quiere que esta situación afecte su imagen y posiciónamiento en el mercado relevante.

Por otro lado, establecer un volumen máximo de venta a diferentes clientes puede ser una forma de división de mercados relevantes por tipo de cliente o región geográfica (restricción territorial). También puede ser la forma de crear escasez en una región o tipo de cliente específico para incrementar los precios.

5.2. RESTRICCIONES RESPECTO DE LA EXHIBICIÓN DE PRODUCTOS

Esta práctica sucede cuando un proveedor impone a un distribuidor los productos que podrá tener en exhibición en sus anaqueles y puede incluso tomar represalias si exhibe otros productos que no son los autorizados por él. La restricción puede ser en base al lugar en el estante que debe tener el producto, el espacio reservado para este u otro aspecto visual que afecte la exhibición de los productos propios o de la competencia.

Este tipo de práctica puede convertirse en una restricción a la competencia porque puede excluir a productos sustitutos del producto del proveedor (con poder de mercado relevante) que lleva a cabo la práctica o establecer ventajas exclusivas de un producto sobre otro con el efecto de desplazarlo del mercado relevante.

La justificación puede ser que por el mayor volumen de ventas, el producto del proveedor merece un mejor y mayor espacio, lo cual es un principio básico de mercadeo, sin embargo debe analizarse mediante la regla de la razón si la restricción especificada es lógica y normal dentro de las actividades de negocios y no una forma velada de excluir a la competencia.

5.3. RESTRICCIONES RESPECTO A LA UTILIZACIÓN DE PRODUCTOS

En este tipo de restricción el proveedor establece el único uso que el distribuidor podrá darle al producto y no podrá darle un uso alternativo. Esto puede estar justificado si lo que se busca es que el producto funcione correctamente y trabaje durante su vida útil sin inconvenientes. El proveedor busca perseverar la imagen de calidad y servicio que pueda tener el producto, además de prevenir daños por mal uso del mismo.

No obstante, tal práctica también puede estar dirigida a impedir la entrada de un competidor o a excluirlo. Pueden existir usos alternos de un producto que compiten con otro producto del mismo proveedor. Hoy día, con la segmentación de



Instituto de Promoción de la Competencia
PROCOMPETENCIA

mercados relevantes, la proliferación de marcas y productos especializados para satisfacer un nicho de mercado relevante, en particular un mismo agente económico tiene múltiples productos que realizan funciones iguales pero están enfocados a segmentos de mercado relevante distintos con base en ingreso, sexo, raza, edad, clase social, gustos u otra variable demográfica o psicográfica.

El proveedor por medio de esta restricción evita que sus propios productos compitan entre sí, pero a la vez puede impedir que los distribuidores compitan con los proveedores en ciertos segmentos del mercado relevante. Esta situación puede darse también en cuanto a los servicios, en donde se restringe el uso de un producto a brindar ciertos servicios específicos, pero no a otros que brinda el proveedor y en los cuales el distribuidor competiría con el proveedor.

5.4. PROHIBICIONES DE CONDICIONES COMERCIALES

Ocurre cuando un proveedor impide a un distribuidor que otorgue descuentos, que dé crédito u otra condición común en los negocios. Esto se puede convertir en una forma de afectar al distribuidor o dar ventajas a un distribuidor sobre otro y/o puede ser una manera de excluir a un distribuidor que no está dispuesto a establecer ciertas condiciones de negocios que el proveedor solicita, pero que afectan el proceso de competencia y al consumidor.

Una posible justificación para esta conducta puede ser que el proveedor tiene una política de negocios uniforme para todos los proveedores, desea estandarizar su producto y todo lo relacionado con él, para que no exista ningún tipo de confusión en los clientes y todos reciban condiciones comerciales diferentes.