



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Restricciones verticales

Unión Europea, Estados
Unidos, Chile y Argentina

PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA

LIBRE COMPETENCIA
EN POCAS
PALABRAS
Nº 04/ Abril 2021

Restricciones verticales¹

1. INTRODUCCIÓN.

En términos generales, las restricciones verticales (“RV”) son mecanismos de operación entre agentes económicos independientes, situados en diferentes niveles de una cadena productiva (de estructura vertical), a través de los cuales se regulan las condiciones con que éstos compran, venden o revenden ciertos productos o servicios².

Estas restricciones pueden darse en cadenas productivas sencillas, esto es, que poseen –por una parte– un fabricante, importador o proveedor (en adelante el “proveedor” y/o “vendedor”) y –por otra–, un distribuidor mayorista o minorista (el “distribuidor” y/o “comprador”). También pueden existir RV en estructuras más complejas con proveedores que operan en distintos niveles de la cadena productiva (por ejemplo, el proveedor de cristales que suministra al fabricante de anteojos), y/o entre distribuidores que se mueven en distintos niveles de la cadena de distribución (como una tienda óptica de barrio que vende al por menor (minorista) a diferencia de una gran óptica que compra y vende anteojos en grandes cantidades (mayorista)).

De este modo, el carácter de “restricción vertical” de una determinada cláusula no depende de que sea “impuesta” por un agente económico a otro, sino de que estos tengan cierto nivel de independencia, y de la posición de cada uno en la cadena productiva (de naturaleza vertical), así como de la condición regulada por dicha cláusula.

¹ Documento elaborado por el Programa UC | Libre Competencia, con la colaboración de Camilo Larrain y Óscar Lizana Rivera.

² FNE, *Guía para el análisis de restricciones verticales* (2014), p. 4.

2. ¿QUÉ DEBEMOS SABER SOBRE LAS RESTRICCIONES VERTICALES?

Normalmente, se pueden distinguir 2 grupos de RV³:

- a) Restricciones intra-marca: se refieren a la forma en que los productos de un mismo fabricante son distribuidos, es decir, se dan dentro de la misma estructura vertical (p.ej., los cereales marca K vendidos por distintas cadenas de supermercados). Aquí destacan las fijaciones de precios mínimos o máximos de reventa, sugerencias de precios de reventa, territorios exclusivos, distribución exclusiva o selectiva, requerimientos de servicios, y cláusulas de cliente preferencial.
- b) Restricciones inter-marca: gobiernan la relación entre los productos de un fabricante y los de su competencia, esto es, entre estructuras verticales rivales (p.ej., la venta de cereales marca K y los de su competencia, los marca Y). Las más comunes son los contratos de exclusividad, tarifas en dos partes, descuentos por metas, ventas atadas o ventas empaquetadas, pago por acceso a góndola, y el requerimiento mínimo de compra.

Las RV pueden ser pro-competitivas en la medida en que sean aptas para incrementar los niveles de eficiencia productiva y asignativa, beneficiando no sólo a quienes las suscriben sino también a los consumidores finales. En efecto, pueden mitigar externalidades dentro de la cadena de suministro al reducir costos de transacción entre vendedor y comprador, como los gastos de búsqueda y costos asociados a

³ *Ibidem*, p. 5.

comportamientos oportunistas; optimizar los niveles de inversión y eliminar las distorsiones de precios⁴.

Sin embargo, también pueden afectar la competencia en la medida en que los riesgos asociados a las mismas no sean capaces de ser mitigados con sus eficiencias. Es así como pueden debilitar la intensidad de la competencia intra-marca o de la competencia inter-marca, pudiendo verse beneficiados los agentes económicos sujetos a la RV, pero en desmedro del bienestar social.

Es así como la licitud de la conducta dependerá del análisis y evaluación de las eficiencias, riesgos y efectos anticompetitivos propios de la restricción, el cual se realiza conforme a los criterios particulares de las distintas jurisdicciones.

3. ¿QUÉ SABEMOS SOBRE LAS RESTRICCIONES VERTICALES EN EL MUNDO?

A continuación, se revisará el tratamiento de las RV en las jurisdicciones de la Unión Europea, Estados Unidos, Chile y Argentina.

3.1. Unión Europea.

Las prácticas verticales con efectos sobre el comercio en estados miembros de la Comunidad Europea han sido analizadas por las distintas autoridades de competencia de diversas maneras, pero en su mayoría recayendo sobre el concepto de “asociaciones de empresas y prácticas concertadas”, reguladas en el [artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (“TFUE”). Este artículo consta de 3 partes.

⁴ FNE, *Guía para el análisis de restricciones verticales* (2014), p. 5.

En primer lugar, declara incompatibles y prohibidas las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto restringir o falsear la competencia en el mercado, y luego da ejemplos de dichas conductas.

En segundo lugar, se establece la nulidad absoluta de los acuerdos, prácticas concertadas y decisiones de asociaciones de empresas que prohíba el apartado primero.

En tercer lugar, y sin perjuicio de lo anterior, permite que determinados acuerdos estén exentos de la prohibición estipulada en el apartado primero, siempre que generen suficientes beneficios para superar los efectos contrarios a la competencia.

De esta forma, las prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y que al mismo tiempo reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, serán permitidas sin que se impongan restricciones que no sean indispensables para alcanzar dichos objetivos, y sin que ofrezcan la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Consecuencia de este último apartado es el [Reglamento 330/2010 de Exención por Categorías de la UE](#) (“Reglamento”), que hace inaplicable la prohibición del artículo 101 a los acuerdos verticales que cumplan determinados requisitos, proporcionándoles una presunción en cuanto a su legalidad. Entre dichos requisitos sobresalen los siguientes:

- a) Las participaciones de mercado del proveedor y del cliente no deben superar en ningún caso el 30% del mercado relevante.

- b) Los contratos no deben incluir cláusulas de fijación de precios de reventa.
- c) Si los contratos establecen territorios exclusivos para la distribución mayorista de un producto, los mismos no deben extenderse al sector minorista.
- d) Si los contratos se refieren a la compraventa de componentes o repuestos de un producto, no deben impedir la reventa de estos a usuarios finales, reparadores o prestadores de servicios de posventa.
- e) Los contratos no deben incluir cláusulas de no competencia por períodos superiores a los 5 años (mientras dure el acuerdo) o a 1 año (una vez que el acuerdo ya ha expirado).

Asimismo, y en complemento al Reglamento, la Comunidad Europea estableció Directrices relativas a las restricciones verticales, a fin de ayudar a las empresas a comprobar que sus acuerdos verticales no constituyan una infracción al artículo 101 del TFUE.

3.2. Estados Unidos.

En la legislación de competencia de los Estados Unidos no existe una disposición específica que prohíba las prácticas verticales, sin perjuicio de que los tribunales han interpretado que muchas de estas, cuando generan efectos anticompetitivos, se pueden encuadrar como “acuerdos para restringir el comercio” o como “actos de monopolización”, ambas conductas sancionadas en los 2 primeros artículos de la [Ley Sherman](#), respectivamente.

Adicionalmente, las mismas pueden ser analizadas como violaciones al artículo 5 de la [Ley de creación de la Comisión Federal de Comercio](#) que prohíbe los “métodos desleales de competencia” y, en el caso de las conductas que implican

exclusividad vertical, como infracciones al artículo 3 de la [Ley Clayton](#), en los casos en los que su efecto sea “reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio”.

La jurisprudencia norteamericana no ha sido pacífica en cuanto a la forma en que deben ser analizadas las diversas restricciones verticales: en algunas ocasiones las ha considerado ilegales *per se*, mientras que en otras las ha analizado conforme a la regla de la razón, existiendo muchas veces inconsistencias al respecto.

En específico, la fijación de precios de reventa ha sido analizada de diferentes formas: a veces como si se tratara de un acuerdo vertical de precios, y otras como si fuera una imposición unilateral, dándose un trato más duro a las primeras. Es así como la jurisprudencia del Siglo XX fue volátil al momento de castigar estas conductas, muchas veces sin imponer sanción alguna, y otras determinando su ilegalidad de manera *per se*.

Lo anterior se mantuvo por largo tiempo, hasta que en el año 2007 para el caso “[Leegin c/ PSKS](#)” la Corte Suprema norteamericana resolvió modificar la jurisprudencia pasada según la cual los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa eran anticompetitivos *per se*, pasando a un análisis regido por la regla de la razón, debiendo analizarse en cada caso los efectos anticompetitivos del mismo y sopesarlos con los efectos pro-competitivos que trajeran aparejados.

Para el caso de las exclusividades verticales la jurisprudencia mantuvo su análisis inicial, considerándolas, primeramente, como conductas anticompetitivas *per se*, siempre que abarcaran una parte sustancial del mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, el análisis evolucionó eliminando la regla *per se* de manera definitiva para esta conducta, cuando en 1977 la Corte Suprema resolvió el caso “[Continental T.V., Inc. c/ GTE Sylvania Inc.](#)”, estableciendo ciertas pautas a seguir en la aplicación de lo que se denominó una “regla de la razón estructurada”, siendo aplicada de forma más o menos consistente por la jurisprudencia posterior, y siendo muchas veces juzgada bajo una presunción de legalidad.

Hoy en día el análisis dista de una presunción de legalidad, pero considerando siempre el examen de la regla de la razón, cotejando los efectos de cada caso en el mercado y la posición de los agentes en él.

3.3. Chile.

Según la legislación actual, las RV pueden llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos. En ese sentido, dichas prácticas pueden consistir en la explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, por la cual fijan precios de compra o venta, imponen a una venta la de otro producto, asignan zonas o cuotas de mercado, o imponen a otros agentes abusos semejantes (artículo 3 letra b) del [Decreto Ley Nro. 211 de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley Nro. 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción](#) (“DL 211”). Asimismo, las RV podrían consistir en prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante (artículo 3 letra c) del DL 211).

Incluso, las RV pueden utilizarse como mecanismos de sustitución de acuerdos

horizontales entre distribuidores rivales mediante la utilización de proveedores comunes (i.e., acuerdos verticales fingidos o *sham vertical agreements*)⁵.

Respecto al análisis de la licitud de las RV, en general, deben analizarse bajo la perspectiva de la “regla de la razón”, lo que implica analizar y acreditar la posición de dominio del actor que impone la restricción, considerar eficiencias de la conducta y potenciales efectos nocivos.

Sin embargo, la forma de análisis puede cambiar en caso de que una misma conducta genere efectos restrictivos en el plano horizontal de la cadena de suministro –por ejemplo, una práctica de fijación de precios de venta entre competidores–, caso en el cual se aplican las reglas para las “restricciones horizontales”. Este tipo de restricciones se refieren a agentes que están ubicados en el mismo eslabón de la cadena productiva, y se asocian a las prácticas colusivas. A dichas prácticas se les aplica la “regla *per se*” en la medida en que se refieran a conductas consideradas como “carteles duros”, que son aquellas que “involucren a competidores entre sí y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación” (artículo 3 letra a) del DL 211).

Sin embargo, por no ser objeto de este documento, no se ahondará en el análisis de las restricciones horizontales.

Siguiendo al derecho comparado, las autoridades de libre competencia chilenas (i.e. la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”)) han optado por una evaluación de los efectos actuales o potenciales de

⁵ FNE, *Guía para el análisis de restricciones verticales* (2014), p. 9.

las RV, desestimando un análisis puramente formal del contenido esencial de dichas conductas⁶. A continuación, se explican las 3 etapas consecutivas del marco analítico de las RV.

1. La participación de mercado de los agentes económicos sujetos a la restricción: para definir las cuotas de mercado de las entidades analizadas, primero se debe definir el o los mercados relevantes⁷ en el cual ellos se desenvuelven. A mayor cuota de mercado de una o todas las partes, mayor es el riesgo de la RV.

En general, si tanto el comprador como el vendedor detentan una participación de mercado del 35% o menos, entonces opera una presunción de licitud, y la FNE no investigará, a menos que dicha apreciación de licitud se desvirtúe por otras RV paralelas entre proveedores y/o distribuidores competidores entre sí y que en conjunto generen un efecto acumulativo, y en otros casos especiales así calificados por la FNE, como las fijaciones de precios mínimos de reventa⁸.

Cabe destacar que los resultados de esta primera etapa determinan la necesidad de continuar o no con los siguientes pasos de evaluación, toda vez que difícilmente una RV generará efectos o riesgos anticompetitivos si es que ninguna de las partes cuenta con participaciones de mercado suficientemente altas⁹.

2. Los efectos y/o riesgos anticompetitivos, actuales o

⁶ FNE, *Guía para el análisis de restricciones verticales* (2014), p. 6.

⁷ FNE, *Guía para el análisis de operaciones de concentración* (2012), pp. 10 a 12.

⁸ *Op. cit.*, pp. 7 y 8.

⁹ *Ídem*.

potenciales, derivados de la RV: los más relevantes son:

- (a) La promoción o facilitación de la colusión o coordinación a nivel de proveedores o distribuidores en presencia de competencia intermarcaria: tal como se adelantó, una RV que disminuye la competencia intra-marca puede facilitar la coordinación o incluso la colusión entre competidores a lo largo de distintos niveles de la cadena vertical de suministro, siendo el ejemplo extremo los acuerdos verticales fingidos. Es así como los distribuidores pueden coordinar precios o repartirse el mercado a través de cláusulas de cliente preferencial o la asignación de territorios exclusivos.

Asimismo, un proveedor común puede ser utilizado para intercambiar información sensible entre los distribuidores rivales o incluso para facilitar la implementación, coordinación y fiscalización de un cartel o de una práctica concertada de tipo *Hub and Spoke*¹⁰.

De manera más excepcional, las RV pueden facilitar una explotación abusiva individual por parte de un proveedor que detenta poder de mercado, al inhibir la competencia intra-marca entre sus distribuidores¹¹.

¹⁰ Sentencia del TDLC Nro. 167-2019, *Caso Supermercados* (Rol C-304-2016), c. 7°: "(...) las cadenas requeridas habrían acordado un precio mínimo de venta de la carne de pollo fresco en supermercados al menos entre los años 2008 a 2011. (...) lo acusado es una forma concreta de actuación: la observación de una "regla" entre las requeridas para mantener el precio mínimo, que fue exigida de un determinado modo entre las cadenas".

¹¹ Por ejemplo, si el proveedor con poder de mercado es quien concede cláusulas de cliente preferencial a los distribuidores (que cuentan con

- (b) El bloqueo o retardo de la entrada o crecimiento de otros competidores, con el objeto de mantener o incrementar una posición dominante colectiva o individual en el mercado.

Es así como se pueden crear barreras artificiales a la entrada a través de la fijación de precios de reventa que impiden el ingreso de distribuidores con estrategias de precios bajos (*hard-discounts*) al mercado.

También se pueden utilizar RV como exclusividades o descuentos condicionales, para incrementar artificialmente los costos de los demás actores del mercado, negándoles el acceso a economías de escala y así, bloquear la expansión de competidores.

Teniendo en cuenta las particularidades de cada mercado, para determinar la probabilidad de ocurrencia y magnitud de los efectos y/o riesgos a la libre competencia, la FNE considera¹²: (i) las condiciones de competencia existentes (concentración y madurez del mercado, cuotas de mercado y posición de dominio de las partes, economías de escala, costos y barreras de entrada, el efecto “acumulativo” de las restricciones, etc.); y (ii) las características de la RV (porcentaje de las ventas o compras

cierto poder de contrapeso ante la posición del proveedor en el mercado), mostrándoles su compromiso de no ofrecer mejores condiciones a otros compradores. Así, disuade a los distribuidores a que no lo presionen para que les conceda descuentos, debido al miedo a que el proveedor les conceda mayores descuentos a otros distribuidores.

¹² FNE, *Guía para el análisis de restricciones verticales* (2014), pp. 13 a 16.

totales de las partes que están cubiertas por la RV, duración y tipo de restricción, clientes afectados, otras restricciones acordadas por las partes, efectos asociados, etc.).

3. Las eficiencias emanadas de la RV: según lo señalado *supra*, las RV buscan remediar el impacto o las externalidades que las decisiones individuales de los distintos agentes económicos pertenecientes a una estructura vertical generan en los demás miembros. Es así como pueden ser pro competitivas en cuanto mejoren la coordinación vertical entre dichos agentes y, con ello, aumenten los grados de eficiencia de la estructura vertical, “e incrementen el grado de competencia entre aquella y sus estructuras verticales rivales”¹³⁻¹⁴.

Las externalidades que comúnmente se buscan evitar son:

- a) La doble marginalización, que se refiere a la disminución de la cantidad total de unidades vendidas debido al sobre-precio traspasado al consumidor final.
- b) El efecto *free rider*, que busca garantizar la provisión óptima de servicios complementarios a la venta de un producto como publicidad, vendedores especializados o servicios de post-venta.
- c) La existencia de *hold-up*, que consiste en el incentivo de cierto agente involucrado en una

¹³ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴ WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law-Oxford University Press* (2012, séptima edición), p. 628: “Vertical restraints can be used to align the incentives of the parties so that one party does not act in a way that would harm the interests of the other. There may be situations where the manufacturer needs the retailer to improve sales levels or not to price too high in order to obtain benefits. The negative externality of too high pricing by a retailer can be avoided by imposing a maximum resale price on the retailer”.

relación contractual para adoptar un comportamiento oportunista una vez hundidas las inversiones por su contraparte, con el fin de apropiarse con posteridad (*ex post*) de las utilidades generadas por éstas. Dicha posibilidad desincentiva a esta empresa con comportamiento oportunista a invertir *ex ante*, lo que puede ser ineficiente desde el punto de vista social¹⁵. En consecuencia, las empresas dentro de una misma estructura vertical pueden celebrar contratos de exclusividad, cláusulas de no competencia o requerimientos mínimos de compra (*quantity forcing*) cuando la inversión es realizada por el proveedor; o tipos de distribución exclusiva cuando la inversión la hace el distribuidor.

Finalmente, los riesgos y/o efectos contrarios a la libre competencia deben ser ponderados con las eficiencias identificadas por las partes, en un examen de 3 etapas:

- 1) Veracidad de las eficiencias esgrimidas, esto es, que existen suficientes antecedentes para concluir que son aptas para solucionar un problema de coordinación específico entre quienes acuerdan la restricción.
- 2) Verificada la veracidad de las eficiencias, éstas se analizan cualitativamente para determinar si son contrapesos efectivos a los riesgos y/o efectos anticompetitivos generados por la RV.
- 3) Si se concluye que sirven de contrapeso, entonces se analiza cuán indispensable es la restricción adoptada (i.e., existen o no alternativas realistas y menos restrictivas a la competencia que no

impliquen una pérdida importante de las eficiencias que genera la RV).

3.4. Argentina.

La regulación de la libre competencia en Argentina se encuentra actualmente regida por la nueva [Ley de Defensa de la Competencia](#), publicada el año 2018.

Ella comienza estableciendo una prohibición general a los acuerdos y conductas que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general (artículo 1).

Asimismo, en su artículo 3, se indican diversas conductas restrictivas de la competencia, sancionándolas, siempre y cuando se cumpla con la hipótesis del artículo 1. Dentro de estas conductas, se encuentra más de alguna que puede calificarse como restricción vertical, tales como:

“a) Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto. (...).

g) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.”

De esta manera, se aprecia que la regulación argentina no varía en la regla general para analizar este tipo de prácticas, identificando ciertas conductas que tienen la potencia para ser dañinas a la competencia en los mercados, pero reconociendo la posibilidad de que generen también efectos pro-competitivos, supeditando, por tanto, su sanción, para los casos en que

¹⁵ FNE, *Guía para el análisis de restricciones verticales* (2014), pp. 19.

efectivamente tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, resultando en un perjuicio para el interés económico general.

De forma complementaria, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“**CNDC**”) establece ciertos lineamientos para el análisis de estas prácticas y para su definición como restrictivas o promotoras de la competencia.

Así, en su [Guía de Abuso de Posición Dominante](#), la CNDC ocupa un espacio para analizar ciertas restricciones verticales resultantes de un abuso de posición dominante, reconociendo como principales conductas la fijación de precios, las exclusividades y los descuentos condicionales.

4. LISTA DE CASOS MÁS IMPORTANTES

4.1. UE: “SEP y otros c/ Peugeot” (2005).

Peugeot fue multada en casi 49,5 millones de euros por establecer restricciones territoriales que impedían las ventas de automóviles desde los Países Bajos hacia otros estados de la Unión Europea tales como Alemania y Francia. Ver decisión [aquí](#).

4.2. EE.UU.: “LePage’s Inc. c/ 3M” (2003).

3M, empresa dominante en el mercado de producción de cinta adhesiva, fue sancionada por establecer descuentos por lealtad y exclusividades respecto de un grupo importante de comercios minoristas que vendían artículos de librería y papelería, con el objeto de excluir del mercado a un competidor (LePage’s Inc.), que se había convertido

en el principal productor de cinta adhesiva “genérica”. Ver decisión [aquí](#).

4.3. Chile: “FNE c/ Compañía Chilena de Fósforos S.A.” (2008).

El TDLC acogió parcialmente el requerimiento y la demanda interpuesta por la FNE y por Comercial Canadá Chemicals S.A., respectivamente, en contra de la Compañía Chilena de Fósforos S.A. (la “**Compañía**”), principal empresa de fósforos chilena. Ello debido a que la Compañía habría establecido barreras a la entrada de competidores por medio de cláusulas de exclusividad e incentivos económicos por cumplimiento de metas de venta. El TDLC la condenó al pago de una multa de 1.200 Unidades Tributarias Anuales, alrededor de 530 millones de pesos. Ver sentencia [aquí](#).

4.4. Argentina: “CNDC c/ TRISA, TSC y otros” (2007).

Se sancionó a TRISA y TSC, titulares de los derechos de transmisión de los partidos del campeonato de fútbol argentino, por fijar precios mínimos de reventa al público con los 3 principales cableoperadores de Buenos Aires. Ver expediente de la CNDC [aquí](#).

Referencias

- Guía para el análisis de restricciones verticales de la Fiscalía Nacional Económica, junio de 2014.
- Guía para el análisis de operaciones de concentración de la Fiscalía Nacional Económica, octubre de 2012.
- WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law-Oxford University Press* (2012, séptima edición).