

El Administrador de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, en uso de sus facultades legales, y;

CONSIDERANDO:

Que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (en adelante la Autoridad) es una Entidad Pública Descentralizada del Estado, con personería jurídica propia, autonomía en su régimen interno y creada por la Ley 45 de 2007.

El artículo 7 de la citada Ley 45 de 2007 establece que se prohíben los actos unilaterales, contratos y demás prácticas que restrinjan, disminuyan, dañen, impidan o vulnereen de cualquier otra manera la libre competencia y la libre concurrencia en el mercado.

Es función de la Autoridad investigar y sancionar, dentro de los límites de su competencia, la realización de los actos y conductas prohibidas en la Ley 45 de 2007.

De conformidad con el numeral 7 del artículo 86 de la Ley 45 de 2007, en concordancia con el artículo 17 del Decreto Ejecutivo No. 8-A del 22 de enero de 2009, la Autoridad está facultada para emitir instructivos o Guías para el uso público.

En atención a la expedición de la Ley 45 de 2007, por medio de la cual se derogó la Ley 29 de 1996 y se dictaron normas sobre protección al consumidor y, defensa de la competencia, resulta conveniente expedir una nueva **GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE CONDUCTAS VERTICALES** con el fin de adoptar los lineamientos generales que la Autoridad seguirá al analizar las conductas verticales e identificar los casos en los cuales dichas conductas contravienen las prohibiciones establecidas por la Ley 45 de 2007.

En base a las consideraciones expuestas,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Aprobar los lineamientos para el análisis de las conductas verticales a través de la nueva **“GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE CONDUCTAS VERTICALES”**, cuyo tenor es el siguiente:

REPÚBLICA DE PANAMÁ

AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE CONDUCTAS VERTICALES

Panamá, Junio de 2009

GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE CONDUCTAS VERTICALES

PARTE I: INTRODUCCIÓN

1.1. Objetivo de la Guía

1. La Ley 45 de 2007 (en adelante Ley 45) por medio de la cual se establecen las normas sobre la defensa de la competencia, incorpora en sus artículos 15 a 19 las disposiciones concernientes a las prácticas monopolísticas relativas. La Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (en adelante la Autoridad) es una entidad especial y descentralizada que tiene entre sus funciones velar por el cumplimiento de los preceptos normativos contemplados en la Ley 45 y el Decreto Ejecutivo No. 8-A de 2009 (en adelante Decreto 8-A) que reglamenta el Título I (Monopolio) de la Ley 45.

2. De conformidad con el numeral 7 del artículo 86 de la Ley 45, y en concordancia con el artículo 17 del Decreto 8-A, la Autoridad está facultada para emitir instructivos o Guías para el uso público.

3. El objetivo de esta Guía es establecer los lineamientos generales y los principios que seguirá la Autoridad al momento de evaluar las conductas verticales que están contempladas en el Capítulo II del Título I de la Ley 45 y en el Capítulo IV del Decreto 8-A. Se entiende por conductas verticales, las que se realizan entre agentes económicos ubicados en distintas etapas de la cadena productiva y de comercialización, tales como productores y distribuidores; o mayoristas y minoristas.

4. La presente Guía para el Análisis de Conductas Verticales (en adelante la Guía) presenta el procedimiento analítico que la Autoridad aplicará para evaluar si una determinada conducta vertical se caracteriza o no como una práctica monopolística relativa al tenor de la Ley y, consecuentemente, podría llegar a ser demandada como un acto ilícito. Esta Guía analizará las modalidades más frecuentes de prácticas monopolísticas relativas, 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.

5. Con la publicación de esta Guía la Autoridad pretende orientar a los agentes económicos respecto a la legalidad de los actos de naturaleza vertical que éstos establezcan en sus respectivas relaciones comerciales y ayudarlos a que realicen su propia evaluación de los mismos, a fin de adecuarlos a las normas de competencia vigentes y crear más transparencia en la actuación de la Autoridad.

6. Debe advertirse, sin embargo, que los parámetros y lineamientos contenidos en la Guía, constituyen elementos de análisis para la Autoridad y los particulares, pero cada caso será estudiado y decidido a la luz de sus propios hechos

7. La Guía se encuentra estructurada en cuatro partes: la primera **Introducción**, describe el objetivo de la Guía, marco legal, los acuerdos verticales y los efectos de la violación de las normas. La segunda contempla la **definición del mercado pertinente y la determinación de poder sustancial y cálculo de la participación de mercado pertinente**, que aborda temas, tales como: la definición del mercado pertinente producto y geográfico, el análisis de barreras a la entrada en el mercado pertinente, el cálculo de la participación de mercado pertinente, la determinación del poder sustancial y su ejercicio. El tercer apartado establece la **Orientación para analizar y evaluar este tipo de restricciones**; 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, **Análisis de restricciones verticales específicas** describe el marco general de análisis y la evaluación de la Autoridad en casos concretos de acuerdos verticales.

1.2 Marco Legal

8. De conformidad con la prohibición contenida en el artículo 7 de la Ley 45, las conductas verticales que se analizan en la presente Guía, pueden configurar Prácticas Monopolísticas

Relativas Ilícitas, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 15 a 19 de la Ley 45 y el artículo 14 del Decreto 8-A.

Según las mencionadas disposiciones, para que las conductas verticales sean analizadas como Prácticas Monopolísticas Relativas Ilícitas, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a.** Ser realizadas por uno o más agentes económicos¹ que tengan poder sustancial, ya sea individual o colectivo, en el mercado pertinente;²
- b.** Ser realizadas respecto de los bienes o servicios que formen parte del mercado³;
- c.** Que dañen o impidan el proceso de libre competencia o la libre concurrencia entre los agentes económicos;⁴ y

1.3 Aplicación de los artículos 15 a 19 de la Ley 45 a los acuerdos verticales

9. El artículo 15 de la Ley 45 define las Prácticas Relativas Monopolísticas Ilícitas, como aquéllas que disminuyen o impiden la libre competencia o la libre concurrencia entre agentes económicos, sin especificar que dichos agentes económicos deban ser necesariamente empresas que compiten entre sí en un mismo nivel del proceso productivo y en un mismo mercado pertinente; lo cual indica que este tipo de prácticas es susceptible de tener una connotación vertical.

10. Al analizar la presunta realización de Prácticas Monopolísticas Relativas Ilícitas, la Autoridad deberá verificar la presencia de los siguientes elementos:

- a.** Que se trate de una de las conductas descritas en el artículo 16 de la Ley 45. Debe tenerse en cuenta que el numeral 9 del artículo 16 de la Ley 45 contiene una disposición abierta, de conformidad con la cual constituye Práctica Monopolística Relativa Ilícita, cualquier acto que irrazonablemente dañe o impida el proceso de libre competencia económica y libre concurrencia. Esta cláusula de tipo general, habilita a la Autoridad para adelantar investigaciones respecto de aquellas conductas que no se encuentren específicamente contenidas en el catálogo del artículo 16.
- b.** Que se trate de una práctica que disminuya o impida la libre competencia económica⁵ o la libre concurrencia⁶ entre agentes económicos. Para el efecto deberá demostrarse que la conducta tiene por objeto o como efecto desplazar irrazonablemente a otros agentes del mercado, impedirles irrazonablemente su acceso o establecer irrazonablemente ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes económicos. La Autoridad considera que la conducta de un agente económico es irrazonable, cuando el balance de sus efectos resulte negativo en términos de eficiencia y/o de beneficios para los consumidores.
- c.** La determinación del mercado pertinente en el cual supuestamente se habría realizado la práctica, para lo cual deberá establecer el producto y la zona geográfica que se ven afectados por la práctica; y si se considera conveniente, deberá indagarse respecto de las dimensiones funcional y temporal del mercado pertinente⁷. Adicionalmente deberá tener en cuenta los criterios que se especifican en el artículo 18 de la Ley 45.
- d.** Que el agente o los agentes económicos que realizan la práctica tengan poder sustancial, ya sea individual o colectivo, sobre el mercado pertinente definido, de conformidad con los criterios que se señalan en el artículo 19 de la Ley 45.

11. Para el estudio de las Prácticas Monopolísticas Relativas Ilícitas de carácter vertical, la Autoridad deberá adicionalmente establecer lo siguiente:

- a.** El tipo de conducta investigada, es decir, si se trata de una conducta unilateral o concertada.

¹ La definición de Agente Económico se encuentra en el inciso segundo del artículo 9 de la Ley 45.

² Conforme al artículo 17 de la Ley 45.

³ Conforme al artículo 18 de la Ley 45.

⁴ Conforme al artículo 15 de la Ley 45.

⁵ Concepto definido en el artículo 9 de la Ley 45.

⁶ Concepto definido en el artículo 10 de la Ley 45.

⁷ Artículo 8 de la Ley 45.

- b. Que los agentes económicos involucrados en la conducta o afectados por la misma tengan una relación de tipo vertical entre sí.

1.4 Aplicación del Decreto Ejecutivo 8-A a las conductas verticales.

12. El artículo 14 del Decreto 8-A establece una lista de supuestos que desarrollan los conceptos enmarcados en los artículos 15 a 19 de la Ley 45. Asimismo ofrece un marco jurídico para la evaluación de las Conductas Monopolísticas Relativas Ilícitas y desarrolla los criterios jurídicos y económicos bajo los cuales dichas prácticas se consideran irrazonables. Además, se reconoce que algunas conductas pueden tener efectos benéficos para la economía y los consumidores, cuando permitan obtener un incremento en la eficiencia económica. En estos casos se considera que las conductas no restringen, disminuyen, dañan, impiden o vulneran la libre competencia económica y la libre competencia.

13. Se consideran incrementos en eficiencia económica, las mejorías en las condiciones de producción, procesamiento, distribución, suministro, comercialización o consumo de productos o servicios, y el fomento del progreso técnico o económico, siempre y cuando se demuestre que tales mejorías, acumulativamente:

No se pueden obtener de otra manera, o solamente se podrían obtener a través de una concentración económica.

- No impongan a los agentes económicos interesados restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos.
- Sean persistentes a largo plazo.
- No resultaren en un aumento de precios, en una reducción de la oferta en el mercado, en una inhibición importante en el grado de innovación en el mercado, ni en una disminución significativa en las opciones para los consumidores.
- Reserven a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante.
- Compensen, como mínimo, el posible efecto negativo al proceso de libre competencia económica y de libre competencia.

14. Las mejorías en las condiciones de producción, procesamiento, distribución, suministro, comercialización o consumo de productos o servicios podrán consistir, entre otras, en:

- Reducciones de precios a niveles inferiores a los existentes antes de la vigencia del acto unilateral, combinación o acuerdo correspondiente;
- Aumentos en la calidad del producto o servicio sin un correspondiente aumento de precios;
- Reducciones de los costos de distribución, búsqueda y de transacción;
- Aumento de la información sobre los productos o servicios disponibles;
- Oferta de nuevos o mejorados productos y servicios en virtud de la introducción de avances tecnológicos;
- La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución;
- La disminución significativa de los gastos administrativos;
- La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado;
- El aprovechamiento de saldos y productos percederos; o
- Las reducciones de costos derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción.

15. De lo antes expuesto se deduce que un agente económico que no tenga poder sustancial en el mercado pertinente no tiene la capacidad de afectar irrazonablemente el proceso de competencia a través de la realización de las Conductas Relativas descritas en la Ley.

16. Asimismo, cuando se impute la realización de Conductas Monopolísticas Relativas de tipo vertical a uno o más agentes económicos con poder sustancial, ya sea individual o colectivo, sobre el mercado pertinente, la Autoridad puede considerar las eficiencias económicas que resulten demostradas, con el fin de ponderar los efectos netos económicos-positivos (pro-competitivos) de la conducta y evaluar si superan los efectos anticompetitivos de la misma y se preserva el interés superior del consumidor.

PARTE II: CONDUCTAS VERTICALES

17. Dentro de las Prácticas Monopolísticas Verticales, se incluyen los actos, los acuerdos y las combinaciones. De conformidad con las definiciones incluidas en el artículo 2 del Decreto 8-A se entiende por acto todo comportamiento unilateral de un agente económico. El acuerdo se define como todo contrato, arreglo, convenio o concertación, entre dos o más agentes económicos. Por último la combinación se define como todo acuerdo o práctica conscientemente paralela entre dos o más agentes económicos.

18. Las conductas (actos, acuerdos o combinaciones) de tipo vertical son aquellas que se realizan entre agentes económicos que compiten o concurren en distintas etapas del proceso o cadena de producción, distribución y comercialización de los productos (bienes y servicios) que conforman el mercado pertinente en el cual se investiga la restricción. No se descarta que alguno de los agentes económicos opere en más de un eslabón de la cadena de producción, distribución y/o comercialización.

19. En concordancia con lo previsto por el artículo 2 de la Ley 45, la Autoridad aplicará las normas de competencia a todos los agentes económicos, ya sea que se trate de personas naturales o jurídicas, empresas privadas o instituciones estatales o municipales, industriales, comerciantes o profesionales, entidades lucrativas o sin fines de lucro y en general a todo aquél que participe en la actividad económica.

20. La ACODECO analizará las conductas verticales con base en los aspectos jurídicos y económicos presentes en cada caso y motivará sus decisiones desde ambas perspectivas. Al estudiar las conductas de tipo vertical, la ACODECO balanceará las ventajas pro-competitivas y los beneficios que la conducta reporta, versus las desventajas anticompetitivas o restricciones a la competencia que la misma cause. Al decidir actuar sobre la presunta legalidad o ilegalidad de las conductas investigadas, la ACODECO buscará proteger e impulsar la política de competencia, de manera que los recursos se asignen de manera eficiente y se salvaguarde el interés superior del consumidor, de tal manera que se genere una ganancia neta para la sociedad.

21. Se entiende que el acto unilateral o aquél realizado entre dos o más agentes económicos daña irrazonablemente, cuando en ejercicio de poder sustancial de mercado pertinente, en una relación de carácter vertical, restrinjan el proceso de libre competencia económica o libre concurrencia y no puedan ser justificados en términos de eficiencia económica de acuerdo a los parámetros de la Ley y de la presente Guía. No se justifica en términos de eficiencia económica el acto que genere un efecto neto negativo para la sociedad. Al contrario, no daña irrazonablemente el proceso de libre competencia y la libre concurrencia el acto unilateral o concertado de carácter vertical en ejercicio de poder sustancial de mercado pertinente, 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.

22. Las conductas de tipo vertical pueden plantear problemas en la competencia entre marcas. Las restricciones verticales entre diversas marcas de productos competidores (restricciones inter-marcas) resultan más dañinas para la competencia que las restricciones de la competencia al interior de una misma marca (restricciones intra-marca). Por esta razón, al analizar acuerdos o combinaciones de tipo vertical, la Autoridad aplicará un test de balanceo, con el fin de establecer si los efectos pro-competitivos inter-marcas, sobrepasan los efectos anticompetitivos intra-marca, caso en el cual considerará si las eficiencias que se obtienen por medio de la conducta investigada benefician a la economía y/o a los consumidores.

23. La Autoridad se abstendrá de analizar los acuerdos o combinaciones verticales que correspondan al ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial que la ley les reconozca a sus titulares, los cuales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 45, se encuentran excluidos de la aplicación de la ley. Sin embargo, los acuerdos y demás conductas verticales que no correspondan al ejercicio directo de los mencionados derechos de propiedad industrial e intelectual por sus titulares, podrán ser investigados por la Autoridad.

PARTE III: LA DEFINICIÓN DE MERCADO PERTINENTE

3.1 Aspectos generales

24. En esta parte de la Guía se explica el tipo de análisis que la Autoridad realiza con el fin de determinar el mercado pertinente y la existencia de poder sustancial, ya sea individual o colectivo, sobre el mismo.

25. La definición de mercado pertinente permite establecer el marco competitivo en el cual desarrollan su actividad los agentes económicos y en el cual se realizan las conductas que la Autoridad analiza. Es importante que los agentes económicos tengan conocimiento de la metodología que la Autoridad aplica para determinar el mercado pertinente.

26. La definición de mercado pertinente, desde el punto de vista del producto y de su dimensión geográfica, le permite a la Autoridad identificar los productos que son sustitutos perfectos e imperfectos y los competidores actuales y potenciales de los agentes económicos afectados, que pueden llegar a disciplinar su comportamiento competitivo y a impedirles actuar con independencia en el mercado. Cuando ello sea necesario, la Autoridad profundizará el análisis de las dimensiones funcional y temporal, con el fin de determinar de manera precisa el mercado pertinente.

27. La claridad y la aplicación consistente de la metodología adoptada por la Autoridad para la determinación del mercado pertinente y el poder sustancial en el mismo, permitirá a los agentes económicos y sus asesores prever la posibilidad de que la Autoridad plantee objeciones desde el punto de vista de la competencia en un caso concreto y utilizar esta información en su proceso interno de toma de decisiones.

28. El mercado pertinente 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 producidos o vendidos⁸.

29. Para definir el mercado pertinente en un caso concreto, es necesario entonces determinar dos dimensiones diferentes: La del producto y la de la zona geográfica. Cuando lo considere necesario, la Autoridad podrá complementar el análisis del mercado pertinente, con la consideración de las dimensiones funcional y temporal, lo cual implica considerar las eficiencias que produce la integración vertical y las posibilidades de sustitución del producto afectado por otros que aunque no tienen similares características, pueden ser utilizados para la misma finalidad, en un marco temporal que también deberá ser determinado.⁹

30. Los agentes económicos se ven sometidos a tres fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: posibilidad de sustitución desde el punto de vista de la demanda y posibilidad de sustitución desde el punto de vista de la oferta (incluyendo en ambos casos la competencia potencial). Desde una perspectiva económica, para la definición del mercado pertinente, la posibilidad de sustitución desde el punto de vista de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de 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.

3.2 Definición de mercado pertinente de producto

31. Para determinar el mercado pertinente del producto, la Autoridad, al igual que la mayor parte de las agencias de competencia utilizará herramientas conceptuales y cuantitativas (siempre

⁸ Artículo 8 de la Ley 45.

⁹ Conforme al artículo 16 de la Ley y 11 del Decreto No 31.

que cuente con los datos correspondientes). Para el efecto, podrá usar los elementos conceptuales en los cuales se basa el llamado "*Test del Monopolista Hipotético*", el cual consiste en tomar el producto afectado por la conducta que se analiza y suponer que dicho producto se encuentra en condiciones de monopolio. Se asume entonces que el monopolista elevará el precio en forma pequeña pero significativa y sostenida en el tiempo (alrededor del 5% en la mayoría de los casos).

32. Si como consecuencia de que el monopolista hipotético haya elevado los precios en la forma señalada sucede que los consumidores desplazan sus preferencias a otros productos, se asume que estos nuevos productos a los cuales se desplazó el consumo forman parte del mercado pertinente. Esta operación se realizará de manera conceptual (a menos que se cuente con datos para realizarla de manera cuantitativa) y se repetirá hasta que la Autoridad se forme una idea del conjunto mínimo de productos cuya oferta debería ser controlada por un solo agente económico, con el fin de poder imponerle a los consumidores un incremento de precios pequeño pero significativo y sostenido en el tiempo, sin que éstos puedan desplazar sus preferencias de consumo hacia otros productos.

33. El conjunto de productos que conforman el mercado pertinente incluye aquellos productos que pueden entrar al mercado como resultado de la reacción de agentes económicos competidores frente al aumento de precios realizado por el monopolista hipotético y convertirse en alternativas ciertas para los consumidores en el corto plazo.

34. Desde el punto de vista de la demanda, el análisis del mercado pertinente del producto debe considerar en qué medida: (i) los consumidores estarían dispuestos a desplazar su decisión de compra hacia otros bienes sustitutos; y (ii) si los consumidores estarían dispuestos a reorientar su demanda hacia el mismo producto vendido en otras áreas geográficas.

35. A partir del análisis de los aspectos que constituyen la decisión de consumo, se considerarán como parte del mercado pertinente, cada producto que cumpla con el requisito de sustitución, es decir aquella alternativa que esté disponible para los demandantes en cantidades suficientes a precios constantes, y que cuente con el mayor porcentaje de la desviación de la demanda en respuesta a un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio. La idea es incluir en el mercado pertinente aquellos productos hacia los cuales la respuesta es suficientemente importante, en términos del volumen de mercado pertinente que responde a variaciones en los precios, para hacer improductivo el aumento de precios¹⁰.

36. 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 pertinente para evaluar su mapa de preferencias y decisiones. En términos económicos lo que se trata de evaluar es la elasticidad de la demanda del producto frente al precio del mismo; es decir, la posibilidad de los consumidores de satisfacer las mismas necesidades mediante el consumo de productos sustitutos, frente al alza del precio del producto en cuestión.

37. 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 o servicios 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.

38. El análisis de mercado pertinente 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 general la Autoridad tendrá en cuenta las características, uso y precio de los productos (entre otros factores), vistos en primer lugar desde el punto de vista de los consumidores. Sin embargo, el análisis del mercado pertinente en términos de producto abarca los estudios sobre la posibilidad de sustitución por el lado de la demanda y por el lado de la oferta.

¹⁰ Esta idea se corresponde con el concepto de consumidor marginal.

3.2.1 Posibilidad de sustitución por el lado de la demanda

39. La Autoridad tendrá en cuenta los siguientes elementos al analizar la posibilidad de los consumidores de sustituir los productos analizados por otros.

a. Características

40. Se revisarán las características físicas, los materiales y los sistemas de producción de los productos potencialmente sustituibles y se evaluará la forma en que dichas características afectan a los consumidores.

b. Uso final del producto

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

42. 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 económica.

43. A pesar de que dos productos puedan ser considerados como pertenecientes al mismo mercado con base en la posibilidad de intercambio funcional, dichos productos pueden pertenecer a mercados pertinentes diferentes, como consecuencia del mayor valor que los compradores den a una determinada característica técnica o física que posea uno de estos productos. Asimismo, las diferencias en el precio pueden hacer que productos funcionalmente intercambiables, deban ser clasificados en mercados pertinentes diferentes.

44. 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 pertinente 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.

c. Evolución de los precios reales

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

46. 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 firmas multi-productos y otras variables.

47. 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.

48. El análisis de precios puede tener otras extensiones como el análisis de la competencia potencial de otros productos. En ese sentido, sería necesario, además 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 las firmas ya instaladas en el mercado pertinente.

d. Los costos y el tiempo de transacción

49. 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 compradores 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 pertinente.

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

e. Comportamiento e identidad de los compradores

51. Dentro de los análisis de mercado pertinente 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 compradores probablemente se cambiarían a otro producto, en caso que se registraran aumentos en los precios.

f. Existencia de productos de segunda mano, reacondicionados, reciclados, reparados o alquilados

52. 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.

3.2.2 Posibilidad de sustitución por el lado de la oferta

53. El análisis de la posibilidad de sustitución por el lado de la oferta pretende identificar los participantes en el mercado pertinente, de modo que se incorporen al mismo aquellos agentes económicos que no están instalados en el país en la fabricación del bien objeto de análisis, pero que podrían hacerlo en un corto plazo y a un bajo costo.

54. Se debe considerar 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 en cuestión. Es decir, se trata de abstraer el proceso de formación de decisiones comerciales de los vendedores 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.

55. 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 o venta para la sustitución o para la extensión de la oferta, o mediante la construcción o adquisición de activos que permitan la producción o venta en el mercado pertinente. En consecuencia el análisis tiene relación estrecha con la identificación de entradas de corto plazo al mercado pertinente.

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

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

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

3.3 Definición de mercado pertinente geográfico

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

60. Si al producirse variaciones en los precios de los productos los demandantes pueden trasladar su consumo hacia la adquisición de productos provenientes de otras áreas geográficas, los productores localizados en esas áreas geográficas entrarían dentro del mercado pertinente a ser considerado. Así, la definición del mercado pertinente debería incluir a los fabricantes del mismo producto ubicados en otras áreas geográficas, así como a aquellos productos hacia los cuales los consumidores desplazarían sus preferencias en respuesta a una variación en los precios relativos de los mismos.

61. Al igual que en la definición de mercado pertinente en términos de producto, en este análisis se evalúan los productos y agentes económicos respecto de los cuales se establece una competencia efectiva, en función de su localización, con el fin de delimitar las fronteras competitivas del mercado.

62. 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 anulara el incremento en el precio, el producto hacia el cual se desplazó la demanda debe ser incorporado como parte del mercado pertinente.

63. 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 pertinente analizado, podrá considerarse el análisis de las importaciones dentro del tratamiento de las barreras de acceso y condiciones de rivalidad del mercado pertinente.

64. La información que la Autoridad utiliza para definir el mercado pertinente geográfico, incluye, sin limitarse, los siguientes elementos:

3.3.1 Visión y estrategia de los compradores y de los oferentes

65. El análisis de mercado pertinente geográfico comienza por la identificación de las áreas de venta de cada establecimiento de producción de los agentes económicos investigados.

66. Al igual que en el análisis de mercado pertinente producto, 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.

3.3.2 Costos de transporte

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

68. La consideración de los costos de transporte es tanto más importante en aquellos mercados pertinentes 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 el mercado pertinente geográfico atendido desde cada planta o centro de distribución, sea más limitado.

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

70. 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 pertinentes geográficos.

3.3.3 Costos de transacción

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

72. 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 pertinentes en que los costos de transacción son mayores.

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

- Los gastos de redactar y aplicar un contrato son elevados, y
- Cuando los costos de búsqueda del producto son altos.

74. 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 pertinente cambian frecuentemente. Como todo contrato es limitado en términos de las contingencias futuras que puede prever, tales características del producto y del mercado pertinente aumentan la posibilidad de que una de las partes involucradas adopte conductas oportunistas contra las demás, elevando los costos de renegociación.

75. Los costos de búsqueda del insumo son altos cuando las características del producto responden a exigencias técnicas bastante precisas y las condiciones de mercado pertinente 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 pertinente, mayor es la necesidad de búsqueda del proveedor más eficiente. En ambos casos, el costo de búsqueda es relativamente más alto.

3.3.4 Costos locales

76. Para determinar si los vendedores ubicados en un área diferente al mercado pertinente geográfico están en capacidad de responder ante variaciones en el precio del producto pertinente 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 pertinentes 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.

3.3.5 Precios relativos

77. 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 pertinente, pues sugiere la existencia de competencia entre vendedores 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 que participan en varios mercados pertinentes, la evolución de los precios de insumos comunes, u otras variables.

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

3.3.6 Patrones de transporte

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

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

3.3.7 Competencia de productos importados

81. 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 susceptibles de ser transados¹¹, respecto a cada uno de los productos analizados.

82. A través de este análisis se identifican productos y participantes en el mercado pertinente 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 pertinente que puede incluir productos importados que ya estén participando en el mismo.

83. 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 de 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.

84. 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 pertinente geográfico dentro del cual se verifica la actividad de la empresa involucrada en la práctica vertical.

85. 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

¹¹ Los bienes susceptibles de ser transados o comercializados son aquellos expuestos al comercio y a la competencia internacional. Así, una mercancía se considera susceptible de ser transada internacionalmente cuando su precio se determina básicamente por consideraciones en los mercados internacionales, o de manera más general, 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.

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 pertinente más allá de las fronteras nacionales.

3.4 Dimensiones funcional y temporal del mercado pertinente

86. Cuando lo considere necesario, la Autoridad podrá complementar el análisis del mercado pertinente, con la consideración de las dimensiones funcional y temporal. En el caso de la dimensión funcional, esto implica considerar las eficiencias que produce la integración vertical y las posibilidades de sustitución del producto afectado por otros que pueden ser utilizados con la misma finalidad. De la misma manera, se debe tener en cuenta el marco temporal en el cual la sustitución de unos productos por otros es factible.¹²

87. La determinación de la dimensión funcional del mercado pertinente requiere la identificación de las etapas de producción y/o comercialización que requiere el producto para ser llevado al mercado. Este análisis debe tener en cuenta, como ya se advirtió, las eficiencias de la integración vertical, la realidad comercial y la posibilidad de sustitución de algunas de las etapas del proceso de producción – comercialización, por etapas de mercados adyacentes. En aquellos casos en que se producen importantes eficiencias entre las distintas etapas de un proceso de producción – comercialización, resulta inapropiado definir mercados funcionales separados.

88. La dimensión temporal del mercado pertinente se refiere al período de tiempo en el cual la posibilidad de sustitución puede ser considerada. Resulta claro que entre más tiempo se otorgue a productores y consumidores para ajustarse a los incentivos económicos, más amplio será el mercado pertinente. Para el efecto, la Autoridad considera que para determinar si es posible la sustitución de los productos en cuestión, se debe tomar en consideración un período de tiempo lo suficientemente amplio (generalmente 2 años), dentro de los límites de un futuro previsible, más allá de los cuales, al no presentarse la posibilidad de sustitución, podrá ejercerse de manera efectiva un poder sustancial sobre el mercado.

PARTE IV: DETERMINACIÓN DEL PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO PERTINENTE

4.1 Cálculo de la participación de mercado pertinente

89. En esta sección se desarrollarán a manera de orientación los elementos que deben tomarse en consideración al estudiarse el poder de mercado, en un mercado pertinente determinado, conforme lo señala el artículo 19 de la Ley 45. El análisis se inicia ubicando la participación de mercado de los agentes económicos participantes del mercado pertinente, observándose a continuación, que el poder sustancial 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 pertinente. En ambos casos, sin que la competencia efectiva o potencial pueda disciplinar o contrarrestar tal capacidad en el ejercicio competitivo. A continuación se analizarán los elementos restantes pero concurrentes del artículo 19 de la Ley 45, y aquéllos que llegaren a establecerse mediante decreto reglamentario. En la presente Guía se analizarán los elementos que ordena la Ley 45 y el Decreto 8-A.

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

91. Las estimaciones de los agentes económicos, los estudios encargados a las firmas de consultoría o a las asociaciones profesionales o el volumen de negocios de los agentes

¹² Conforme al artículo 16 de la Ley y el 15 del Decreto No. 8-A.

económicos en cuestión, contribuyen a calcular el tamaño total del mercado pertinente y las participaciones de mercado pertinente que detentan cada uno de los operadores. Aunque las ventas son generalmente la referencia para calcular las participaciones de mercado, 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.

92. Para calcular la participación de mercado pertinente los datos físicos en número de unidades se pueden utilizar cuando los agentes económicos atienden a diferentes compradores. Los datos monetarios en Balboas se pueden utilizar cuando es importante la diferenciación de productos.

93. 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 pertinente analizado. De existir serias diferencias se procederá a solicitar la información de ventas (en unidades y/o balboas) y/o la capacidad instalada de los agentes económicos que pertenecen al mismo mercado pertinente.

4.2 Análisis de las barreras a la entrada

94. El grado de competencia que existe en un mercado pertinente está directamente relacionado con la medida en que éste es disputable, 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 pertinente seguir obteniendo beneficios por encima de los normales debido a la inexistencia de una amenaza de entrada (al mercado pertinente) de nuevos competidores. Esta amenaza o carácter disputable del mercado pertinente constituye uno de los elementos esenciales de la libre competencia, ya que indica la existencia de competidores actuales o potenciales que tienen la capacidad de disciplinar la conducta de los agentes económicos en el mercado.

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

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

97. La posibilidad de entrada se define en términos de las acciones que la empresa que quiere ingresar debe efectuar con el fin de poder producir y/o vender en un mercado pertinente. Todas las fases del esfuerzo de entrada se considerarán. Éstas incluyen la planificación, el diseño, y la gerencia; los costos de instalación y financiamiento; la obtención de los permisos necesarios para operar en el mercado pertinente, 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.

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

- La existencia de exceso de capacidad instalada en la industria, lo cual haría más probable que los participantes actuales en el mercado pertinente adoptaran acciones de retaliación (represalia) en contra de los nuevos competidores mediante un incremento significativo de su producción, con el consiguiente descenso en los precios de los productos. En estas circunstancias, el mantenimiento de un exceso de capacidad ociosa por parte de los agentes económicos que conforman un mercado pertinente (conducta estratégica) incrementa la incertidumbre que deberá enfrentar un nuevo entrante, y puede ser un elemento que impida la entrada de un competidor.

- Las limitaciones de acceso a factores de producción tales como insumos, mano de obra especializada, recursos de capital y tecnología.
- El análisis de costos hundidos. Los costos hundidos son aquéllos que no pueden ser recuperados cuando la empresa decide salir del mercado pertinente, lo cual se constituye al final en una forma de barrera al ingreso, pues el inversionista teme que sus recursos queden atrapados o que resulte muy costoso retirarlos. La magnitud de los costos hundidos depende, entre otros, de:
 - El grado de especificidad del uso del capital;
 - La existencia de un mercado para los equipos usados;
 - La existencia de un mercado 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).
- Las barreras que establezcan la ley y la regulación son exigencias creadas por el Estado para la instalación y la explotación de una empresa. 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. De igual forma se considera 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.
- Importancia de la imagen de marca en el mercado pertinente. La marca de los productos incide en la capacidad de penetración del mercado pertinente 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 pertinente. De allí que deba analizarse la fidelidad hacia las marcas de la empresa investigada, en particular a través de los siguientes aspectos: el comportamiento previo del mercado pertinente 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 y las inversiones de los competidores en mantener la imagen de sus respectivas marcas. Por otra parte, deben evaluarse los efectos de las marcas de prestigio sobre el poder de negociación de la demanda.
- El grado de integración de la cadena productiva (en este caso integración de tipo vertical) puede constituir una barrera a la entrada en la medida en que incrementa los costos de ingreso de competidores potenciales. Tales costos aumentan a medida en que la única opción de ingreso involucra inversiones en varias etapas de la cadena productiva, distinta de aquella en la cual pretende operar el entrante potencial. 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 demandantes, lo cual podría dificultar el potencial competitivo de los restantes participantes en el mercado pertinente.
- El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida para entrar en el mercado pertinente, 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 pertinente para facilidades productivas y equipos usados.
- Los costos financieros y el acceso limitado al financiamiento.
- El acceso limitado a canales de distribución eficientes o el costo elevado de desarrollar canales alternativos.
- El acceso limitado a la tecnología.

99. 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 al mercado, dicho ingreso sería suficiente para disciplinar la conducta competitiva de los agentes económicos existentes; en otras palabras, si dicho ingreso contribuiría a 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, cuando las restricciones a la disponibilidad de activos esenciales (tangibles e intangibles) le dan el control a las firmas establecidas, lo cual podría hacer imposible a nuevos entrantes alcanzar el nivel necesario de ventas.

100. 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 la empresa entrante fuera suficiente para causar una reducción de los precios en el mercado pertinente. Como consecuencia, la entrada no será considerada probable cuando las escalas mínimas viables sean superiores a las oportunidades de venta en el mercado pertinente.

101. El ingreso de un nuevo competidor al mercado no será considerado por la Autoridad como 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 del mercado pertinente.

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

103. Un aspecto adicional que es necesario revisar es la posibilidad 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.

4.3 Análisis de rivalidad

104. Un análisis del comportamiento reciente de los agentes económicos permite una mejor comprensión de las fuerzas competitivas en el mercado pertinente y de las relaciones entre los participantes en diferentes niveles dentro de éste. Este análisis también permite identificar la importancia relativa de las diversas características estructurales del mercado pertinente y poner en contexto apropiado los aspectos de participación de mercado pertinente, organización de los canales de distribución, integración vertical y barreras de acceso al mercado pertinente. 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.

105. 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 que pretenden excluir a los participantes del mercado.

4.4 Análisis para determinar el poder sustancial en el mercado pertinente

106. El poder de mercado es la capacidad que tiene un agente económico, ya sea en forma individual o colectiva, de influir sobre las variables de competencia del mercado pertinente (precio, cantidad, calidad, financiación, etc.), situación distinta al supuesto de la competencia perfecta por el cual los agentes económicos son tomadores de las variables de competencia en el mercado pertinente.

107. En un mercado pertinente en que la oferta de cada empresa es suficientemente pequeña en relación con la oferta total de la industria, ninguna empresa o grupo de agentes económico 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 los agentes económicos rivales. En la ausencia de esta condición, una empresa o grupo de agentes económicos tiene, unilateral o

coordinadamente, la capacidad de alterar su conducta en relación con las que prevalecerían bajo condiciones de competencia porque parte sustantiva de la demanda no puede ser provista por los agentes económicos rivales existentes.

108. Para determinar si un agente económico tiene o no poder sustancial sobre el mercado pertinente, se tomarán en cuenta los siguientes factores:

- Su participación en este mercado pertinente y su capacidad de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado pertinente, sin que los agentes económicos competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad;
- La existencia de barreras de entrada al mercado pertinente y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto las barreras como la oferta de otros competidores;
- La existencia y poder de los agentes económicos competidores;
- Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;
- Su comportamiento reciente, y
- Otros criterios que se establezcan mediante Decreto Ejecutivo.

109. En cuanto a la participación en el mercado pertinente, la Autoridad considerará que una empresa puede tener poder sustancial de mercado pertinente, unilateral o coordinado, siempre que:

- Posea una participación en el mercado pertinente igual o superior a 40%; en el caso de poder de mercado pertinente individual.
- Posea una participación en el mercado pertinente igual o superior a 20% y la participación acumulada de las cuatro mayores agentes económicos (CR4) en el mercado pertinente sea igual o superior a 60%, en el caso de poder de mercado pertinente colectivo.¹³

110. Si una empresa que adopta una conducta vertical se encuentra en una de las situaciones descritas arriba tiene capacidad de ejercer un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precios o tiene capacidad para restringir la oferta, se considera que sí tiene poder sustancial. El solo hecho que se cumplan alguno de los parámetros expuestos anteriormente no significa que la empresa tiene poder sustancial de mercado.

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

PARTE V: ANÁLISIS DE LA PROBABILIDAD DE EJERCICIO INDIVIDUAL Y COLECTIVO DE PODER DE MERCADO PERTINENTE

112. Desde el punto de vista de defensa de la competencia lo que interesa es comprobar si se ejerce el poder sustancial de mercado en forma abusiva y/o exclusionaria, y no la existencia del poder de mercado en sí mismo. En el caso de la Ley 45, que utiliza el concepto de poder sustancial en el mercado pertinente, interesa conocer si es probable el ejercicio de este poder.

113. El poder sustancial de la empresa infractora tendrá menor probabilidad de ser ejercido si la rivalidad entre esta empresa y sus competidores es "efectiva". La rivalidad es efectiva cuando los competidores son económicamente capaces de sostener conductas agresivas para mantener o

¹³ Si en el mercado pertinente analizado sólo hay cuatro (4) o menos empresas se considera que el mercado está concentrado y todas las empresas que lo forman tienen un poder coordinado. En estos casos debe analizarse si la empresa que realiza la práctica vertical tiene participación de mercado igual o superior a 20% para tener poder de mercado.

aumentar sus participaciones en el mercado pertinente o para disciplinar los precios de la competencia.

114. La evaluación de la rivalidad debe analizar el entorno competitivo del agente económico, bien o servicio pertinente, identificando, caracterizando y analizando para cada mercado pertinente los siguientes elementos:

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

115. Es posible identificar por lo menos tres situaciones en que la rivalidad no es efectiva:

- a. En ausencia de proveedores alternativos. La probabilidad de que el poder de mercado pertinente 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 proveedores alternativos. Esto puede ocurrir cuando los agentes económicos restantes en el mercado pertinente 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 en un plazo no superior a dos años. 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 pertinentes sin productos sustitutos: La probabilidad que el poder de mercado pertinente sea ejercido unilateralmente por la empresa infractora aumenta a medida en que una parte significativa de sus clientes no pueda desviar sus compras hacia productos sustitutos. Este será el caso cuando una parte significativa de los consumidores en el mercado pertinente considerare los productos provistos por la empresa como su primera y segunda principales opciones y las siguientes no sean sustitutos cercanos.
- c. En casos de integración vertical: La probabilidad de que el poder de mercado pertinente sea ejercido unilateralmente por la empresa infractora 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/comercialización y la reducción artificial de los precios de los rivales. Para evaluar la posibilidad de que la integración vertical reduzca la rivalidad efectiva se consideran dos aspectos: hasta qué punto los rivales están integrados verticalmente; 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 de la empresa con poder sustancial.

PARTE VI: ORIENTACIONES PARA ANALIZAR Y EVALUAR RESTRICCIONES VERTICALES ENTRE AGENTES ECONÓMICOS

6.1 Marco de análisis

116. 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.

117. En el caso de productores 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 servicio adecuado. Esto hace, que sin una obligación o un contrato, algunos participantes de la cadena 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.

118. Las restricciones verticales también pueden explicarse por la existencia de poderes monopólicos, es decir, generados por los agentes económicos con el objetivo de afianzar el poder de mercado pertinente. 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 combinaciones que procurarán producir, en estructuras desintegradas verticalmente, el mismo resultado que se produciría si se integraran verticalmente, es decir, la maximización de los beneficios conjuntos. El que se prefiera este tipo de conductas 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.

6.2 Consecuencias negativas de las restricciones verticales

119. A los argumentos basados en la eficiencia de las conductas verticales, pueden contraponérsele otros que interpretan las restricciones verticales como instrumentos utilizados por los agentes económicos para incrementar su poder de mercado pertinente o para efectuar un ejercicio abusivo de éste que termina perjudicando a los consumidores.

120. El uso de las restricciones verticales como instrumento para el ejercicio del poder de mercado pertinente puede verificarse en tres tipos de situaciones diferentes.

121. La primera es que lo que se intente sea influir sobre los precios de modo de obtener márgenes mayores entre precio y costo marginal, creando de ese modo poder de mercado pertinente o ejerciéndolo de manera más efectiva.

122. La segunda posibilidad es que se intente excluir a competidores reales o potenciales, a los efectos de evitar que dichos competidores limiten el poder de mercado 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.

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

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

- La porción del mercado pertinente cubierta por conductas verticales investigadas;¹⁴
- La duración de la práctica (la extensión temporal del acto);¹⁵
- La extensión de las barreras a la entrada en el mercado pertinente en que se da la práctica vertical;
- La efectividad de la competencia proporcionada por los competidores (productores 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 mercado;
- Los niveles de consumo vigentes antes y después de la vigencia de la práctica vertical; y
- La historia de la práctica vertical, en especial, así como determinar cuál agente económico tuvo la iniciativa del acto.

6.3 Efectos positivos de las restricciones verticales

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

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

- Las características físicas del producto comercializado;
- La dependencia de la reputación del producto al servicio ofrecido por el distribuidor;
- El grado de diferenciación de los mercados pertinentes regionales;
- La importancia del esfuerzo de venta de los distribuidores en el desempeño de los proveedores;
- La posibilidad del productor de recompensar individualmente a los distribuidores en función del esfuerzo de venta realizado;
- El nivel de inversión de productores en servicios postventa realizados a través de los distribuidores;
- La generación de externalidades positivas, por las inversiones, realizadas por los proveedores, para sus rivales;
- El nivel de inversión de distribuidores en servicios
- La generación de externalidades positivas, por las inversiones realizadas, por los distribuidores, para sus rivales;
- 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 su traslado a los precios finales.

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

6.4 Problema del doble margen

127. Cuando el productor de un bien o servicio sobre el cual ejerce cierto poder de mercado pertinente 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 el poder de mercado pertinente de uno de ellos no contrarresta el efecto que tiene el poder de mercado pertinente del otro, sino que más bien lo potencia.

128. 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 marginal de provisión. Al comportarse de este modo, le genera una reducción en la demanda al productor, que a su vez halla más conveniente elevar el precio al cual le vende su producto al distribuidor y aumentar el costo marginal de éste. Esto tiene como efecto elevar aún más el precio de venta del bien a los consumidores finales, restringiendo en consecuencia el volumen total comercializado.

129. 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 proveedor (o la imposición de una participación mínima de venta), eliminando la posibilidad de que un distribuidor ejerza su poder de mercado pertinente. 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 lo cual debe ser un elemento para no concordar con la restricción vertical.

6.5 Problema del aprovechamiento gratuito o comportamiento parasitario.

130. El comportamiento oportunista consiste en el acto de utilizar un producto sin incurrir en los costos correspondientes. Un agente que así actúa está perjudicando (generando un costo extra) al agente que incurre en los costos necesarios para generar el producto. Un agente 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 del comportamiento oportunista perjudica también al conjunto de la sociedad.

131. 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.

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

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

133. 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.

134. Si los compradores 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.

135. 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 repercute negativamente sobre el nivel de prestación que éstos realizan de sus servicios de ventas.

136. 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.

PARTE VII: ANÁLISIS DE RESTRICCIONES VERTICALES ESPECÍFICAS

7.1 El aprovisionamiento exclusivo:

137. El aprovisionamiento en el entorno económico se verifica como la forma de hacer llegar productos (bienes y/o servicios) 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.

138. 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; al 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 sólo 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.

139. Estas operaciones tendrán un carácter vertical cuando empresarios que son parte del acuerdo se encuentran en distintos estadios del proceso económico.¹⁶ 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 deben ser analizados de acuerdo a la metodología general utilizada para los acuerdos verticales siempre de manera que la estructura de mercado pertinente que crean no resulte restrictiva y por tanto compense de manera neta a la sociedad, los agentes económicos y los consumidores en cuanto a los beneficios que se deduzcan del mismo. Veamos a continuación ejemplos de aprovisionamiento exclusivo:

7.1.1 Distribución exclusiva

140. 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 pertinente, 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, esto puede facilitar la colusión, tanto a su nivel como al de los distribuidores. Este contrato usualmente le impide al proveedor nombrar a otro distribuidor y a este último, revender productos de la competencia.

141. No obstante tal restricción puede justificarse si su motivación está fundamentada en resolver problemas de externalidad. Usualmente se utilizan estos contratos como un mecanismo para que el productor pueda ingresar a los mercados pertinentes en los que no cuente con redes de distribución o con una organización que le permita incursionar en esta actividad. Otro escenario pudiera ser interesar al distribuidor por el producto (bien o servicio) 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.

Asimismo 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 éstas infrinjan la competencia.

7.1.2 Asignación de cliente exclusivo

142. 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.

¹⁶ GINER Parreño, César. Distribución y Libre Competencia. Editorial Montecorvo, Madrid, 1994, pág. 57 a 58 y 86 a 87.

143. Esta división de mercado pertinente no es necesariamente geográfica sino que se contempla por razón de los sujetos, es decir un productor o proveedor puede dividir un mercado pertinente 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 la gestión de venta de estos distribuidores a determinados clientes establecidos por el proveedor.

144. 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.

145. 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 pertinente, 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.

146. 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.

147. Asimismo 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 pertinente y de discriminación de precios. La distribución exclusiva y la asignación de clientes exclusivos hacen más difícil que los clientes saquen ventaja de las posibles diferencias de precios dentro de una misma marca.

148. 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.

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

150. 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.

151. 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).

152. Asimismo 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.

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

154. 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.

7.2 Imposición de marca única

155. Se trata de acuerdos entre agentes económicos o de 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 realizar otra transacción de bienes o servicios distintos de los instruidos por el proveedor.

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

157. 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 pertinente, 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 pertinente.

158. El poder de mercado pertinente 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 el poder de mercado pertinente del proveedor sino también el alcance y la duración de la obligación de no competencia. Cuanto mayor sea la participación de mercado pertinente 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 y desfavorables sobre la competencia. Estos acuerdos o actos verticales además no deben facilitar la colusión en el mercado pertinente.

159. Estos acuerdos o actos verticales no deben crear dificultades a la competencia que no sea compensable en términos de eficiencia de acuerdo a esta Guía, ni deben eliminar la competencia de manera sustancial o evitar la competencia efectiva. Si los consumidores pueden por el contrario encontrar productos (bienes y servicios) sustitutos de los competidores o cuando las firmas competidoras sean capaces de captar de manera relativamente fácil compradores para sus bienes y servicios es probable que no se afecte la competencia. Cuando el proveedor tenga poder sustancial en el mercado pertinente, cualquier obligación de marca única puede llevar fácilmente a efectos de desplazamiento en el mercado pertinente. Cuanto mayor sea su poder de mercado pertinente, mayor será su capacidad de desplazar a otros agentes económicos. En la justificación de eficiencia de la empresa o agentes económicos con poder de mercado, debe comprobarse el efecto neto a favor de la sociedad y por ende del mercado y/o el consumidor.

160. Es en el nivel minorista con los productos finales en el cual pueden verificarse el fenómeno del desplazamiento, dados los significativos obstáculos a la entrada que deben afrontar la mayoría de los proveedores a la hora de crear canales o redes de comercialización para vender sus propios productos, generándose una restricción inter-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 de entrada para los mayoristas. No hay riesgo de exclusión cuando los fabricantes competidores pueden organizar sus propios puntos de venta al por mayor.

161. La cláusula por la cual el proveedor obliga a que el comprador o similar en una transacción, le revele 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 condiciones similares. Esto también puede facilitar la colusión entre proveedores ya que al concentrar sus compras o realizar transacciones con un solo proveedor, puede terminar siendo una división de mercado. 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).

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

163. En general puede considerarse que las obligaciones de marca única menores a un año no sean inhibitorias o restrictivas de la competencia. Su renovación debe ser cuidadosamente observada. En sentido estricto, no debe entenderse marca única como la imposición sobre una marca de un proveedor, ya que tal imposición puede versar sobre las marcas de un proveedor que impone la restricción.

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

7.3 Distribución selectiva

165. Los acuerdos de distribución selectiva usualmente revisten el carácter de suministro de producto de consumo sofisticado para cuya reventa de productos se estima conveniente limitar el número de distribuidores 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 del producto y al mínimo de pericia del distribuidor que pueda desarrollar obligaciones específicas tales como promociones y niveles de aprovisionamiento.

166. Otra diferencia consiste en el hecho de 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.

167. 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.

168. Al igual que el caso de distribución exclusiva, su justificación se fundamenta en resolver problemas de externalidad 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 entre 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.

169. 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 subdistribuidor honre las garantías del producto vendido por otra empresa de la red.

7.4 Suministro exclusivo

170. 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 pertinente 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 la que la parte suministradora haya confiado la distribución de los productos.

171. La conducta adoptada por el proveedor al incluir una cláusula contractual en la que exige su autorización con carácter absoluto para poder 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 insumo o servicio, 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 pertinente específicamente fijando indirectamente condiciones comerciales o de servicio y limitando la distribución.

172. 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.

173. Esta conducta es necesario analizarla cuando los acuerdos de compra exclusiva se celebren entre partes con distintas participaciones de mercado pertinente en sus respectivos niveles de distribución, producción 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 pudieran dimanar de tales acuerdos, por el cual otros proveedores no puedan penetrar el mercado pertinente o colocar sus productos. Asimismo 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.

174. En el caso de los bienes o servicios 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, materias primas 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 pertinente. 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 restrinjan la competencia.

7.5 Franquicia

175. Los derechos de propiedad intelectual en principio parecieran estar excluidos de la aplicación de la Ley 45, sin embargo, lo cierto es que si a través de estos mecanismos se restringe la libre competencia o la libre competencia, sí se les aplica las normas que prohíben tales conductas según la misma Ley 45. 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 poder sustancial en el mercado pertinente, y ponderar los beneficios económicos “versus” la restricción que conduzca a el resultado de desplazamiento irrazonable de otro agente económico.

176. 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 bienes o servicios. 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 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 bienes o la prestación de servicios. 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.

177. Se trata de un acuerdo vertical respecto de bienes o servicios 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 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 desarrolla entre sujetos que operan en diferentes niveles de la cadena de producción o comercialización, como los son de proveedor y demandante del bien o servicios.

178. 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 y/o servicio 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.

179. 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 y/o servicio 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, localización de establecimientos, formación de personal, inversión en técnica de apoyo en puntos de venta y promoción, asesoramiento en política de gestión, contabilidad y auditoría interna.

180. Las particularidades del contrato de franquicia permiten conductas tipificadas como anticompetitivas por el artículo 16 de la Ley 45 de 2007 como son establecer precios de reventa sugeridos por el franquiciante.

181. La intervención en estos casos de la autoridades de competencia pueden 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 bienes o usuarios de servicios, 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 bienes o servicios de que se trate y por ende, para el consumidor, derivados de esa eficiencia económica, pueden superar los posibles efectos anticompetitivos.

182. 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 revelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciante en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público; la imposición al franquiciado de la obligación de

comunicar al franquiciante 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 del franquiciado de informar al franquiciante 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 franquiciante con fines distintos de la explotación de la franquicia y la imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el conocimiento del franquiciante.

7.7 Ventas atadas o vinculadas

183. Las ventas atadas están tipificadas en el numeral 3 del artículo 16 de la Ley 45, en donde se especifica: "La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad".

184. Hay casos en que 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 producto atado es el servicio inherente para el buen funcionamiento, mantenimiento y/o reparación del producto principal.

185. Si la venta atada no impide la competencia o la libre concurrencia en el mercado pertinente 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.

186. 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 ésta se debió a desperfectos en el propio bien, a la mala calidad de los repuestos utilizados o a un trabajo de mano de obra deficiente.

187. 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 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 o aumentar la participación en el mercado de un producto ya existente.

188. En algunas 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 por separado. La empresa cobra por el producto atado la cantidad mínima para cubrir sólo sus costos, y en algunos casos puede ser que no llegue a cubrir estos.

189. Puede desplazar a un competidor si un producto principal, en el cual la empresa tiene poder de mercado, se vende atado a otro producto en el cual la empresa no tiene poder sustancial de mercado, pero quiere adquirir este poder ilícitamente. Para llevar a cabo esto, vende sistemáticamente, el producto atado durante un período prolongado de tiempo, aprovechando el poder que tiene en el producto principal e incluso compensando pérdidas en el bien atado (subsidio cruzado) para desplazar irrazonablemente a los competidores del bien atado y adquirir beneficios y/o poder de mercado en este otro mercado.

190. Los requisitos básicos que deben existir para que una venta atada se considere ilícita son:

- Existen dos productos separados o separables.
- La empresa tiene poder de mercado en el mercado pertinente del producto principal y lo ejerce.
- El producto sólo se vende atado.
- La competencia se ve afectada de forma sustancial.
- La práctica se lleva a cabo durante un período prolongado de tiempo y no puede explicarse en términos de ganancia en eficiencia.

191. 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 de que otras compañías vendan productos afines o aumenten las barreras a la entrada para aquellas que no ofrecen toda una línea de productos¹⁷.

7.8 Imposición de precios de reventa

192. La fijación unilateral de un precio de reventa ya sea máximo o mínimo es considerada como una práctica monopolística relativa susceptible de ser ilícita al tenor de la Ley 45, según se establece en el numeral 2 del artículo 16 de la misma.

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

194. 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. La fijación de precios de reventa máximos puede ser vista como una forma que no afecta la eficiencia del mercado pertinente, ya que busca evitar que algunos distribuidores por ciertas condiciones especiales del mercado 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.

195. En el caso de la imposición de precios de reventa mínimos la situación es opuesta. Estos casos sí afectan la eficiencia del mercado 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.

196. 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 en donde está enfocado el producto o servicio. La fijación de precios mínimos de reventa es una de las conductas que requieren mayor análisis y cuidado al utilizar la regla de la razón.

197. Si se permitiera la imposición de precios de reventa nunca un productor con poder sustancial 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.

198. La realización de publicidad dirigida al consumidor final, respecto al precio al cual deberían ser vendidos los bienes o servicios 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.

199. 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.

200. Una lista de precios sugeridos podría tener 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.

201. 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 monopolística relativa.

¹⁷ 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.

7.9 Otras restricciones verticales

202. En los puntos anteriores hemos 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.

203. El hecho que la conducta se dé basada en un contrato no exime de culpa al proveedor, si éste posee poder sustancial y la práctica tiene como objeto o efecto desplazar irrazonablemente a un agente económico, impedirle irrazonablemente su acceso o establecer irrazonablemente ventajas exclusivas a favor de alguna empresa.

204. Existen prácticas verticales que no han sido señaladas anteriormente, entre otras:

7.9.1 Volúmenes máximos de ventas

205. 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.

206. 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. 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, por este motivo restringe las ventas de sus clientes.

207. 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 afecta su imagen y posicionamiento en el mercado.

208. Por otro lado, establecer un volumen máximo de venta a diferentes clientes puede ser una forma de división de mercado 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.

7.9.2 Restricciones respecto de la exhibición de productos

209. 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 éste u otro aspecto visual que afecte la exhibición de los productos propios o de la competencia.

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

211. 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.

7.9.3 Restricciones respecto a la utilización de productos

212. 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 preservar la imagen de calidad y servicio que pueda tener el producto, además de prevenir daños por mal uso del bien.

213. 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 mercado, la proliferación de marcas y productos especializados para satisfacer un nicho de mercado en particular una misma empresa tiene múltiples productos que realizan funciones iguales pero están enfocadas a segmentos de mercado distintos con base en ingreso, género, raza, edad, clase social, gustos u otra variable demográfica.

214. 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 de mercado. Esta situación puede darse también en cuanto a los servicios. En donde se restringe el uso de un bien a brindar ciertos servicios específicos, pero no a otros que brinda el proveedor y en los cuales el distribuidor competiría con el proveedor.

7.9.4 Prohibiciones de condiciones comerciales

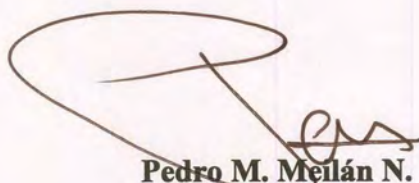
215. Ocurre cuando un proveedor impide a un distribuidor que otorgue descuentos, que dé crédito u otra condición común en los negocios. Esto se puede convertir en una forma de afectar al distribuidor o dar ventajas a un distribuidor sobre otro y/o puede ser una manera de excluir a un distribuidor que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

216. 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 o servicio y todo lo relacionado con ellos para que no exista ningún tipo de confusión en los clientes y todos reciban condiciones comerciales diferentes.

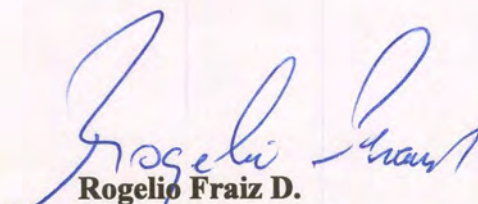
ARTICULO SEGUNDO: Esta Resolución empezará a regir a partir de su promulgación en la Gaceta Oficial.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley 45 de 2007, Decreto Ejecutivo No. 8-A de 22 de enero de 2009.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


Pedro M. Meilán N.
Administrador




Rogelio Fraiz D.
Secretario General