

Unclassified

Spanish - Or. English

28 July 2021

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

Cancels & replaces the same document of 26 July 2021

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version)
FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA**

Sesión II: Análisis de eficiencias en las restricciones verticales – Solicitud de contribuciones

20-22 de septiembre de 2021

Se hace circular el documento adjunto para la preparación del debate que tendrá lugar durante la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se realizará en formato virtual del 20 al 22 de septiembre de 2021, organizado por la OCDE y el BID en la plataforma Zoom de la OCDE. Las contribuciones por escrito para dicha sesión deberán llegar a la Secretaría el lunes **23 de agosto de 2021** a más tardar. Les agradeceríamos que avisaran antes del viernes **6 de agosto de 2021** si tienen la intención de presentar una contribución.

Puede encontrar más documentos relacionados con este debate en: oe.cd/lacsf.

Por favor, póngase en contacto con la Sra. Lynn Robertson o el Sr. Wouter Meester si tiene alguna pregunta sobre este documento [Lynn.Robertson@oecd.org y Wouter.Meester@oecd.org].

JT03479771

Sesión II. Análisis de eficiencias en las restricciones verticales – Solicitud de contribuciones –

1. Introducción

1. Este año, el Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (FLACC) incluirá una mesa redonda sobre «Análisis de eficiencias en las restricciones verticales». Me dirijo a ustedes para invitarles a preparar y presentar una contribución por escrito para esta sesión.
2. Mediante esta solicitud de contribuciones pretendemos identificar algunos temas que podrían desear tratar en sus contribuciones escritas y orales. Para ayudarles a preparar sus contribuciones, les remito (i) al documento de base de la Secretaría que se distribuirá en los próximos meses y puede utilizarse como punto de partida de las conversaciones que se mantengan durante esta sesión, (ii) a la lista detallada de preguntas que figura en el Anexo y (iii) a la bibliografía sugerida que figura al final de la presente carta. Tengan en cuenta que la lista de cuestiones recogidas en el anexo no es prescriptiva ni exhaustiva. Pueden ustedes plantear otras cuestiones de interés que reflejen sus experiencias.
3. Les recuerdo que la Secretaría elaborará breves resúmenes de las contribuciones escritas que se distribuirán antes de la reunión. Les invito a que presenten dicho resumen breve (no más de una página) junto con su contribución.
4. El sitio web del FLACC (oe.cd/lacsf) será el principal vehículo para el envío de documentación y enlaces relacionados con este tema. A menos que se nos solicite expresamente lo contrario, la Secretaría reproducirá todas las contribuciones escritas en el sitio web.
5. Para preparar el debate de la mesa redonda de forma eficaz, les agradeceríamos que comunicaran a la Secretaría, hasta el **viernes 6 de Agosto de 2021** como fecha límite, si tienen previsto realizar una contribución por escrito sobre el tema. Las presentaciones escritas deben enviarse hasta el **lunes 23 de Agosto de 2021**, a más tardar, y el incumplimiento de este plazo puede dar lugar a que su contribución no se distribuya a tiempo antes de la reunión.
6. Todas las comunicaciones relativas a la documentación de esta mesa redonda deberán enviarse a la Sra. Angélique Servin (Angelique.SERVIN@oecd.org). Por favor, dirijan todas las consultas importantes relacionadas con esta mesa redonda a la Sra. Lynn Robertson (Lynn.ROBERTSON@oecd.org) y al Sr. Wouter Meester (Wouter.MEESTER@oecd.org).
7. Las contribuciones en sí deberán enviarse por correo electrónico (como documento de Word en formato electrónico, 5 páginas como máximo en español o en inglés) a (Angelique.Servin@oecd.org), con copia a Lynn Robertson (Lynn.Robertson@oecd.org) y Wouter Meester (Wouter.MEESTER@oecd.org) hasta el **23 de Agosto 2021** como máximo. Las contribuciones de los países se distribuirán a los participantes a través de la página web del FLACC www.oecd.org/competition/latinamerica/ (url: oe.cd/lacsf) y www.oecd.org/competition/latinamerica/2021forum/. Si además desean distribuir otros materiales de interés, rogamos envíen una copia a la Secretaría antes del **23 de Agosto de 2021**.

2. Información básica

8. Es bastante habitual que las empresas que realizan actividades en distintas etapas de la cadena de suministro –por ejemplo, un fabricante y un minorista o distribuidor de un producto– celebren acuerdos entre sí, en lugar de depender de operaciones en el mercado *spot*. Estos acuerdos y las disposiciones contractuales entre empresas relacionadas verticalmente podrían restringir las condiciones en las que las empresas pueden comprar, vender o revender bienes o servicios (las llamadas restricciones verticales).

9. El uso de restricciones verticales se ha incrementado rápidamente en la última década, en particular debido al acelerado avance de la economía digital y el comercio electrónico. La posibilidad de comprar y vender bienes o servicios a través de internet reduce los costos de búsqueda y de las transacciones para los consumidores, incrementa la transparencia tanto para consumidores como para proveedores, y aumenta la cobertura geográfica y el alcance de fabricantes y minoristas. Tal es así que la Comisión Europea ya señaló en su Investigación sectorial sobre el comercio electrónico (2017)¹ un aumento en el uso de restricciones verticales. Las autoridades de competencia latinoamericanas también se enfrentan a un aumento, aunque a menor escala. Las autoridades de competencia de la región han procesado casos en los que se encontraron restricciones verticales en mercados relacionados con bienes o servicios digitales. La autoridad de competencia brasileña (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE), por ejemplo, llegó a un acuerdo en 2018 con las principales Agencias de Viajes Online (OTAs) para eliminar las restricciones en sus contratos con los hoteles.² Asimismo, el Instituto Federal de Telecomunicaciones de México (IFT) sancionó en 2018 a dos empresas por firmar contratos de exclusividad en servicios móviles prepago.

10. Las restricciones verticales pueden tener efectos contrarios o favorables a la competencia según cuál sea el contexto y la coyuntura. Los efectos contrarios a la competencia pueden ser, entre otros, la exclusión del mercado (elevar los obstáculos a la entrada o la expansión para otros proveedores o compradores), la facilitación de prácticas colusorias y el relajamiento de la competencia (competencia intramarca, entre empresas con respecto a una misma marca, o intermarca, entre empresas con respecto a diferentes marcas). Los efectos favorables a la competencia derivados de un aumento de la eficiencia en la cadena de suministro pueden estar relacionados, por ejemplo, (i) con la resolución del «problema del parasitismo» (free-rider) (un distribuidor que se aprovecha de las labores de promoción de otro), (ii) el estímulo de la inversión, al dar respuesta al problema del «atracó» (hold-up) de inversiones específicas de una relación o (iii) la protección de una imagen de marca de alta calidad, entre otras cosas.

11. Diferentes jurisdicciones adoptan además distintos planteamientos respecto a los tipos de restricciones verticales que prohíben (se pueden prohibir algunas restricciones “per se”, otras solo si tienen por objeto o efecto perjudicar la competencia y otras podrían no estar prohibidas en ningún caso. El enfoque jurídico predominante en diversas jurisdicciones, entre ellas la estadounidense, es que la valoración de las restricciones verticales queda sujeta a una «regla de la razón», que obliga a sopesar en cada caso concreto

¹ Según el informe, los minoristas en línea se enfrentan a múltiples limitaciones verticales debido a los acuerdos contractuales. Entre las limitaciones se encuentran las limitaciones de precios (o recomendaciones) (a las que se enfrenta el 48% de los minoristas), las limitaciones para vender en mercados (18%), las limitaciones para vender en su propio sitio web (11%), las limitaciones para vender de forma transfronteriza (geobloqueo) (11%), las limitaciones para utilizar herramientas de comparación de precios (9%) y las limitaciones para hacer publicidad en línea (8%).

² Case No. 08700.010789/2012-7.

los efectos que provoca el acuerdo en el bienestar de los consumidores. En la UE, la Comisión Europea ha creado, a través de diversos reglamentos y directrices, una serie de supuestos relativos (tanto de legalidad como de ilegalidad). El supuesto general es que, en ausencia de un poder de mercado significativo, ya sea aguas arriba o aguas abajo, las restricciones verticales podrían ser favorables a la competencia cuando obedezcan a razones de eficiencia³. Cuando no se aplica el supuesto general porque o una o ambas partes poseen un poder de mercado significativo (por ejemplo, una cuota de mercado superior al 30%), debe valorarse cada práctica intrínsecamente, sopesando las pruebas a favor o en contra de su legalidad.

12. Teniendo en cuenta la enorme y creciente pertinencia de las restricciones verticales y las diferencias entre los marcos jurídicos y de análisis, las autoridades de competencia podrían necesitar ciertas herramientas operativas para distinguir las prácticas inofensivas de las dañinas, valorando las eficiencias favorables a la competencia que generan las restricciones verticales y comparándolas con los efectos contrarios a la competencia.

13. Está bien establecido en la literatura económica que las restricciones verticales son generalmente menos perjudiciales que las horizontales y pueden proporcionar un margen sustancial de eficiencias. A pesar de este reconocimiento, existe un importante debate sobre qué tipos de ganancias de eficiencia son relevantes en el análisis de las restricciones verticales, por ejemplo, las ganancias de eficiencia dentro de la empresa, las ganancias de eficiencia entre empresas y/o los beneficios de la innovación, ya que no todos los acuerdos verticales producen necesariamente cada una de estas eficiencias y, si lo hacen, su intensidad puede variar. La medición y la justificación de las eficiencias alegadas también son importantes y a menudo son la razón por la que las alegaciones de eficiencia no suelen presentarse o, si lo hacen, no prosperan.

14. Las consideraciones pertinentes en este sentido con respecto a la identificación de eficiencias favorables a la competencia son: (i) en quién recae la carga de la prueba con respecto a si un acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación de la ley y si las eficiencias compensan cualquier posible perjuicio para la competencia; (ii) qué tipos de eficiencias se tienen en cuenta (por ejemplo, estáticas frente a dinámicas o cortoplacistas frente a largoplacistas); (iii) cómo medir las eficiencias reclamadas y (iv) cómo equilibrar las eficiencias esperadas con las restricciones de la competencia.

15. En algunas de las autoridades de competencia de América Latina, como Colombia, México y Perú, las partes investigadas tienen la carga de la prueba para identificar las eficiencias y demostrar que compensan los efectos anticompetitivos. Por ejemplo, en el caso de los cementos en Perú⁴, el Instituto Nacional de Defensa de la Libre Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) no evaluó las eficiencias debido a que no fueron presentadas explícitamente por las partes. La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia ha seguido un enfoque similar. En el caso de IBOPE⁵ en 2011 sobre acuerdos para cerrar el mercado restringiendo el acceso a estadísticas clave, las eficiencias que fueron evaluadas por la autoridad fueron las presentadas por las partes.

³ Esta presunción general admite algunas excepciones. Algunas prácticas se califican como restricciones duras. Para ellas, la presunción general se invierte: aunque ninguna de las partes parezca disfrutar de poder de mercado, se presume que el acuerdo entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del TFUE y no cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3, del TFUE. En estas circunstancias, se presume que la restricción vertical es ilegal, pero las partes tienen la posibilidad de alegar una exención legal en casos individuales.

⁴ Resolución 10 de 2013.

⁵ Resolución 23890 de 2011.

16. Esta sesión tratará: (a) una visión general de las restricciones verticales; (b) una discusión sobre la evaluación de diferentes efectos potenciales pro y anticompetitivos de las restricciones verticales; y (c) cuestiones sobre la valoración de posibles eficiencias favorables a la competencia de las restricciones verticales, incluyendo factores pertinentes que se tendrán en cuenta para dicha valoración, la carga y el estándar de la prueba.

17. La calidad y utilidad de esta sesión se verá reforzada por las contribuciones escritas aportadas por los participantes. Creemos que puede ser especialmente útil la aportación por cada participante de un debate sobre casos concretos de aplicación de la normativa en su jurisdicción.

Anexo. Recomendaciones a considerar en las contribuciones de los países

Sesión II. «Análisis de eficiencias en las restricciones verticales»

1. Pertinencia de las restricciones verticales

1. En los últimos años, ¿han observado en su jurisdicción un aumento o un descenso de la frecuencia de casos relacionados con restricciones verticales? A su juicio, ¿qué ha motivado este aumento o descenso?
2. En los últimos años ¿ha tenido que atender su organismo algún tipo específico de restricciones verticales (como el mantenimiento del precio de reventa, la distribución selectiva, la distribución exclusiva u otros) de forma mayoritaria?
3. ¿Existen en su jurisdicción determinados sectores o industrias (tales como las agencias de viajes en línea, el comercio electrónico, las plataformas de distribución de contenidos multimedia, la distribución de software o hardware) en los que han aumentado recientemente las preocupaciones en materia de competencia relacionadas con restricciones verticales?

2. Evaluación de las restricciones verticales

1. Por favor, expliquen el marco jurídico y de análisis que se aplica en su jurisdicción para valorar las restricciones verticales.
2. ¿Se basa usted en directrices formales u otros documentos existentes para orientar sobre cómo tratar las restricciones verticales?
3. ¿Qué teorías del daño han surgido en su jurisdicción al tratar los casos de restricciones verticales?

3. Análisis de la eficiencia en restricciones verticales

1. En su jurisdicción, ¿ha habido algún caso en el que se alegasen o analizasen en detalle eficiencias favorables a la competencia de las restricciones verticales? De ser así, por favor describan la alegación y/o su valoración, incluyendo:
 - a) ¿Cuál ha sido el marco de análisis?
 - b) ¿Cómo se valoraron (y posiblemente cuantificaron) las eficiencias y qué información utilizaron ustedes?
 - c) ¿Cuál es el criterio de prueba para evaluar las posibles eficiencias?
 - d) Algunas restricciones verticales que, *a priori*, suscitan preocupaciones respecto a la competencia pueden tener, sin embargo, pueden generar un efecto neto positivo en el bienestar de los consumidores y en el bienestar general a largo plazo. En este caso, ¿se alegaron o valoraron eficiencias dinámicas a más largo plazo? De ser así, por favor describan tales alegaciones y su decisión.
 - e) ¿Cómo se sopesaron los posibles efectos anticompetitivos y procompetitivos (eficiencia) y qué marcó la diferencia?
2. En su opinión, ¿cuáles son los factores pertinentes que han de tener en cuenta los organismos para determinar qué eficiencias son específicas de una determinada restricción vertical? El artículo 101.3 del TFUE exige que se den tres factores para que las alegaciones de eficiencia prosperen: participación equitativa para los consumidores; carácter indispensable de la restricción; y que no eliminen a la competencia; En su jurisdicción, ¿poseen criterios o factores que han de tenerse en cuenta cuando se valoran las alegaciones presentadas en relación con la eficiencia?

3. ¿En quién recae la carga de la prueba durante la evaluación de las restricciones verticales? ¿Quién se supone que ha de demostrar si una restricción en cuestión tiene efectos contrarios o favorables a la competencia e infringe la ley? ¿Qué elementos fundamentan esta asignación de la carga de la prueba?

Bibliografía sugerida

- Brook, O. (2019), “Struggling with Article 101(3) TFEU: Diverging approaches of the Commission, EU Courts, and five Competition Authorities”, *Common Market Law Review*, Vol. 56(1), pp. 121-156, <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=COLA2019006#>.
- Comisión Federal de Competencia de México (2012), *Documento de Referencia para el Análisis de Restricciones Verticales*, https://www.cofece.mx/cofece/images/Estudios/Externos/Restricciones_Verticales.pdf.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio*, 2019 https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante.pdf
- European Commission (2020), *Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (SWD)*, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/staff_working_document.pdf.
- European Commission (2010), *Guidelines on Vertical Restraints*, Official Journal of European Union C 130 of 19 May 2010, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:EN:PDF>.
- Hernandez, D. (2018), *Drawing the Boundaries Between Hub-and-Spoke Cartels and Vertical Agreements: Lessons from the United Kingdom and the United States to Chilean Competition Law*, *World Competition Law and Economics Review*, June 2018.
- Kirk Fair, R., N. Piankov and E. Frot (2019), “United States – E-commerce Economics: Market Power and Enforcement in Vertical Markets”, *Global Competition Review, E-Commerce Competition Enforcement Guide*, https://www.analysisgroup.com/globalassets/uploadedfiles/content/news_and_events/news/2019-kirk-fair-piankov-frot-united-states-e-commerce-economics-market-power-enforcement-vertical-markets.pdf.
- Lexology (2021), “In brief: enforcement against vertical agreements in Brazil”, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fc58f3c5-c02a-45dd-baf6-99f45d2b60a0&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTM%E2%80%A6.
- OECD (2019), *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil*, www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm.
- OECD (2018a), *Implications of E-commerce for Competition Policy, Background note by the Secretariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)3/en/pdf).
- OECD (2018b), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platform*, Paris: OECD, <http://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>.
- OECD (2015), *Vertical Agreements between Suppliers and Retailers that Specify a Relative Price Relationship between Competing Products or Competing Retailers*, Background note by Morten Hviid, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)6&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)6&doclanguage=en).

- OECD (2013), "Vertical Restraints for On-line Sales", *Background note by Paolo Buccirossi*, <http://www.oecd.org/daf/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>.
- Rojas, N. (2009), "Restricciones Verticales a la Competencia en el Ámbito del Retail", LIBRE COMPETENCIA Y RETAIL, N. Nehme and P. Montt, eds., Santiago: Legal Publishing, 2009, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1485744.
- Ruiz, L.M. (2014), "Las restricciones verticales en la política de competencia colombiana", Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, N. 11, 31, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4759651>.
- Uribe, C.A. (2009), "Cierre de Mercados", Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 5 N° 5, 495-603, <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/10-uribe-final.pdf>.
- Werneck, B.D., G. Flausino and R. Vilela (2010), "Resale Price Maintenance and the Brazilian Antitrust Law", Rev. Derecho Competencia, Bogotá (Colombia). 7. 221, <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/resale-price-maintenance-and-the-brazilian-antitrust-law.pdf>.