

No clasificado

Español - o Inglés

27 August 2021

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

Cancels & replaces the same document of 27 August 2021

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO
LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión II: Análisis de
eficiencias en restricciones verticales**

-- Contribución de Honduras --

20-22 de septiembre de 2021

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Honduras PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 20-22 de septiembre 2021 reunión virtual por Zoom.

Sra. Lynn Robertson, Experto en Competencia [Correo electrónico: lynn.robertson@oecd.org]

JT03480250

Sesión II: Análisis de eficiencias en restricciones verticales

- Contribución de Honduras -

1. Sobre la Pertinencia de las Restricciones Verticales

1. Como es sabido, las políticas de competencia tienen un ámbito de aplicación que abarca entre otras, aquellas restricciones entre proveedores y distribuidores que acuerdan entre sí la reventa de productos o servicios (denominadas “restricciones verticales”).
2. La distribución en mercados online ha planteado algunos aspectos a considerar en la cadena de valor, que incluye el desarrollo de nuevos modelos de distribución, la aparición de agentes intermediarios (plataformas digitales) al igual que la aparición de restricciones verticales en la distribución online, mismas que comienzan a ser objeto de estudio por parte de las agencias de competencia y la academia.
3. La detección de este tipo de restricciones hace susceptible el funcionamiento efectivo de mercados que involucra plataformas digitales y los espacios de venta que ahí ocurren y han venido a sumarse estas restricciones verticales que ocurren en mercados mas convencionales. En Honduras, desde el último año se ha observado una reducción importante en la brecha en la expansión y uso de las plataformas digitales y de muchos mercados que ahí convergen, situación que plantea el interés de Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (Comisión) en torno a posibles distorsiones y restricciones verticales que pueden llegar a ocurrir.
4. En el caso de Honduras, en general en los últimos años no se han recibido denuncias o detectado indicios suficientes para iniciar casos relacionados con restricciones verticales. Es claro que esta reducción en el número de estudios de este tipo de casos no significa necesariamente que es porque este tipo de prácticas y conductas esté desapareciendo, más bien puede configurarse como un reflejo de una etapa de transición en que se encuentran muchos mercados y que aun no llegan a ser detectables.
5. Cabe mencionar que uno de los últimos casos que investigó la Comisión relacionado con restricciones verticales, se encuentra circunscrito en el análisis de un caso de distribución exclusiva en el mercado de cerveza en la Isla de Roatán, zona insular de Honduras.

2. Evaluación de las Restricciones Verticales según la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley) de Honduras

6. Uno de los elementos más importantes y relevantes de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley) es la incorporación del concepto de eficiencia económica y bienestar del consumidor en su artículo 9. En este sentido, la legislación establece que: *“No restringen, disminuyen, dañan, impiden o vulneran la libre competencia de manera indebida, aquellos contratos, convenios, combinaciones, arreglos o conductas que generen incrementos en la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y compensen el posible efecto negativo al proceso de libre competencia”*.

7. Se consideran incrementos en la eficiencia económica y bienestar del consumidor, las mejoras en las condiciones de producción, distribución, suministro, comercialización o consumo de bienes o servicios.
8. El agente económico que invoque incrementos en la eficiencia económica y bienestar del consumidor como resultado de sus actos o conductas tipificadas como prohibidas, deberá acreditar tales supuestos.
9. El procedimiento para sancionar las prácticas, actos o conductas prohibidas, se inicia de oficio o a instancia de parte, en tal sentido se establece por procedimiento y regla general que la carga de la prueba durante la evaluación de este tipo de restricciones recae sobre el presunto infractor y, en su caso, el denunciante, quienes pueden producir todas las pruebas legalmente establecidas. Para lo cual la Comisión determina entre otros, la forma de presentación de pruebas y su valoración, pudiendo desestimar las pruebas que no fuesen ofrecidas conforme a derecho, no tengan relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarias.
10. Las pruebas son valoradas de acuerdo con el principio de la sana crítica, y se pondera de manera preferente la realidad material que las mismas reflejen independientemente de las formas jurídicas adoptadas por los agentes económicos.
11. Al respecto y de conformidad al Artículo 9 de la Ley, su Reglamento establece que al evaluar las conductas referidas en el artículo 7 de la Ley, la Comisión considera la existencia de ganancias en eficiencia económica que se deriven de la práctica bajo análisis que incidan favorablemente en el proceso de competencia, permitiendo a sus participantes integrar sus capacidades productivas, o lograr una mayor eficiencia de la actividad económica, o promover la innovación o fomentar la inversión productiva y que se traduzcan en beneficios a los consumidores en la actividad respectiva.
12. El Reglamento establece como ganancias en eficiencia, entre otras: a) La obtención de ahorros en recursos que permitan al agente económico, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo; b) La obtención de menores costos si se producen dos o mas bienes o servicios de manera conjunta que separadamente; c) La disminución significativa de los gastos administrativos; d) La innovación y transferencia tecnológica y de información comercial; e) La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución.
13. Para los análisis de casos que involucran restricciones verticales, la Comisión abarca un enfoque multidimensional que incluye principalmente lo establecido en su Ley, pero se ve apoyado en las directrices formales de agencias homólogas, doctrina internacional y otros documentos existentes sobre el tema.
14. En ese mismo sentido, el ordenamiento jurídico nacional establece como Supuesto de Hecho la capacidad de actuación unilateral de un agente para actuar en el mercado con independencia de las acciones de clientes o competidores, es decir que los contratos, convenios, combinaciones, arreglos o conductas que se consideren prácticas restrictivas a prohibir según su efecto (Restricciones verticales), únicamente pueden ser declarados prohibidos si se comprueba que la participación en el mercado afectado del conjunto de los agentes económicos involucrados o de uno de ellos es superior a la que establezca la comisión para los efectos de determinar si las conductas de los agentes económicos son prohibitivas; en tal sentido, la Comisión atendiendo las condiciones de mercado y el comportamiento de aquellos involucrados en el mismo está facultada para establecer porcentajes menores o mayores de participación en el mercado relevante.

15. De ahí entonces que, aplicar criterios caso por caso para determinar la participación notable de mercado, se vuelve sumamente importante y riguroso ya que el análisis bajo la Regla de la Razón procederá siempre que se demuestre una afectación concreta del mercado. La Comisión apreciará los indicios que resulten en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos. No será válida la demostración de un hecho denunciado por medio de indicios, a menos que los mismos no puedan ser explicados sino como consecuencia de la intención de la parte infractora en restringir la competencia, y para ello se utilizan diversos criterios de valoración y que puede ser diferente caso por caso, pero manteniendo algunos principios generales fundamentales, como el carácter indispensable de las restricciones y que sea medible el traspaso de las eficiencias para los consumidores y el mercado.

16. Es preciso destacar que, en el análisis de restricciones verticales, el tema de la inclusión de cláusulas de exclusividad ha sido estudiado en condiciones concretas que pueden derivar en un daño. En términos generales, este tipo de cláusulas consiste en operaciones que tienen como propósito fundamental no utilizar o comercializar bienes o servicios provistos por competidores del agente económico que la impone. Sin embargo, una cláusula de exclusividad es perjudicial si limita la competencia, esto es, si con este tipo de práctica se busca producir daños al proceso de libre competencia y, en definitiva, a los consumidores. En particular, cuando se observa que dicho ejercicio mercantil implica limitaciones en el acceso a los canales de distribución en forma generalizada, y cuando estos canales tienen el carácter o adquieren la condición de factores esenciales respecto a una situación efectiva de competencia.

17. En adición a lo anterior, se puede argumentar y sostener que una transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender o proporcionar, los bienes o servicios producidos, distribuidos o comercializados por un tercero, genera una restricción al proceso de libre competencia, especialmente, cuando se afecta a otros competidores en su libertad de participar del mercado. Entre los efectos que se advierten con este tipo de prácticas restrictivas están: el de desplazamiento de competidores actuales (efecto exclusionario) o el de impedimento al acceso del mismo (barreras de entrada).

3. Análisis de Eficiencia en Restricciones Verticales

18. Para ejemplificar mediante la práctica, se expone un caso conocido por la Comisión consistente en la imposición de ciertas condiciones de exclusividad por parte de la empresa dominante del mercado de cerveza al canal de distribución de consumo inmediato (bares y restaurantes), para impedir el ingreso de otros competidores en dicho mercado. El caso se inicia mediante de una denuncia ante la Comisión por parte de la cervecera Bay Island Brewery Company S. A. en contra de Cervecería Hondureña S. A. por infringir en su concepto los numerales 5 (distribución exclusiva) y 9 (de carácter amplio) del artículo 7 de la Ley.

19. En su análisis la Comisión consideró innecesario segmentar el mercado según los distintos tipos de cervezas, pero si separó los canales de distribución no inmediatos (supermercados y almacenes) de los inmediatos (hostelería y centros de diversión), limitando a estos últimos el mercado relevante del producto y a la isla de Roatán, el ámbito geográfico.

20. En cuanto al poder de mercado, la Comisión consideró que el sólo hecho de que la empresa denunciada ostentara una participación cercana al 95% en el mercado así definido, le permitía levantar barreras artificiales a la entrada.

21. En cuanto a la conducta denunciada, la Comisión tuvo por acreditado que las condiciones o cláusulas de exclusividad que la compañía demandada había impuesto a sus distribuidores en la isla de Roatán constituían barreras artificiales a la entrada del mercado y que tenían el efecto ya bien de excluir del mercado a competidores o bien impedir el ingreso de potenciales. Sin embargo, falló que la exclusión del mercado de la denunciante no obedeció a estas prácticas, sino a la elección de los consumidores.

22. Dentro del análisis realizado por la Comisión se estimaron como hechos probados, los enumerados a continuación:

- El propósito de alegar incrementos en la eficiencia económica o propiciar un mayor bienestar del consumidor mediante el ejercicio de una práctica que se considere restrictiva por ley, es saber, si tal ejercicio compensa el efecto negativo que está sufriendo el proceso de libre competencia, es decir, para alegar o invocar tales circunstancias deberán encontrarse argumentos de mérito que realmente demuestren que se han compensado los efectos negativos producidos en el mercado por el ejercicio de una práctica anticompetitiva. En cuanto a la eficiencia económica alegada por el recurrente (Otorgamiento de equipos de enfriamiento a los comercios y otros beneficios como créditos, descuentos, promociones y publicidad para los clientes de Cervecería Hondureña), tanto en la audiencia de informes finales como en el recurso de reposición, se concluyó lo siguiente:
 - Las eficiencias debieron demostrarse como resultado de las conductas sancionadas, precisamente con el objeto de evidenciar una compensación de los efectos negativos que las prácticas restrictivas producen en el proceso de libre competencia. Es decir, para admitir la consideración de que las prácticas analizadas no restringen ni disminuyen ni vulneran la libre competencia, se precisa que éstas generen incrementos en la eficiencia económica, que se traduzca en bienestar de los consumidores, pero, sin que ello implique la eliminación de la dinámica competitiva en el mercado relevante definido.
 - El servicio “Todo Incluido” ofrecido por algunos hoteles se trata de un servicio distinto al producto investigado en el mercado relevante definido, si bien dentro de este servicio se ofrecen algunas bebidas alcohólicas (no sólo cerveza) de forma ilimitada, no necesariamente los consumidores utilizan ese servicio para el consumo del producto definido en el mercado relevante de este caso.
 - La necesidad de pactar exclusividad para asegurar y garantizar el suministro de determinado bien a cierto agente económico, puede ser sustituida con la suscripción de un contrato de suministro, el cual garantizaría un determinado proveedor por el tiempo necesario y permitiría la libertad del comprador (suministrado) para poder pactar otros contratos de suministro con otros proveedores.
 - El agente económico infractor al alegar incremento o ganancia de eficiencias económicas, debió observar que se considerara su supuesto dentro de lo establecido el artículo 6 del reglamento de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia.

- Sobre los beneficios alegados se especificaron dos aspectos y se estableció que:
 - **Sobre el Equipo de enfriamiento.** Comprendió lo siguiente:
 - a) De la investigación se determinó que el 61% de los establecimientos visitados hacen uso de equipos de la Cervecería Hondureña, para el enfriamiento del producto, y según los entrevistados, el préstamo de equipo se condiciona con la exclusividad en su uso, la que está referida al mantenimiento exclusivo de productos distribuidos por la Cervecería Hondureña; b) Las preferencias de los consumidores, en especial en la Isla de Roatán, tiene características asociadas al clima cálido, donde el consumo de la cerveza cumple la función de satisfacer la sed, vale decir, como bebida refrescante, y por tanto, se valora que dicho producto al adquirirse esté preferiblemente frío. En ese sentido, resulta fundamental que los establecimientos que venden cerveza, sobre todo aquellos en los que la venta es para consumo inmediato (bares, restaurantes, hoteles etc.) posean equipo de enfriamiento para satisfacer las necesidades de sus consumidores; c) De las consideraciones anteriores, resulta lógico o razonable suponer que las empresas que tengan como meta aumentar sus ventas, tendrán que ofrecer sus productos a temperaturas frías. El objetivo es atraer la mayor clientela. No obstante, las condiciones en que una empresa proporciona su producto a temperatura fría y las implicaciones de sus políticas comerciales no deben perjudicar el proceso de libre competencia; d) Se consideró, sobre la base del análisis de la información recabada, que en los establecimientos en los que no existe espacio o en los que el costo de energía por mantener otra cámara de enfriamiento supera los beneficios de mantener una oferta variada de productos para dichos establecimientos. Los acuerdos por préstamo de equipo se restringe a la comercialización de las marcas de la Cervecería Hondureña, con la prohibición de introducir productos de la competencia, por lo que este tipo de acuerdos se convierten en una barrera a la entrada para nuevos competidores, con los consiguientes efectos adversos al proceso de libre competencia; e) En ese sentido la condición de exclusividad sobre el equipo de enfriamiento resulta razonable y legalmente posible, únicamente cuando hay espacio para colocar otro equipo de enfriamiento para productos competidores y el costo de energía por mantener otro equipo es menor a los beneficios de una mayor oferta de productos. En las situaciones descritas en que el espacio no permite tener otro equipo de enfriamiento dicha conducta impide la competencia inter marcas disminuyéndose de esta forma el ejercicio de libre competencia, y;
 - **Sobre Otros Beneficios,** se estableció que: a) La Cervecería Hondureña otorga a sus clientes distintos beneficios por la compra de sus productos entre los cuales se pueden mencionar, el crédito para adquirir el producto, los obsequios de productos, descuentos, la estrategia de hora feliz, los cubetazos, la publicidad para el negocio, las mesas, las sillas, las pantallas gigantes, entre otros; b) Que los beneficios antes descritos resultan razonables y legalmente posibles en la medida de que no condicionen su beneficio a la compra exclusiva del producto; y, c) Sin embargo, los beneficios relacionados con obsequios de productos, descuentos, hora feliz y cubetazos podrían alterar la competencia en un mercado concentrado con sólo un actor dominante, siempre y cuando, dichos beneficios no sean producto de eficiencias obtenidas en el proceso de producción y/o comercialización de la Cervecería Hondureña y ésta quiera trasladarlas de alguna forma al consumidor final.

- La inexistencia de las justificaciones económicas pertinentes que demuestren que la inclusión de las cuestionadas cláusulas de exclusividad tienen como objeto producir eficiencias en las relaciones económicas para generar beneficios claramente perceptibles para los consumidores en términos de calidad y/o precios.

23. En virtud de lo anterior, la Comisión determinó que existieron suficientes elementos para concluir sobre la procedencia de la denuncia contra la Cervecería Hondureña y, en consecuencia impuso una sanción de L 9,645,416 (aproximadamente US\$ 507,653) equivalente a 10% de las utilidades brutas de las ventas del ejercicio fiscal anterior. Cabe mencionar que esta resolución a la fecha está siendo revisada en sede judicial.