



DESCUENTOS POR FIDELIDAD: ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TDLC EN EL CASO FÓSFOROS

Pedro Rencoret

Descuentos por fidelidad: análisis de los efectos de la sentencia del TDLC en el caso fósforos¹.

Febrero 2020



Pedro Rencoret Gutiérrez

Abogado de la Universidad de Chile y LL.M. de la Universidad de Chicago. Socio del estudio Pellegrini & Cía. y profesor de Derecho Procesal de la P. Universidad Católica de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Los descuentos por fidelidad (también conocidos como “*fidelity discounts*” o “*loyalty rebates*”)² suponen un enorme desafío para el derecho de la competencia. Esta dificultad se origina en la naturaleza misma de este tipo de incentivos.

Por regla general, los descuentos son prácticas procompetitivas. Entre otros beneficios, permiten a los compradores³ acceder a menores precios y responden a la legítima intención que todo competidor tiene de ganar clientes y prevalecer en el mercado. Sin embargo, en ciertos casos pueden ser anticompetitivos, particularmente si excluyen competidores, facilitan la coordinación horizontal o reducen la transparencia de los precios.

El escrutinio de estos descuentos por las autoridades de la competencia es una tarea compleja, en la que equivocarse no es gratuito. Un “falso positivo” amenaza con desalentar actividades socialmente deseables, mientras que un “falso negativo” puede perpetuar situaciones abusivas que alejen a los mercados del óptimo social. Definir la línea que separa la legítima competencia agresiva de una práctica anticompetitiva plantea más preguntas que respuestas.

El propósito de este trabajo es contribuir a esta discusión haciendo un análisis empírico de los efectos del *Caso Fósforos*⁴. En 2009, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) acogió un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y la demanda del competidor Canada Chemicals, declarando anticompetitivos por exclusorios los descuentos por fidelidad desplegados por la firma dominante en esa industria, la Compañía Chilena de Fósforos (CCF). El paso del tiempo y las características del caso ofrecen una oportunidad valiosa para medir los efectos de esa decisión y evaluar si ésta tuvo por efecto promover la competencia.

Si bien los datos reunidos no fueron suficientes para demostrar o descartar una relación de causalidad

1 Se agradecen los aportes y comentarios de Dennis Carlton, Julio Pellegrini, Jorge Fantuzzi, Juan Pablo Montero y de los asistentes al IX Taller de Organización Industrial, organizado por el Instituto Sistemas Complejos (ISCI), con la colaboración de la Fiscalía Nacional Económica. Las opiniones y errores en este artículo son de exclusiva responsabilidad del autor. Por favor, enviar comentarios al correo electrónico prencoret@pycia.cl. Se advierte que el autor participó como apoderado de la demandante, Canadá Chemicals S.A., en el caso estudiado en este artículo (*Caso Fósforos*).

2 Este artículo se enfoca en los descuentos por fidelidad aplicados sobre un producto único, no respecto de ofertas conjuntas multiproducto. De todas maneras, razonamientos bastante similares pueden aplicarse a ambos escenarios. Ver Einer Elhauge, “Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory”, *Harvard Law Review* 123, N° 2 (2009), 397-481.

3 Para efectos de este artículo, se entiende por compradores principalmente a *retailers* y distribuidores mayoristas.

4 *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009 (2009), al que se acumuló el expediente *Demanda de Comercial Canadá Chemicals S.A. contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.*, C-174-2008.

entre la prohibición de los descuentos por fidelidad de CCF y sus efectos en el mercado, se observa una correlación entre su persecución y sanción con un aumento en las ventas del entrante, junto a una baja relativa en los precios de la industria. El contexto y antecedentes del caso permiten sugerir que ello es reflejo de una mejora en el proceso competitivo, en beneficio de los consumidores. De ser así, tal como ocurrió con don Marcelo Bielsa, al TDLC el tiempo le dio la razón.

Este artículo se estructura de la siguiente manera. La parte II contiene una descripción general de los descuentos por fidelidad, explicando la discusión que generan en el derecho de la competencia. La parte III ofrece una breve explicación de la jurisprudencia nacional en esta materia, el cual sirve de base para la parte IV, que explica el *Caso Fósforos*. La parte V se divide en tres secciones. La primera describe el modelo que se intenta usar para evaluar los efectos de esta sentencia. La segunda parte explica por qué los datos reunidos no fueron suficientes para que el modelo funcionase. La tercera parte expone los datos reunidos y ofrece las principales observaciones que de ellos emanan. La parte VI sintetiza las conclusiones.

II. ACUERDOS DE EXCLUSIVIDAD Y DESCUENTOS POR FIDELIDAD

Los acuerdos de exclusividad son un tipo de restricción vertical. Suponen que el vendedor prohíbe al comprador comercializar las marcas de la competencia o alguna en particular⁵. En general es una práctica lícita y de común aplicación, pero en ciertos casos puede configurar una conducta anticompetitiva, particularmente de carácter exclusorio⁶.

Dentro de la noción de acuerdos de exclusividad se circunscriben no sólo los pagos explícitamente hechos para impedir que el comprador distribuya las marcas de la competencia, sino también todo incentivo estructurado para producir el mismo efecto⁷. Por ejemplo, Kaplow & Shapiro observan que hay una variedad de condiciones contractuales que no conllevan explícitamente una exclusividad, pero que tienen efectos económicos muy similares, siendo apropiado considerarlas en esta categoría⁸. Los descuentos por fidelidad son un ejemplo de ello. En palabras del TDLC, “si bien no todos los programas o cláusulas de fidelidad son anticompetitivos per se, sí podrían serlo, entre otras razones, cuando su efecto es similar a una tratativa

5 FNE, *Guía para el Análisis de Restricciones Verticales* (junio 2014), 6, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales-1.pdf>. Ver también Louis Kaplow y Carl Shapiro, “Antitrust”, *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, N° 575 (2007), 121; Herbert Hovenkamp, *Antitrust* (Minnesota: West Group, 3ª ed., 1999), 164-165; y Comisión Europea, *Directrices relativas a las restricciones verticales* (2010), par. 129, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF_.

6 Las prácticas exclusorias son definidas como “a method by which a firm ... trades a part of its monopoly profits, at least temporarily, for a larger market share, by making it unprofitable for other sellers to compete with it”. Richard Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (Chicago: University of Chicago Press, 1976), 28. La Corte Suprema de los Estados Unidos indica que una conducta exclusoria bajo la Sección 2 de la Sherman Act “comprehend [] at the most that not only (1) tends to impair the opportunities of rivals, but also (2) either does no further competition on the merits or does so in an unnecessarily restrictive way” (*Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 605 n. 32, citando a Phillip E. Areeda & Donald F. Turner. 1978. *Antitrust Law* note 13, § 626b, at 78).

7 Ver, e.g., Comisión Europea, *Directrices relativas a las restricciones verticales* (2010), par. 129.

8 Kaplow y Shapiro, “Antitrust”, 121. Los autores ofrecen el siguiente ejemplo: “Consider, for example, a quantity discount in the form of a two-part tariff with a large fixed fee and a per-unit price that equals marginal cost. This pricing structure reduces the customer’s incentive to purchase from alternative suppliers relative to the case in which the supplier charges a uniform price above marginal cost. Consider also discounts to buyers that purchase a large fraction of their needs from the incumbent supplier, such as was present in *LePage’s, Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003). (In the limit, if the price is prohibitively high for a buyer who purchases less than 100% of its needs, the contract is economically equivalent to an exclusive dealing arrangement, but similar effects might be achieved far before this limit is reached.) A further variation on exclusive dealing arises when a buyer requires its suppliers not sell to its rivals. This was the fact pattern in *Toys “R” Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000)”. Ver también Hans Zenger, “Loyalty Rebates and the Competitive Process”, *Journal of Competition Law & Economics* 8, N° 4 (2012), 718 (“Loyalty rebates can generate economic effects akin to exclusive dealing”).

exclusiva y carezcan de justificación objetiva”⁹.

Los descuentos por fidelidad son rebajas en el precio de un producto, condicionadas a la cantidad o proporción de compras hechas por el comprador. Este tipo de incentivo puede adoptar diversas formas, pero la mayoría comparte la característica de que el porcentaje de descuento se gatilla o aumenta a medida que el volumen de compras cumple una determinada meta construida en comparación a un periodo precedente¹⁰. Este artículo se concentra en los “descuentos por meta”, que la FNE define como “[e]l precio que cobra el vendedor al comprador disminuye en la medida que se incrementa el volumen de ventas o se alcanzan determinadas metas. Pueden aplicarse de manera incremental, cubriendo sólo las compras que exceden cierto umbral, o retroactiva, cubriendo en este caso la totalidad de las compras”¹¹.

Los descuentos por fidelidad representan un gran desafío para el derecho de la libre competencia. Esto, pues son generalmente lícitos y procompetitivos, pero en circunstancias excepcionales pueden dañar la competencia.

Los beneficios son varios. El más obvio es la posibilidad de que los compradores accedan a precios menores, pero van más allá de eso. Por ejemplo, son un buen mecanismo para incentivar a los distribuidores para que realicen esfuerzos comerciales, de marketing e innovación que promuevan la venta de un producto, potenciando la competencia. También permiten traspasar economías de escala a los consumidores, acercando el precio al costo marginal. Además, pueden crear una discriminación de precios que genere mayores eficiencias, al extremo que representan un forma eficiente de recuperar costos fijos, por ejemplo, en la medida que quienes los aplican cobran precios inversamente relacionados a la elasticidad de demanda de sus distintos compradores. Una condición necesaria pero no suficiente para lograr ese beneficio es que la discriminación de precios lleve a un aumento en la producción. Si aumenta tanto el bienestar como el excedente del consumidor, es algo que se mantiene incierto¹². Por último, permiten estimular la competencia “aguas abajo”, ayudando a reducir la doble marginalización.

Sin embargo, en ciertos casos los descuentos por fidelidad pueden causar un daño anticompetitivo. Primero, estos premios pueden tener efectos exclusorios¹³. Al incentivar a los compradores a proveerse exclusiva o preferentemente con la firma que los paga, estos incentivos tienden a incrementar la participación del vendedor en las ventas de su comprador, quien se inhibe de comercializar productos de la competencia. El efecto anticompetitivo será mayor a medida que la firma que usa este incentivo sea una respecto de la cual el comprador no puede prescindir sin el riesgo de sufrir un daño económico¹⁴.

9 Consulta de Watt’s sobre las condiciones de recepción y compra de leche fresca, NC-445-2018, Resolución TDLC N° 57/2019 (2019), C. 163.

10 OECD Competition Committee, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates. Policy Roundtables* (2002), 7, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf>. La jurisprudencia europea los define como “descuentos sujetos a la condición de que el cliente se abastezca exclusivamente en la empresa en posición dominante para la totalidad o para gran parte de sus necesidades, cualquiera que sea, por lo demás, el importe de sus compras” (Caso C-413/14 P, Intel Corp. Inc. v. Comisión Europea (TJUE 6 de septiembre de 2017), par. 137, citando al Caso C-85/76, Hoffmann-La Roche v. Comisión Europea (TJUE 13 de febrero de 1979), par. 89).

11 FNE, *Guía para el Análisis de Restricciones Verticales* (junio 2014), 6.

12 OECD Competition Committee, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates. Policy Roundtables* (2002), 7.

13 Ver Willard K. Tom, David A. Balto, y Neill W. Averitt, “Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing”, *Antitrust Law Journal* 67, N° 3 (2000), 615-639 y Elhauge, “Tying, Bundled Discounts and the Death of the Single Monopoly Profit Theory”, 426.

14 Germán Coloma, *Defensa de la Competencia* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003), 250-251. Ver también Zenger, “Loyalty Rebates and the Competitive Process”, 2 (“the desire not to forgo possible rebates from a large supplier might discourage buyers from sourcing additional quantities from smaller producers, even if it would be socially efficient to do so”).

Segundo, los descuentos por fidelidad levantan riesgos explotativos. Estos premios pueden ser una forma de discriminación de precio anticompetitiva, si permiten a los proveedores cobrar distintos precios para las diversas unidades demandadas por el comprador. Por cada descuento en compras sobre X unidades puede igualmente ser interpretado como un “recargo” en compras bajo X unidades, la existencia de un descuento no implica automáticamente que los precios serían más altos en ausencia de ellos. Si el precio sin el descuento excede del que habría en ausencia de ellos, entonces la diferencia de precio que llamamos “descuentos” es en realidad una sanción impuesta sobre los compradores que no cumplen el umbral. Por eso se ha sugerido que a veces los descuentos tienden a aumentar los precios, en lugar de disminuirlos¹⁵.

Tercero, estos premios reducen la transparencia de precios, lo que favorece la coordinación entre competidores. Esto, pues los descuentos hacen más difícil para los compradores comparar y valorar los precios ofrecidos por los distintos proveedores, dificultándole detectar y reaccionar ante conductas inadecuadas¹⁶.

Muy resumidamente, para que se generen los efectos anticompetitivos, el enfoque tradicional estima que éstos deben ser aplicados por una firma con posición dominante y debe haber evidencia económica de que impiden la entrada de un entrante igualmente eficiente (por ejemplo, que éste solo pueda alcanzar la porción contestable de la demanda con precios bajo costo). Habrá daño a los consumidores si éstos tienden a reducir la variedad de marcas ofrecidas y ello resulta en un mayor poder de mercado del proveedor o facilita la coordinación entre competidores¹⁷.

La jurisprudencia comparada confirma la dificultad que presenta valorar los descuentos por fidelidad a la luz del derecho de la competencia.

En Estados Unidos, los tribunales se han mostrado reacios a considerarlos anticompetitivos. Por ejemplo, se ha resuelto que “reducir precios para atraer clientes adicionales [es] la misma esencia de la competencia [y] una herramienta competitiva común”¹⁸. Si el precio sigue siendo superior al costo medio variable, existe una “fuerte presunción de legalidad”¹⁹. No obstante, los descuentos por fidelidad igualmente han sido objeto de sanción en algunos casos²⁰.

El test económico puede depender de si el precio fue la principal forma de exclusión o si ésta provino de medidas adicionales, en cuyo caso los *loyalty rebates* podrían potencialmente ser anticompetitivos incluso si

15 Elhaug, “Tying, Bundled Discounts”, 402-403, 459-461. Ver también Zenger, “Loyalty Rebates and the Competitive Process”, 717-768.

16 OECD Competition Committee, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates. Policy Roundtables* (2002), 7.

17 Ver, e.g., OECD Competition Committee, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates. Policy Roundtables* (2002); OECD Competition Committee, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts. Policy Roundtables* (2008), <http://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>; OECD Competition Committee, *Executive Summary of the Roundtable on Fidelity Rebates held at the 125th meeting of the Competition Committee of the OECD* (2016), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)1/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)1/ANN4/FINAL/en/pdf); Damien Geradin, “Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche”, *Journal of Competition Law & Economics* 11, (2015), 579-615; Nicolas Petit, “Intel, Leveraging Rebates And The Goals Of Article 102 TFEU”, *European Competition Journal* 11, N° 1 (2015), 10, <https://orbi.uliege.be/handle/2268/182218>.

18 *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 8th Cir. (2000).

19 *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 8th Cir. (2000); *ZF Meritor, LLC v. Eaton Corp.*, 3d Cir., (2012).

20 Existen dos sentencias de Corte de Apelaciones (Tercer Circuito) en las que se declaró que vulneraban la Sección 2 de la *Sherman Act* descuentos por fidelidad (aunque no forzaban a la competencia a vender bajo costo) en mercados multiproducto (*LePage's v 3M* y *SmithKline v Eli Lilly*). Para más detalles, ver Bruce Kobayashi “The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States”, *Competition Policy International* 1, N° 115, (otoño 2005).

no ponen al entrante en una posición de vender bajo costo²¹. En todo caso, estos descuentos nunca son per se ilícitos, sino que depende de los hechos de cada caso²².

En Europa, los tribunales ofrecían una línea consistente de decisiones que adoptaban una decisión formalista, contraria a la sola aplicación de estos descuentos por actores dominantes. Se ha resuelto que “para establecer un potencial efecto anticompetitivo, es suficiente con demostrar la existencia de un mecanismo de fidelidad”²³ y que “no es por tanto necesario analizar los efectos concretos de los descuentos en la competencia”²⁴.

Sin embargo, ocurrió un cambio significativo con el *Caso Intel*²⁵. El 6 de septiembre de 2017 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acogió el recurso deducido por Intel Corporation Inc. (Intel) en contra de la resolución del Tribunal General (TG), el cual había resuelto que –en línea con la jurisprudencia precedente– la evidencia económica aportada para demostrar la ausencia de efectos anticompetitivos de estos descuentos era irrelevante para decidir el caso.

Por el contrario, el TJUE reconoció la importancia de esta evidencia en los casos de abuso de posición dominante, debiendo los tribunales analizar las objeciones que se planteen a la forma en que la Comisión Europea aplique las pruebas económicas, como lo es el test del competidor igualmente eficiente o “*As-Efficient Competitor Test*”. Entre otros aspectos, destacamos que el TJUE se refirió a la capacidad de expulsión del mercado, cuyo análisis es pertinente “para apreciar si un sistema de descuentos en principio prohibido por el artículo 102 TFUE puede estar objetivamente justificado”²⁶ y, además, que “el efecto de expulsión del mercado derivado de un sistema de descuentos, desfavorable para la competencia, puede verse contrarrestado, o incluso superado, por mejoras en términos de eficacia que beneficien también a los consumidores”²⁷. Esta comparación sólo puede hacerse luego de analizar “la capacidad de expulsión del mercado de concurrentes al menos igualmente eficaces que resulte inherente a la práctica examinada”²⁸.

Esta sentencia era altamente esperada por los expertos, pues previamente el Abogado General Mr. Nils Wahl había propuesto abandonar el criterio jurisprudencial precedente. Éste informó que no hacerlo implicaría “admitir que el Derecho de la competencia de la Unión sanciona la forma, no los efectos contrarios a la competencia”²⁹ y que ello “obstaculizaría de forma considerable el logro de los objetivos del Derecho

21 *Ver, e.g., Eisai Inc. v. Sanofi-Aventis U.S., LLC* 3d Cir. (mayo 4, 2016); *ZF Meritor, LLC v. Eaton Corp.*, 3d Cir. (2012); *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 8th Cir. (2000).

22 Geradin, “Loyalty Rebates after *Intel*”, 581.

23 Caso T-286/09, *Intel v. Comisión Europea* (GC 12 de junio de 2014), par. 145, citando Caso C-549/10, *Tomra Systems ASA v. Comisión Europea* (TJUE 19 de abril de 2012), par. 73 y 79. *Ver también* Casos 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, *Suiker Unie and Others v. Comisión Europea* [1975] ECR 1663, par. 518; Caso 85/76 *Hoffmann-La Roche v. Comisión Europea* [1979] ECR 461, par. 89-90; Caso 322/81, *Michelin v. Comisión Europea* [1983] ECR 3461, par. 71; y Caso T-65/89 *BPB, Industries and British Gypsum v. Comisión Europea* [1993] ECR II-389, par. 120.

24 Caso C-549/10 *Tomra Systems ASA v. Comisión Europea*, (TJUE 19 de abril de 2012), par. 79.

25 Caso C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. v. Comisión Europea* (TJUE 6 de septiembre de 2017), par. 133-139.

26 Caso C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. v. Comisión Europea* (TJUE 6 de septiembre de 2017), par. 140.

27 Caso C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. v. Comisión Europea* (TJUE 6 de septiembre de 2017), par. 140.

28 Caso C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. v. Comisión Europea* (TJUE 6 de septiembre de 2017), par. 140.

29 Caso C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. v. Comisión Europea*, Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl (20 de octubre de 2016), par. 118.

de la competencia de la Unión³⁰, concluyendo que el TG cometió “un error de Derecho al no tomar en consideración [...] el análisis basado en el criterio del competidor igualmente eficiente llevado a cabo por la Comisión”³¹.

Este tema también genera gran debate en doctrina³². La posibilidad de que los descuentos tengan efecto excluyente es uno de los tópicos más controversiales en derecho de la competencia³³. Al respecto, nos limitaremos a destacar que uno de los trabajos más influyentes en esta materia y que ha cambiado el paradigma tradicional es el de los economistas chilenos Ide, Montero, y Figueroa, quienes demuestran que -salvo excepciones- estos descuentos no pueden ser anticompetitivos pues, a diferencia de los acuerdos de exclusividad, le dan libertad a los compradores a contratar con quien quieran. Luego, para excluir a un rival más eficiente, el proveedor dominante tendría que ofrecer descuentos tan grandes que no le sería conveniente hacerlo³⁴.

Para concluir, es importante reforzar que la existencia de posibles riesgos anticompetitivos en ningún caso significa que a una firma dominante le esté *per se* prohibido entregar descuentos por meta, menos aún bajo la legislación nacional. Éste será anticompetitivo en la medida que produzca tales efectos o tienda hacerlo, lo que debe ser demostrado caso a caso con evidencia económica. Además, la posibilidad de que ello ocurra se mitiga en la medida que el esquema de descuentos sea objetivo y tenga características tales como: las metas a cumplir se consideren para plazos no injustificadamente extendidos; adoptar una estructura *little steps* (esto es, que el incentivo esté dividido en varios pequeños escalones de metas y descuentos); el descuento a obtener sea acotado en comparación al precio y también dentro de los incentivos totales ofrecidos por el proveedor; y que la meta no supere el crecimiento del mercado, entre otros factores³⁵.

III. LOS DESCUENTOS POR FIDELIDAD EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN CHILE

Desde los años '80 y hasta principios de los '90, las antiguas Comisiones Preventivas y Resolutiva fueron contrarias a la existencia de restricciones verticales. Esta situación cambió cuando las autoridades comenzaron a reconocer los potenciales beneficios que dichas prácticas comerciales pueden tener en mercados competitivos³⁶. Sin embargo, los pronunciamientos se referían principalmente a aspectos como

30 Caso C-413/14 P, Intel Corp. Inc. v. Comisión Europea, Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl (20 de octubre de 2016), par. 119.

31 Caso C-413/14 P, Intel Corp. Inc. v. Comisión Europea, Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl (20 de octubre de 2016) par. 170.

32 Ver e.g., Zenger, “Loyalty Rebates and the Competitive Process”, 717-768, tratando los descuentos por finalidad como una práctica procompetitiva; y en el lado opuesto Elhauge, “Tying, Bundled Discounts”, 397-481, y Nicholas Economides, “Tying, Bundling, and Loyalty/Requirement Rebates” en *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, ed. Einer Elhauge, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012), <http://ssrn.com/abstract=1730354>.

33 Ver, e.g., Enrique Ide, Juan-Pablo Montero, y Nicolás Figueroa, “Discounts as a Barrier to Entry”, *The American Economic Review* 106, N° 7 (julio 2016), 1849 (“One of the most controversial issues in antitrust and competition policy is indeed the potential exclusionary effects of exclusive dealing arrangements, discount contracts (e.g., rebates), and related vertical practices”); Geradin, “Loyalty Rebates after Intel”, 592 (“This is one of the most unsettled areas of US antitrust law”).

34 Ide, Montero, y Figueroa, “Discounts as a Barrier to Entry”, 1849.

35 Ver, e.g., OECD Competition Committee, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates. Policy Roundtables* (2002); OECD Competition Committee. *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts. Policy Roundtables* (2008); OECD Competition Committee. *Executive Summary of the Roundtable on Fidelity Rebates held at the 125th meeting of the Competition Committee of the OECD* (2016).

36 Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 808/1992 (1992) (“Esta jurisprudencia [pasada y reacia a las restricciones verticales], a juicio de esta Comisión, sustentada de los primeros años de dictación del Decreto Ley N° 211, de 1973, fue válida en su tiempo y necesaria, pues

exclusividad y fijación de precio de reventa, no observándose decisiones particulares sobre descuentos por fidelidad.

La primera decisión del TDLC que abordó de manera integral los acuerdos de exclusividad fue el *Caso del Tabaco*³⁷. El demandado, quien dominaba el mercado de los cigarrillos con una participación superior al 90%, tenía ampliamente desplegados pagos por exclusividad y varios otros tipos de incentivos condicionados a que los compradores comercializaran prácticamente sólo sus productos. Por ejemplo, entregaba descuentos sujetos a ocupar un porcentaje importante en las compras del cliente, o bien, condicionaba aspectos como la línea de crédito y *merchandising* a no vender marcas competidoras, entre otros.

El TDLC concluyó que “las cláusulas de exclusividad e incentivos antes indicados eran, a la vez, fuente y medida de un ejercicio ilícito del poder de mercado” del demandado³⁸. Lo anterior, pues “actúan como un verdadero cerrojo que impide, en los hechos, la venta de cigarrillos de otras marcas en los puntos de venta [...], los que, además, no pueden negarse a pactarlas”, dado que son las más consumidas por el público y por estos mismos incentivos³⁹. La decisión del TDLC fue confirmada por la Corte Suprema⁴⁰.

Esta decisión marcó un hito, porque las empresas con posición dominante comenzaron a dejar de acordar exclusividades y buscaron otros incentivos que les permitiera mantener o incrementar sus ventas. Es aquí donde los descuentos por fidelidad cobran mayor importancia.

De hecho, lo anterior es precisamente lo que ocurrió en el *Caso Fósforos*. La firma dominante decidió reemplazar las cláusulas de exclusividad por descuentos asociados al cumplimiento de metas basadas en las ventas del año anterior⁴¹. La FNE persiguió esta conducta y el TDLC la sancionó, por razones que detallaremos en la sección siguiente.

Posteriormente, los descuentos por fidelidad fueron objeto de requerimientos de la FNE y demandas de particulares en los denominados *Caso Cervezas*⁴², *Caso Bebidas*⁴³, *Caso Helados*⁴⁴, y *Caso Detergentes*⁴⁵. Todos

estuvo llamada a regir situaciones producidas en mercados muy poco competitivos o que recién se estaban abriendo a la competencia [...] Así en el caso que nos ocupa, el mercado de compra y venta de vehículos motorizados es altamente competitivo, de modo que, a juicio de esta Comisión no existiría inconveniente desde el punto de vista del Derecho Ley N° 211, de 1973, para que el proveedor extranjero de vehículos Daihatsu designe un distribuidor exclusivo [...]”.

37 *Denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos*, C-11-04, Sentencia TDLC N° 26/2005 (2005).

38 *Denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos*, C-11-04, Sentencia TDLC N° 26/2005 (2005), C. 22.

39 *Denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos*, C-11-04, Sentencia TDLC N° 26/2005 (2005), C. 22.

40 *Denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos*, Rol N° 4.335-2005, Sentencia Corte Suprema (2006).

41 *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N°90/2009 (2009), C. 102-104.

42 *Requerimiento de la FNE contra Cervecera CCU Chile Ltda.*, C-153-2008, Resolución de Término TDLC N° 62/2008 (2008).

43 *Requerimiento de la FNE contra Embotelladora Andina y Coca Cola Embonor*, C-221-2011, Resolución de Término TDLC N° 92/2011 (2011), al que se encontraban acumulados los expedientes *Demanda de Embotelladora Latinoamericana S.A. contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A.*, C-222-2011; *Demanda de Industrial y Comercial Lampa S.A. contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A.*, C-226-2011; y *Demanda de Embotelladora Castel Ltda. contra Embotelladora Andina S.A.*, C-227-2011.

44 *Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. contra Nestlé Chile S.A.*, C-230-2011, Resolución de Término TDLC N° 97/2012 (2012).

45 *Requerimiento de la FNE contra Unilever Chile S.A.*, C-249-2013, Resolución de Término TDLC N° 119/2014 (2014), al que se encontraban acumulados los expedientes *Demanda de Comercial Canadá Chemicals S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-251-2013; *Demanda de Industrias Cleaner Chile S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-252-2013; *Demanda ICPC S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-253-2013; *Demanda de ECOTEC S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-254-2013; *Demanda de Miguel Maritano Industria de Jabones S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-255-2013; *Demanda de Industria Química Brillex S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-257-2013; *Demanda de Comercial Aportas S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-259-

ellos terminaron con acuerdos conciliatorios en los que los demandados se obligaron a no pactar incentivos retroactivos asociados al cumplimiento de metas, al menos mientras tengan una participación de mercado superior al 50% o 60%⁴⁶. En igual sentido, mediante un acuerdo extrajudicial autorizado por el TDLC entre la FNE y Oben Group, esta última se obligó a no pactar descuentos con efecto retroactivo mientras tenga una participación de mercado superior al 61%⁴⁷.

El mismo criterio ha manifestado la FNE en sus guías internas, indicando que prestará especial atención cuando el descuento por meta se estructure con efecto retroactivo, pues en su opinión esa sería la forma más lesiva de la competencia⁴⁸.

IV. EL ANÁLISIS DEL TDLC SOBRE LOS DESCUENTOS POR FIDELIDAD EN EL CASO FÓSFOROS

El TDLC en general ha rechazado la aplicación de acuerdos de exclusividad o incentivos que puedan tener ese efecto, cuando son aplicados por actores con posición dominante de forma ampliamente extendida y sin mediar justificación económica que los sustente. Esta forma de razonamiento fue ratificada en el *Caso Fósforos*, ahora explícitamente sobre los descuentos por fidelidad.

El juicio comenzó el 20 de junio de 2008, cuando la FNE presentó un requerimiento ante el TDLC contra CCF. Pocas semanas después se sumó como demandante su principal competidor y potencial afectado, la empresa Canada Chemicals⁴⁹, quien los importaba desde República Checa.

Las acciones acusaban a CCF -único productor local y cuya participación por décadas se había mantenido cercana al 90%- de desplegar una estrategia anticompetitiva en el mercado de los fósforos, consistente en el uso amplio de cláusulas de exclusividad y descuentos por meta discriminatorios y sin justificación económica, estructurados con una finalidad exclusoria⁵⁰.

La defensa de CCF distinguió entre los acuerdos de exclusividad y los descuentos. En cuanto los primeros, señaló que eran el resultado de la libertad contractual, pero que igual había dejado de ofrecerlos a partir del año 2006, luego de conocer la decisión del TDLC en el *Caso del Tabaco*. Luego, los pagos por exclusividad habían sido reemplazados por los descuentos denunciados, los que CCF justificó señalando que eran un

2013; y *Demanda de Prosud S.A. en contra de Unilever Chile S.A.*, C-264-2013.

46 Por ejemplo, en el acuerdo que puso término al *Caso Detergentes*, la demandada se obligó a no ofrecer pagos "condicionados al cumplimiento de metas de venta que tengan carácter retroactivo, lo cual incluye pero no se limita a, premios, pagos o descuentos por cumplimiento de metas por crecimiento de ventas, por crecimiento relativo o RTG (Relative Turnover Growth) o por participación de mercado." *Requerimiento de la FNE contra Unilever Chile S.A.*, C-249-2013, Acuerdo conciliatorio suscrito entre la FNE, los demandantes particulares Canada Chemicals S.A., Industria Química Brillex S.A., Ecotec S.A. Industrias Cleaner Chile S.A., Miguel Maritano Industria de Jabones S.A.; ICPC S.A., Comercial Aportas S.A., Prosud S.A., el tercero coadyuvante Procter & Gamble Chile Limitada, y el demandado Unilever Chile S.A., (aprobado por el TDLC el 30 de abril de 2014), acuerdo Segundo, primer párrafo.

47 *Acuerdo Extrajudicial entre Fiscalía Nacional Económica, Oben Holding Group S.A.C, Bopp Chile S.A. y Pack Film Chile SpA.*, AE-10-2014, Resolución TDLC N° 10/2014 conforme al Art.39 ñ) (2014).

48 FNE, *Guía para el Análisis de Restricciones Verticales* (junio 2014), 16, n. 27.

49 La demanda fue presentada el 27 de agosto de 2008 y dio origen al expediente *Demanda de Comercial Canadá Chemicals S.A. contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.*, C-174-2008, el que se acumuló al juicio iniciado antes por la Fiscalía.

50 El requerimiento y la demanda también acusaban a CCF de amenazar al proveedor de Canada Chemicals en República Checa para que dejara de suministrarle productos y de incurrir en un ejercicio abusivo de acciones judiciales, ambas conductas destinadas a impedir su entrada al mercado. El TDLC y la Corte Suprema estimaron que no se acreditaron ambas acusaciones.

legítimo incentivo comercial destinado a detener la caída en las ventas totales de fósforos; que cualquier competidor sería libre de negociar con los clientes para superarlo y dejarlo sin efecto; y que eran irrelevantes porque no aplicaba sanciones a quienes los incumplían.

El 14 de diciembre de 2009 el TDLC acogió la demanda. El tribunal resolvió que CCF abusó de su posición dominante en el mercado de los fósforos al incurrir en tres principales conductas anticompetitivas: (i) acuerdos de exclusividad; (ii) descuentos por meta de venta celebrados para reemplazar el pago por exclusividad preexistente, diseñados a fin de mantener sus efectos; y (iii) descuentos por meta de venta no vinculados a un acuerdo de exclusividad previo, pero diseñados para alcanzar el mismo efecto.

Primero, el TDLC resolvió que los descuentos por exclusividad constituían una barrera a la entrada anticompetitiva, pues con ellos CCF pretendió y logró restringir la entrada al mercado de posibles competidores, abusando así de su posición de dominio en el mercado⁵¹. El hecho de no aplicar represalias no obsta lo anterior, pues igualmente cumplían con obstaculizar la entrada de competidores⁵².

Segundo, el TDLC se refirió a los descuentos por meta de venta que se pactaron para sustituir las cláusulas de exclusividad. Estos descuentos eran indivisibles, retroactivos, y exigían cumplir ventas iguales o superiores a las efectuadas cuando estaban vigentes los pagos por exclusividad que venían a reemplazar. Así, para cumplir la meta era obligatorio no vender marcas competidoras, por lo que el TDLC resolvió que estos esquemas producían los mismos efectos exclusorios que la exclusividad⁵³.

Tercero, respecto a los descuentos que no estaban asociados directa ni indirectamente a una exclusividad anterior, el TDLC fue especialmente cauto en señalar que este tipo de incentivo no es *per se* ilegal⁵⁴. El tribunal puso especial atención en las disimilitudes existentes entre los distintos acuerdos, así como en el hecho de que el premio consideraba una meta igual a las ventas hechas en el año anterior. Según el tribunal, esto era prueba de que este esquema de descuentos fue hecho como un “traje a medida” para cada distribuidor, con el objetivo de consumir toda su capacidad de compra. La ausencia de economías de escala o alguna otra eficiencia que justificara este esquema de descuentos, así como la posición dominante de CCF, confirmaban que eran pensados para levantar barreras a la entrada, las que fueron exitosas⁵⁵.

Un antecedente relevante para entender el análisis del TDLC y el potencial anticompetitivo de estos descuentos es que eran implementados en un mercado maduro, en el cual -por el creciente desuso del producto en cuestión- las ventas de la industria iban históricamente hacia la baja. Así, para alcanzar el nivel de ventas del año precedente de los productos de CCF, los compradores se veían especialmente forzados a no comercializar marcas de la competencia.

51 *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009 (2009), C. 100.

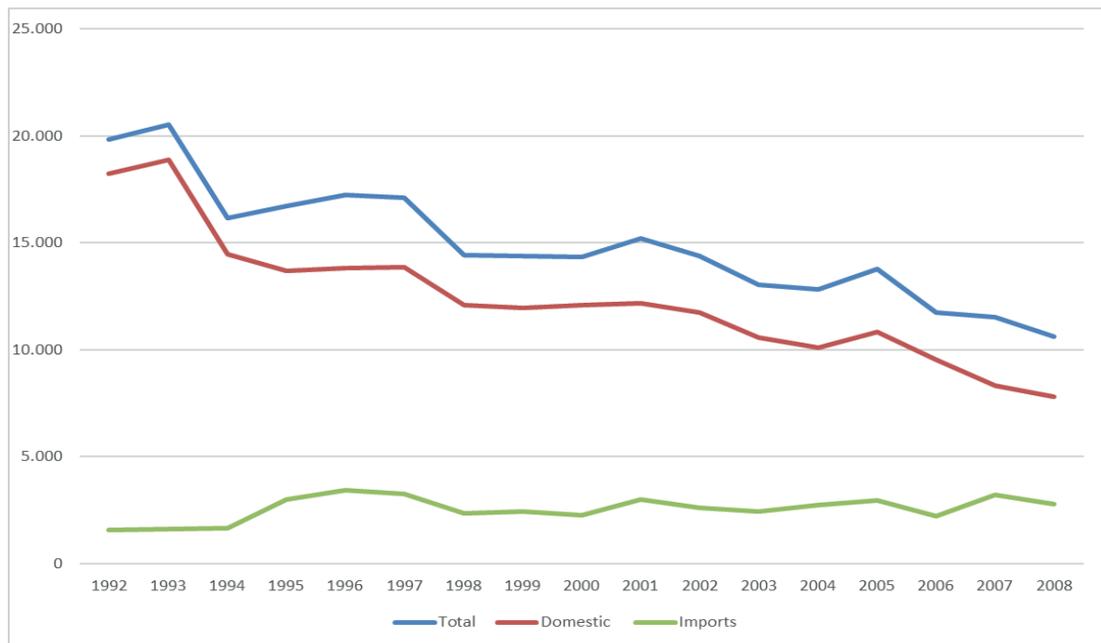
52 *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009 (2009), C. 99.

53 *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009 (2009), C. 108.

54 *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009 (2009), C. 105-106, citando OECD Competition Committee, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates. Policy Roundtables* (2002), jurisprudencia Europea (*Michelin II and British Airways*) y de Estados Unidos (*LePage's Inc. v. 3M and J.B.D.L. Corp. v. Wyeth-Ayerst Labs., Inc.*). Por la misma sensibilidad que este tema presenta, el fallo sobre este punto fue dividido.

55 *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009 (2009), C. 103-105.

Gráfico 1
Ventas totales de fósforos en Chile (unidades, 1992-2008)



Fuente: CCF, Informe Económico de Ricardo Paredes agregado al proceso.

En definitiva, el TDLC concluyó que “existió un propósito de impedir el ingreso de nuevos competidores, toda vez que, en el contexto de mercado ya descrito y habida consideración de la posición dominante de CCF, no consta en autos evidencia de la que sea posible presumir la existencia de economías de escala o de eficiencias que justifiquen este sistema de descuentos, y que expliquen, además, las razones por las cuales se pactaron descuentos disímiles para cada distribuidor”⁵⁶. A juicio del TDLC, esto era prueba de que CCF “confeccionó un “traje a la medida” para cada distribuidor, que sólo encuentra explicación en el propósito de levantar barreras artificiales a la entrada a nuevos competidores y respecto del cual no existe en autos evidencia de que están justificados en condiciones generales, uniformes y objetivas, o en condiciones de costos”⁵⁷.

El TDLC impuso a CCF la segunda multa más alta aplicada hasta ese entonces por abusos de posición dominante⁵⁸. Además, le ordenó abstenerse de celebrar acuerdos “que incluyan términos o condiciones discriminatorios respecto de las características de quién adquiera o distribuya sus productos, salvo que ello se funde en circunstancias generales, uniformes y objetivas, o basadas en condiciones justificables en razón de sus costos, y que sean aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones”⁵⁹.

El 2 de junio de 2010 la Corte Suprema confirmó la sentencia, aumentando la multa⁶⁰.

⁵⁶ *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009 (2009), C. 152.

⁵⁷ *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009 (2009), C. 152.

⁵⁸ *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009 (2009), Resuelvo N° 2. La multa fue 1.200 Unidades Tributarias Anuales (UTA).

⁵⁹ *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009 (2009), Resuelvo N° 3.

⁶⁰ *Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, Rol N° 277-2010, Sentencia Corte Suprema (2010). La multa fue aumentada

V. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LOS EFECTOS DEL CASO FÓSFOROS

En este capítulo (i) se describe el modelo que se intenta usar para evaluar los efectos de la sentencia del TDLC en el *Caso Fósforos*; (ii) se explica por qué los datos reunidos no fueron suficientes para que el modelo econométrico funcionase; pero, no obstante, (iii) se ofrecen las principales observaciones obtenidas de la información disponible.

V.1 Estudio empírico inicialmente intentado

El *Caso Fósforos* ofrece una buena oportunidad para evaluar los efectos de los descuentos por fidelidad y si es que éstos pueden haber tenido efectos anticompetitivos.

A primera vista, el contexto pareciese ideal para hacer esta medición, pues habrían dos escenarios fáciles de comparar. Un primer periodo, en que una firma dominante reconoce haber desplegado estos incentivos, con un entrante (Canada Chemicals) que los acusa de impedirles ingresar al mercado. En el segundo periodo, estos descuentos son eliminados por la decisión del tribunal. Además, ha pasado un considerable periodo de tiempo desde que fue dictada la sentencia, lo que permite observar empíricamente si la decisión del TDLC ha tenido algún efecto y si éste fue promover la competencia. Por último, los descuentos en análisis se aplicaron a un único producto, que es prácticamente un *commodity* (no existen mayores diferencias en términos de variedad, calidad y servicio en la oferta de fósforos), por lo que no son muchas las variables que debiesen ser controladas.

Al respecto, este trabajo se propuso hacer un estudio empírico de los efectos de la decisión del TDLC en el proceso competitivo, corriendo un modelo sencillo a través del método *ordinary least squares* (OLS). Sin embargo, existieron insuficiencias en los datos recolectados que impidieron realizar un ejercicio econométrico de tales características.

V.2 Insuficiencias de los datos recolectados

Los datos recolectados para hacer este trabajo consisten principalmente en los ingresos por ventas mensuales de Canada Chemicals (desde su ingreso al mercado en el año 2007 hasta 2012)⁶¹; el Índice de Precios al Consumidor (IPC) general y aquel específico para los fósforos (entre 2009 y 2013); las ventas anuales totales de la industria (desde 1992 a 2008); e información sobre importaciones y exportaciones proporcionada por el Servicio Nacional de Aduanas.

De esta manera, son varios los datos relevantes que habría sido necesario conseguir para realizar una medición empírica rigurosa. En particular, no se cuenta con las ventas totales de la industria o de los demás competidores luego de emitida la decisión del TDLC el 2009⁶². Esta falencia es relevante, pues en esta sede

a 1.500 UTA.

61 Cabe hacer dos observaciones al respecto. Primero, existía un vacío en la información para el periodo comprendido entre junio de 2010 y diciembre de 2011, de modo que el total anual de los ingresos fue distribuido mensualmente considerando el peso promedio de cada mes en los años 2008, 2009 y 2012. Segundo, el año en que ingresó Canada Chemicals (2007) no puede tomarse en consideración para medir su rendimiento competitivo. Esto, pues toda firma requiere un tiempo para establecerse en el mercado y porque los compradores ya habían satisfecho sus necesidades de fósforos con CCF, con contratos que duraban al menos un semestre o un año.

62 CCF es una sociedad anónima abierta, pero la empresa participa en otros negocios y los datos publicados en su memoria no contienen el nivel de desagregación útil para ser incorporados en este estudio.

lo que se defiende es la *competencia*, mas no a los competidores, por lo que no se puede medir los efectos competitivos de la decisión del TDLC únicamente en base a los datos de Canada Chemicals. Tampoco se cuenta con las ventas de Canada Chemicals medidas en volúmenes ni el detalle por cada comprador.

Además, dificulta el ejercicio el hecho de que no existe una línea clara entre el periodo “pre-decisión” y “post-decisión” del TDLC. Es posible advertir que el solo inicio de un juicio por prácticas anticompetitivas por la FNE (junio de 2008) pudo haber coincido con una reducción del efecto anticompetitivo de los descuentos por fidelidad de CCF. Ello pudo haber ocurrido de, al menos, dos maneras.

Primero, pudo haber existido un “efecto intimidatorio”, pues al tratarse de una conducta perseguida por una repartición estatal que la califica como ilícita, es posible que los compradores se hayan inhibido de trabajar exclusivamente con CCF y, asimismo, se hayan abierto a trabajar también con otros proveedores, como Canada Chemicals.

Segundo, pudo haberse producido un “efecto publicitario”, pues el inicio del caso recibió atención de la prensa. Así, es razonable suponer que aumentó el conocimiento de Canada Chemicals por parte de distribuidores mayoristas, *retailers* y consumidores, especialmente considerando que se destacaba que su producto era más barato y de igual calidad que el de CCF⁶³.

Por último, algunos compradores podrían haber comenzado a ajustar sus compromisos contractuales tan pronto como el TDLC dictó su sentencia en diciembre de 2009, mientras que otros pueden haberlo hecho sólo una vez que la Corte Suprema confirmó dicha decisión, en junio de 2010.

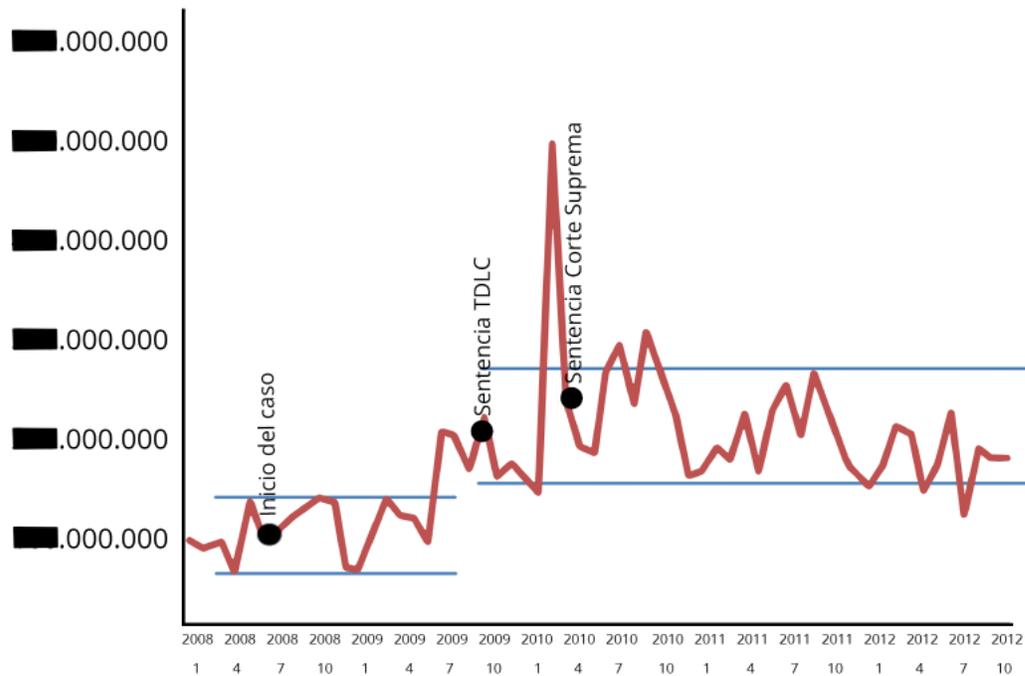
V.3 Análisis de los datos disponibles

Las circunstancias antes descritas no permiten realizar el análisis originalmente intentado, impidiendo acreditar una relación de causalidad entre la prohibición de los descuentos por fidelidad de CCF y la *performance* del proceso competitivo. Sin embargo, la información disponible nos permite realizar importantes observaciones. La más destacada es que existe una fuerte correlación entre el comienzo del proceso de libre competencia y un aumento substancial en las ventas de Canada Chemicals, el único y nuevo actor que intentaba disputar la posición de CCF.

Primero, Canada Chemicals experimentó un significativo aumento en sus ventas que empezó a mediados de 2009 hasta fines de 2010. Si consideramos 2008 y 2009 como periodo “pre-decisión”, las ventas en cada uno de los años siguientes son substancialmente mayores. De hecho, las ventas de Canada Chemicals en 2010 son 147% superiores a las de 2008, y 74% respecto a las de 2009. Si bien los ingresos de 2011 y 2012 son inferiores a 2010, siguen siendo muy superiores a los de 2008 y 2009. Bajo esta lógica, ya sea que las ventas excepcionalmente altas ocurridas durante 2010 se deban a un buen desempeño comercial o al acaecimiento de un evento excepcional (por ejemplo, la brusca alza ocurrida a principios de ese año puede obedecer al terremoto ocurrido el 27 de febrero de 2010), los datos sugieren que los descuentos por fidelidad pudieron haber limitado el ingreso de Canada Chemicals, y que su posterior eliminación le permitió a esta última ocupar la cuota de mercado desafiante que dicha política comercial le impedía obtener.

63 Ver, e.g., “Fósforos Puerto Varas presentó demanda contra Compañía Chilena de Fósforos”, *Diario Financiero*, septiembre 2, 2008, <https://www.df.cl/noticias/empresas/fosforos-puerto-varas-presento-demanda-contra-compania-chilena-de/2008-09-02/182300.html> (última visita: 27 de diciembre de 2019); y, “Contienda. Fósforos Encendidos”, *Revista Capital*, agosto 22, 2008 <http://www.capital.cl/capital-legal/contienda-fosforos-encendidos/> (última visita: 25 de diciembre de 2019).

Gráfico 2
Ventas mensuales de fósforos de Canada
Chemicals (Pesos, 2008-2012*)



Fuente: Canada Chemicals.

Tabla 1

	Total 2009	Total 2010	Total 2011	Total 2012
Δ v. año precedente	42,54%	73,54%	-18,97%	-14,29%
Δ v. 2008		147,36%	100,44%	71,78%
Δ v. 2009		73,54%	40,62%	20,52%

Fuente: Canada Chemicals.

La medición de los ingresos de Canada Chemicals por trimestres, considerando tanto su crecimiento lineal como en comparación al mismo periodo del año anterior (para controlar efectos de temporada), confirma nuestra observación anterior. Las ventas de dicho entrante aumentaron significativamente entre mediados de 2009 y todo el 2010. El crecimiento se detuvo a partir de 2011, pero los ingresos siguieron siendo substancialmente más altos que aquéllos existentes en 2008 y 2009.

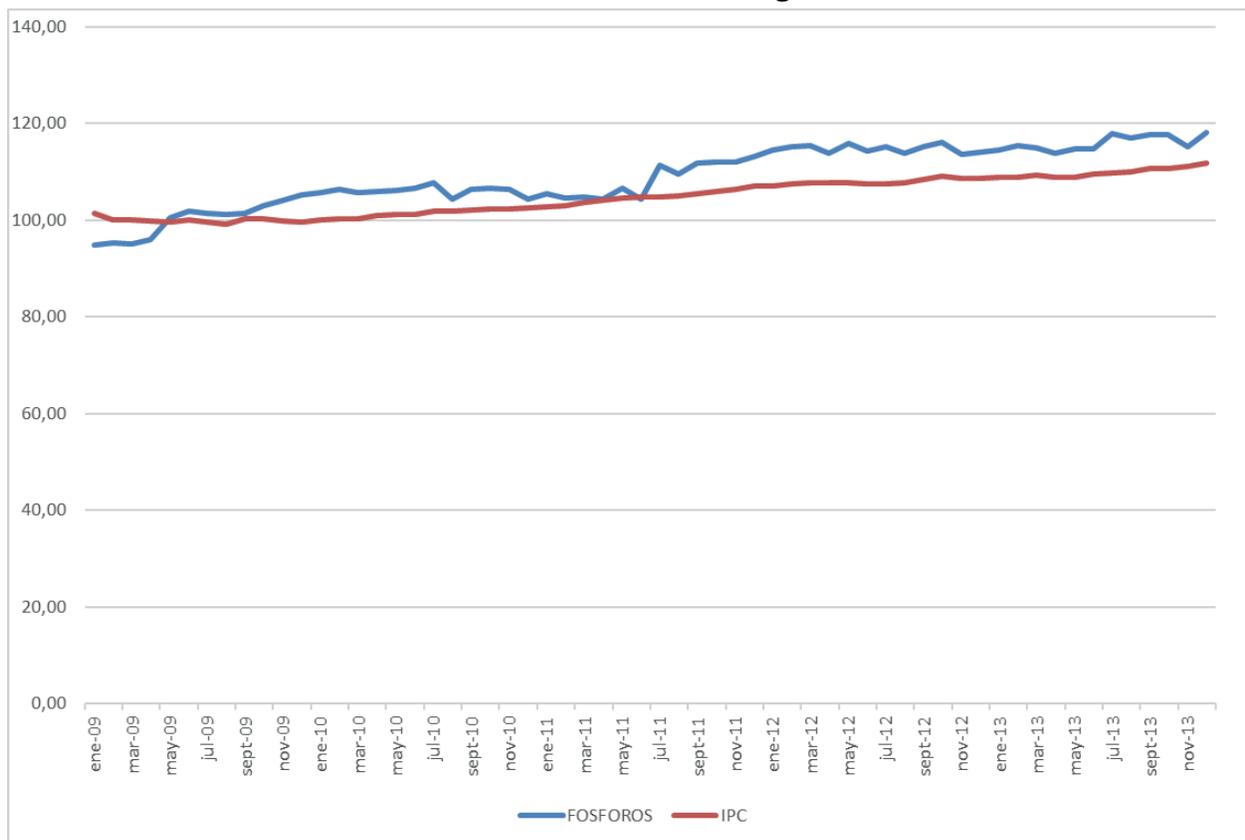
El aumento de los ingresos de Canada Chemicals es especialmente relevante si consideramos que este es un “mercado maduro”, donde las ventas históricamente se encontraban declinando (ver Gráfico 1), dado el menor uso que los consumidores hacen de los fósforos. Aunque la información disponible muestra el total de las ventas en la industria hasta el año 2008, no existen razones para suponer que esta situación hubiese cambiado en los años siguientes.

Así, el constante descenso en las ventas totales del mercado muestra que el aumento experimentado por Canada Chemicals es aún mayor en términos relativos. También sugiere que las menores ventas observadas durante 2011 y 2012 respecto al 2010 pudo igualmente representar un aumento o mantención de su participación en el mercado o, al menos, responder a una adecuación de su desenvolvimiento competitivo a la *performance* histórica del mercado.

También es importante observar la correlación entre la decisión del TDLC y una constante baja en el nivel de precios de la industria. Los datos indican que en el año que siguió a la dictación de la sentencia del TDLC, los precios de los fósforos bajaron -1,4%, al mismo tiempo que el IPC general subió 3%. Además, esto indica que los ingresos de Canada Chemicals subían en un contexto donde los precios bajaban, lo que refuerza la idea de que luego de eliminados los descuentos de CCF este entrante aumentó su producción y su participación en el mercado.

Más aún, los precios de los fósforos venían observando un alza hasta noviembre de 2009. Luego, esta se detuvo y se mantuvieron prácticamente planos entre diciembre de 2009 y junio de 2011, para recién ahí volver a retomar un comportamiento al alza similar al del IPC. Esto puede ser consistente con la idea de que a partir del 2011 Canada Chemicals ya había ocupado el espacio desafiante del mercado y comenzó a adecuarse a su realidad histórica (también podrían existir otras explicaciones, como la existencia de conductas oligopólicas).

Gráfico 3
Variación del Precio de los Fósforos e IPC general (2009-2013)



Fuente: INE, Índice de Precios al Consumidor (IPC), Cobertura Nacional, Base Año 2009, Índice de Productos; y Índice de Precios al Consumidor (IPC), Cobertura Nacional, Base Año 2009, Hoja de Cifra Generales, <https://www.ine.cl/estadisticas/economia/indices-de-precio-e-inflacion/indice-de-precios-al-consumidor> (última visita: 24 de diciembre de 2019).

Para concluir, los datos disponibles no muestran una estricta correlación entre el desempeño competitivo de Canada Chemicals y la dictación de la sentencia de la Corte Suprema que confirmó la del TDLC. Sin embargo, sí se observa una fuerte correlación entre el procedimiento de libre competencia y el aumento en las ventas del demandante. Este efecto podría atribuirse a una eliminación de los descuentos por fidelidad, en tanto el procedimiento pudo haber desalentado a CCF de implementar este esquema de descuentos (una de sus defensas fue precisamente que no exigía el cumplimiento de las metas de venta), en una especie de ejercicio de “control de daños”, de normal ocurrencia en estos casos. Asimismo, pudo haber inhibido a los compradores de aceptar su aplicación. Si este hubiese sido el caso, entonces se ratificaría que los descuentos por fidelidad de CCF eran una barrera a la entrada que, una vez eliminados del mercado, mejoraron las condiciones del proceso competitivo, particularmente en beneficio del único entrante en escena, Canada Chemicals.

De todas maneras, se debe señalar que el mejor rendimiento de Canada Chemicals luego de iniciada la persecución contra los descuentos por fidelidad de CCF también puede haber estado influido por otras explicaciones adicionales, no excluyentes entre sí. Por ejemplo, la aplicación del “efecto publicitario” antes mencionado; una hipotética mayor predisposición de los compradores a contratar con el demandante luego de conocer el ejercicio de las acciones legales; o mejoras en la habilidad comercial de Canada Chemicals obtenidas con el transcurso del tiempo, entre otras.

VI. CONCLUSIÓN

En derecho de la competencia, las disputas acerca de cómo valorar los potenciales efectos anticompetitivos de los descuentos por fidelidad deben fundarse en un análisis económico riguroso, no en aspectos formales, y ser apoyadas con estudios empíricos. Ese fue el objeto de este trabajo.

La línea entre legítima competencia agresiva y un actuar anticompetitivo siempre será indefinida, constituyendo un área gris que debe analizarse caso a caso, según las particularidades de cada mercado, las firmas involucradas y el análisis económico de los efectos competitivos de la conducta analizada.

Los tribunales tienen la difícil tarea de dibujar esa línea en cada conflicto que se les presente. Al mismo tiempo, este autor opina que sus decisiones deben cumplir con enviar un mensaje a los mercados que sea sencillo de comprender, simple de aplicar y que inhiba las prácticas abusivas. Se trata de una tarea de suyo compleja, pues los “falsos positivos” inhiben a las empresas de desarrollar conductas socialmente beneficiosas.

En el *Caso Fósforos*, el TDLC -consistente con su jurisprudencia anterior- ratificó que un esquema de descuentos desplegado por una firma con posición dominante y con efectos anticompetitivos debe ser sancionado, cualquiera sea la formalidad contractual que se use para materializarlo. La evidencia disponible sugiere que la decisión tuvo efectos procompetitivos en el mercado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Coloma, Germán. *Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.
2. "Fósforos Puerto Varas presentó demanda contra Compañía Chilena de Fósforos". *Diario Financiero*, septiembre 2, 2008. <https://www.df.cl/noticias/empresas/fosforos-puerto-varas-presento-demanda-contra-compania-chilena-de/2008-09-02/182300.html> (última visita: 27 de diciembre de 2019).
3. Economides, Nicholas. "Tying, Bundling, and Loyalty/Requirement Rebates". En *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, editado por Einer Elhauge. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012. <http://ssrn.com/abstract=1730354>.
4. Elhauge, Einer. "Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory", *Harvard Law Review* 123, N° 2 (2009): 397-481. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1345239&download=yes.
5. Fiscalía Nacional Económica. *Guía para el Análisis de Restricciones Verticales* (Junio 2014). <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales-1.pdf>.
6. Geradin, Damien. "Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule *Hoffman-La Roche*", *Journal of Competition Law & Economics* 11 (2015): 579-615.
7. Hovenkamp, Herbert. *Antitrust*. Minnesota: West Group, 3ª ed., 1999.
8. Ide, Enrique, Juan-Pablo Montero, y Nicolás Figueroa. "Discounts as a Barrier to Entry", *The American Economic Review* 106, N° 7 (julio 2016): 1849-1877.
9. Kaplow, Louis y Carl Shapiro, "Antitrust", *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, N° 575 (2007): 1-157. <http://ssrn.com/abstract=961264> (última visita: 24 de diciembre de 2019).
10. Kobayashi, Bruce. "The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States", *Competition Policy International* 1, N° 115 (otoño 2005). <http://ssrn.com/abstract=794944> (última visita: 24 de diciembre de 2019).
11. OECD Competition Committee. *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates. Policy Roundtables* (2002). <http://www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf> (última visita: 24 de diciembre de 2019).
12. OECD Competition Committee. *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts. Policy Roundtables* (2008). <http://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf> (última visita: 27 de diciembre de 2019).
13. OECD Competition Committee. *Executive Summary of the Roundtable on Fidelity Rebates held at the 125th meeting of the Competition Committee of the OECD* (2016), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)1/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)1/ANN4/FINAL/en/pdf) (última visita: 27 de diciembre de 2019).



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Pedro Rencoret G., "Descuentos por fidelidad: Análisis de los efectos de la sentencia del TDLC en el Caso Fósforos", *Investigaciones CeCo* (febrero, 2020),
<http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485,
Las Condes, Santiago de Chile