

ANT.: Denuncia en contra de Philips
Chilena S.A. Rol N° 1700-10 FNE.

MAT.: Informe de Archivo.

Santiago,

13 JUN 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de agosto de 2010, la FNE inició una investigación (la "Investigación"), en atención a una denuncia interpuesta en contra de Philips Chilena S.A. (en adelante "**Philips**"), por haber ejecutado actos destinados a impedir la importación paralela por el denunciante de repuestos originales de un equipo de resonancia magnética marca Philips, y, adicionalmente, haber atado la venta de los repuestos de dicho equipo de imagenología a la denunciada con la prestación de servicio técnico de instalación de los mismos.
2. Philips, filial de la compañía multinacional de origen holandés Electrónica Real Holandesa Philips Ltda., dentro de su giro de servicios médicos, comercializa diversos equipos de imagen y diagnóstico médico de alta complejidad ("**Equipos de Imagenología**"), a saber: tomógrafos computacionales, resonadores magnéticos y equipos de medicina nuclear y cardiovascular, entre otros. Asimismo, figuran dentro de su línea de aparatos médicos de menor complejidad - en comparación con los anteriormente singularizados-, como equipos de rayos X y de ultrasonido, entre otros.
3. Por su parte, dentro de los diversos servicios que el denunciante presta, se encuentran los servicios de imagenología para diagnósticos médicos, como rayos X, ecografías y resonancias magnéticas.

4. Según lo informado por Philips¹, en Chile, el segmento de Equipos de Imagenología representa cerca del [1] por ciento de las ventas de la compañía. Dichos equipos se venden amparados por una garantía básica de 12 meses, la cual incluye tanto la mano de obra como los repuestos necesarios para asegurar, por dicho período, la total operatividad del equipo. Conforme se indicó, esta garantía puede ser extendida en el tiempo según solicitud del titular o cliente².
5. En el marco de la investigación, la empresa indicó que, con posterioridad a la caducidad del plazo de la garantía -extendida o no-, el cliente puede celebrar un contrato de prestación de servicios para la realización de mantenciones preventivas y/o reparativas del equipo adquirido, con diferentes niveles de cobertura, por un período de tiempo y a un valor determinado (en adelante, el "**Contrato de Mantenimiento**"). Según se analizará, otra opción para el cliente es efectuar solicitudes de servicios particulares, ya sea de provisión de partes de recambio o bien, de servicio técnico.
6. De acuerdo a lo señalado por el denunciante, en el año [2] éste le compró a Philips un equipo resonador magnético³ por una suma ascendente a USD [3]⁴, el cual se encontraba garantizado por Philips por un período de 12 meses. Adicionalmente, en [5], el denunciante celebró con la empresa un Contrato de Mantenimiento preventivo y reparativo del equipo⁵ por una duración de 36 meses a partir del término de la garantía del producto, a un precio anual de USD [6], más IVA⁶.
7. En el año [7], y habiendo transcurrido el plazo de vigencia del Contrato de Mantenimiento antes singularizado, el denunciante decidió no renovarlo, atendido el alto costo que le representaba. En este contexto, solicitó a Philips que le indicase las mantenciones que debían efectuarse al resonador magnético. En

¹ En Acta de Audiencia efectuada ante esta Fiscalía por los Sres. René Cruz Muñoz y Adriano Dehe, de fecha 22 de septiembre de 2010.

² Acta de Audiencia, de fecha 22 de septiembre de 2010, en la que declaran don René Cruz y don Adriano Dehe, ante la FNE.

³ Modelo "Resonador T 10 NT 1.0 Tesla".

⁴ Valor CIF del producto, de acuerdo a la cotización de fecha [4] adjuntada a la investigación por el denunciante.

⁵ Contrato acompañado al expediente de la investigación por el denunciante.

respuesta a lo anterior⁷, dicha compañía indicó la necesidad de efectuar los siguientes actos preventivos sobre ciertas piezas/partes del equipo: (i) Cambio del *Cold Head*⁸, el cual debe realizarse cada dos años con un costo asociado de USD [9] más IVA, o bien de USD [10] más IVA, en caso que el denunciante entregase el *Cold Head* usado; y (ii) Cambio del *Absorber*⁹, que debe efectuarse anualmente, con un valor asociado de USD [11] más IVA.

8. En el año [12], el denunciante requirió cambiar el *Cold Head* y el *Absorber* de su resonador magnético Philips. Para estos efectos, decidió comprar dichas partes directamente a [13] (en adelante el "Fabricante"), empresa fabricante de piezas de repuestos de Equipos de Imagenología ubicada en Estados Unidos de América, la que también era proveedora de Philips en dicho periodo. Mediante el mecanismo de importación directa de los repuestos, el denunciante podría acceder a los mismos productos, pero a un precio sustancialmente menor que el indicado por Philips. Ello, en la expectativa de que Philips le prestase los servicios de instalación de tales piezas.
9. En este contexto, el Fabricante cotizó ambas piezas por la suma de USD [14], señalando que en el caso que le fuese entregado el *Cold Head* usado, le devolvería al denunciante USD [15] por dicho concepto, con lo cual el precio final por las piezas requeridas ascendía a USD [16]¹⁰.
10. No obstante, una vez que el denunciante pagó por las piezas, pero antes de recibir los repuestos, el Fabricante comunicó al denunciante¹¹ que Philips estaba cuestionando la venta directa de las mismas, por lo que, ante la eventualidad de futuros problemas con su cliente, la operación debía ser anulada. Debido a lo anterior, el denunciante tuvo que adquirir los repuestos y servicios de instalación de Philips, por la suma de USD [19], IVA incluido, ascendente a [20] pesos¹², es decir, USD [22] más que el precio originalmente pagado al Fabricante, por los mismos repuestos.

⁷ Mediante carta de fecha [8].

⁸ El *Cold Head* es una pieza del resonador magnético que tiene por finalidad refrigerar el magneto superconductor, de manera que éste mantenga una temperatura estable, y no se sobrecaliente.

⁹ El *Absorber* es aquella pieza del resonador magnético que tiene por objeto disminuir las ondas de magnetismo que emanan del resonador, a fin que no alcancen niveles nocivos para la salud.

¹⁰ Según consta en la factura [17], acompañada a la denuncia.

11. Una vez compradas las piezas a Philips e instaladas por éste, el Fabricante envió al denunciante los repuestos que le habían sido comprados, por lo que, en síntesis, el denunciante adquirió dos veces las piezas que necesitaba.
12. En [23], el denunciante se vio nuevamente en la necesidad de efectuar el cambio de las piezas *Cold Head* y *Absorber* de su resonador magnético, por lo que esta vez solicitó a Philips la instalación de los equipos que hasta esa fecha mantenía en sus bodegas, y que habían sido adquiridos el año [24], directamente de su fabricante¹³.
13. Sin embargo, el denunciante indicó que hecha esta solicitud, Philips se habría negado a instalar las piezas, aduciendo que éstas habían sido compradas a un tercero. Si bien, no fueron acompañados antecedentes específicos de ésta negativa de instalación, declaraciones de representantes de la empresa denunciada son consistentes con dicho testimonio. Concretamente, en declaración presentada ante esta Fiscalía, Philips señaló que: [27]¹⁴.
14. Como consecuencia, el denunciante nuevamente se vio en la necesidad de comprar las piezas y servicio de instalación a Philips, aún teniendo repuestos nuevos en sus bodegas¹⁵. En dicha oportunidad, el valor de la compra ascendió a USD [30], IVA incluido, equivalente a [31] pesos¹⁶.
15. Sobre la base de los señalados antecedentes, esta Fiscalía procedió a verificar la efectividad de las conductas denunciadas, es decir, el impedimento de realizar importaciones paralelas de un insumo original y la venta atada asociada a la venta de repuestos y servicios de instalación, así como los potenciales efectos lesivos de dichas conductas en la libre competencia.

¹³ Según consta en correo electrónico enviado por [25], con fecha [26].

¹⁴ Declaración de fecha 22 de septiembre de 2010.

¹⁵ Solicitud efectuada mediante carta de fecha [28], enviada por [29].

II. ANÁLISIS DE MERCADO

A. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO Y GEOGRÁFICO

16. De acuerdo a la denuncia, los productos involucrados son los repuestos y el servicio de instalación y mantenimiento de los mismos de un resonador magnético marca Philips.
17. Para el análisis del mercado, debe tenerse presente que nos encontramos frente a un mercado "primario", consistente en la comercialización y venta de un bien durable de costo considerable, el cual está asociado a un mercado secundario o *aftermarket*, correspondiente a productos o servicios complementarios a la compra de dicho bien. La *Office of Fair Trading* ("OFT") del Reino Unido, brinda una definición consistente con la postura en la materia del derecho europeo de competencia¹⁷:
- "Un *aftermarket* es un mercado para un producto secundario; esto es, un producto que es adquirido sólo como resultado de comprar un producto primario. [...] El producto primario y secundario son complementarios"¹⁸.
18. Ahora bien, considerando como lineamientos útiles para el análisis los parámetros de la OFT, para la definición del mercado relevante en un caso que involucre un *aftermarket*¹⁹, se tiene que es posible determinarlo de tres formas distintas:
- a) como un "*Mercado Sistémico*", esto es, un mercado unificado para el producto primario y secundario, para lo cual es menester que el consumidor haya considerado al momento de su decisión de compra del producto primario los costos de adquirir necesariamente los productos o servicios secundarios;

¹⁷ Competition Policy International, John Temple Lang, Clearly Gottlieb & Trinity College "Practical Aspects of Aftermarkets In European Competition Law", Volumen 7, Tomo I, 2011, p.200. Traducción libre de: "An *aftermarket* is a market for the supply of products or services needed for or in connection with the use of a relatively long-lasting piece of equipment that has already been acquired [...] The word is also used, less precisely, to describe the supply of improvements and additional products and services that become available during the life of the equipment". Disponible en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/5489>.

¹⁸ "DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses", Diciembre de 2005, pág. 68: "Aftermarkets are also sometimes called "secondary markets". Such markets comprise complementary products (or "secondary products") that are purchased after the purchase of another product (the "primary product") to which it relates."

¹⁹ Traducción libre de "Market Definition: Understanding Competition Law", Competition Law 2004, OFT, pág. 21: "An *after market* is a market for a **secondary product**, that is, a product which is purchased only as a result of buying a **primary product** [...]. The primary product and the secondary

- b) como "*Mercados Múltiples*"²⁰, esto es, un mercado para los productos primarios y mercados separados para los productos o servicios secundarios compatibles asociados al producto primario, en el cual el consumidor está cautivo en cuanto a la adquisición de un número restringido de productos o servicios secundarios, compatibles con el producto primario; y
 - c) como "*Mercados Duales*", esto es, un mercado para el producto primario y un mercado separado para el producto o servicio secundario, donde estos últimos son compatibles con todos los productos primarios.
19. Según se ha definido en la literatura económica²¹, determinar si los productos secundarios deben ser definidos como un mercado relevante independiente, es decir, múltiple o dual, dependerá del análisis y la valoración relativa de los siguientes factores:
- a) En la medida que el precio del producto secundario sea una porción menor del precio del producto primario, tenderán a tratarse como mercados independientes;
 - b) A mayor probabilidad de remplazo de las piezas o servicios secundarios, los bienes tenderán a tratarse como un mercado sistémico;
 - c) Se espera que consumidores más sofisticados, tiendan a hacer una evaluación más completa del ciclo de vida del producto y, por lo tanto, el mercado relevante tenderá a ser sistémico. Se presume que consumidores intermedios (empresas), tienden a ser más sofisticados que consumidores finales; y
 - d) Los costos de cambio, también juegan un rol importante en la definición de mercado relevante, pues en la medida que los costos de cambio del producto primario son bajos, el consumidor tenderá a tomar las decisiones en el mercado primario y secundario de manera conjunta.
20. En el caso en discusión, dado que las piezas *Absorber* y *Cold Head* deben ser cambiadas cada uno y dos años, respectivamente, y que la vida útil del resonador magnético, según se indicó²², es de alrededor de 10 años, se estima que es necesario hacer, al menos, 4 cambios de *Cold Head*, y entre 8 o 9 cambios de

²⁰ Office of Fair Trading, *Op. cit.*, pág. 21. "*The [multiple markets are] likely where, having purchased a primary product customers are locked in to using only a restricted number of secondary products that are compatible with the primary product*".

²¹ Ver, entre otros, Motta M. "*Competition Policy: Theory and Practice*". Cambridge University Press

Absorber a lo largo de la vida útil del resonador. Ello implica un costo estimado de USD [34]²³, es decir, un [36] por ciento del costo total del bien primario, sin considerar los costos de instalación de las piezas²⁴.

21. En cuanto a los costos de cambio, el denunciante señala que no le es económicamente factible cambiarse a otro fabricante una vez que se adquiere el resonador magnético, atendidas las siguientes características de los equipos: (a) Elevado costo del bien primario. Cada equipo vale más de un millón de dólares; (b) Complejidad en la instalación. El denunciante señala que ésta implica una serie de condiciones técnicas, que sólo pueden ser operadas por el fabricante²⁵; y (c) Imposibilidad de reventa del producto. El denunciante señala que no existe posibilidad de revender directamente el producto, pudiendo sólo vendérselo a Philips, por cuanto ésta es la única empresa que podría instalarlo en otras dependencias.

22. De los aspectos antes expuestos se tiene que respecto del caso investigado: (i) un gasto en productos y servicios secundarios equivalentes al menos al [37] por ciento del valor del bien primario es una cifra no despreciable; (ii) la probabilidad de remplazo de los repuestos en discusión es igual a uno, es decir, se deben cambiar de todas maneras durante la vida útil del bien; (iii) los consumidores de este mercado son centros médicos, clínicas y hospitales, que pueden ser calificados como consumidores sofisticados; y (iv) existen altos costos de cambio del bien primario.

23. De lo anterior se desprende que no sería posible separar el mercado de la compra y venta del resonador magnético, de los productos y servicios secundarios correspondientes a la venta de repuestos e instalación de los mismos. En otras

²³ Estimación simple a partir de la información entregada por Philips a la denunciante a través de una carta con fecha [35]. Se considera un IVA de 18% vigente a la fecha.

²⁴ Si bien se tiene constancia de los valores por hora por ingeniero, no se tiene información acerca de las horas requeridas para el cambio de cada pieza.

²⁵ La dificultad técnica de instalar este tipo de equipos queda en evidencia en un artículo de Clínica Las Condes a propósito de la instalación de un moderno resonador magnético en el año 2000: *"Instalar el nuevo Resonador Magnético de Clínica Las Condes requirió de una verdadera labor de ingeniería. Más de seis toneladas pesa este moderno equipo modelo Magnetom Symphony Quantum de Siemens, por lo que su transporte e instalación fueron realizados con el mayor cuidado. Por su tamaño, fue necesario derribar una pared para introducirlo a sus dependencias definitivas, en la Unidad de*

palabras, el mercado relevante, en este caso, es el mercado sistémico compuesto por el resonador magnético y los productos y servicios secundarios, indispensables para el funcionamiento óptimo a lo largo de la vida útil del bien durable.

24. En este orden de cosas, resulta esperable que los consumidores de este mercado, cuenten con la información necesaria para estimar el costo total del producto, a lo largo de todo su ciclo de vida²⁶. Así, los clientes podrán considerar en su decisión de compra, el valor de todos los bienes que componen el mercado sistémico.
25. A nivel geográfico, el mercado relevante para el bien sistémico, ya definido, es el territorio nacional, dado que los usuarios reales y potenciales están distribuidos a lo largo de todo Chile, mientras que, a su vez, los principales proveedores de la industria abastecen y ofrecen sus servicios en todo el país.

B. ACTORES DE LA INDUSTRIA EN EL PRODUCTO PRIMARIO

26. Una vez definido el mercado relevante, es necesario analizar quiénes son los actores que participan en dicho mercado.
27. Según se examinó en el curso de la Investigación, y conforme lo indicado tanto por el denunciante, como por Philips²⁷ y empresas competidoras en el mercado, sólo es posible adquirir resonadores magnéticos en Chile a través de las filiales chilenas de empresas internacionales, que fabrican y/o comercializan estos aparatos electrónicos, y que ostentan, entre sus líneas de productos, Equipos de Imagenología para fines médicos y/o de investigación. En este contexto, participan en el mercado de la venta y comercialización de resonadores magnéticos, las empresas Philips, Siemens S.A., General Electric International Inc. (en adelante, "**Siemens**" y "**General Electric**", respectivamente) y Toshiba Chile ("**Toshiba**").
28. Esta Fiscalía recabó antecedentes respecto a las ventas totales en Equipos de Imagenología de tres de las mencionadas firmas intervinientes en este segmento

²⁶ En este sentido, Pepall – Richards – Norman, *Industrial Organization. Contemporary Theory & Practice* (Capítulo N° 19 "Nonprice Vertical Restraints") 2005

en Chile²⁸: Philips, General Electric, y Siemens. A partir de tal información, se calcularon participaciones de mercado aproximadas, las que no consideran la información de Toshiba, con las limitaciones que ello significa.

Cuadro N° 1

Ventas anuales y porcentaje de participación de mercado en equipos de imagenología
(Cifras en \$ de cada año)

[•]

Ver en anexo confidencial [38]

29. Como se observa en el cuadro N° 1, la industria de Equipos de Imagenología, cuya empresa con mayor participación de mercado es Philips, presenta elevados niveles de concentración medidos a través del Índice de Herfindhal Hirschmann ("HHI").
30. Ahora bien, en relación con los resonadores magnéticos, en particular, se analizó la información de ventas provista por Philips, Siemens y General Electric a esta Fiscalía, a partir de la cual se calcularon las siguientes participaciones de mercado y los niveles de concentración:

Cuadro N° 2

Ventas anuales y porcentaje de participación de mercado en equipos de resonancia magnética
(Cifras en \$ de cada año)

[•]

Ver en anexo confidencial [39]

31. Según se observa en el Cuadro N° 2, Philips tiene una posición dominante en el mercado de resonadores magnéticos, siendo el único vendedor de éste tipo de equipos en 2 de los 3 años considerados en el análisis. Por lo anterior, no resulta sorprendente que este segmento presente mayores niveles de concentración,

²⁸ No se consideran las ventas efectuadas por Toshiba, en atención a que la comercialización de sus equipos no se efectúa a través de una filial en Chile, sino a través de su importación directa, y habiendo sido oficiada a una sucursal por esta Fiscalía, mediante Ord. N° 531 de fecha 13 de abril de 2011, no se obtuvo respuesta alguna. A mayor abundamiento, la información provista por Siemens y

medidos según el índice HHI, que la industria de los Equipos de Imagenología en general.

C. ACTORES DE LA INDUSTRIA EN LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS SECUNDARIOS

32. Según se señaló anteriormente, los mercados secundarios de producto involucrados en el caso en comento están constituidos por los siguientes segmentos: a) la venta y comercialización de repuestos de los resonadores magnéticos marca Philips, particularmente los repuestos *Cold Head* y *Absorber*, y b) los servicio de instalación de dichos repuestos y la reparación de resonadores magnéticos.
33. Según los antecedentes recabados en la Investigación, es posible adquirir los repuestos para equipos de resonadores magnéticos Philips en Philips Chilena, haciendo uso de la garantía del equipo o de alguna de las modalidades de Contratos de Mantenimiento, o a través de la compra directa de piezas.
34. Dentro del período de garantía, que en caso de los resonadores magnéticos Philips es de 12 meses, cualquier desperfecto que puedan eventualmente presentar dichos equipos -que no sea provocado por un agente externo- es solventada por el garante.
35. En caso que exista un Contrato de Mantenimiento, el pago que debe efectuar un usuario ante la necesidad de cambiar un repuesto, dependerá de la modalidad de mantenimiento contratada, la cual contempla tres variantes: a) Contrato de Mantenimiento de mano de obra²⁹; b) Contrato de Mantenimiento de mano de obra más repuestos de partes no consumibles³⁰; y c) Contrato de Mantenimiento de mano de obra más repuestos de partes consumibles y no consumibles.

²⁹ Consiste en la mera prestación del servicio técnico respecto a las mantenciones preventivas y/o correctivas que sean pertinentes efectuar al equipo, sin contemplar la instalación de repuestos. Si se requiere una pieza de recambio, ésta debe ser adquirida a Philips, desembolsando el cliente un pago aparte al costo por el Contrato de Mantenimiento.

36. La celebración del Contrato de Mantenimiento puede efectuarse, ya sea junto con la adquisición del equipo, durante el periodo de garantía del mismo, o bien con posterioridad a la expiración de la garantía. Su celebración es discrecional para el cliente, sin encontrarse condicionada a la venta del equipo. Sin un contrato de este tipo, el cliente puede efectuar requerimientos ocasionales de servicios independientes³¹⁻³².
37. Según informó Philips³³, un [43] por ciento del total de clientes mantienen Contratos de Mantenimiento. De éstos, aproximadamente un [44] por ciento tienen contrato de mano de obra, un [45] de mano de obra y repuestos no consumibles y un [46] por ciento un contrato total. Por su parte, del [47] de clientes sin contrato, la mitad de ellos solicita servicios y repuestos a Philips, y la otra mitad accede a servicios ofrecidos por otras empresas. Según se indica, el porcentaje de clientes con contrato tiende a incrementarse en la medida que crece la complejidad de los equipos. En particular, respecto de los resonadores magnéticos, un [48] por ciento de los clientes tiene contrato.
38. En el caso de que el cliente no tenga un Contrato de Mantenimiento, puede solicitar la sustitución de un repuesto en particular a Philips, cuyo presupuesto incorporará dentro de sus ítems, el servicio de mano de obra técnica³⁴. Es importante destacar que, aún cuando la venta del repuesto y el servicio de instalación se presentan de manera desagregada en la descripción del presupuesto, las tarifas asociadas se presentan de manera conjunta³⁵.
39. Otra alternativa para adquirir repuestos de equipos Philips, es comprarlos directamente a otras empresas que operan en Chile y/o en el extranjero. Para estos efectos, entre las alternativas disponibles para importación directa de

³¹ A este respecto, en acta de audiencia efectuada ante esta Fiscalía por los Sres. René Cruz Muñoz y Adriano Dehe, de fecha 22 de septiembre de 2010, se señaló: [40].

³² Sin embargo, según informó Philips, entre un cliente que sea titular de un Contrato de Mantenimiento y un requerimiento ocasional de servicios, la disponibilidad de recursos técnicos y humanos de la compañía se destina preferentemente a aquellos clientes que ostenten un Contrato de Mantenimiento. Declaración efectuada ante FNE por Sres. René Cruz y Adriano Dehe, el 22 de septiembre de 2010: [41].

³³ Acta de audiencia efectuada ante esta Fiscalía por los Sres. René Cruz Muñoz y Adriano Dehe, de fecha 22 de septiembre de 2010: [42].

³⁴ Declaración de Sres. René Cruz y Adriano Dehe en la FNE, de fecha 22 de septiembre de 2010: [49].

repuestos está el propio Fabricante y la empresa argentina Flecha Sistemas Médicos S.A.³⁶. Adicionalmente, Philips informó³⁷ que existiría la posibilidad de adquirir los repuestos a empresas, tales como [52]. Asimismo, reconoce la existencia de un mercado informal³⁸.

40. Con el fin de analizar cuán competitiva sería la importación directa de repuestos, en el cuadro siguiente se presenta un resumen de los presupuestos enviados por tres empresas para las mismas piezas:

Cuadro N° 3

Comparación de Valores de Repuestos entre Empresas Proveedoras

[•]

Ver en anexo confidencial [54]

41. Como es posible observar, la importación directa de repuestos tiene un alto potencial competitivo. No obstante, según indicó el denunciante, no habría en Chile una empresa alternativa a Philips para la prestación de los servicios de mantención e instalación de repuestos de resonadores magnéticos. Philips, por su parte, no ofrecería servicios de instalación de repuestos que no hayan sido provistos por ellos, aún cuando se trate de repuestos originales³⁹. De éste modo, la importación directa de repuestos se vería limitada por las posibilidades de instalación de dichas piezas en Chile.
42. En definitiva, conforme se ha señalado en la Investigación, constituiría una política de la compañía el hecho que, al requerírsele sus servicios de mano de obra, éstos sólo podrán prestarse en la medida que Philips provea también los repuestos de su marca.

³⁶ Consta en correo electrónico enviado por Flecha Sistemas Médicos S.A., con fecha 5 de julio de 2010, la factibilidad de la empresa para exportar a Chile repuestos de equipos de resonancia magnética a Chile.

³⁷ Carta de fecha 17 de noviembre de 2010 en respuesta a Ord. N° 1428, de fecha 6 de octubre de 2010.

³⁸ Carta de fecha 17 de noviembre de 2010 en respuesta a Ord. N° 1428, de fecha 6 de octubre de 2010: 1531

43. En consecuencia, de los antecedentes es posible concluir que: a) Philips tiene una participación preponderante, en la venta de equipos de resonancia magnética, con un [56] por ciento de las ventas de este tipo de equipos en los años 2007 y 2009, y de un [57] por ciento en el año 2008; b) en el marco del producto primario se establecen relaciones comerciales de largo plazo entre los compradores de resonadores magnéticos y los distribuidores de estos equipos, principalmente a través de Contratos de Mantenimientos y otros servicios de soporte; c) Philips tiene una participación superior al [58] por ciento en los servicios complementarios de mantención y servicio técnico de resonadores magnéticos, y d) la denunciada ostentaría una posición de dominio asociada al mercado sistémico de resonadores magnéticos antes definido.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

44. Según la denuncia, son dos las conductas que habría desplegado Philips que serían ilícitas desde la perspectiva de competencia:

A. ENTORPECIMIENTO A LA IMPORTACIÓN PARALELA DE REPUESTOS

45. La primera conducta cuestionada consiste en la ejecución de actos destinados a impedir la importación de los repuestos de las piezas *Absorber* y *Cold Head* de resonadores magnéticos Philips, que el denunciante había comprado directamente a su fabricante.
46. Al respecto, debe tenerse presente que la importación paralela de productos es reconocida y protegida por los órganos de libre competencia, en la medida que se trate de productos originales. Así, la H. Comisión Preventiva Central ha sostenido, en numerosos pronunciamientos, el criterio de las importaciones paralelas -incluso en casos en que se trate de distribuidores no autorizados-, siempre que se trate de productos legítimos. Por su parte, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha compartido el mismo criterio (Ver ANEXO N° 1).
47. De lo anterior se desprende que la adquisición en el extranjero, por parte del denunciante, de los repuestos *Absorber* y *Cold Head* al fabricante de los

repuestos originales, es del todo lícita⁴⁰. Adicionalmente, desde la perspectiva de la Propiedad Intelectual, que protege los derechos de aquellos que hayan adquirido legítimamente productos para comercializarlos en el país⁴¹, es evidente que la protección comprende al comprador que a su vez, es el consumidor final del producto⁴².

48. Ahora bien, con respecto a la conducta desplegada por Philips, es posible señalar que la reprochabilidad de la misma en sede de competencia dice relación, no sólo con el envío de una comunicación al Fabricante con la intención de frustrar la venta de los repuestos comprados por el denunciante a dicha empresa⁴³, sino con el hecho de que dicha comunicación, en los hechos, habría impedido la importación directa de dichos repuestos por la empresa denunciante con la oportunidad requerida⁴⁴.
49. Para el análisis de la conducta debe considerarse que: (a) el acto de impedimento de la importación paralela de repuestos del resonador magnético marca Philips por el denunciante se efectuó en [59]; (b) la denuncia fue interpuesta ante esta Fiscalía con fecha [60]; y (c) si bien el actual inciso 3° del artículo 20 del Decreto Ley N° 211 establece que las acciones contempladas en dicha norma prescriben en 3 años contados desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia, a la época en que fue cometida la conducta mencionada en (a) el entonces artículo 17 del Decreto Ley N° 211 (previa modificación por la Ley N° 20361, de 13 de julio de 2009) establecía un plazo de prescripción de 2 años.
50. Esta Fiscalía sostiene que, de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, Philips podría haber ejecutado una conducta anticompetitiva enmarcada en el

⁴⁰ Debe tenerse presente que aún cuando Philips y el Fabricante mantienen una relación eminentemente vertical, son competidores en el segmento secundario de comercialización de repuestos para resonadores magnéticos Philips.

⁴¹ El artículo 19 bis E de la Ley N° 19.039 de Propiedad Industrial, incorporado por la Ley N° 19.996, de 2005, establece: "El derecho que confiere el registro de la marca no faculta a su titular para prohibir a terceros el uso de la misma respecto de los productos legítimamente comercializados en cualquier país con esa marca por dicho titular o con su consentimiento expreso".

⁴² Según el Principio del Derecho Privado a *maiori ad minus* que significa "Quien puede lo mas, puede lo menos", correspondiente a un aforismo latino que significa que si una ley abarca una determinada materia, todo lo que está dentro de ello queda, a su vez, abarcado por la misma.

⁴³ Comunicación respecto de la cual consta en el expediente lo indicado por el Fabricante.

⁴⁴ Por cuanto la importación desde el Fabricante al denunciante, en la práctica, se produjo, pero sólo

supuesto del artículo 3 c) del Decreto Ley N° 211, al haber efectuado actos destinados a impedir la importación paralela de repuestos originales por el denunciante, lo cual le habría significado tener que comprar los repuestos a Philips en circunstancias que ya los había adquirido legítimamente de su Fabricante.

51. Sin embargo, esta Fiscalía sólo tuvo conocimiento de dicha conducta mediante la denuncia, presentada una vez transcurridos 3 años y 1 mes desde su ejecución, motivo por el cual a este organismo no le es posible ejercer las acciones que en la ley se contemplan para perseguir la conducta ejecutada por Philips, por encontrarse en derecho prescritas.

B. VENTA ATADA DE REPUESTOS Y SERVICIOS DE INSTALACIÓN Y MANTENIMIENTO

52. Según lo expuesto por el denunciante, Philips habría ejecutado una segunda conducta anticompetitiva, consistente en la vinculación de la prestación de servicio técnico de instalación de los repuestos *Cold Head* y *Absorber*, a la venta de dichos repuestos, lo que habría configurado una conducta de venta atada⁴⁵.

53. Para configurar una conducta de venta atada, es posible examinar los requisitos utilizados por la Comisión Europea, los que son consistentes con la jurisprudencia nacional⁴⁶ e internacional⁴⁷: (a) que los productos vinculantes y vinculados sean productos distintos; (b) que la empresa sea dominante en el mercado vinculante; (c) que sea probable que la vinculación dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado; y (d) la ausencia de justificaciones objetivas o por eficiencias.

⁴⁵ Según se indicó en la denuncia, “[...] le solicitamos a Philips que nos proporcionara y cobrar precisamente el servicio de instalación de las citadas partes, pero su respuesta fue que ella no entregaba “solo” el servicio de instalación. Además a ella debía comprársele el Cold Head y el Absorber [...] Si no le comprábamos el Cold Head y el Absorber ella no instalarla nada”.

[...] que como el resonador fue comprado a Philips sólo ella puede entregar el servicio de instalación, para conservar garantías y poder tener acceso a los servicios de mantención que ella misma proporciona [...] Philips, aprovechándose de su posición, nos obligó a comprarla a ella unas partes que nosotros teníamos en bodega, y nos obligó, además, a pagarle el precio que ella dispuso; más alto que el que habíamos pagado nosotros para adquirir esas partes que teníamos en bodega”.

⁴⁶ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°97/2010.

⁴⁷ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary

54. En cuanto al primero de los requisitos, de acuerdo a la Comisión Europea, los dos productos son distintos si, al no existir una vinculación o venta atada de productos, desde la perspectiva del consumidor, el producto es o podría ser comprado separadamente⁴⁸.
55. En el caso en comento, dadas la características particulares del bien primario (resonador magnético) y de los requerimientos permanentes de servicios técnicos y productos asociados (repuestos), es que ambos segmentos, han sido definidos como un mercado sistémico, inseparable, según consta en la definición de mercado relevante. Así, no podría configurarse como venta atada la provisión intertemporal de servicios y repuestos asociados a un mismo producto primario.
56. En consecuencia, de lo analizado es posible concluir que en los hechos, no se conforma una conducta de venta atada entre los repuestos comercializados por Philips y la prestación del servicio técnico de instalación del mismo por esta empresa, por cuanto no se dan, en el caso particular, los supuestos jurídicos y prácticos para que pueda configurarse.
57. De lo anterior resulta que el denunciante debió haber considerado, al momento de la adquisición del resonador magnético, la necesidad periódica de recambio de las piezas -en particular del *Absorber* y el *Cold Head*-, en atención a la vida útil del bien.
58. Sin perjuicio de lo anterior, esta División considera que el proveedor debe facilitar el proceso de toma de decisión del cliente; poniendo a disposición de éste la toda la información relevante. Al respecto, según declaró Philips en la Investigación, se hace llegar dicha información al cliente una vez adquirido el resonador magnético⁴⁹.
59. En este contexto, es preciso señalar que la temporalidad en la entrega de información juega un rol preponderante. En el caso en cuestión, Philips habría informado al cliente acerca de los costos de repuestos una vez firmado el contrato de compra del resonador magnético. Con esa información, si bien le era posible al denunciante cotizar con otros proveedores de servicio técnico por la instalación de

⁴⁸ Orientaciones de la Comisión Europea sobre las prioridades de control en la aplicación del artículo

repuestos de Equipos de Imagenología marca Philips, no le era posible retractarse de la compra inicial.

60. Con el fin de conocer los niveles generales de información que Philips provee a sus clientes y/o cotizantes de equipos de imagenología, esta Fiscalía solicitó al denunciante acompañar copia de las cotizaciones y contratos de mantenimiento celebrados con sus clientes, tanto del sector privado⁵⁰ (clínicas, centros médicos, etc.), como del sector público⁵¹ (principalmente hospitales), así como de cualquier otra información relevante disponible por el cliente al momento de efectuar su decisión de compra⁵².

61. Del análisis de los antecedentes acompañados, esta Fiscalía observó, respecto de clientes del sector público⁵³, que los hospitales contarían con información suficiente en la etapa de cotización, tanto de los valores del bien principal en el mercado primario, como de las posibilidades de mantenimiento y de tarifas de los repuestos y servicio técnico de instalación en el mercado secundario, que habría sido proporcionada por la denunciada a los cotizantes. Sin embargo, cabe señalar que resulta posible explicar dicho estándar de información, en parte, en el hecho de que la adquisición de los equipos se produce a través de un procedimiento de licitación, en el que el licitante exige *ex ante* el aporte de cierta información a las empresas participantes de dicho proceso.

62. Por su parte, analizados los antecedentes con que cuentan los clientes del sector privado de la denunciada, al momento de la cotización y/o adquisición de sus equipos de imagenología, es posible identificar dos tipos de clientes: en primer lugar, aquellos que cotizan y compran equipos a través de procesos de licitación privada. Al igual que en el sector público, estos clientes definirían *ex ante* la información requerida y por lo mismo, tenderían a tomar una decisión informada. En segundo lugar, los que cotizan directamente con las diferentes empresas participantes en el mercado. Para este grupo, se pudo observar que Philips provee de información de sus Contratos de Mantenimiento (tales como valores, duración, etc.), sin embargo, en los antecedentes acompañados no se observa un nivel similar de información disponible respecto de los valores de los repuestos y/o de

los servicios de instalación y mano de obra técnica –en caso de que éstos no opten por la celebración de un contrato a largo plazo con Philips.

63. Un segundo grupo de cotizantes estaría compuesto por clientes nuevos y antiguos del denunciado. Respecto de éstos últimos, se observó que, debido a su experiencia en la relación comercial con Philips, éstos tendrían mayores niveles de conocimiento acerca de los valores de los repuestos y del servicio técnico. En consecuencia, de lo expuesto resulta que, en general, los que enfrentarían mayores asimetrías de información son los clientes nuevos que cotizan y compran por primera vez un Equipo de Imagenología. Por lo anterior, esta Fiscalía estima que, en general, la información disponible para los cotizantes y clientes no resulta suficiente.
64. Es relevante destacar que la FNE manifestó a la denunciada sus aprehensiones respecto de la suficiencia y transparencia de la información disponible para los clientes que cotizan Equipos de Imagenología marca Philips, y los riesgos que las asimetrías de información a dicho respecto podría acarrear para la competencia en el mercado.
65. En atención a ello, Philips, mediante carta remitida a la FNE de fecha 7 de junio de 2012, se comprometió a incrementar los niveles de información de que disponen sus cotizantes y clientes al momento de su decisión de compra, estableciendo como política de la compañía que las cotizaciones incluyan la siguiente información disponible para el cliente: i) valor del equipo; ii) valor de las mantenciones post garantía del equipo, por tipo de Contrato de Mantenimiento, distinguiendo el valor de la mano de obra del de la mantención en sí; iii) periodicidad de las mantenciones preventivas; iv) repuestos con vida útil comprendidos en el equipo; v) valor aproximado, a la fecha de la cotización, de los repuestos con vida útil comprendidos en el equipo.

IV. CONCLUSIONES

66. De conformidad con lo expuesto en este informe, y de acuerdo a los antecedentes recabados y analizados durante la Investigación, esta División estima, en cuanto a la conducta anticompetitiva desarrollada por Philips, esta es la siguiente de entre

denunciante, que si bien podrían constituir un atentado a la libre competencia, no resulta posible ejercer las acciones pertinentes ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

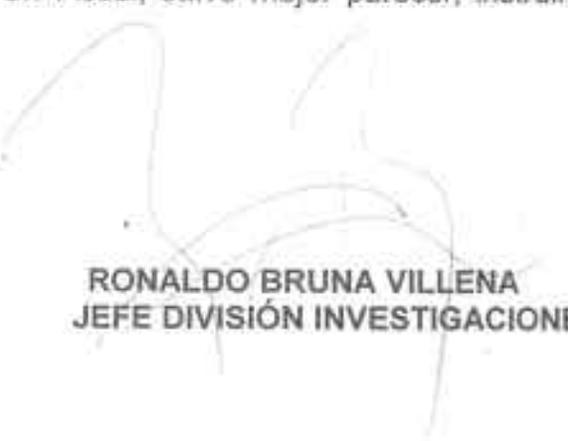
67. Lo anterior, en consideración que esta Fiscalía tomó conocimiento de la conducta en referencia, una vez transcurridos 3 años y 1 mes desde su ejecución. Por lo tanto, debe tenerse presente que las acciones que en el Decreto Ley N° 211 (previo a la modificación introducida por la Ley N° 20.361) se contemplan para perseguir la conducta ejecutada por Philips se encuentran prescritas, habiéndose sometido dichos actos a conocimiento de esta Fiscalía ya en dicha condición.
68. En este contexto, se recomienda prevenir a Philips que deberá abstenerse de ejercer cualquier tipo de conducta, respecto de quien importa productos originales, adquiridos legítimamente y para su uso final, con la finalidad o tendiente a impedir u obstaculizar dicha importación.
69. Por su parte, en cuanto a la conducta de venta atada invocada entre los repuestos comercializados por Philips y la prestación del servicio técnico de instalación de los mismos, esta División estima que no se configura dicha conducta. Lo anterior, en vista que el bien primario (resonador magnético) y los requerimientos permanentes de servicios técnicos y productos asociados (repuestos), han sido definidos como un mercado sistémico, según consta en la definición de mercado relevante. Así, no podría configurarse como venta atada la provisión inter temporal de servicios y repuestos asociados a un mismo producto primario.
70. Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda comunicar tanto a la denunciante como a la denunciada la postura de los organismos de Defensa de la Libre Competencia respecto a la importación paralela de productos. Ello, con la prevención de que la Fiscalía debe mantenerse atenta a eventuales restricciones a la libre competencia que se puedan producir en segmentos secundarios de productos y servicios, en particular, cuando la firma cuestionada ostente una participación de mercado dominante en la industria.
71. Adicionalmente, esta División estima que toda vez que se configure un mercado sistémico compuesto por un producto primario y productos y/o servicios

momento de compra del bien primario los costos futuros que implicará el uso de dicho bien, los proveedores tienen el deber de transparentar la información relevante para el proceso de toma de decisiones del cliente, de manera previa a la adquisición del bien. La FNE entiende que dicha información comprende, a lo menos, la siguiente: periodicidad de mantenciones y cambios de repuestos requeridos a lo largo de la vida útil del producto primario; costos de los repuestos; valor de la mano de obra asociada a la instalación de dichas piezas y al mantenimiento del equipo.

72. En este orden de cosas, la FNE manifestó a Philips sus aprehensiones acerca de la insuficiencia y falta de transparencia en la información de que disponen sus clientes y/o cotizantes de Equipos de Imagenología, previo a que los clientes adopten sus decisiones de compra. En este contexto, Philips se comprometió para con la Fiscalía a incrementar los niveles de información de que disponen sus cotizantes y clientes, estableciendo que, a partir de junio de 2012, será una política interna de dicha compañía que las cotizaciones de dichos equipos incluyan antecedentes relevantes y suficientes para que los clientes puedan decidir de manera más informada, tales como valor del equipo y de las mantenciones post garantía, la periodicidad de las mantenciones preventivas, los repuestos con vida útil comprendidos en el equipo y su valor aproximado, entre otra.

Por lo expuesto, se recomienda al Sr. Fiscal, salvo mejor parecer, instruir el archivo de la investigación,

Saluda atentamente a usted,


RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

ANEXO N° 1

JURISPRUDENCIA RELATIVA A IMPORTACIÓN DIRECTA DE PRODUCTOS ORIGINALES

COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL

1. Dictamen N° 579/ 1030 de 30 de octubre de 1986: *"Respondiendo la consulta planteada, esta Comisión Preventiva Central debe reiterar lo señalado en numerosos dictámenes anteriores, esto es, que **no existe impedimento alguno para que cualquiera persona, natural o jurídica, pueda adquirir en el extranjero productos legítimos, de manos de cualquiera que lícitamente los venda, y comercializarlos en el país**, ello con sujeción a la Ley sobre Propiedad Industrial, ya que ésta sólo prohíbe el comercio de productos o artículos amparados bajo una marca, que no correspondan a los legítimos"*.
2. Dictamen N° 867/614 de 2 de agosto de 1993: *"Con todo, esta Comisión debe dejar constancia, que la exclusividad invocada por un representante de un producto extranjero, no impide a terceros importar y comercializar productos auténticos y legítimos comprados directamente al fabricante y/o proveedor extranjero (...)".*
3. Dictamen N° 1006, de fecha 23 de mayo de 1997, se resolvió: *"(...) nadie puede oponerse a la importación y posterior comercialización en el país, de fonogramas (discos compactos y discos láser), siempre que ellos sean legítimos, es decir, hayan sido adquiridos o provengan de su productor legítimo o de las personas autorizadas por éste para tales efectos"*.
4. Pronunciamientos similares se contienen, asimismo, en: Dictamen N° 164/334 de 30 de enero de 1976; Dictamen N° 277/344 de 27 de mayo de 1981; Dictamen N° 704/547 de 13 de julio de 1989, y Dictamen N° 1158, de 18 de mayo de 2001.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. Resolución N° 21/2007, de 28 de agosto de 2007, en Consulta de Importadora Coral Ltda., que consultaba sobre la legitimidad de importar neumáticos de procedencia china de diversas marcas, señaló lo siguiente: *"Que una reiterada jurisprudencia de este Tribunal y de sus antecesoras la H. Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas creadas por el Decreto Ley N° 211, **ha concluido que***

faculta para impedir que terceros importen y comercialicen en el país productos legítimos de la misma marca" (considerando segundo).

2. Resolución N° 26/2008, de 29 de mayo de 2008, en Consulta de Comercial Chena América Ltda., que solicitaba pronunciarse acerca de la legitimidad de realizar importaciones paralelas de productos originales, resolvió: *"Se declara que Comercial Chena Limitada no infringe las normas de libre competencia al importar y comercializar baterías alcalinas originales marca "Duracell", sin perjuicio del derecho del titular de dicha marca para ejercer las acciones legales que estime pertinentes, en defensa de sus legítimos intereses".*