



ANT.: Denuncia de particular contra Santillana del Pacífico S.A. de Ediciones y Ediciones S.M. Chile S.A. Rol N° 1863-2011 FNE.

MAT.: Minuta de archivo (I)

Santiago, 16 de agosto de 2011

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de marzo de 2011, don [REDACTED] y don [REDACTED] interpusieron una denuncia por presuntos atentados a la libre competencia en el mercado de textos escolares en contra de Santillana del Pacífico S.A. de Ediciones ("Santillana") y Ediciones S.M. Chile S.A. ("SM"). Las prácticas imputadas consistirían básicamente en un acuerdo concertado entre las denunciadas con el fin de fijar precios de los textos escolares que comercializan y en un abuso de posición dominante respecto de sus distribuidores minoristas.
2. La denuncia comienza con un Capítulo denominado "Fijación de Precios", en el cual los denunciantes hacen un pormenorizado análisis de los precios de algunos textos escolares de ambas editoriales para los años 2008, 2009, 2010 y 2011. Señalan, a este respecto, que los precios de lista de los textos en ambas editoriales eran "prácticamente similares" durante el periodo 2008-2009, 2009-2010 y 2010-2011, manifestando que dichas "coincidencias" se extiende, incluso, a periodos anteriores.
3. En un segundo capítulo, denominado "Discriminación Arbitraria Monopólica", los denunciantes imputan una serie de abusos cometidos por parte de las editoriales denunciadas. Así, se señala que los descuentos que realizan las editoriales se efectúan según la forma de pago: un [REDACTED] de descuento en caso

de compra al contado y un [REDACTED] en caso de compras a 30 días. A dichos descuentos, se suman, por parte de Santillana, otros relacionados al crecimiento de las "compras históricas brutas" de cada librería. No obstante, acusan, que el valor de cada texto sin el descuento es equivalente al valor de precio contenido en las listas entregadas por las editoriales para la venta al público, de forma tal que la única manera a que las librerías tengan utilidades en relación a la venta de textos es acceder a los descuentos que se establecen como metas que le fijan las editoriales, ya que de otra forma el precio más IVA en que tales minoristas adquieren un texto escolar, será equivalente al de venta a consumidores establecido por aquella. Acusan las denunciadas que los descuentos por "compras históricas", a partir del cual se definen los descuentos, se establecen bajo criterios que la misma editorial define en cada caso.

4. Hacen presente, a este respecto, que resulta ajeno a la gestión de las librerías el aumento de las ventas, toda vez que la demanda de un texto escolar está supeditada de manera determinante a la circunstancia que los establecimientos educacionales incluyan en las listas de textos exigidos para cada nivel los libros de editorial Santillana, materia en la que las librerías no tienen ni pueden tener injerencia alguna.
5. Agregan los denunciados que las editoriales denunciadas rechazan que las librerías realicen devoluciones respecto de los textos que no vendieron durante un determinado año, lo que se explicaría por el hecho de que cada año se introducen cambios marginales en los libros de un mismo ciclo educacional, permitiéndose así la comercialización de una nueva edición a un mayor precio.
6. Concluyen que existen antecedentes concretos, graves y suficientes que permitirían indagar una eventual colusión entre las editoriales que tendría por objeto controlar y fijar los precios de los textos escolares que se venden al público y un eventual abuso de posición dominante en el mercado de textos escolares, efectuando discriminaciones arbitrarias entre los clientes.

II. MERCADO RELEVANTE

7. La Fiscalía entiende por mercado relevante el “producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”¹.
8. En el mercado de textos escolares es posible identificar dos segmentos: por una parte el constituido por los textos escolares que son utilizados en colegios públicos y, por otra, el constituido por los textos escolares que son utilizados en establecimientos particulares y particulares subvencionados. En el primer segmento es el propio Ministerio de Educación el que adquiere los textos escolares que son posteriormente entregados de manera gratuita a los educandos de colegios estatales. En el segundo segmento, son los padres y apoderados los que adquieren directamente los libros estudiantiles, según las indicaciones entregadas por el propio establecimiento educacional.
9. En este segundo segmento, quienes eligen finalmente los textos escolares que deberán utilizar los alumnos son agentes distintos a los que efectivamente pagarán por ellos. Es el propio Colegio el que decide qué texto utilizar, siendo obligatoria su compra por parte de los padres y apoderados.
10. Según dichos de las denunciadas, el proceso de promoción de los textos escolares comienza los últimos meses del año anterior a su utilización, con la formación de equipos de promoción de los textos constituido por profesionales de la educación. Dicho equipo se distribuye territorialmente y desarrolla funciones en terreno, visitando diversos colegios. Se reúnen generalmente con la jefatura de la Unidad Técnica Pedagógica, para posteriormente explicitar, de un modo técnico, los textos al profesorado del establecimiento.
11. De considerar el colegio que aquellos textos promocionados son óptimos para el desempeño académico de sus estudiantes, los exigirán para el año siguiente.

¹ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006. En www.fne.cl.

12. Dichos textos son comercializados directamente al público por diversos canales de distribución, como lo son las librerías, grandes tiendas y supermercados, que los adquieren de las diversas editoriales.
13. La distribución mayorista, en este segundo segmento, conforma el mercado relevante para efectos del análisis de la denuncia interpuesta. En este sentido, el mercado relevante lo constituiría la venta mayorista, para su distribución minorista, de textos escolares que utilizan los colegios como materiales de apoyo para determinadas materias, diversos a los entregados por el Ministerio de Educación².
14. Dado que la distribución mayorista de textos escolares es realizado por las denunciadas a lo largo de todo el territorio nacional, se considerará éste como el mercado geográfico relevante.

III. ANÁLISIS DE LAS DENUNCIAS

15. Definido el mercado relevante, corresponde determinar si los hechos descritos en la denuncia efectuada por [REDACTED] dan cuenta hechos, actos o contratos que restringen o vulneran la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del Decreto Ley N° 211 de 1973.

III.1. FIJACIÓN COORDINADA DE PRECIOS DE TEXTOS ESCOLARES

16. La primera conducta imputada por los denunciantes dice relación con un eventual acuerdo colusorio entre Santillana y SM para fijar los precios de los textos escolares que se comercializan en el mercado.
17. En este sentido, se imputa el ilícito contemplado en el art. 3 letra a) del Decreto Ley N° 211, el que señala que: "Se considerarán, entre otros, como hechos,

² Se habla de mercado de distribución mayorista y no de edición por constituir este último un mercado de cara a los autores de obras literarias. En este sentido, el de edición es el mercado en el cual los autores ceden total o parcialmente, a cualquier título, sus obras literarias a las Editoriales para su posterior confección y comercialización.

actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación".

18. De la norma legal trascrita, y según ha señalado el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resulta necesario que concurran, para encontrarnos frente un acto colusorio, los siguientes requisitos: "(i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado"³.

19. Respecto al primer requisito esbozado, esto es la existencia misma del acuerdo, los denunciados sólo han acompañado, como antecedente que fundan sus denuncias, los listados de precios de ambas editoriales acusadas para los periodos 2008-2009, 2009-2010 y 2010-2011, a partir de los cuales efectúan una serie de observaciones respecto de la similitud entre los precios que detenta cada editorial, llevándolos a concluir que dichas coincidencias no tienen otra justificación más que un acuerdo reñido con las normas de defensa de la libre competencia.

20. Los siguientes cuadros muestran los libros y precios que son comparados en la denuncia:

³ Sentencia N° 112/2011, dictada en el marco del Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Radio Valparaíso Ltda. y otros, Rol C N° 194-09.

	TEXTO	PRECIO 2008-2009
Lenguaje primer ciclo básico	Santillana: "Lenguaje entre niños", 1°, 2°, 3° y 4° básico	17.647 sin iva
	SM: "Ser y Saber Lenguaje", 1°, 2°, 3° y 4° básico	17.600 sin iva
Lenguaje segundo ciclo básico	Santillana: "Lenguaje Futuro", 5°, 6°, 7° y 8° básico	17.647 sin iva
	SM: "Ecosfera-Lenguaje", 5°, 6°, 7° y 8° básico	17.600 sin iva
Lenguaje enseñanza media	Santillana: "Lenguaje + PSU Lenguaje",	17.647 sin iva
	SM: "Explorando Lenguaje", 1° y 2° medio	17.600 sin iva
	SM: "Explorando Lenguaje", 3° y 4° medio	23.000 sin iva
Matemáticas Primer Ciclo Básico	Santillana: "Matemáticas entre niños", 1°, 2°, 3° y 4° básico	17.647 sin iva
	SM: "Ser y Saber Matemáticas", 1°, 2°, 3° y 4° básico	17.600 sin iva
Matemáticas segundo Ciclo Básico	Santillana: "Matemáticas Futuro", 5°, 6°, 7° y 8° básico	17.674 sin iva
	SM: "Ecósfera-Matemáticas", 5°, 6°, 7° y 8° básico	17.600 sin iva
Matemáticas Enseñanza Media	Santillana: "Educación matemática + PSU Matemática", 1°, 2°, 3° y 4° medio	17.674 sin iva
	SM: "Explorando Matemáticas", 1° y 2° medio	17.600 sin iva
	SM: "Explorando Matemáticas", 3° y 4° medio	23.000 sin iva

	TEXTO	PRECIO 2009-2010
Lenguaje primer ciclo básico	Santillana: "Lenguaje Espiral", 1°, 2°, 3° y 4° básico	18.487 sin iva
	SM: "Ser y Saber Lenguaje", 1°, 2°, 3° y 4° básico	19.200 sin iva
Lenguaje segundo ciclo básico	Santillana: "Lenguaje Futuro", 5°, 6°, 7° y 8° básico	21.000 sin iva
	SM: "Ecósfera-Lenguaje" 5°, 6°, 7° y 8° básico	19.200 sin iva
	SM: "Crea Mundos Lenguaje", 5°, 6°, 7° y 8° básico	20.700 sin iva
Lenguaje enseñanza media	Santillana: "Lenguaje Castellano y Comunicación", 1°, 2°, 3° y 4° medio	19.747 sin iva
	SM: "Nuevo explorando Lenguaje", 1° y 2° medio	20.700 sin iva
Matemáticas Primer Ciclo Básico	Santillana: "Lenguaje Espiral" (sic), 1°, 2°, 3° y 4° básico	17.647 sin iva
	SM: "Ser y Saber Lenguaje" (sic), 1°, 2°, 3° y 4° básico	19.200 sin iva
Matemáticas segundo Ciclo Básico	Santillana: "Matemática Bicentenario", 5°, 6°, 7° y 8° básico	21.000 sin iva
	SM: "Ecósfera-Matemáticas", 5°, 6°, 7° y 8° básico	19.200 sin iva
	SM: "Crea Mundos Matemáticos", 5°, 6°, 7° y 8° básico	20.700 sin iva
Matemáticas Enseñanza Media	Santillana: "Educación Matemática", 1°, 2°, 3° y 4° medio	19.747 sin iva
	SM: "Explorando Matemáticas", 1° y 2° medio	20.700 sin iva

	TEXTO	PRECIO 2010-2011
Lenguaje primer ciclo básico	Santillana: "Lenguaje Bicentenario", 1°, 2°, 3° y 4° básico	21.465 sin iva
	SM: "Planeta amigo", 1°, 2°, 3° y 4° básico	21.700 sin iva
	Santillana: "Lenguaje Espiral", 1°, 2°, 3° y 4° básico	18.711 sin iva
	SM: "Ser y Saber Lenguaje", 1°, 2°, 3° y 4° básico	19.200 sin iva
Lenguaje segundo ciclo básico	Santillana: "Lenguaje y Comunicación Bicentenario", 5°, 6°, 7° y 8° básico	21.645 sin iva
	SM: "Ecósfera-Lenguaje" 5°, 6°, 7° y 8° básico	21.700 sin iva
Lenguaje enseñanza media	Santillana: "Lenguaje Castellano y Comunicación", 1° y 2° medio	21.465 sin iva
	SM: "Nuevo explorando Lenguaje", 1° y 2° medio	22.000 sin iva
Matemáticas Primer Ciclo Básico	Santillana: "Matemáticas Bicentenario", 1°, 2°, 3° y 4° básico	26.500 sin iva
	SM: "Planeta Amigo Matemática", 1°, 2°, 3° y 4° básico	21.700 sin iva
	Santillana: "Lenguaje Espiral", 1°, 2°, 3° y 4° básico	23.100 sin iva
Matemáticas segundo Ciclo Básico	SM: "Ser y Saber Matemática", 1°, 2°, 3° y 4° básico	19.200 sin iva
	Santillana: "Matemática Bicentenario", 5°, 6°, 7° y 8° básico	26.500 sin iva
	SM: "Ecósfera-Matemáticas", 5°, 6°, 7° y 8° básico	19.200 sin iva
Matemáticas Enseñanza Media	SM: "Crea Mundos Matemáticos", 5°, 6°, 7° y 8° básico	21.700 sin iva
	Santillana: "Educación Matemática", 1° y 2° medio	21.465 sin iva
	SM: "Explorando Matemáticas", 1° y 2° medio	22.000 sin iva

21. De la comparación entre los precios de los textos para los distintos niveles, se observa que, si bien para una temporada determinada no existe una congruencia exacta entre los precios de ambas editoriales, sí se puede apreciar cierta similitud entre los valores de algunos de sus productos.
22. Las razones que pueden esbozarse para concebir la similitud entre los valores de los textos escolares de ambas denunciadas son básicamente dos: (i) la existencia de una actuación concertada dirigida y respetada por las denunciadas o; (ii) la existencia de lo que la doctrina ha denominado “paralelismo consciente”, en relación a la particular estructura que detenta el mercado relevante analizado.
23. A este respecto cabe tener presente, que el hecho que los precios sean iguales, exactos o similares, entre competidores y respecto de un mismo producto, no involucra, *per se*, una acuerdo colusorio atentatorio contra el bien jurídico protegido por el Decreto Ley N° 211 de 1973. En este sentido, se necesitan de antecedentes adicionales que permita concluir categóricamente que la igualdad o similitud entre los precios se debe a una actuación concertada y no a otras razones de mercado.
24. En este orden de ideas, no existen antecedentes adicionales al paralelismo en los precios que permitan a esta Fiscalía siquiera presumir que existe por parte de las denunciadas un acuerdo colusorio con el fin de fijar los precios mayoristas de los textos escolares que son comercializados para su uso en colegios particulares y particulares subvencionados. Por el contrario, la información que obra en poder de esta Fiscalía, apuntaría a que dicho paralelismo en este caso particular detentaría diversas causas, que si bien emanan de lo imperfecto, peculiar y concentrado de este mercado, no resultan, en principio y en atención a los antecedentes tenidos a la vista, indiciarias de algún acto colusorio.
25. Como se observa de la información recabada, el de distribución mayorista de textos escolares es un mercado altamente concentrado⁴, con presencia de

⁴ Según SM, ella y Santillana, en conjunto, representarían, un 71% del mercado el año 2008, 76% el año 2009, 82% el año 2010 y 2011.

escasos actores relevantes y transparente en cuanto a los precios que cobran las editoriales a sus canales de distribución minorista, por lo que existen condiciones propicias para que las firmas se comporten de un modo paralelo con el fin de maximizar sus utilidades⁵.

26. A mayor abundamiento, dadas las peculiares características del mercado de textos escolares arriba definido, no existen incentivos para que la editorial que disputa mercado a la dominante reduzca sus precios ya que, si lo hace, no aumentará –al menos de forma significativa– su participación por ese simple hecho en el mercado. A *Contrariu sensu*, existen incentivos para que las empresas sean seguidoras de precios de la dominante.

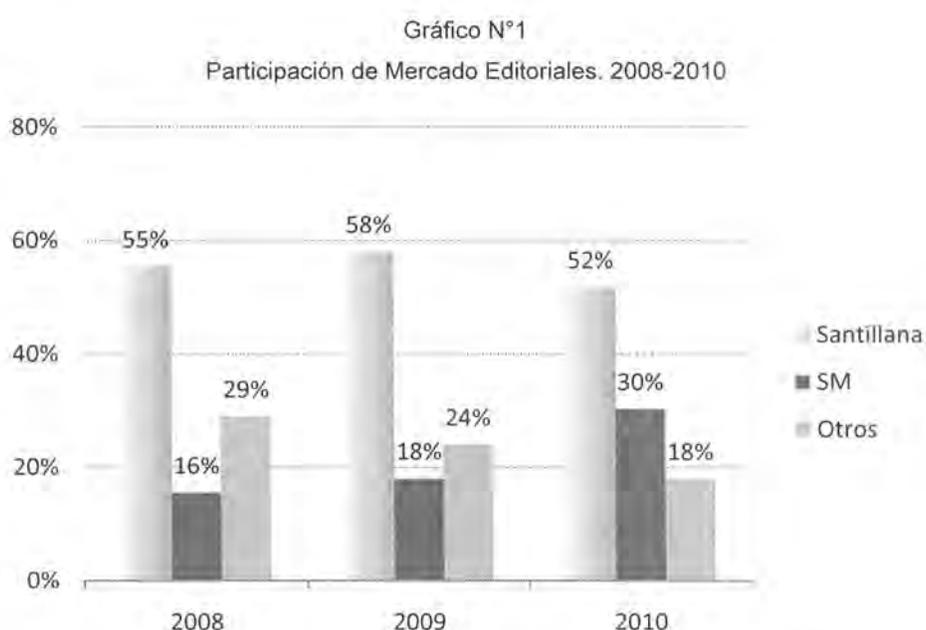
27. En efecto, se señaló que en este mercado relevante quienes eligen finalmente los textos escolares que deberán utilizar los alumnos son agentes distintos a los que efectivamente pagarán por ellos. Es el establecimiento educacional el que decide qué texto utilizar, siendo obligatoria su compra por parte de los padres y apoderados. El Colegio, al no ser el agente que directamente adquirirá los textos escolares, y por tanto no incurrirá el costo alguno, los elige en base a criterios de idoneidad, aptitud y calidad de los contenidos más que por el precio de comercialización⁶. En este sentido, la competencia entre editoriales no se produce por precios a nivel del consumidor final, si no que al promocionar y ofrecer los textos escolares en los establecimientos educacionales. En definitiva, si una editorial disminuye sus precios para ser comercializados al canal minorista no verá aumentada su participación en el mercado, ya que los padres no podrán optar por dicho texto aunque el precio

⁵ Se ha señalado, en cuanto a la "interdependencia oligopolística", que: "Un segundo paso tiene lugar cuando las conductas son conscientes, pero de tal modo que, pese al conocimiento de las empresas que actúan así, la conducta es exigida por la propia estructura del mercado; existe una fuerza de mercado que empuja a tal actuación y que es típica de los mercados oligopolistas". GALÁN Corona, Eduardo. *Los Acuerdos Restrictivos de la Competencia*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, España, 1977. Pág. 345.

⁶ En efecto, la evidencia internacional muestra que la demanda por textos escolares muestra una elasticidad mucho menor que la elasticidad de los textos en general. Esta relativa inelasticidad de la demanda por textos escolares podría impulsar a las editoriales a capturar parte del excedente del consumidor, utilizando la capacidad que disponen los colegios para dirigir la demanda de los consumidores, dado que el agente que adquiere los productos (padres y apoderados) no coincide con aquel que elige el producto (el colegio).

sea menor, por lo que existirían incentivos de seguir el precio que cobra la dominante y tratar de disputarle participación a nivel de los colegios.

28. En otra línea argumentativa y de acuerdo a información de ventas aportadas por las editoriales, se ha podido constatar un incremento en la participación de SM en el mercado global de textos escolares (colegios particulares y particulares subvencionados) desde un 16% a un 30% entre los años 2008 y 2010, periodo en que, de acuerdo a la denuncia, habría tenido lugar el acuerdo colusorio.



Fuente: FNE en base a información proporcionada por editoriales

29. Este incremento en la participación de mercado de la segunda editorial no sería compatible, en principio, con un acuerdo colusorio, puesto que sería irracional suponer que la primera implementaría un acuerdo tal que resulte en una pérdida relevante de posición de mercado.

30. En definitiva, no resulta necesario el despliegue de mayores indagaciones por parte de esta Fiscalía en relación a esta parte de la denuncia, sin perjuicio que, observados nuevos antecedentes, éstos justifiquen realizar mayores diligencias.

III.2. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

31. En el capítulo de la denuncia que los denunciantes denominan “Discriminación Arbitraria Monopólica”, se describen una serie de presuntos abusos que Santillana y SM han efectuado en las relaciones comerciales con las librerías. Los abusos denunciados se reducen a: (i) planes de descuento arbitrarios y poco transparentes y (ii) discriminación arbitraria entre canales de distribución, permitiéndose la devolución de textos a grandes tiendas y supermercados, en perjuicio de las pequeñas librerías.

a) Descuentos arbitrarios y poco transparentes

32. Las denunciantes, luego de describir el sistema de descuentos que aplican las denunciadas a sus canales, manifiestan que el problema se suscita porque el valor de cada texto, sin el descuento, es equivalente al valor de precio contenido en listas entregadas por las editoriales, en la cual se recomienda un valor de venta al público. De esta forma, explican, la única manera de obtener utilidades es acceder a los descuentos que consagran las editoriales, ya que de otra manera el precio de adquisición será el mismo que el precio de venta de cara al consumidor. Agregan que lo más grave radica en que el descuento adicional que entrega Santillana por un aumento en las “compras históricas”, resulta arbitrario puesto que se establece bajo criterios que la editorial define en cada caso.

33. Como se observa, los denunciantes imputan un supuesto “estrangulamiento de márgenes”, ya que el precio lista o al cual vende los textos escolares la respectiva editorial a sus canales de distribución sería el mismo al que ésta recomienda sean vendidos a los consumidores finales⁷⁻⁸, por lo que la única

⁷ Cabe tener presente, en este punto, que mediante Resolución N° 71 de 1980, dictada por la Comisión Resolutiva, se resolvió que resulta legítimo que las editoriales señalen un precio de venta al público a los distribuidores minoristas, dado el tenor del artículo 50 de la Ley 17.336, sobre Propiedad Intelectual, aún vigente, que señala en cuanto al contrato de edición, que celebran las editoriales con los respectivos autores de los textos escolares, que “cuando la remuneración convenida consista en una participación sobre el producto de la venta, ésta no podrá ser inferior al 10% del precio de venta al público de cada ejemplar”. Lo anterior, según la Comisión Preventiva, siempre que las editoriales respeten la plena libertad del comerciante minorista para cobrar en la venta efectiva al público el precio que acuerde con el respectivo comprador.

forma de acceder a ganancias en dicha comercialización sería acceder a los descuentos por cada editorial establecidos.

34. Al respecto, según lo ha señalado el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el estrangulamiento de márgenes “se produce cuando una empresa integrada verticalmente utiliza el poder de mercado que posee en el mercado “aguas arriba” para estrangular los márgenes de sus competidores en el mercado “aguas abajo”, con el objeto o efecto de excluirlos”⁹. Dicho estrangulamiento de márgenes se produce porque “la empresa que provee el insumo lo vende a un precio tal que quienes lo utilizan no tienen un margen de utilidades suficiente como para seguir siendo competitivos con ella en el mercado “aguas abajo”¹⁰.
35. En este sentido, para encontrarnos frente a dicha figura anticompetitiva, es necesario: (i) que la empresa que ejecuta la conducta esté integrada verticalmente; (ii) que tenga poder de mercado “aguas arriba”; (iii) que detente un insumo esencial a utilizar en el mercado “aguas abajo”, y; (iv) que dicha conducta tenga por fin excluir a un competidor del mercado relevante.
36. Ahora bien, esta División no considera razonable, en principio y según los antecedentes tenidos a la vista, que las editoriales pretendan estrangular los márgenes de sus canales de distribución minoristas con el fin de excluirlos del mercado y así poder comercializar ella, de un modo directo, los textos

⁸ Con fecha 30 de diciembre de 2005, esta Fiscalía solicitó al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la modificación de la señalada resolución, toda vez que las editoriales habrían dejado de celebrar exclusivamente contratos de edición en sus relaciones con los autores de los textos, utilizando otras alternativas, siendo innecesaria, por tanto, la recomendación de un precio de venta al público. Se solicitó, de igual manera, una serie de medidas para transparentar las condiciones de comercialización entre la editorial y los distribuidores minoristas. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante Resolución N° 14 de 2006, resolvió no dar lugar a las peticiones de esta Fiscalía, por considerar que resulta justificado que las editoriales recomienden un precio al público a las librerías, dados los contratos de edición involucrados, la naturaleza de los contratos que reglan las relaciones entre los agentes que participan en el mercado y la forma en que se decide qué textos utilizar en cada establecimiento; que no existe indicio que demuestren que los distribuidores minoristas se limiten a seguir el precio referencial; y, en cuanto a la publicación de las condiciones de comercialización, que no se tuvo a la vista los niveles de concentración en el canal minorista.

⁹ Considerando nonagésimo quinto, Sentencia N° 88/2009, dictada en el marco de la Demanda de OPS Ingeniería Limitada y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A., Rol C N° 126-07.

¹⁰ Considerando nonagésimo sexto, Sentencia N° 88/2009, dictada en el marco de la Demanda de OPS Ingeniería Limitada y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A., Rol C N° 126-07.

escolares. En efecto, el canal de distribución minorista es una herramienta fundamental en la ejecución del negocio de las editoriales, ya que, a través de las librerías y otros canales diversos, es capaz de llegar con sus productos a los padres y apoderados a lo largo de todo Chile. La cantidad de colegios que exigen textos de las diversas editoriales y la cantidad de librerías que comercializan sus textos son tan numerosas que su exclusión no traería otra consecuencia que el perjuicio económico al negocio de cada una de las denunciadas, al no poder abastecer la totalidad de la demanda.

37. No obstante, esta División ha constado que en los últimos años ambas denunciadas han aumentado el porcentaje de venta directa de textos escolares a consumidores finales¹¹, por lo que, de observarse en el futuro dicha tendencia, de la mano de una diferencia sustancial entre el valor del textos comercializado a los canales de distribución minorista y el ofrecido al público directamente, esta División recomienda iniciar una investigación por una eventual práctica anticompetitiva.

38. Ahora bien, respecto a la imputación contra Santillana relacionada a la arbitrariedad en el otorgamiento de descuentos adicionales, al ella misma definir el promedio de "compras históricas", cabe tener presente que no se han acompañado antecedentes, ni se han vislumbrado éstos de las indagaciones efectuadas por esta Fiscalía, que permitan inferir que la determinación de dicho descuento, en los hechos, se efectúa de un modo antojadizo y poco transparente.

39. Por el contrario, se han acompañado cartas que envía Santillana a las Librerías y a través de las cuales da cuenta de las condiciones de venta de los diversos textos escolares, que señalan, de un modo claro y preciso, los porcentajes exactos de descuento por crecimiento y el monto concreto de compra bruta que la librería ha efectuado, para efectos de claridad al momento de la

¹¹ El porcentaje de venta directa, respecto del total de sus ventas, representó, para Santillana, un 2,7% el 2007, un 4,5% el 2008, un 5,4% el 2009, un 8,4% el 2010 y un 8,17% el 2011, mientras que para SM representó un 12% el 2007, un 12% el 2008, un 17% el 2009, un 18,68% el 2010 y un 18,47% el 2011.

determinación de esta rebaja¹². En este sentido, no se observa cómo un descuento de tales características podría resultar arbitrario, pues debe calcularse en base a un dato objetivo y fácil de contabilizar como lo son las compras en un determinado periodo.

40. Cabe destacar en este punto que esta División considera que, bajo ciertas circunstancias, los descuentos por compras históricas¹³, que en principio serían lícitos, podrían llegar a transformarse en conductas anticompetitivas sancionadas por el Decreto Ley N° 211. En efecto, mediante ellas se podría excluir a competidores del mercado, al obligar al canal de distribución específico, para acceder al respectivo descuento, aumentar las ventas de la empresa que lo otorga en perjuicio de sus competidores¹⁴.

41. Sin embargo, esta División considera que los descuentos por crecimiento que aplica Santillana no tendrían la aptitud de lesionar, en principio y según los

¹² La carta enviada por Santillana a don [REDACTED] de fecha 23 de noviembre de 2009, señala que existe un "descuento adicional por cumplimiento de meta por sobre las compras históricas brutas (antes de descuento):

- a) Por crecimiento de un [REDACTED] descuento adicional
- b) Por crecimiento de un [REDACTED] descuento adicional
- c) Por crecimiento de un [REDACTED] descuento adicional.

Este descuento adicional se determinará considerando dos periodos independientes entre sí: el primero, desde el 1° de noviembre de 2008 hasta el 30 de abril de 2009, y el segundo, desde el 1° de mayo de 2009 y hasta el 30 de octubre de 2009. Este descuento rige sólo para aquellos que hayan efectuado compras durante la pasada temporada escolar (1 de noviembre 2008 al 30 de abril de 2009).

Para facilitar su análisis, a continuación le informamos el valor de su compra bruta (antes de descuento) correspondiente a los dos periodos mencionados y que fue realizada en la temporada escolar anterior:

1° de noviembre de 2008 al 30 de abril de 2009: 99.403.072

1° de mayo de 2009 al 30 de octubre de 2009: 0".

¹³ El. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha señalado: "los incentivos por metas de ventas –también conocidos como descuentos por fidelidad (*"fidelity discounts"*)- son estructuras de precios en virtud de las cuales se ofrecen precios menores a cambio de un compromiso –sea expreso o *de facto*- por parte del comprador en cuanto a proveerse mayoritariamente y/o de manera creciente sólo con el proveedor que ofrece dicho descuento (OCDE, Comité de Competencia, *"Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates"*, Documento DAFPE/COMP(2002)21)". Considerando centésimo quinto, Sentencia C N° 90/2009, dictada en el marco de "Requerimiento de la FNE contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.", Rol N° 165-2008 TDLC.

¹⁴ El. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha señalado: "Que si bien en principio tales descuentos pueden producir efectos positivos (menores precios e incentivos para los distribuidores), en algunos casos podrían llevar a producir efectos anticompetitivos en la medida que reduzcan la transparencia en los precios o que excluyan a competidores del mercado o restrinjan o impidan artificialmente el ingreso de competidores potenciales o no tengan una justificación económica racional". Considerando centésimo sexto, sentencia N° 90/2009, dictada en el marco de "Requerimiento de la FNE contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.", Rol N° 165-2008 TDLC.

antecedentes tenidos a la vista, la libre competencia, puesto que aquellos no podrían excluir, por sí mismos, a un competidor del mercado de textos escolares, dada la estructura que éste detenta y que fuese descrita en la presente minuta. En efecto, al no intervenir las librerías en la decisión de los padres y apoderados por un determinado texto escolar, ni al ser estos últimos los que lo eligen, se concluye que el canal de distribución minorista no aumentará las ventas de textos Santillana, con el fin de acceder a los descuentos establecidos, si disminuye la compra de textos de otras editoriales, toda vez que la demanda por libros escolares ya estará determinada por el número de colegios que los soliciten¹⁵.

42. Así, mientras no se acompañen antecedentes que permitan inferir que las denunciadas han estrangulado los márgenes de sus canales de distribución y que los descuentos por compras históricas que efectúa Santillana son anticompetitivos o determinados de un modo arbitrario y antojadizo, se recomienda no iniciar una investigación por los hechos denunciados.

b) Discriminación arbitraria entre diversos canales de distribución

43. Finalmente las denunciantes imputan que Santillana y SM discriminarían en relación a sus canales de distribución, puesto que se permitirían devoluciones de stock sólo a grandes tiendas y supermercados.

44. Esta División considera que, existiría discriminación arbitraria, en el evento que un operador, abusando de su posición de dominio, trata injustificadamente y de un modo desigual a aquellos competidores que presentan similares características dentro del mercado relevante. En este sentido, no existe arbitrariedad cuando la discriminación efectuada tiene por fundamento razones lógicas, económicas o de otra índole, debidamente acreditables.

¹⁵ En este sentido, la forma que detentan las librerías y otros canales de distribución de acceder a estos descuentos no es disminuyendo las compras de textos al actor que compite con la editorial que los otorga, si no que compitiendo intensamente con otros canales de distribución minorista y dentro de la misma marca de texto escolar. Aquello podría generar importantes beneficios para los consumidores, al propiciar que las librerías, para aumentar las ventas de textos Santillana y así acceder a mayores descuentos, mejoren los precios ofrecidos a sus consumidores.

45. Independiente de la existencia de una posición de dominio en el mercado, esta División considera que la actuación imputada no puede considerarse como discriminación arbitraria ya que, más que una diferenciación entre empresas de menor y mayor entidad, la aplicación de un proceso de devoluciones de textos dice relación con la cantidad total que un determinado distribuidor adquiriera. En este sentido, resulta justificado que, respecto de canales que demandan mayor cantidad de productos, y que por tanto reportan mayores utilidades a la editorial, detenten un sistema de devolución de textos no vendidos¹⁶.
46. Por otra parte, Santillana y SM han informado a esta Fiscalía, contrariamente a lo señalado por las denunciantes, que cualquier distribuidor podría, eventualmente, devolver los libros que no ha podido liquidar en un determinado periodo, dependiendo de la cantidad total adquirida originalmente por aquel mismo canal¹⁷.
47. Así las cosas, no se vislumbra la existencia de la discriminación arbitraria imputada, ya que cualquier canal de distribución, independiente de su tamaño, podría optar a devolver *stock* si supera las compras que para tales efectos determine la editorial, por lo que se recomienda no instruir investigación sobre los hechos denunciados.
48. No obstante, esta División ha constatado, de los antecedentes acompañados a la denuncia, que Santillana no informa a las librerías la posibilidad de devolver los libros que no pudieron ser vendidos ni las condiciones para que opere dicha devolución, por lo que se recomendará que, en lo sucesivo, se informe tal situación a todos los canales de distribución, a través de las cartas que se envían ocasionalmente a los distribuidores minoristas en las que se da a conocer las condiciones comerciales de los respectivos periodos. En este

¹⁶ En este sentido se ha señalado, respecto a los que deben considerarse iguales para efectos de determinar la existencia de una discriminación, que "la cantidad del producto es esencial, así, resultaría equivocado considerar a un comprador mayorista igual que a uno minorista. Esto se explica desde el punto de vista del objeto, en el sentido de que el producto comprado no es el mismo si sus cantidades tienen la diferencia suficiente como para generar una economía en los costos del vendedor". VALDÉS Prieto, Domingo. *La discriminación Arbitraria en el Derecho Económico*. Especialmente en la Legislación Antimonopólica. Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992, página 107.

¹⁷ Santillana ha informado que, respecto de sus distribuidores minoristas, aplica a todos ellos venta en firme, derecho a un porcentaje de devolución según volumen de compra y descuentos por venta por mayor.

sentido, se recomendará se especifique sobre qué cantidad demandada se podrá efectuar devoluciones, y en qué porcentajes.

IV. CONCLUSIONES

49. En definitiva y salvo mejor parecer del Señor Fiscal Nacional Económico, esta División sugiere no iniciar una investigación respecto de los hechos denunciados y archivar los antecedentes.

50. Sin perjuicio de lo anterior, con el fin de transparentar el mercado relevante analizado, se recomienda instruir a las denunciadas para que, en lo sucesivo, comuniquen formalmente a sus distribuidores minoristas la posibilidad de realizar devoluciones de textos escolares, especificando sobre qué cantidad de textos adquiridos se podría acceder a dicho beneficio.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES



MYA/LPR/EAV/CGB