

ANT.: Denuncia de un particular en
contra de Crear Médica Urcola
Spa y otro. Rol N° 2025-12 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 09.NOV 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por la presente vía, informo al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la denuncia, recomendando archivar los antecedentes, sin instruir investigación, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 5 de enero de 2012, esta Fiscalía recibió la denuncia de un particular¹ en contra de Crear Médica Urcola SpA ("**Crear Médica**") y de Chile Medical Insumos Médicos EIRL ("**Chile Medical**") por presuntas prácticas atentatorias contra la libre competencia. La denuncia se refiere a ciertas cláusulas presuntamente anticompetitivas establecidas en un borrador sin firmar de un Contrato de Sub-Distribución de insumos médicos [REDACTED] [REDACTED] (el "Contrato").
2. Crear Médica es una compañía que opera como representante y distribuidora exclusiva en Chile de la empresa estadounidense Boston Scientific Corporation ("**Boston Scientific**"). La actividad principal de esta compañía es la venta de equipos médicos a ser utilizados en técnicas mínimamente invasivas en los campos de cardiología, broncopulmonar, radiología, urología, neurología, endoscopia, entre otros.

¹ El particular que realizó la denuncia no participa en el mercado ni es parte del contrato. Corresponde a un tercero que tuvo a la vista una versión no definitiva del contrato que remitió a la Fiscalía Nacional Económica, por estimar que podría contener cláusulas anticompetitivas.

3. Por su parte, Chile Medical se desempeñó entre los años [REDACTED] como sub-distribuidora de Crear Médica, respecto de las líneas de [REDACTED]
4. El objeto del Contrato fue designar a Chile Medical como [REDACTED] para la comercialización de los productos [REDACTED] en las líneas mencionadas.
5. Las cláusulas² contenidas en el borrador tenido a la vista por el denunciante y que eventualmente podrían ser contrarias a la libre competencia, tenían por fin: (i) evitar que en la contingencia de que Chile Medical [REDACTED] se convirtiera en competidor de Crear Médica; y, (ii) impedir que luego de la terminación del contrato, asumiera directamente la distribución de las líneas de productos de [REDACTED]. [REDACTED]³.
6. Respecto de la cláusula [REDACTED], se estipulaba también que si [REDACTED] decidía comercializar cualquier línea de productos que compitiera con aquéllos que [REDACTED] hubiera comercializado en el pasado, comercialice en el presente o decidiera comercializar en el futuro en Chile, incluyendo aquellas líneas de producto que nunca hubiera comercializado [REDACTED] se daría curso a la multa antes señalada, inclusive si lo hiciera a través de cualquier persona relacionada directa o indirectamente, sus dueños, familiares directos o indirectos en cualquier grado.
7. En el curso del examen de admisibilidad se contactó a ambas partes del Contrato a fin de verificar la información aportada, constatándose los siguientes hechos:
 - a) Que el borrador de Contrato acompañado en la denuncia no correspondía a la versión efectivamente firmada por las partes. [REDACTED] [REDACTED] cuyas

² Cláusula [REDACTED] del Contrato.

³ Los plazos de vigencia de estas dos cláusulas se contradicen en el borrador presentado, por cuanto ambas cláusulas restringen las posibilidades de competencia futura de [REDACTED] con [REDACTED]

firmas aparecen autorizadas con fecha [REDACTED]
[REDACTED]

- b) Que en la versión definitiva del Contrato las cláusulas antes referidas difieren en dos aspectos. En primer lugar, los plazos de la obligación de no competir se reducen a 3 años, [REDACTED] (que establecía 10 años) como en [REDACTED] (que establecía 5 años). En segundo lugar, también se modifica la forma de cálculo de la multa establecida en la cláusula [REDACTED].
- c) Que actualmente el Contrato no se encuentra vigente, ya que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Actualmente, Chile Medical opera en el mercado como distribuidor directo de la empresa estadounidense [REDACTED] la cual adquirió de [REDACTED] la línea de [REDACTED] que anteriormente distribuía [REDACTED] en Chile. Junto con ello, [REDACTED] dejó también las líneas de [REDACTED] y [REDACTED]. En consecuencia, [REDACTED] no trabaja actualmente con [REDACTED] y no distribuye la línea de [REDACTED] por lo que tampoco serían competidores.
- d) [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] En este procedimiento, podría eventualmente hacerse valer alguna de las cláusulas citadas, lo cual no habría sucedido a la fecha.

⁴ Adicionalmente, fuera de estas cláusulas se modifica la cláusula de jurisdicción, sometiéndose las partes a la jurisdicción de un árbitro arbitrador en vez de justicia ordinaria como establecía la versión del borrador acompañado a la denuncia.

II. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

8. La denuncia se refiere a dos cláusulas contenidas en el contrato que dicen relación con un tipo de restricción vertical que puede resultar lesiva a la competencia, como lo son las obligaciones para no competir; en el caso particular, aquellas cláusulas que restringen [REDACTED] de distribuir productos competidores de [REDACTED] o, directamente, los productos de dicha empresa.
9. Respecto a estas cláusulas de no competencia, la Fiscalía, fundada en el análisis de efectos anticompetitivos especialmente en casos de operaciones de concentración⁵ y, en la jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("H. TDLC")⁶, ha definido que dichas obligaciones podrían restringir la libre competencia si es que no se encuentran limitadas en su ámbito material, espacial y temporal, por cuanto podrían constituir barreras de entrada a los mercados donde éstas apliquen.
10. De este modo, algunos aspectos claves utilizados para determinar la licitud de las cláusulas de no competencia, son por ejemplo:
- a) **Ámbito material:** Las obligaciones no deben extenderse más allá del giro estrictamente necesario para garantizar la efectividad de la operación principal.
 - b) **Ámbito espacial:** Las obligaciones no deben exceder el ámbito geográfico en que produce efectos la convención principal, esto es, la zona en que surtía efectos la operación principal.
 - c) **Ámbito temporal:** Las cláusulas no deben extenderse más allá del tiempo necesario para permitir a la convención principal producir sus

⁵ Por ejemplo, los criterios utilizados en el acuerdo extrajudicial suscrito entre esta Fiscalía y SMU S.A. el 6 de julio de 2010, aprobado por el H. TDLC mediante Resolución de fecha 20 de Julio de 2010

⁶ Existe jurisprudencia del H. TDLC que señaló, en la sentencia N° 111/2011, demanda de Marcelo Araneda Ríos contra Monrás y Günther Limitada, Rol N° 205-10, en relación a las cláusulas de no competencia, que: "*Al respecto, este Tribunal estima que la celebración de este tipo de cláusulas no constituiría en sí misma un atentado a la libre competencia, al tratarse de simples estipulaciones comerciales que podrían ser lícitas, especialmente si, como ocurre en la especie, se han pactado con un plazo de vigencia limitado. Lo anterior, salvo que se demuestre que tales cláusulas impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia*".

efectos, entendiéndose por tal el aseguramiento de la continuidad del suministro, la fidelización de la clientela transferida y, eventualmente, la protección del *know-how* traspasado.

11. Así, la evaluación de este tipo de obligaciones contractuales depende de la justificación de las restricciones existentes en los tres ámbitos señalados.
12. En relación con lo anterior, la Fiscalía ha considerado, respecto al ámbito temporal de las cláusulas de no competencia, que, en términos generales, aquéllas superiores a dos años podrían restringir innecesariamente la competencia⁷, a menos que involucren aspectos de eficiencia, como el traspaso de *know-how*, caso en el cual se ha aceptado su prolongación hasta por un año adicional⁸.
13. En relación con las obligaciones de este tipo contenidas en el Contrato que se denuncia, éstas se justificarían, según lo referido por los representantes de Crear Médica, en el traspaso de conocimientos especializados de los productos que se comercializan, los cuales son altamente complejos, y, por lo mismo, dichos conocimientos resultarían prácticamente imposibles de ser adquiridos por los vendedores sin un entrenamiento específico respecto a las formas de uso de estos productos, especificaciones técnicas, precios según

⁷ En el acuerdo extrajudicial alcanzado con fecha 6 de julio de 2010 entre la Fiscalía Nacional Económica y SMU S.A. y confirmado por el H. TDLC con fecha 20 de julio de ese mismo año, SMU S.A. se comprometió, entre otras cosas, a limitar el ámbito temporal de las cláusulas de no competencia que impusiese en las adquisiciones sucesivas, a un máximo de dos años. De igual modo, el H. TDLC dictaminó a través de la Resolución N° 23/2008, en el marco de la consulta de ING sobre fusión de ING AFP Santa María S.A. y Bansander AFP S.A., que: *"resulta excesivo, atendida la presencia de barreras de entrada y baja intensidad de competencia en la oferta de los productos de pensión obligatorio"*, el plazo de no competir fijado por las partes. El H. TDLC redujo en este caso la cláusula a dos años. Un tercer ejemplo es la Resolución N° 20/2007, dictada en el marco de la Consulta de GLR Chile sobre compra de la totalidad de las acciones de Iberoamericana Radio Chile S.A., en la cual el H. TDLC permitió una obligación de no competir por el plazo de dos años.

⁸ Según se refiere en el Informe de Archivo de la Fiscalía Nacional Económica de fecha 12 de abril 2012 y la respectiva Resolución de Archivo de fecha 25 de abril del mismo año, sobre la toma de control de "Empresas Tecsa" y del 80% de ICEM por parte de SalfaCorp, la Fiscalía consideró que el plazo de cinco años de las cláusulas de no competir que contenía la oferta efectuada por SalfaCorp a Tecsa era excesivo y aceptó un plazo de tres años en consideración a las condiciones competitivas del mercado y a la legítima protección de *know-how*.

las distintas versiones o características, aspectos diferenciadores con la competencia, clientes, etc.

14. Así, Crear Médica pretende evitar a través de estas cláusulas el comportamiento oportunista de empresas de la competencia, las cuales podrían intentar aprovechar las inversiones en entrenamiento a los sub-distribuidores sin incurrir en dichos costos.
15. La complejidad de los productos y de su forma de venta fue confirmado por la representante de [REDACTED] y por los antecedentes tenidos a la vista en el curso de este examen de admisibilidad. En este sentido, a esta División le parece plausible que haya existido traspaso de *know how* y de conocimientos especializados desde [REDACTED] a [REDACTED]. Así, con base en la información recabada en este caso, el ámbito temporal de tres años de las obligaciones de no competencia que contenía el Contrato estarían dentro de los límites que han sido aceptados por la Fiscalía en otros mercados donde existe un importante traspaso de *know how* y donde las condiciones competitivas no son tan desfavorables⁹.
16. Respecto al ámbito espacial, las cláusulas señaladas se refieren a la zona geográfica en donde efectivamente se comercializan los productos (esto es, todo el país), por lo cual no parece que éstas rebasen el ámbito geográfico que generalmente es aceptado por la Fiscalía Nacional Económica.
17. Por último, en relación con el ámbito material de estas obligaciones, el Contrato excede dicho ámbito, ello por cuanto establece la prohibición de comercializar cualquier producto que [REDACTED] y expresamente establece que: [REDACTED]¹⁰. De esta forma, el Contrato no se restringe a aquellas líneas de producto donde efectivamente hubo una capacitación y traspaso de *know how* y conocimientos especializados, que es el argumento que justificaría su imposición.

⁹ Un ejemplo es el criterio adoptado por la Fiscalía en el Informe de Archivo sobre la adquisición de Tecsa y del 80% de ICEM por parte de SalfaCorp. Ver nota 8.

¹⁰ Énfasis agregado.

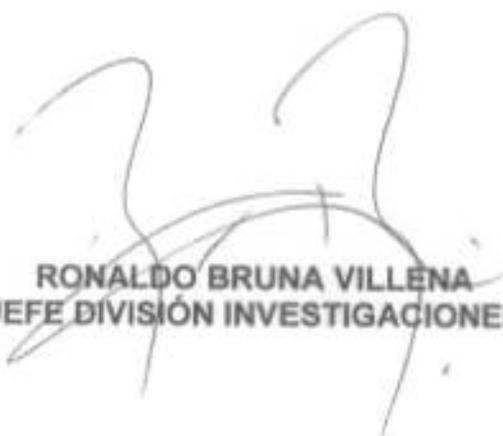
18. El representante de la compañía afirmó ante esta Fiscalía que la empresa interpreta dicha cláusula en forma restrictiva, entendiéndolo que la obligación de no competir se refieren únicamente a los productos respecto de los cuales el [REDACTED] hubiera recibido entrenamiento y traspaso de conocimientos especializados. Adicionalmente, mediante [REDACTED] [REDACTED] señaló a esta Fiscalía que realizará una aplicación de la cláusula en cuestión de manera tal que no constituya bajo forma alguna una infracción a la normativa de libre competencia de conformidad a lo establecido en la ley, y criterios de la Fiscalía Nacional Económica y jurisprudencia respecto de cláusulas de no competir.
19. De este modo, si bien la cláusula literalmente excede el ámbito material que generalmente acepta la Fiscalía, [REDACTED] señala interpretar dicha cláusula de manera más restrictiva, acorde con los estándares de este organismo.

III. CONCLUSIONES

20. En conformidad con lo señalado por la denuncia, se habrían estipulado cláusulas anticompetitivas en un Contrato [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
21. Las cláusulas denunciadas dicen relación con obligaciones de no competencia en los términos estipulados en el Contrato. Así, se establece una cláusula de no competencia según la cual el [REDACTED] acuerda que después del término del contrato y hasta tres años posteriores a la terminación del mismo, no venderá ni promoverá directa o indirectamente la venta de productos que pudieran competir con los productos del [REDACTED] ni ningún funcionario del [REDACTED] operará para otra empresa que compita con los productos.
22. Asimismo, se establece una prohibición para [REDACTED] de comercializar cualquier producto que [REDACTED] "haya comercializado en el pasado, comercialice o comercializará en el futuro" e "incluyendo aquellos líneas de producto que nunca hubiera comercializado con el [REDACTED]".

23. En opinión de esta División, este tipo de cláusulas no pueden extenderse más allá de lo necesario para garantizar los fines que se intentan resguardar, como ocurre en este caso.
24. Sin perjuicio de lo anterior, [REDACTED] afirmó ante la Fiscalía¹¹, a través de su representante, que la compañía interpreta dichas cláusulas de forma restrictiva, acorde con los criterios de este organismo, entendiendo que la obligación de no competir se refiere únicamente a los productos respecto de los cuales el [REDACTED] hubiera recibido entrenamiento y traspaso de conocimientos especializados.
25. Por todo lo anterior, salvo su mejor parecer, esta División sugiere no iniciar una investigación en relación con los hechos específicos descritos en la denuncia, sin perjuicio de prevenir a [REDACTED] respecto al contenido y aplicación de las cláusulas de no competencia que son utilizadas en sus contratos, a fin que éstos se ajusten a lo señalado por los organismos de competencia.
26. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones que esta Fiscalía pueda ejercer en caso que [REDACTED] haga valer esta cláusula en un sentido que exceda el ámbito material propuesto.

Saluda atentamente a usted,


RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES


CHC/GFA/LAM

¹¹ [REDACTED]