



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

**TRATAMIENTO JURÍDICO DEL PODER DE MERCADO EN INDUSTRIAS DE
NUEVAS TECNOLOGÍAS: UNA APLICACIÓN PARA CHILE**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Carlos Dieter Uribe Bernhard

Profesor Guía: Nicole Nehme Zalaquett

Santiago de Chile
2018

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	iii
1. Introducción	1
2. Primera Parte: Poder de mercado.....	4
2.1. Concepto y metodología tradicional.....	4
2.2. Tesis predominantes en derecho comparado.....	8
2.2.1. Estados Unidos.....	8
2.2.2. Europa.....	13
2.3. Aplicaciones preferentes.....	15
3. Segunda Parte: el poder de mercado bajo la institucionalidad jurídica nacional.....	19
3.1. Fusiones.....	20
3.2. Abusos de posición dominante.....	28
4. Tercera Parte: Nuevos factores de análisis relevantes.....	38
4.1. Mercados relevantes.....	38
4.1.1. Mercados de dos o más lados y discusión sobre el mercado del producto y geográfico.....	38
4.1.2. Relativización de las barreras de entrada y nuevas manifestaciones.....	45
4.2. Poder de mercado y discusiones relevantes.....	49
4.2.1. Externalidades de red (directas e indirectas).....	49
4.2.2. Ventaja del que se mueve primero.....	51
4.2.3. “Tipping”, saturación y competencia del tipo “winner takes all”.....	54
4.3. Eficiencia dinámica.....	58
5. Cuarta Parte: Aplicación práctica a industrias de nuevas tecnologías.....	63
6. Conclusiones	79
Bibliografía	83

RESUMEN

Puede definirse a las industrias de nuevas tecnologías como todas aquellas que se asientan sobre la base de la operación y desarrollo de actividades principalmente en el ámbito de las telecomunicaciones e informática. Suelen funcionar primordialmente sobre bases intangibles, mientras que los mercados tradicionales funcionan sobre la base de la presencia material y física de los elementos que en ellos intervienen.

El poder de mercado, por su parte, es una variable de carácter económico que tiene incidencia en la determinación de ilícitos contra la libre competencia. Por ello reviste de relevancia jurídica y en ello radica la importancia de aplicar herramientas adecuadas en su tratamiento.

Así, el presente trabajo desarrolla y presenta una aproximación a la interrogante sobre cómo evaluar, a la luz del derecho de la libre competencia, el poder de mercado en estas industrias de nuevas tecnologías, demostrando qué las hace diferentes para la comprensión y aplicación de este concepto, por qué es necesario un tratamiento distinto al usualmente aplicado para los mercados tradicionales, y de qué forma inciden o cómo aplicaríamos estas consideraciones bajo el ordenamiento jurídico nacional, todo lo anterior a lo largo de cuatro capítulos que culminan en la presentación de las conclusiones del trabajo en su globalidad.

1. INTRODUCCIÓN

Podemos entender las industrias de nuevas tecnologías como todas aquellas que se asientan sobre la base de la operación y desarrollo de actividades principalmente en el ámbito de las telecomunicaciones e informática, y que operan bajo lógicas diferentes a los mercados tradicionales de bienes y servicios, como lo son el mercado de los lápices o el de la construcción, entre muchos otros. Una clara muestra de dicha lógica distinta viene dada por el hecho de que las industrias de nuevas tecnologías suelen funcionar primordialmente sobre bases intangibles, como por ejemplo el mercado de las tarjetas de crédito para pagos en línea como lo conocemos hoy en día, las aplicaciones móviles o sitios web, mientras que los mercados tradicionales funcionan sobre la base de la presencia material y física de los elementos que en ellos intervienen. Por esta y otras razones, como veremos más adelante, el estudio de estos mercados importa la necesidad de adecuar, suprimir o sustituir algunas de las herramientas tradicionales del análisis de la libre competencia.

El poder de mercado, por su parte, es una variable de carácter económico, que conceptualizaremos en la oportunidad correspondiente, y que tiene incidencia, tanto en el derecho nacional como comparado, en la determinación de ilícitos contra la libre competencia, tales como el abuso de posición dominante explotativo o exclusorio, y también para el control de operaciones de concentración. De ahí su relevancia jurídica y la importancia de aplicar herramientas adecuadas en su tratamiento.

El presente trabajo tiene entonces por objeto examinar las distintas variables o factores de análisis nuevos que inciden en estas industrias de nuevas tecnologías, en lo que interesa al derecho de la libre competencia, demostrando cómo ellas representan un desafío para el análisis tradicional de esta rama del derecho, y particularmente respecto del poder de mercado, siendo éste el foco de análisis de este ensayo. Dicho de otra forma, se trata de cómo evaluar, a la luz del derecho de la

libre competencia, el poder de mercado en estas industrias de nuevas tecnologías, demostrando qué las hace diferentes para la comprensión y aplicación de este concepto, por qué es necesario un tratamiento distinto al usualmente aplicado para los mercados tradicionales, y de qué forma inciden o cómo aplicaríamos estas consideraciones bajo el ordenamiento jurídico nacional.

El problema reviste importancia no solo por la necesidad de adecuar el tratamiento jurídico dado al poder de mercado, sino además debido a la creciente expansión de estas industrias, que están operando en diversos rubros. Así, por ejemplo, encontramos a agentes como Uber, Cabify¹ y Awto² en el ámbito del transporte, a YouTube³ y Netflix⁴ en el de la comunicación audiovisual y cine, a Booking.com⁵ y Airbnb⁶ en el mercado del hospedaje y hotelería, Google⁷ en el de motores de búsqueda, entre muchos otros. Y también ocurre que las industrias tradicionales están cambiando y adquiriendo, de a poco y cada vez más, características de estos mercados tecnológicos, lo que ha sucedido por ejemplo con los pasajes de aerolíneas, mercado que ha pasado de operar sobre una base física y material a una digital, en que se utilizan complejos algoritmos⁸ para determinar el precio a cobrar al consumidor, discriminando en base a consideraciones de diversa índole.

¹ Uber y Cabify son operadores de una aplicación móvil que conecta los pasajeros con los conductores de vehículos registrados en su red, los cuales ofrecen un servicio de transporte a particulares. www.uber.com y <https://cabify.com/>. [última consulta: 24/10/2016].

² Plataforma de arriendo de automóviles por minutos, horas o días, con combustible, seguros y puntos de estacionamiento incluidos. www.awto.cl [última consulta: 24/10/2016]

³ Plataforma que une a creadores de contenido audiovisual con anunciantes y usuarios en busca de dicho contenido. <https://www.youtube.com/> [última consulta: 24/10/2016]

⁴ Empresa de entretenimiento que proporciona multimedia mediante internet por una tarifa mensual. <https://www.netflix.com/browse> [última consulta: 24/10/2016]

⁵ Sitio web de reservas para hospedaje que conecta a los oferentes del giro con personas que lo buscan. www.booking.com/Hoteles [última consulta: 24/10/2016]

⁶ Sitio web que conecta a personas que tienen habitaciones, casas o apartamentos disponibles con personas que buscan hospedaje. <https://www.airbnb.cl/> [última consulta: 24/10/2016]

⁷ www.google.com. Véase, infra, 156.

⁸ Según la Real Academia de la Lengua Española, algoritmo es un conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema. En este caso, dichas operaciones las realiza un sistema electrónico y lo que debe determinarse es cuál es el precio que representa el máximo de la disposición de pago de la persona determinada que está intentando comprar el pasaje.

Para lograr el objetivo de este trabajo, el mismo se desarrollará en cuatro partes, a las que se agregarán las conclusiones. La primera tratará lo relativo al poder de mercado en sí mismo, definiéndolo y conceptualizándolo, explicando la metodología tradicional para su análisis, las distintas tesis existentes respecto de su tratamiento jurídico en el derecho comparado, y la aplicación del concepto, es decir, para qué efectos se utiliza. En la segunda parte, se examinará brevemente la forma en que las autoridades y la institucionalidad de libre competencia nacionales tratan el poder de mercado, a fin de entender las implicancias que tendría, bajo la normativa chilena, el cuestionamiento planteado. En la tercera parte, se explicarán los diversos nuevos factores de análisis relevantes que deben tenerse en cuenta para efectos de examinar el poder de mercado en estas industrias de nuevas tecnologías, y por qué deben considerarse, describiendo las cualidades que hacen necesario un tratamiento apropiado y las dificultades que ellas implican, por ejemplo, tanto para la definición del mercado como para determinar la participación de los agentes en el mismo. En la cuarta parte, el objetivo será presentar la aplicación práctica para Chile de todas las consideraciones anteriores, para lo cual se examinará especialmente el caso de Airbnb.

2. PRIMERA PARTE: Poder de mercado

2.1. Concepto y metodología tradicional

El poder de mercado es una de las variables de interés para la normativa de libre competencia. Puede conceptualizarse como la capacidad de un agente económico, o de un grupo de éstos actuando conjuntamente, de elevar sus precios por sobre los niveles de competencia, sin perder transacciones con una velocidad tal que haga que el incremento aplicado a sus precios no sea rentable y deba ser dejado sin efecto⁹. O bien, puede decirse que es la capacidad de un agente económico, o un grupo de éstos actuando coordinadamente, de desviar en su favor la rentabilidad que obtendrían los demandantes de un bien o servicio si pagasen precios competitivos por ello, esto es, precios tales que el ingreso marginal iguale a su costo marginal¹⁰. En términos simples, que un competidor ostente poder de mercado significa que posee la capacidad de obtener ganancias superiores a los demás, sin que se desvíe una cantidad suficiente de demanda como para hacer esa conducta no rentable, lo que tradicionalmente se traduce en la posibilidad de fijar precios más elevados que aquellos que podría cobrar en un mercado competitivo.

Sin perjuicio de lo anterior, el precio no es la única variable relevante que importa al momento de analizar el poder de mercado, especialmente en la actualidad, en que el ejercicio del mismo puede manifestarse respecto de cualquier otra variable de competencia. En este sentido, según se explicará latamente a lo largo de este ensayo, cobra especial relevancia la variable calidad¹¹, sobre todo en lo que respecta a las industrias de nuevas tecnologías, que es el objeto principal del presente trabajo.

⁹ LANDES, William y POSNER, Richard. 1981. Market power in antitrust cases. Harvard Law Review, vol. 94, number 5, p. 937.

¹⁰ VALDÉS, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica. p. 55.

¹¹ Véase: OCDE. 2013. The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis. [en línea] Competition Law and Policy OECD. <<http://www.oecd.org/daf/competition/roundtables.htm#v2013>> [última consulta: 07/01/18].

Cabe destacar que en nuestra normativa de libre competencia no existe una definición legal de poder de mercado. Por lo tanto, su conceptualización queda delegada a lo que determine la ciencia económica, conforme al mandato del artículo 21 del Código Civil. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia se ha referido al poder de mercado o posición dominante¹², definiéndolo como “la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder”¹³ y también como la “capacidad de aumentar los precios en forma relevante sin disminuir sus ventas”, pudiendo fijarlos con independencia de sus competidores¹⁴.

¿Qué importancia jurídica reviste esta variable económica? A fin de tutelar el bien jurídico protegido por esta rama del derecho, que es la libre competencia¹⁵, el ordenamiento establece normas tendientes a prevenir, mitigar, castigar o suprimir conductas desfavorables para el desenvolvimiento normal y saludable del mercado, tales como los acuerdos o prácticas concertadas, abusos de posición dominante o concentraciones excesivas en los mercados que pudieran tender a generar a su vez un poder de mercado del cual abusar o la coordinación entre competidores, a lo cual nos referiremos más adelante en mayor detalle. Lo anterior naturalmente implica que su análisis no puede hacerse en abstracto, sino que la tutela de la libre competencia ocurre en un determinado mercado relevante¹⁶. Éste es siempre el primer elemento a

¹² Según se explicará más adelante, en la tradición europea comunitaria, se utiliza el concepto de posición dominante, que en el caso chileno ha sido asimilado, por razones de simpleza terminológica, al poder de mercado. En efecto, en nuestra legislación, el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 utiliza el concepto de posición dominante; sin embargo, los organismos de defensa de la libre competencia han usado el concepto de poder de mercado como equivalente. Véase, infra, p. 13, apartado 2.2.2.

¹³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia Rol N° 112-2011. Considerando sexagésimo noveno.

¹⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia Rol N° 151-2016. Considerando quincuagésimo cuarto.

¹⁵ LÜDERS, Rolf. 2011. Sistemas económicos, tecnología y acción oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010. En TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters. p. 3.

¹⁶ El mercado relevante combina el mercado del producto y el mercado geográfico, que se definen de la siguiente manera: un mercado relevante del producto comprende todos los productos y/o servicios que el consumidor considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio y el uso al que se destinan; un mercado relevante geográfico comprende el territorio en el cual las empresas de referencia operan para la oferta de los bienes y servicios en cuestión y en el cual las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas. Véase: COMISIÓN EUROPEA. Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria

determinar en el análisis de libre competencia¹⁷. Luego, una de las variables que debe considerarse en el mercado relevante respectivo es el poder de mercado, toda vez que éste puede implicar o favorecer hechos o conductas que pueden lesionar este bien jurídico protegido. Finalmente, y habiéndolo determinado, el poder de mercado podría ser sancionado bajo nuestro derecho, aunque no en sí mismo, sino que cuando se materialice en conductas, dentro un mercado relevante determinado, que puedan atentar contra la libre competencia. Sobre esto volveremos al referirnos a las aplicaciones preferentes del poder de mercado. En otras palabras, éste resulta ser una variable o premisa de análisis a fin de determinar conductas sancionables bajo el derecho de la libre competencia.

La metodología más tradicional para evaluar el poder de mercado comprende las siguientes herramientas:

- Test SSNIP¹⁸ o test del monopolista hipotético, que se utiliza para la determinación del mercado relevante, y consiste en observar si un pequeño incremento en el precio de un producto (de 5% a 10%) que fuera no transitorio (entre uno y dos años), provocaría que una parte de los consumidores de dicho producto dejaran de comprarlo o empezaran a comprar otro producto, de manera de hacer dicha alza no rentable. Es decir, se intenta observar si dicho incremento en el precio sería beneficioso o no para la empresa y si ésta lo podría mantener en esas condiciones. Este test también puede dar indicios, de manera indirecta, sobre la posible existencia de poder de mercado, en la medida en que, verificado el aumento del precio, y existiendo sustitutos, la demanda no se desvíe en favor de ellos como para hacer no rentable el alza del precio.

en materia de competencia (Diario Oficial C372 de 9.12.1997). [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l26073>> [última consulta: 30/10/16].

¹⁷ Sin perjuicio de ello, para efectos del ilícito de colusión, no es indispensable la determinación del mercado relevante en aquellos casos que tengan el carácter de infracciones *per se*, conforme a la nueva legislación chilena. Véase, *infra*, 56.

¹⁸ NIMINETJ, Liviana. 2008. The small but significant and nontransitory increase in prices (ssnip) test. [en línea] University of Bacău. <<ftp://ftp.repec.org/opt/ReDIF/RePEc/bac/pdf/2008/20081312.pdf>> [última consulta: 25/10/16].

- Upward pricing pressure index (UPP), o índice de presión de precios al alza (y sus variantes), que resulta útil para el análisis de operaciones de concentración, y que evalúa el efecto neto de las dos fuerzas opuestas que produce una fusión, esto es, la presión al alza de precios que surge de la eliminación de competencia entre las entidades partes de la operación y la presión hacia abajo proveniente de las eficiencias que genera la misma¹⁹. Así, se estima un umbral de 5%, hasta el cual se considera que existe un bajo riesgo de alza.
- Índice Lerner²⁰, que cuantifica el poder de mercado, en términos de costo marginal, en que al precio se le resta el costo marginal y ello se divide por el mismo precio. Permite determinar si un agente económico efectivamente se encuentra cobrando por sobre su costo marginal, lo que sería un indicio de su capacidad para obtener renta supra-normales.
- Cálculo de la participación de mercado expresado en los ingresos, medidos como ingresos anuales de la empresa, divididos por los ingresos totales de la industria.
- Índice Herfindahl Hirschman o IHH²¹, que mide la concentración del mercado, expresada en la suma de las participaciones de mercado al cuadrado de cada uno de los agentes del mercado.

Cabe mencionar que destacados autores²² en estas materias han señalado que, sin perjuicio de la existencia de estas técnicas, la definición del mercado relevante sigue estando científicamente poco desarrollada. Así por ejemplo, Stigler ha señalado que “la determinación de los mercados ha quedado como un área infra desarrollada de la investigación económica, tanto a un nivel teórico como empírico”²³,

¹⁹ MORESI, Serge. 2010. The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis. [en línea] The Antitrust Source, American Bar Association, Febrero 2010. <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Feb10_Moresi2_25f.authc.heckdam.pdf> p. 2. [última consulta: 18/01/18]. Traducción propia.

²⁰ VALDÉS, Domingo. Op. Cit. p. 55.

²¹ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Herfindahl-Hirschman Index. [en línea] <<https://www.justice.gov/atr/herfindahl-hirschman-index>> [última consulta: 25/10/16].

²² HOROWITZ, Ira. 1981. Market Definition in Antitrust Analysis: A Regression-based Approach, Southern Economics Journal, Vol. 48. p.1.

²³ STIGLER, George. 1983. The Economists and the Problem of Monopoly. [en línea] Occasional Papers from the Law School, University of Chicago. N° 19.

por tanto debe tenerse presente que la tarea de analizar los mercados y su determinación, para la posterior evaluación del poder de mercado dentro de ellos, es compleja e involucra múltiples aristas.

2.2. Tesis predominantes en derecho comparado

2.2.1. Estados Unidos

Diversos autores han escrito latamente sobre el poder de mercado y su aplicación en el derecho de la libre competencia. Sin embargo, para efectos del presente trabajo analizaremos someramente la obra de algunos autores que desarrollan las principales tesis al respecto.

Primeramente, George Hay²⁴ identifica tres grandes definiciones de poder de mercado. La primera viene dada por las “Merger Guidelines” de 1984²⁵ del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Señala que en dicho texto se define al poder de mercado como “la habilidad de una o más empresas para mantener, rentablemente, los precios por encima de un nivel competitivo durante un periodo de tiempo significativo”²⁶. La segunda viene dada por los autores William Landes y Richard Posner, a quienes nos referiremos más adelante, y que lo definen como “la habilidad de una empresa o grupo de empresas para elevar los precios por encima del nivel competitivo sin perder ventas a un ritmo tal que el incremento de

<http://chicagounbound.uchicago.edu/occasional_papers/32> p. 17. [última consulta: 01/11/16]. Traducción propia.

²⁴ HAY, George. 1992. Market Power in Antitrust. [en línea] Cornell Law Faculty Publications. <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1158>>. p. 812. [última consulta: 25/10/16].

²⁵ Hoy sigue en vigencia solo la sección cuarta de esta normativa de 1984. Ella fue reemplazada por las “Merger Guidelines” de 1992, que fueron revisadas en 1997 y luego reemplazadas por las “Horizontal Merger Guidelines” de 2010. Véase: United States Department of Justice <<https://www.justice.gov/atr/merger-enforcement>> [última consulta: 08/01/18].

²⁶ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. 1984 Merger Guidelines. [en línea] <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11249.pdf>> p.2. [última consulta: 25/10/16]. Traducción propia.

precios deje de ser rentable y deba dejarse sin efecto”²⁷. Y por último, enuncia el concepto de Areeda y Turner, quienes lo definen, por un lado, como “la habilidad para aumentar los precios mediante una reducción de la producción”, y por otro lado, como “la habilidad para elevar los precios sin una pérdida total de ventas”²⁸.

El autor analiza estas definiciones en términos económicos y concluye que el poder de mercado es una cualidad que tiene “intensidad variable, desde trivial a substancial”²⁹. Es decir, sólo resultaría preocupante para el derecho de la libre competencia un poder de mercado de cierta intensidad, y es la existencia o no de este poder de mercado significativo la que debe verificarse a fin de establecer, luego, la comisión de ilícitos contra la libre competencia. Por lo tanto, una definición para efectos del derecho de la libre competencia debiera referirse a la situación en que un agente económico o un grupo de éstos sea capaz de mantener, rentablemente, los precios elevados significativamente por sobre un nivel competitivo, por un periodo sostenido de tiempo, obteniendo de ello beneficios económicos superiores a lo normal³⁰. La diferencia es entonces una pequeña precisión sobre la intensidad y el tiempo, dado lo antes señalado.

A este respecto debe tenerse presente, como habíamos adelantado, que la doctrina tradicional ha explicado el poder de mercado en base a la variable precio, lo cual no implica que no existan otras variables cuyo análisis sea igualmente relevante. Así, la preeminencia de los precios en este tipo de análisis, es solo una forma de hacer que los modelos y teorías sean más simples de presentar y explicar, toda vez que lo que se puede concluir respecto de la variable precio es muchas veces aplicable también respecto de las otras variables³¹.

²⁷ LANDES, William y POSNER, Richard. 1981. Market power in antitrust cases. Harvard Law Review, vol. 94, number 5. p. 937. Traducción propia.

²⁸ HAY, George. Op cit. p. 813. Traducción propia.

²⁹ *Ibíd.* pp. 813 – 814. Traducción propia.

³⁰ *Ibíd.* p. 814.

³¹ OECD. Op. Cit. p. 67.

Por otro lado, el énfasis en la variable precio también obedece a razones históricas, es decir, la evolución de los mercados y el desarrollo tecnológico, con el transcurso del tiempo, ha hecho necesario adecuar la forma de estudiar el poder de mercado conforme ha ido cambiando (pues en los mercados tecnológicos, muchos oferentes no cobran un precio explícito). Y por último, el análisis de otras variables no ha sido tan latamente desarrollado debido a que pueden contener elementos subjetivos³² que los hacen difíciles de definir y medir, como es el caso de la variable calidad. Así será explicado más adelante.

Otros autores, como Baker y Bresnahan³³, por su parte, señalan que en los casos de libre competencia, la cuestión fundamental rara vez se trata de determinar si un agente tiene o no poder de mercado, sino que la pregunta es si los hechos o la conducta han incrementado o podrían incrementar el poder de mercado. Es decir, lo relevante no es el nivel de poder de mercado en sí mismo, sino su variación.

Este cuestionamiento sobre la gradualidad del poder de mercado nos lleva a la distinción que tiende a hacer la doctrina norteamericana entre poder de mercado y poder monopolístico. Se ha señalado que suelen utilizarse ambos términos indistintamente, pero que a veces se usa el concepto de poder monopolístico para significar un alto grado de poder de mercado, o un poder de mercado significativo³⁴. Lo mismo se señala en la obra de Richard Price, agregando además que la jurisprudencia de ese país, por su parte, ha tendido –no siendo unívoca– a definir el poder monopolístico como la capacidad de controlar los precios o de excluir a la competencia³⁵. Es necesario destacar la salvedad de que esa jurisprudencia no ha sido unívoca, pues se ha señalado incluso que parece existir una confusión en los

³² OECD. Op. Cit. p. 11.

³³ BAKER, Jonathan y BRESNAHAN, Timothy. 2006. Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power. [en línea] Stanford Law and Economics Olin, (Working Paper No. 328). <<http://papers.ssrn.com/abstract=931225>> [última consulta: 26/10/16]. p. 15.

³⁴ HAY, George. Op cit. p. 817.

³⁵ PRICE, Richard. 1989. Market Power and Monopoly Power in Antitrust Analysis. Cornell Law Review, vol. 75 N° 1. p. 195.

tribunales de los Estados Unidos sobre si ambos conceptos son asimilables o si tienen distinto significado³⁶.

Ahora bien, dada esta definición de poder monopólico como un grado sustancial de poder de mercado, y dada además la definición adecuada para el derecho de la libre competencia de los Estados Unidos recién enunciada, que consiste en concebir su existencia ya pasado cierto umbral, se ha planteado si es en realidad necesario o no distinguir ambos conceptos, ante lo cual Hay identifica tres posibilidades³⁷. La primera sería utilizar los conceptos indistintamente, sin más. La segunda implica concebir el poder monopólico como un alto grado de poder de mercado para efectos de la sección segunda de la Sherman Act, de mayor entidad que el requerido en la sección primera³⁸. Esta tesis es recogida, por ejemplo, por los ya citados Baker y Bresnahan³⁹. Y la tercera consiste en distinguir entre el corto y el largo plazo, entendiendo entonces el poder de mercado como aquel que se produce en el presente pero que puede ser mitigado por la entrada de nuevos competidores, y el poder monopólico como aquél que puede mantenerse indefinidamente, siendo resistente contra las fuerzas entrantes al mercado. Finaliza señalando que como sea que se entiendan estos conceptos, el elemento fundamental que envuelven es la habilidad para controlar los precios y para fijarlos por encima de un nivel competitivo⁴⁰.

³⁶ KRATTENMAKER, Thomas; LANDE, Robert; y SALOP, Steven. 1987. Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law. [en línea] Georgetown Law Journal Association <<https://www.justice.gov/atr/monopoly-power-and-market-power-antitrust-law#fn44>> [última consulta: 01/11/16]

³⁷ HAY, George. Op cit. p. 819.

³⁸ La Sherman Act (15 U.S. Code Chapter 1) es, en términos generales, un estatuto federal estadounidense que regula y sanciona hechos o conductas anticompetitivas. La sección primera determina y prohíbe formas específicas de conductas anticompetitivas del tipo coordinadas, declarando ilegales cualquier acto, contrato o conspiración para restringir el comercio. La sección segunda se encarga de resultados finales que son anticompetitivos por naturaleza, prohibiendo específicamente la monopolización o los acuerdos o conspiración para monopolizar, lo que constituye un ilícito para cuya condena se requiere acreditar la intención de monopolizar y el poder para hacerlo, sin ser necesario que lo haya ejercido efectivamente. Ambas secciones son complementarias entre sí. CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. 2017. Antitrust. [en línea] Legal Information Institute <<https://www.law.cornell.edu/wex/antitrust>> [última consulta: 02/11/16].

³⁹ BAKER, Jonathan y BRESNAHAN, Timothy. Op. Cit. p. 15.

⁴⁰ HAY, George. Op. Cit. p. 821.

Por su parte, los renombrados autores en estas materias, Landes y Posner, mencionados anteriormente, han tratado pormenorizadamente el poder de mercado y su aplicación para el derecho de la libre competencia de los Estados Unidos, con indicación del tratamiento económico apropiado de acuerdo a las circunstancias. Señalan que es un concepto clave para el derecho de la libre competencia, toda vez que para el establecimiento del ilícito de monopolización⁴¹ de la sección 2 de la Sherman Act, se requiere primeramente determinar que el acusado posee poder monopólico, entendido como un poder de mercado elevado⁴². Que además, para efectos de la sección 7 de la Clayton Act⁴³, a fin de restringir las fusiones que puedan incrementar el poder de mercado (o como criterio aproximable, lesionar sustancialmente la competencia⁴⁴), también se requiere acreditar la existencia del mismo, “de hecho, el principal propósito de la sección 7 es limitar las fusiones que incrementen el poder de mercado”⁴⁵. Señalan que también se requiere para casos de la sección primera de la Sherman Act para efectos de la evaluación bajo el estándar de “rule of reason” e incluso pueden suscitarse cuestionamientos sobre el poder de mercado en casos de evaluación bajo el estándar *per se*⁴⁶, aunque, en rigor, en este último caso ello no sería de la esencia. Además, en los casos de fijación de precios,

⁴¹ El ilícito de monopolización es análogo a lo que en Chile se denomina abuso de posición dominante, más específicamente la infracción a la libre competencia regulada en el artículo 3 literal b) del Decreto Ley N° 211. Véase, *infra*, p. 28, apartado 3.2.

⁴² LANDES, William y POSNER, Richard. Op. Cit. p. 937.

⁴³ Debido a que los tribunales estadounidenses identificaron algunas actividades que escapaban al ámbito establecido por la Sherman Act, el Congreso norteamericano elaboró la Clayton Act de 1914 (15 U.S. Code § 12) para ampliar la cobertura de la normativa de libre competencia. Así, por ejemplo, la Clayton Act añadió al listado de actividades impermisibles las siguientes: discriminación de precios cuando la misma tienda a la formación de monopolios; acuerdos de exclusividad; ventas atadas; y fusiones y adquisiciones que reduzcan sustancialmente la competencia en el mercado. CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. 2017. Op. Cit.

⁴⁴ Véase, *infra*, 60.

⁴⁵ LANDES, William y POSNER, Richard. Op. Cit. p. 937. Traducción propia.

⁴⁶ Las violaciones a la Sherman Act y en general al derecho de la libre competencia estadounidense puede revestir dos formas: *per se* o “rule of reason”. La sección 1 de la aludida norma caracteriza ciertas prácticas negociales como violaciones *per se*. Éstas no requieren mayor análisis respecto al efecto producido en el mercado o a la intencionalidad, bastando constatar la efectividad o realización del hecho o conducta. Del mismo modo, tampoco se requiere que el infractor tenga poder de mercado o que las acciones ejecutadas se lo hayan conferido. Otras prácticas, en cambio, no resultan ser siempre anticompetitivas, y para tales casos los tribunales aplicarán el estándar de “rule of reason”, es decir, harán uso de todas las pruebas y herramientas necesarias y se preguntarán si acaso la práctica favorece o restringe la competencia en el mercado respectivo, dando relevancia a la intencionalidad o motivo con que se ejecuta la misma, o a si el infractor tenía poder de mercado o bien lo obtuvo gracias a las acciones ejecutadas. CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Op. Cit.

la prueba de los efectos sobre los mismos equivale a probar que se ha ejercido poder de mercado⁴⁷.

2.2.2. Europa: Sistema Comunitario

El tratamiento y aplicación del poder de mercado, bajo la noción de posición dominante, en el derecho de la competencia europeo tiene algunas similitudes con lo analizado en el acápite anterior, por lo cual solo mencionaremos someramente algunas consideraciones fundamentales.

El poder de mercado es también un concepto clave para esta rama del derecho en Europa, aunque bajo el nombre de posición dominante. La regulación continental se refiere principalmente a: restricciones apreciables a la libre competencia; la eliminación de la competencia en una parte sustancial del mercado; la posición dominante; y a impedimentos sustanciales para la competencia efectiva, particularmente mediante la creación o reforzamiento de una posición de dominio. Estas cuatro categorías están contenidas esencialmente en los artículos 101^o numeral 1, 101^o numeral 3 y 10^o numeral 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴⁸, y el artículo 2^o del Reglamento Comunitario de Concentraciones⁴⁹, respectivamente, y todas ellas están ligadas de una u otra forma al concepto de poder de mercado, como demuestra el autor Luis Ortiz Blanco⁵⁰ mediante el análisis de la jurisprudencia de las Cortes y de la Comisión Europea.

El concepto de posición dominante ha sido definido por la Corte Europea de Justicia en los casos de *United Brands* y *Hoffmann-La Roche* como una “posición de poderío económico de que goza un agente y que le permite prevenir que la competencia efectiva se mantenga en el mercado relevante, confiriéndole el poder

⁴⁷ LANDES, William y POSNER, Richard. Op. Cit. p. 937.

⁴⁸ Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>> [última consulta: 02/11/16].

⁴⁹ Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3A126096>> [última consulta: 02/11/16].

⁵⁰ ORTIZ, Luis. 2011. Market Power in EU Antitrust Law. Bloomsbury Publishing, Oxford. 368 p.

para actuar en forma considerablemente independiente de sus competidores, sus clientes y consumidores”⁵¹.

Ciertos autores han identificado dos elementos de esta definición. Por un lado, la capacidad de actuar con independencia de los competidores, clientes y consumidores; y por otro lado, la capacidad de prevenir la mantención de la competencia efectiva en el mercado relevante⁵².

Así como anteriormente, para el caso norteamericano, nos hemos referido al cuestionamiento sobre la graduación del poder de mercado y el concepto de poder monopólico, en el caso europeo diversos autores se han referido al asunto y se ha señalado que, mientras el concepto de poder de mercado puede existir en distintas intensidades, el concepto de dominancia o posición dominante se aplica a aquellos agentes económicos que poseen un poder de mercado substancial o un alto grado del mismo, y que esta equiparación se condice con la definición dada por la Corte Europea de Justicia. Dicho de otra forma, un competidor en una posición dominante es aquel que goza de poder de mercado, en un grado substancial. Esta tesis es respaldada no solo por distintos autores sino además por diversas instancias administrativas y tribunales⁵³.

En este mismo sentido, existe doctrina que identifica además el concepto de *supra dominancia*, siguiendo la misma lógica anterior. Es decir, si la posición dominante consiste en el goce de un poder de mercado substancial, la misma

⁵¹ CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Caso 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission, 1979 ECR 461, párrafo. 38. Y Caso 2/76 United Brands v. EC Commission, 1978 ECR 207, párrafo. 65.

⁵² WHISH, Richard. 2005. Competition Law. 5ª Ed. LexisNexis-Butterworths. p.179; BISHOP, Simon y WALKER, Mike. 2002. The Economics of EC Competition Law, 2ª Ed. Sweet and Maxwell, London. párrafo. 6-006; FISHWICK, Francis. 1993. The Definition of the Relevant Market in the Competition Policy of the European Economic Community. [en línea] Revue d'économie industrielle. <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rei_0154-3229_1993_num_63_1_1465> p. 174. [última consulta: 02/11/16].

⁵³ GERADIN, Damien, et al. 2005. The Concept of Dominance in EC Competition Law. [en línea] College of Europe. Global Competition Law Centre. Research Paper on the Modernization of Article 82 EC. <<https://papers.ssrn.com/abstract=770144>> pp. 4 – 5. [última consulta: 02/11/16] traducción propia.

también podría admitir intensidades variables. “La lógica de la *supra dominancia* es que si una empresa tiene una participación de mercado del 50% es dominante, otra que tenga una participación del 90% es probable que sea más dominante aún”⁵⁴, es decir, ambos gozan de un poder de mercado substancial pero el de la segunda ciertamente es de mayor entidad que el de la primera. Sin embargo, este es un concepto que no ha sido expresamente reconocido por los tribunales europeos⁵⁵.

2.3. Aplicaciones preferentes

A continuación, corresponde preguntarnos por la función o el fin a que sirve el análisis del poder de mercado para efectos del derecho de la libre competencia.

En Chile, el Decreto Ley N° 211 establece un tipo genérico de ilícito contra la libre competencia en su artículo tercero, definiéndolo como cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, y a continuación ejemplifica. Así, en el caso de la colusión, establecido en el literal a) del mismo artículo ella es descrita, en una de sus hipótesis⁵⁶, como acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores, aludiendo expresamente a este concepto. En el caso de los literales b)

⁵⁴ *Ibíd.* p. 7.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Cabe mencionar que para efectos del ilícito de colusión, la existencia de poder de mercado no es un requisito para aquellos casos que tengan el carácter de infracciones *per se*, de acuerdo al texto del artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211, modificado por la Ley 20.945, de agosto de 2016. Tales conductas son: fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación. Estos ilícitos son de aquellos que se denomina carteles duros o *hardcore cartels*. Al respecto, en la Historia Fidedigna del Establecimiento de la mencionada Ley 20.945, se señaló que: “En el derecho comparado se ha establecido que para el caso de los denominados carteles duros (...), sin que exista justificación pro competitiva alguna asociada al acuerdo, resulta suficiente, para que el acuerdo sea declarado como anticompetitivo y contrario a la ley, que se acredite su existencia y que verse sobre las variables esenciales de competencia antes mencionadas. Dicho de otra manera, dado que se concibe a los carteles duros como prácticas manifiestamente anticompetitivas, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en ellas sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo, siendo además improcedente que el requerido o demandado invoque defensas de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2017. Historia de la Ley N° 20.945. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5311/>> pp. 296 – 297. [última consulta: 16/01/18].

y c), se refiere expresamente además al concepto de posición dominante, que es asimilable al de poder de mercado en la forma en que se ha señalado en las páginas anteriores; esto es, bajo nuestra normativa de libre competencia, si un competidor goza de una posición de dominio ello implica ciertamente que ostenta poder de mercado, pues ambos conceptos aluden a una misma circunstancia o capacidad –sin perjuicio de las distinciones, más bien conceptuales que prácticas, que se hacen en el derecho comparado y que ya hemos examinado en relación a la graduación del poder de mercado–. Así, por ejemplo, se ha dicho que “el ilícito de abuso no es otra cosa que el ejercicio antijurídico del poder de mercado de que dispone el monopolista estructural”⁵⁷ y que “la posición dominante a que se refiere la letra b) del art. 3º del Decreto Ley Nº 211, antes transcrita, es una situación en la cual existe poder de mercado emanado de un monopolio estructural y que no se agota en la situación de un monopolio puro, resultando aplicable también a los monopolios parciales”⁵⁸.

Por otro lado, como ya hemos esbozado previamente, el análisis del poder de mercado es relevante para efectos del control de operaciones de concentración. En efecto, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), en su Guía para el análisis de operaciones de concentración de octubre del 2012, señala que una de estas operaciones puede vulnerar las disposiciones del Decreto Ley Nº 211 “cuando otorga, refuerza o incrementa, la capacidad de la entidad fusionada, por sí sola o en conjunto con otras, para ejercer poder de mercado, o cuando tienda o pueda tender a ello”⁵⁹.

La aludida ley introdujo un nuevo estándar sustantivo de análisis de operaciones de concentración que consiste en “reducir sustancialmente la competencia”⁶⁰. Así, la

⁵⁷ VALDÉS, Domingo. Op.Cit. p. 545.

⁵⁸ *Ibíd.* p. 550.

⁵⁹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía para el análisis de operaciones de concentración. [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_oc_2012-1.pdf> p. 7 [última consulta: 14/01/2018].

⁶⁰ La Ley 20.945, que entró en vigencia el 1 de Junio del año 2017, modificó el Decreto Ley Nº 211 e incorporó este nuevo estándar sustantivo de análisis de operaciones de concentración de “reducir sustancialmente la competencia” en sus artículos 54 y 57.

FNE debe realizar un análisis sustantivo para determinar si la operación resulta apta para producir este efecto.

Es importante tener presente que la mencionada Guía de 2012 fue dejada sin efecto a partir del 1º de junio del año 2017, debido a que las modificaciones introducidas al Decreto Ley N° 211 impidieron hacer plenamente compatible ciertos aspectos procedimentales y sustantivos de la Guía con la normativa nueva. Sin perjuicio de ello, la Guía de Competencia de Junio del año 2017 de la Fiscalía Nacional Económica establece que, respecto a dicho análisis, “Los criterios sustantivos a los que se hace referencia, son los establecidos en la Guía para el análisis de operación de concentración de octubre de 2012. Si bien, la mencionada Guía quedará sin efecto a partir del 1 de junio de 2017, los funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica podrán seguir considerando, en lo que corresponda, aquellos aspectos de la Guía referidos al marco analítico de análisis de operaciones de concentración”⁶¹, misma idea que se reitera en la resolución exenta N° 311 de la FNE del 29 de mayo de 2017⁶². Así, dentro de este marco analítico se encuentran las consideraciones recién citadas de la Guía del año 2012, las cuales resultan entonces aplicables a fin de determinar si la operación en cuestión puede reducir sustancialmente la competencia o no. De esta forma, y en lo que nos interesa, uno de los elementos del análisis será, según se citó anteriormente, determinar si la operación otorga, refuerza o incrementa, el ejercicio del poder de mercado por parte de la entidad fusionada.

En suma, dada toda la doctrina y normativa previamente analizada en esta parte del trabajo, resulta evidente que la aplicación preferente del concepto de poder de mercado para efectos del derecho de la libre competencia se refiere al establecimiento de la comisión de ilícitos contra la libre competencia, particularmente conductas constitutivas de abuso del mismo, y al control de fusiones u operaciones

⁶¹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía de competencia. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>> p. 7 [última consulta: 14/01/2018].

⁶² Disponible en: <<http://www.fne.gob.cl/fusiones/normativa-guias-y-formularios/>> [última consulta: 14/01/2018].

de concentración. De esta manera, en términos simples, el derecho de la libre competencia tenderá a analizar de manera más exhaustiva la fusión de competidores que gocen de poder de mercado, o cuya fusión prospectivamente les pueda conferir un poder de mercado o posición dominante, y por otro lado sancionará las conductas que constituyan un ejercicio abusivo del poder de mercado que ostente un agente de mercado. Tal es la relevancia jurídica de este concepto; es decir, por un lado, respecto del abuso, el poder de mercado se refiere a actos anticompetitivos desarrollados por quien tiene poder de mercado bajo un análisis conductual⁶³, pues la sola tenencia de poder de mercado no es sancionable sino que su ejercicio abusivo⁶⁴, y por otro lado el poder de mercado importa para un análisis estructural, en que la concentración del mercado o la obtención de poder de mercado mediante una fusión será evaluada con mayor cautela, todo lo anterior según pasaremos a revisar a continuación.

⁶³ Véase, *supra*, 56.

⁶⁴ VALDÉS, Domingo. Op. Cit. p. 545.

3. SEGUNDA PARTE: El poder de mercado bajo la institucionalidad jurídica nacional

Corresponde ahora referirnos al entendimiento y tratamiento que las autoridades nacionales de libre competencia, particularmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC o el Tribunal), dan al poder de mercado, esto es, tanto en su conceptualización como en su aplicación. Como hemos adelantado, en el derecho de la libre competencia chileno, el poder de mercado requiere ser analizado y determinado para efectos de establecer la comisión de ciertos ilícitos contra la libre competencia. En el caso del abuso de posición dominante, ello es requerido en cualquiera de las figuras que pueden configurar dicho ilícito, salvo en el caso de los precios predatorios, por señalarlo así la letra c) del artículo 3 del Decreto Ley 211⁶⁵. En el caso del control de operaciones de concentración, la creación o consolidación de un poder de mercado forma parte del análisis de los potenciales efectos unilaterales –e incluso coordinados en algunos casos– de esa operación y, con ello, de la aptitud de dicha operación para reducir sustancialmente la competencia⁶⁶.

Respecto a la conceptualización del poder de mercado, el TDLC lo ha definido como “la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder”⁶⁷; y también ha señalado que éste consiste en la “capacidad de aumentar los precios en forma relevante sin disminuir sus ventas”, pudiendo fijarlos con independencia de sus competidores⁶⁸.

⁶⁵ Cabe precisar que el literal c), que regula las prácticas predatorias o de competencia desleal, también alude a la posición dominante pero no como presupuesto factual necesario del ilícito, sino que como elemento subjetivo del mismo. La ley requiere la intención de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Es decir, esta posición dominante puede existir previamente, pero no es necesario que así sea para configurar igualmente este ilícito, lo importante es la intencionalidad con que se ejecuten las conductas. Así, dicho precepto señala que son contrarias a la libre competencia: “c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

⁶⁶ Véase, supra, 60.

⁶⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 112-2011. Considerando sexagésimo noveno.

⁶⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 151-2016. Considerando quincuagésimo cuarto.

Habiendo recordado brevemente este concepto, corresponde describir la manera en que se ha aplicado en la práctica, mediante el análisis de casos concretos, tanto de operaciones de concentración como de abuso de posición dominante. Cabe prevenir que las operaciones de concentración, por una parte, son todo acto o convención que tiene por objeto o efecto que dos o más agentes económicos independientes entre sí pasen a conformar una sola entidad, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial; mientras que las fusiones, por otra, son una entre varias especies de estas operaciones y consisten en la unificación entre dos empresas, mediante un acuerdo entre ellas, resultando en una sola (pudiendo manifestarse en mecanismos tales como por ejemplo la absorción o adquisición de una empresa por otra). Sin embargo, para simplificar el análisis y por su uso común, se utilizarán a continuación indistinta y genéricamente los términos operación de concentración y fusiones.

3.1. Fusiones

Teniendo en cuenta lo ya explicado en relación a las fusiones, debemos hacer presente que el análisis del poder de mercado en relación las operaciones de concentración supone una interrogante fundamental. Se trata de determinar el potencial *trade off* o balance entre las eficiencias producidas a consecuencia de estas operaciones y el incremento del poder de mercado.

Un mayor poder de mercado crea pérdidas de bienestar neto, mientras que el incremento de la eficiencia reduce los costos y genera un aumento de bienestar neto⁶⁹. Si bien ello parece constituir una teoría simple, en la práctica es difícil de apreciar estos efectos empíricamente⁷⁰.

⁶⁹ Véase, supra, p. 7. Upward pricing pressure index.

⁷⁰ BLONIGEN, Bruce y PIERCE, Justin. 2015. The Effect of Mergers and Acquisitions on Market Power and Efficiency. [en línea] National Bureau of Economic Research <<http://www.nber.org/papers/w22750>> p. 1. [última consulta: 06/12/17].

Por lo mismo, es discutido si acaso, por regla general, una fusión aumenta el riesgo de libre competencia, ello porque los resultados de los estudios se refieren a casos determinados, sin existir evidencia que sea sistemáticamente conclusiva⁷¹ y sin que la sola generación de poder de mercado dé necesariamente lugar a esos riesgos.

En el fondo se trata de ponderar las variables poder de mercado y eficiencia. Y dado lo recién señalado, los efectos para la libre competencia deben analizarse caso a caso. Lo cierto es que debe determinarse si acaso la entidad fusionada tendrá o no un poder de mercado tal que pueda importar una reducción sustancial de la competencia⁷². A mayor abundamiento, lo anterior significa que debe evaluarse si acaso, de la estructura resultante y del poder de mercado adquirido, se sigue la potencialidad de la comisión de ilícitos contra la libre competencia, previa ponderación también de las eficiencias generadas. Así, a continuación, se estudiará a grandes rasgos cómo ha llevado a cabo esta labor la jurisprudencia nacional, en base a dos relevantes precedentes del TDLC que son de común cita.

Primeramente, en la consulta de la que conoció sobre la fusión entre Falabella y D&S, el Tribunal señaló muy ilustrativamente, lo siguiente⁷³: “Un tema de la mayor importancia en el análisis de los casos en que se analiza la estructura del mercado, es determinar la existencia de un real poder de mercado de las empresas fusionadas, para lo cual no debe estudiarse sólo la participación estática en un determinado mercado geográfico, como han pretendido las consultantes, sino una serie de elementos, tales como la participación de mercado de las empresas actuales y potenciales, su tamaño, su capacidad de influir en los precios de mercado, su

⁷¹ Id. 2016. Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency. [en línea] Finance and Economics Discussion Series 2016-082. Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System <<https://www.federalreserve.gov/econresdata/feds/2016/files/2016082pap.pdf>> p.24. [última consulta: 06/12/17].

En el mismo sentido: SHARMA, Maneesh y THISTLE, Paul. 1996. Is acquisition of market power a determinant of horizontal mergers? [en línea] Journal Of Financial And Strategic Decisions, vol. 9, nº 1 <<http://www.studyfinance.com/jfsd/v09n1.html>> p.45 [última consulta: 06/12/17].

⁷² Véase, supra, 60.

⁷³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 24/2008, procedimiento no contencioso Rol N° 199-07, párrafos 54 y siguientes. Lo subrayado es propio.

capacidad de liderazgo en publicidad y marketing, las economías de escala, de ámbito y de densidad actuales y potenciales, los recursos financieros disponibles, la capacidad de entregar servicios complementarios y productos integrados y otros elementos similares.

Es decir, es un conjunto de elementos como los indicados a modo ejemplar lo que determina la o las empresas que dominarán el mercado, dado que, a juicio de este Tribunal, el dominio del mercado no es un concepto que involucre sólo una variable, como el tamaño o la participación de mercado, ni un concepto que se pueda aplicar en un contexto completamente estático, en términos de sacar una fotografía del mercado en un momento del tiempo, sin considerar la evolución que ha tenido y se estima que tendrá.

Por ello, el análisis que realizará este Tribunal no puede centrarse en las condiciones del estado final de equilibrio post fusión, sino que estará orientado por una visión dinámica de la competencia, es decir, por el estudio de los efectos que la operación consultada tendría en las condiciones del proceso de rivalidad en los mercados afectados por ella (como, por ejemplo, los efectos de la operación en la actuación independiente de los competidores en el mercado y la posibilidad de que rivales presentes y potenciales, sean suficientes para obtener resultados competitivos en el mismo)".

Como ya se ha mencionado, en el caso de las fusiones, la creación o consolidación de un poder de mercado, lo cual es parte del análisis de los efectos de las mismas, puede tener la aptitud para lesionar sustancialmente la competencia⁷⁴. De esta forma, para la operación consultada en este caso, el Tribunal estimó que la industria supermercadista se encontraba fuertemente concentrada y que la empresa resultante tendría un 36,8% de participación en la misma, existiendo además considerables barreras a la entrada, lo que constituiría una ventaja para las empresas dominantes del mercado y que además, para la fusión en cuestión, ellas

⁷⁴ Véase, supra, 60.

se verían reforzadas toda vez que la nueva entidad reuniría diversas e importantes fuentes de poder de mercado⁷⁵. En efecto, señaló además que la aprobación de la operación consultada crearía una entidad comercial con cobertura masiva sobre un conjunto muy significativo de plataformas de venta y negocios interrelacionados. Y agregó el Tribunal que tal diversidad y cantidad de plataformas de venta minorista abarcaría un porcentaje muy determinante de las necesidades de compra del consumidor promedio, y que la aprobación de la operación consultada incrementaría substancialmente dicho alcance, otorgando a la eventual empresa fusionada un poder de mercado muy difícil de contrarrestar⁷⁶.

Así, puede afirmarse en base a este precedente que es esperable que nuestra institucionalidad de libre competencia tienda a rechazar o al menos a imponer medidas de mitigación respecto de operaciones de concentración cuando ellas creen una entidad con un gran poder de mercado, sumado además a una baja desafiabilidad⁷⁷ del mercado debido a las barreras de entrada existentes, como ocurría en la citada operación; máxime si en el pasado las empresas involucradas habían ejecutado conductas contrarias a la libre competencia o si ya por sí mismas gozaban de poder de mercado⁷⁸.

En otras palabras, como regla general puede decirse, a partir de lo recién analizado, que cuando la materialización de una fusión vaya a producir un cambio en la estructura del mercado, de tal magnitud que nazca una empresa que sería el actor dominante en el mercado, creando un monopolio, duopolio u otra estructura de mercado substancialmente desfavorable a la libre competencia, ella será evaluada con cautela y eventualmente no permitida o sujeta a medidas de mitigación.

⁷⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 24/2008, procedimiento no contencioso Rol N° 199-07, párrafo 75.

⁷⁶ *Ibíd.* párrafos 215 y 216.

⁷⁷ La desafiabilidad es una condición de un mercado que consiste en la inexistencia de barreras a de ingreso de potenciales competidores en un mercado en el que se observan rentas económicas que hagan atractivo dicho ingreso.

⁷⁸ *Ibíd.* párrafo 227.

Otra operación de concentración emblemática fue la de las líneas aéreas LAN y TAM. En este caso, el Tribunal detectó varios riesgos específicos para la libre competencia, cuyo detalle no corresponde tratar aquí. Sin embargo, junto con ello el TDLC declaró que “tal como este Tribunal ha reiterado en todos sus pronunciamientos sobre el mercado del transporte aéreo, esta es una industria de redes en la que, cuando se le permite encontrar su equilibrio eliminando las barreras a la formación de redes eficientes, estas redes crecen, ya sea por operaciones de concentración o mediante acuerdos de cooperación de alto grado de coordinación, los que les permiten servir los principales destinos del globo. Esto es efectivamente lo que se ha observado en el hemisferio norte donde, a pesar de la consolidación, ha aumentado fuertemente el grado de competencia”⁷⁹.

El Tribunal entonces realizó un complejo y exhaustivo análisis de las eficiencias generadas por la operación, concluyendo que, sin perjuicio de los riesgos, la misma “sólo sigue la tendencia natural y eficiente en una industria de estas características” y “no le cabe duda a este tribunal que la Operación generará una empresa mucho más eficiente, que hará mejor uso tanto de su capacidad para transportar pasajeros y carga”⁸⁰.

El TDLC finalmente resolvió aprobar la operación consultada, pero bajo ciertas condiciones. En efecto, señaló que “considera imprescindible diseñar y establecer condiciones y medidas que mitiguen los efectos de la concentración en el corto plazo y que permitan la entrada de otras redes en el mediano plazo con posibilidades de participar, compitiendo, en la conectividad aérea de Chile con la región y con el resto del mundo”. De este modo, estableció una serie de medidas de mitigación, de carácter principalmente estructural pero también conductual⁸¹, tendientes a limitar el ejercicio de poder de mercado por parte de LATAM.

⁷⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución 37/2011, procedimiento no contencioso Rol N°388-11, párrafos 294 y 295.

⁸⁰ *Ibid.* párrafos 296 y 297.

⁸¹ El criterio de distinción entre estructurales y conductuales es la intensidad con que se afectan los derechos de propiedad de quien soporta el remedio o la eficacia para modificar el mercado. En general, los remedios de conducta se identifican con obligaciones de hacer o no hacer, mientras que

A este respecto, es importante mencionar que un factor relevante a la hora de evaluar los riesgos de competencia en estas operaciones son las eficiencias que las mismas pudieren generar, como contrapeso que compense efectivamente el poder de mercado que envuelve una fusión que se estima podría reducir las condiciones de competencia de un mercado, lesionando sustancialmente la misma. Particularmente, y en lo que nos interesa, la eficiencia dinámica, que es tan propia de las industrias de nuevas tecnologías podría actuar como un factor de compensación. En efecto, el TDLC, en la consulta sobre la fusión entre Falabella y D&S, señaló⁸² que la importancia de considerar las eficiencias era reconocida de manera unánime en el derecho y práctica comparados, y que así era recogido, por ejemplo, en instrumentos como las “Horizontal Merger Guidelines”⁸³ y en las Directrices sobre la Evaluación de las Concentraciones Horizontales de la Comisión Europea⁸⁴, y precisó, para este caso, que para que las eficiencias pudieran considerarse como contrapeso eficaz a los efectos anticompetitivos, éstas debían cumplir con ciertos requisitos mínimos.

En el caso de LATAM, quedó de manifiesto la relevancia del análisis de las eficiencias que pueda generar una fusión a la hora de que el Tribunal decida sobre la aprobación o rechazo de la misma, pues el TDLC estimó que, pese a que la empresa fusionada adquiriría una posición altamente dominante, la operación acarrearía también beneficios en el largo plazo, pudiendo por ello establecerse requisitos y medidas de mitigación para evitar que LATAM ejerciera el poder de mercado del que pasaría a gozar en el corto plazo.

los estructurales con obligaciones de dar. Estructurales “son aquellas obligaciones que pretenden incidir directa o indirectamente en la estructura del mercado, mediante la supresión de barreras de entrada, la llegada de nuevos operadores y/o el refuerzo de los rivales del operador dominante”. JIMÉNEZ L., F. y PRIETO. K., E. 2008. Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio. En: MARTINEZ L., Y AMADEO P., Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Marcial Pons. pp. 138 y 139.

⁸² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 24/2008, procedimiento no contencioso Rol N° 199-07, párrafos 234 y siguientes.

⁸³ Véase, supra, 25.

⁸⁴ Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126107>> [última consulta: 14/01/18].

El análisis de las operaciones de concentración es esencialmente prospectivo, razón por la cual resulta necesario además distinguir entre el corto y largo plazo a efectos de aplicar las medidas adecuadas a las circunstancias cambiantes en el tiempo. Así, por ejemplo, en el caso de LATAM, si bien en el corto plazo surgiría una entidad con un gran poder de mercado, con la correcta aplicación de medidas de mitigación adecuadas, la misma pasaría a ser un agente eficiente inserto en un mercado perfectamente competitivo en el largo plazo, según estimó el Tribunal. Si solo se analizaran los efectos en el corto plazo, sin distinguir ni considerar los cambios en el largo plazo, la decisión del TDLC probablemente habría sido diferente.

Cabe destacar que las eficiencias, especialmente de carácter dinámico, tienen una relación bastante cercana con las industrias de nuevas tecnologías, según se explicará en mayor detalle más adelante.

Hasta este punto se ha analizado jurisprudencia del TDLC sobre la materia que estamos tratando. En la actualidad, conforme a la ya mencionada reforma introducida por la Ley 20.945, el control de operaciones de concentración fue entregado a la FNE, por lo cual, a continuación se examinará brevemente el tratamiento que ha dado dicho organismo a algunas de estas operaciones.

La FNE debe determinar si la fusión de que se trate tiene la aptitud para reducir sustancialmente la competencia o no. Para ello, realiza el análisis normal de mercado relevante, participaciones de mercado, índices de concentración, cercanía competitiva, nivel de coincidencia de clientes, número de competidores post-operación, existencia de barreras de entrada, planes de expansión de los incumbentes, riesgos o efectos unilaterales, coordinados y verticales y, en particular, la aplicación de índices que permiten cuantificar los incentivos de las partes para aplicar alzas de precios o modificar otras variables competitivas. Todo lo anterior, ponderando las eficiencias que pueda generar la operación.

Así, por ejemplo, puede citarse la fusión entre DuPont y Dow, en que se señaló que “los altos niveles de concentración y las altas barreras a la entrada identificadas, dan cuenta de la posibilidad de un riesgo de carácter unilateral efectivo, por lo que esta División considera que la operación generaría riesgos que podrían reducir sustancialmente la competencia”⁸⁵, razón por la cual, entre otras, la operación fue aprobada con medidas de mitigación. Es decir, se estimó que no reduciría sustancialmente la competencia en la medida en que éstas se cumplieran.

Como segundo ejemplo, en el caso de Holchile y Caburga, se aprobó un acuerdo extrajudicial en que la FNE estimó, respecto a los riesgos, que en ciertas localidades “incluso en aquellos casos en que el GUPPI⁸⁶ superó el 5%⁸⁷, existirían competidores que podrían disciplinar el mercado o eficiencias por la sustitución de la importación de cemento gris que mitigarían los eventuales riesgos. Por otra parte, en las localidades de La Serena y Los Andes-San Felipe aumentarían los riesgos unilaterales atendido que (i) sus GUPPI son superiores al 5%; (ii) no existe evidencia de un nuevo entrante; y (iii) se disminuiría el número de competidores que quedarían luego de la Operación. En el caso de Rancagua, San Fernando-San Vicente y Chillán la participación de mercado de la empresa resultante de la Operación superaría el 50% y concurrirían otros factores que aumentarían el riesgo, esto es, nivel de HHI, capacidad ociosa, superposición de la ubicación de clientes y la falta de evidencia de un nuevo entrante”⁸⁸. Por estas y otras razones la FNE solicitó medidas de mitigación en ciertas localidades, sometiendo el asunto a acuerdo extrajudicial.

De esta manera, la Fiscalía Nacional Económica evalúa el poder de mercado de la entidad fusionada –recordando lo antes explicado en relación a las guías internas de la FNE– en sus diversas manifestaciones o modalidades de ejercicio, analizando

⁸⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Informe de aprobación Rol F-80-2017. Párrafo 103.

⁸⁶ Variable del UPP que considera sólo la presión al alza, y no el efecto neto. Véase, supra, p. 7.

⁸⁷ En contraste, y a modo de ejemplo, en el caso de Electrolux, también sometido a acuerdo extrajudicial, la FNE señaló que “los resultados GUPPI de CRA están uniformemente dentro del umbral permitido de 5%, lo que sugiere que hay un bajo riesgo de alzas de precios anticompetitivas (...) Por consiguiente, la operación no da lugar a preocupaciones sustanciales” FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Acuerdo extrajudicial entre FNE y Electrolux Chile S.A. AE N° 12-15. p. 9.

⁸⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia Rol AE N° 14-17. Considerando séptimo.

cada variable competitiva para, en definitiva, establecer si la operación de concentración puede o no lesionar sustancialmente la competencia.

3.2. Abusos de posición dominante

Ya se ha tratado anteriormente el concepto de posición dominante, por lo que no volveremos sobre este punto. Lo que se intentará explicar brevemente ahora es el ilícito de abuso de dicha posición.

En Chile, para que se configure un ilícito de abuso de posición dominante, la ley requiere, como es lógico, que el infractor ya posea dicha posición y que la explote abusivamente a través de alguna de las conductas que forman parte del catálogo de ilícitos de abuso de posición dominante. Así, el Decreto Ley N° 211, en el literal b) de su artículo tercero, enumera, en forma no taxativa, las conductas de: fijación de precios de compra o de venta; la imposición a una venta la de otro producto, es decir, ventas atadas; la asignación de zonas o cuotas de mercado; u “otros abusos semejantes”. Sin embargo, el inciso primero del mismo artículo tercero establece un tipo amplio que permite considerar un conjunto de otras conductas, toda vez que señala como ilícita la ejecución o celebración, individual o colectivamente, de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos. Entre estas otras conductas, se encuentran, a modo de ejemplo, la discriminación arbitraria, la negativa de venta, el estrangulamiento de márgenes y, en general, cualquier otra conducta que tienda a impedir la entrada o expansión de competidores.

Este ilícito requiere entonces de dos elementos básicos. Primero, la existencia de una posición dominante y, segundo, el abuso de la misma. Así, se ha señalado que “para que tal figura pueda existir, es requisito esencial que se den ambos requisitos, posición dominante y abuso, en forma copulativa, por lo que no existiría infracción a

la libre competencia si una empresa usa en forma no abusiva su posición dominante en el mercado”⁸⁹.

En este mismo sentido, el antes citado Valdés ha explicado que “el ilícito monopolístico de abuso consiste en la injusta explotación de un monopolio estructural que ya se ostenta, prevaliéndose en forma dolosa o culposa el autor del injusto del poder de mercado que ese monopolio generalmente confiere. El ilícito de abuso no es otra cosa que el ejercicio antijurídico del poder de mercado de que dispone el monopolista estructural, lo que se verifica a través de hechos, actos o convenciones vulneradoras de la libre competencia. Si no existe vulneración de la libre competencia, el ejercicio del poder de mercado respectivo no podrá ser calificado de antijurídico, al menos desde una perspectiva antimonopólica. El poder de mercado en sí mismo no es reprochable”⁹⁰.

Luego, respecto a qué se entiende por el concepto de abuso, el mismo autor explica lo siguiente: “El abuso que interesa al Derecho antimonopólico es aquel consistente en el empleo de una cosa contra Derecho y no el mal uso impropio o inmoderado de una cosa, atendidas las exigencias de la naturaleza de esta última. Ese algo, que se puede emplear contra Derecho, no es un derecho –como acontece en la teoría del abuso del Derecho–, sino que es una situación fáctica, peculiar de un determinado mercado relevante y que se conoce como poder de mercado”⁹¹. Y agrega que el uso del poder de mercado de que goza un agente económico deviene en abuso cuando éste se utiliza para fines antijurídicos, lo que se traduce en lesionar o hacer peligrar la libre competencia⁹².

Explica además que este abuso puede perseguir dos objetivos genéricos: “i) explotar la renta monopolística, o ii) preservar o incrementar dicha renta por la vía de

⁸⁹ MENCHACA, Tomás. 2011 ¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos? En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del bicentenario. Santiago, Thomson Reuters. p. 254.

⁹⁰ VALDÉS, Domingo. Op. Cit. p. 545.

⁹¹ Ibíd. p. 555. Lo subrayado es propio.

⁹² Ibíd. p. 559.

mantener a distancia los competidores actuales o potenciales que podrían disputar los ingresos anormales percibidos por la explotación del monopolio. A su vez, cada uno de tales objetivos genéricos puede subclasificarse en multitud de prácticas y conductas”⁹³.

De tal forma que es posible distinguir dos tipos de abuso. “Así, se habla de ‘abusos de exclusión’, v. gr., negativa injustificada de venta, y ‘abusos de explotación’, v. gr., imposición de precios injustos”⁹⁴. En este mismo sentido se ha señalado que “para que ella [la figura del abuso de posición dominante] exista, se requiere además alguna conducta del monopolista, de carácter ilícita, que tienda a proteger su posición dominante (imposición de barreras artificiales a la entrada), a aumentar la misma (prácticas exclusorias), o a aumentar sus rentas monopólicas (discriminación arbitraria de precios, ventas atadas, fijación de precios de reventa u otras)”⁹⁵.

Habiendo recordado lo anterior, en cuanto a la aplicación del concepto de poder de mercado a la evaluación de ilícitos de abuso de posición dominante se puede hacer referencia en primer lugar al caso *Condominio Campomar*. En síntesis, dicho caso se refiere a una acusación en contra de un proveedor de servicio de agua potable por abusar de su posición dominante, lo cual se materializaría en la fijación de precios excesivamente elevados. Se trata entonces de un caso de abuso del tipo explotativo (posteriormente se analizará un caso de abuso exclusorio). Cabe mencionar que, conforme a la regulación sanitaria, las empresas de servicios sanitarios son consideradas monopolios naturales sometidos a regulación de precios, dentro de su territorio de operación. Sin embargo, la controversia surge en relación con las áreas adyacentes a dicho territorio operacional, en los cuales no existe regulación de precios pero, al mismo tiempo, las posibilidades de competencia son relativamente reducidas.

⁹³ *Ibíd.* p. 561.

⁹⁴ *Ibíd.* p. 562.

⁹⁵ MENCHACA, Tomás. *Op. Cit.* p. 254.

Al analizar la sentencia es interesante evaluar lo declarado por el Tribunal, al señalar que el tipo genérico del artículo 3º del Decreto Ley N° 211 se refiere, entre otras cosas, a los posibles efectos explotativos de una conducta de mercado, esto es, al perjuicio directo en los consumidores derivado del ejercicio abusivo de un poder de mercado significativo, sin producir ningún efecto en la estructura de competencia. Es decir, a diferencia de lo resuelto previamente en el Caso *EMELAT*⁹⁶, en el caso *Condominio Campomar* se reconoció potencialmente la figura de los precios abusivos, concretamente dentro de la figura de fijación de precios de compra o de venta⁹⁷.

El TDLC agregó que “los actos explotativos constituyen la forma más ‘intuitiva’ u ‘obvia’ de abusar de una posición dominante: la firma que tiene tal posición ejerce su poder de mercado a través del aumento del precio por sobre el nivel competitivo”, y citó diversa doctrina y jurisprudencia en respaldo de dicha afirmación⁹⁸, la que tiene su fuente en el derecho europeo de la competencia (pues la jurisdicción de Estados Unidos no reconoce esta figura)⁹⁹. Nótese que de esta última frase citada puede apreciarse nuevamente y en forma clara la asimilación de los conceptos de poder de mercado y posición dominante a que nos hemos referido anteriormente.

El Tribunal también declaró que “la imposición de precios supracompetitivos es una práctica normal de las firmas con poder de mercado y que en Chile, al igual que en el derecho comparado, la sola tenencia de una posición de dominio no es un hecho sancionable en sí mismo”, cuestión a la que también se hizo referencia en páginas anteriores. En el mismo sentido, el Tribunal especificó que debe considerarse adecuadamente la eficiencia dinámica a fin de no incurrir en sanciones que causen detrimento a la innovación y desarrollo, no siendo correcto, por ende, sancionar la obtención legítima de beneficios extraordinarios provenientes de

⁹⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 93-2010, considerandos trigésimo y siguientes.

⁹⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 140-2014, considerando quinto.

⁹⁸ *Ibíd.* considerandos sexto y séptimo.

⁹⁹ Véase, *supra*, p. 8, apartado 2.2.

políticas comerciales exitosas de una empresa que resulta gozar de poder de mercado, razón por la que la forma de evaluar si se ha incurrido en la práctica ilegítima de fijar precios excesivos debe ser cuidadosa¹⁰⁰. Es decir, por un lado, el solo hecho de que un competidor goce de poder de mercado no implica que esté atentando contra la libre competencia y, por otro lado y como complemento lógico a lo anterior, no toda ganancia que obtenga tal agente económico será ilegítima. Solo serán ilegítimas las utilidades que obtenga del ejercicio abusivo de su poder de mercado, lo que supone el cumplimiento de los requisitos fijados por el propio TDLC al efecto, siguiendo la jurisprudencia y doctrina comparada.

Así, para realizar esta evaluación cuidadosa de los precios excesivos a que se ha aludido, el Tribunal hizo un análisis de dos etapas. La primera etapa consistió en determinar el mercado relevante y analizar su estructura, con la doble finalidad de determinar si se estaba en presencia de una firma dominante cuya posición no fuera resultado de inversiones pasadas o innovación, sino de otras fuentes, como derechos especiales o exclusivos; y, posteriormente, si existían barreras de entrada altas y de naturaleza no transitoria que protegieran el mercado¹⁰¹.

Luego, la segunda etapa consistió en determinar si los precios podían considerarse o no como excesivos. Para ello, y a fin de realizar un análisis integral, se estimó necesaria la utilización de múltiples estándares de evaluación, debido a que existen muchos y todos han sido objeto de alguna crítica¹⁰².

¹⁰⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 140-2014. considerandos decimocuarto y decimoquinto.

¹⁰¹ En efecto, en ese mismo sentido, en el Caso *Silcosil*, (Sentencia N° 151-2016). Considerandos cuarto y siguientes) el TDLC también señaló que, como regla, para establecer la comisión de los ilícitos de las letras b) y c) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, se requiere primeramente determinar que el infractor tenía poder de mercado, o bien que las acciones ejecutadas tenían la finalidad de obtener poder de mercado, respectivamente. Para ello, debía determinarse el mercado relevante, de producto y geográfico, la participación de mercado, y sus condiciones de entrada, es decir, esta misma estructura de dos etapas.

¹⁰² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 140-2014, considerandos decimosexto, decimoctavo y decimonoveno.

Respecto a la posición dominante, el Tribunal señaló que “esta posición debe ser determinada considerando ‘una serie de factores, entre ellos, su cuota de participación de mercado, la existencia o no de barreras a la entrada, y otras características propias del mercado en estudio, como por ejemplo la importancia de la innovación tecnológica, el grado de diferenciación de los servicios provistos y el espacio de mercado disponible o esperado para el crecimiento de las firmas incumbentes o para la entrada de nuevos competidores’ (Sentencia N° 78/2008, consideración novena. Véanse también Sentencias N° 47/2006, consideraciones quincuagésimo primera y quincuagésimo quinta; 103/2010, consideraciones vigésimo primera a vigésimo sexta; y 101/2010, consideración decimoctava)”¹⁰³.

En cuanto a las barreras de entrada, las partes en este caso discutieron sobre la existencia de las mismas, pero el Tribunal concluyó que no se logró acreditar la existencia de barreras significativas e insoslayables; en concreto, que la limitación de entrada no era insalvable y que era efectiva la posibilidad de que ingresara otro competidor al mercado, con lo cual resolvió rechazar la demanda.

Bajo esta lógica entonces, el Tribunal estimó que, sin perjuicio de que la demandada gozara de poder de mercado, éste podía ser desafiado en cualquier momento. Ello al no existir barreras de entrada, razón por la que su posición dominante se veía cuestionada, no pudiendo, por ende, configurarse el ilícito en cuestión. Ello debido a “la interpretación restrictiva que debe darse a la conducta imputada en autos”¹⁰⁴, esto es, los precios excesivos como abuso de posición dominante bajo el Decreto Ley N° 211.

Puede apreciarse entonces la relevancia de la existencia de barreras de entrada para el establecimiento o no de la comisión de un ilícito de abuso de posición dominante, pues es de la esencia que ellas existan (o sean levantadas artificialmente por un agente económico) para que exista una posición dominante de la cual abusar.

¹⁰³ Ibíd. considerando vigesimocuarto.

¹⁰⁴ Ibíd. considerando trigésimo séptimo.

En otro caso, aunque vinculado a colusión, la Fiscalía Nacional Económica requirió a diversas empresas de transporte terrestre, acusándolas de “ejecutar acciones coordinadas tendientes a bloquear el acceso de competidores relevantes a diversos terminales del país ubicados en las ciudades de Valparaíso, Coquimbo, La Serena y Antofagasta, impidiendo o retardando de esta forma que nuevos actores pudieran ofrecer sus servicios de transporte interurbano hacia dichas zonas”¹⁰⁵. Ello mediante el “acaparamiento” de oficinas para la venta de pasajes en los terminales de buses, creando entonces, en forma coordinada, barreras de entrada de tipo artificiales (conducta conocida como *boicot*)¹⁰⁶. Al tratarse de un caso de colusión, del tipo *boicot*, no se trata propiamente de una conducta de abuso de posición dominante. Sin embargo, extrapolando dicho análisis a un caso en que el titular de la infraestructura sea un único actor, o uno con una participación preponderante, podría efectuarse el mismo razonamiento entonces en relación a un posible abuso conjunto del tipo exclusorio –a diferencia del Caso Campomar que, como se señaló, era uno de naturaleza explotativa–, según se explicará a continuación.

Se discutió entonces la existencia de un acuerdo entre competidores para excluir competencia y la aptitud de las acciones ejecutadas para lograr dicho efecto.

En este caso, los hechos y la ejecución de las acciones imputadas no fueron finalmente discutidos porque fueron reconocidos en un acuerdo conciliatorio entre la Fiscalía Nacional Económica y las requeridas. Lo que el TDLC debía resolver entonces era solo la calificación jurídica de dichas acciones y la responsabilidad que cabía a cada requerida.

¹⁰⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 134-2014, considerando primero.

¹⁰⁶ Reconocida por ejemplo en Sentencia N° 128-2013, considerandos nonagésimo sexto y siguientes. Véase también: ARAYA, Fernando. 2014. Sobre los diferentes tipos de boicot colectivo y la colusión en concursos: Corte Suprema, 23 de diciembre de 2013, rol 2666-2013. Revista chilena de derecho privado, n° 22. pp. 341–354. Y EMPARANZA, Alberto. 2000. El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia. Civitas. 237 p.

Así, el Tribunal estimó que para competir en el mercado en cuestión era necesario tener acceso a un terminal, lo que hacía imprescindible contar con una oficina en el mismo. Es decir, dichas instalaciones constituían un insumo o facilidad esencial, toda vez que la construcción de un terminal propio no constituía una alternativa viable¹⁰⁷. En general, el impedir que un competidor acceda a una instalación esencial constituye un abuso, incluso de tipo unilateral, bajo la forma de una negativa de venta (es decir, no es necesaria la existencia de un *boicot*).

Otro elemento relevante es el análisis de la sustituibilidad del producto o servicio ofrecido. En este caso, las requeridas alegaron la sustituibilidad entre el transporte terrestre mediante autobuses y el transporte aéreo, ante lo cual el Tribunal declaró que este último no era un sustituto adecuado ni menos perfecto, no alcanzando, por ende a constituir un límite al ejercicio de poder de mercado en las rutas interurbanas¹⁰⁸. En otras palabras, la eventual posición dominante de un competidor o un grupo de ellos, observada en sus cuotas de mercado u otros factores, no sería tal en la medida en que exista otro servicio o producto que pueda desviar la demanda en su favor, constituyendo un límite al ejercicio del poder de mercado de esta empresa dominante, cosa que no se verificó en este caso particular.

De esta forma, el TDLC declaró: “este Tribunal entiende que cualquier intento de bloquear injustificadamente el acceso a competidores a oficinas en terminales ya establecidos podría entenderse como un intento de aumentar los costos de un rival, con el objeto de mantener o incrementar una posición de dominio conjunta en el mercado relevante respectivo, circunstancia que, de verificarse, en los hechos tiene la aptitud de entorpecer o incluso de llegar a impedir la libre competencia de nuevos entrantes”¹⁰⁹. Lo anterior quiere decir que las empresas de transporte terrestre requeridas, mediante el concierto entre ellas, alcanzaron una posición de dominio conjunta y ejercieron el poder de mercado que dicho acuerdo les confirió para

¹⁰⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 134-2014, considerandos cuadragésimo sexto, cuadragésimo séptimo, quincuagésimo, septuagésimo quinto y septuagésimo sexto.

¹⁰⁸ *Ibíd.* considerando octogésimo.

¹⁰⁹ *Ibíd.* considerando octogésimo primero.

impedir la entrada de un nuevo competidor y así dicha posición no se vería desafiada.

Según lo que se ha señalado en este apartado, si esto se extrapola a las industrias de nuevas tecnologías, podemos advertir, primero, en relación a la forma que puede revestir el abuso, que un problema que se presenta en el caso de las industrias de nuevas tecnologías es que muchas veces el precio cobrado a los consumidores es cero (y los costos marginales también son cercanos a cero), por lo que ésta no es la variable principal para la evaluación de un posible abuso. En cambio, lo serán otras consideraciones de naturaleza distinta. En otras palabras, en el caso de las industrias de nuevas tecnologías, es probable que los ilícitos de abuso se manifiesten menos frecuentemente bajo la forma de precios excesivos.

También podemos adelantar, en relación a las barreras de entrada, que en las industrias de nuevas tecnologías, la existencia de las mismas, al menos las barreras naturales, parece más difusa, toda vez que la posibilidad de entrada de un competidor nuevo es en general bastante elevada y resulta razonablemente simple. A modo de ejemplo, se puede en cualquier momento crear una nueva página web, una nueva aplicación móvil o un nuevo dispositivo, lo cual implica, como contrapartida, que para el consumidor las posibilidades de acceso a otras alternativas sustitutivas son también muchas y resulta sencillo, bastando con instalar una nueva aplicación, visitar una nueva página web, entre muchas otras posibilidades. Sin perjuicio de ello, y como también se explicará, la creación o incremento de barreras artificiales a la entrada o las conductas exclusorias que puedan mantener o aumentar el poder de mercado de un agente económico, requieren un análisis con mayor detención en las industrias de nuevas tecnologías.

Del mismo modo, señalamos que el impedir a un competidor acceder a una instalación esencial constituye un abuso, incluso de tipo unilateral, bajo la forma de una negativa de venta. Esto también es efectivo y aplicable en los mercados de

nuevas tecnologías, en los cuales, sin embargo, varía la naturaleza de dichas instalaciones, con las implicancias que más adelante se mencionarán someramente.

Estas, entre otras consideraciones relativas a los mercados de nuevas tecnologías, se desarrollarán latamente en los capítulos siguientes.

4. TERCERA PARTE: Nuevos factores de análisis relevantes

Como se señaló al comienzo de este trabajo, las industrias de nuevas tecnologías exhiben cualidades que las hacen diferentes de los mercados tradicionales y que, como consecuencia de ello, hacen surgir la necesidad de adecuar las herramientas del derecho de la libre competencia para su evaluación, en particular respecto del poder de mercado.

Así, sobre la base de todo lo hasta aquí examinado, corresponde ahora tratar estos factores y variables de análisis y, a fin de dilucidar aquellos aspectos en que debe ponerse atención y que requieren tratamiento adecuado, intentar demostrar cómo es que ellos representan un desafío para el análisis tradicional de esta rama del derecho.

4.1. Mercados relevantes

El primer factor de análisis que debe ser tratado con atención es el mercado relevante. Como ya se ha explicado, la tutela de la libre competencia no ocurre en abstracto sino que en un mercado relevante determinado, y su determinación es siempre el primer paso en el análisis de libre competencia, y es por lo tanto un antecedente para la evaluación del posible poder de mercado de uno o más agentes económicos. A continuación se explica cómo la determinación del mercado relevante presenta particularidades en el caso de las industrias de nuevas tecnologías.

4.1.1. Mercados de dos o más lados y discusión sobre el mercado del producto y geográfico

En primer lugar, resulta indispensable referirnos a una estructura cuya relevancia ha cobrado peso en el último tiempo y que se conoce como mercados o plataformas de dos o múltiples lados. El interés por el estudio de esta estructura surge a

principios de la década pasada con la obra de Rochet y Tirole¹¹⁰, para el caso de medios de pago, en que, por ejemplo, en uno de los lados se encuentran los tarjetahabientes y del otro lado están los establecimientos comerciales que los acepten; así, continuando el ejemplo, un consumidor va a considerar más útil una determinada tarjeta de crédito en la medida en que la misma sea generalmente aceptada como medio de pago por los agentes del otro lado de la plataforma. No obstante, este tipo de plataformas existe desde antiguo, como ha podido observarse respecto de centros comerciales, páginas amarillas, periódicos, revistas, clubes nocturnos heterosexuales, algunos tipos de centros médicos y un sinnúmero de otros ejemplos no tecnológicos. A continuación las definiremos y caracterizaremos en forma breve y simple para luego explicar las implicancias que tienen en el análisis del poder de mercado desde la perspectiva del derecho de la libre competencia.

Los mercados de dos o más lados consisten en una estructura industrial en que existe un intermediario que actúa como plataforma entre dos o más grupos de usuarios o agentes económicos (cada grupo de demanda representa un lado del mercado, con lo cual existen tantos lados como grupos haya). Es decir, se trata de una plataforma que sirve de punto de encuentro para dos o más demandas diferentes o diferenciables y en que las decisiones o el comportamiento de un lado impactan en la función de utilidad del otro lado, recíprocamente¹¹¹. Se ha denominado también a este tipo de estructuras como “matchmakers”¹¹², que literalmente significa casamenteros, refiriéndose a que estas plataformas facilitan la comunicación entre dos o más agentes que demandan algo y que se torna común gracias a este punto de encuentro.

¹¹⁰ ROCHET, Jean-Charles y TIROLE, Jean. 2003. Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association* 1, nº 4.

¹¹¹ RYSMAN, Marc. 2009. The Economics of Two-Sided Markets. *Journal of Economic Perspectives*. p. 125;

THÉPOT, Florence. 2012. Market Power in Online Search and Social-Networking: a Matter of Two-Sided Markets. *Centre for Law, Economics and Society*. p. 5.

¹¹² EVANS, David y SCHMALENSEE, Richard. 2016. Matchmakers, *The New Economics of Multisided Platforms*. Harvard Business Review.

Por ejemplo, Tinder¹¹³ es una aplicación que sirve de punto de encuentro para, primordialmente, dos grupos: hombres que buscan salir con mujeres y mujeres que buscan salir con hombres. Airbnb es una plataforma que conecta a personas que tienen habitaciones, casas o apartamentos disponibles, con personas que buscan hospedaje. Un periódico es una plataforma en que se encuentran, por un lado, las personas que lo leen para informarse y, del otro lado, los anunciantes que quieren publicitar sus productos o servicios, cuyo público será quienes lean el diario. Las revistas como Fashion, Vogue o Elle permiten a empresas cuyo público objetivo es principalmente personas que compran productos ligados a la moda, ocupar espacio publicitario en la revista para promocionar sus productos, conectando a las personas interesadas en moda con estos fabricantes y sus productos. Google conecta a usuarios en busca de información con anunciantes que ofrecen sus productos y servicios en espacios publicitarios del sitio web. Facebook¹¹⁴ obedece a una lógica similar, conectando avisadores con usuarios de esa red social. YouTube, de propiedad de Google, incluso tiene tres lados, pues conecta usuarios en busca de contenido audiovisual variado con usuarios que crean contenido o buscan una audiencia y a ambos con avisadores. En fin, los ejemplos son innumerables.

Una característica de estas plataformas de dos o más lados es que las elasticidades de las demandas están interconectadas¹¹⁵, produciendo un fenómeno conocido como *chicken & egg* o *problema del huevo o la gallina*¹¹⁶. Y también, por otra parte, los efectos indirectos de red, también conocidos como externalidades indirectas o efectos indirectos de red. Por su importancia, este concepto será desarrollado en detalle en el siguiente apartado. Sin embargo, para efectos de que la

¹¹³ <https://tinder.com/>

¹¹⁴ www.facebook.com

¹¹⁵ THÉPOT, Florence. Op. Cit. pp. 10 – 20.

¹¹⁶ Este es un problema que generalmente se observa en las plataformas de dos lados y que consiste en la disyuntiva sobre cuál lado de la plataforma atrae al otro, o sobre cómo se atrae público a una plataforma nueva cuya utilidad depende de la cantidad de personas la utilicen. Es decir, se trata de una cuestión relativa a los efectos de red, sobre cómo comienzan a producirse. Por ejemplo, cómo vender videojuegos para Atari si nadie ha comprado las consolas, o cómo vender consolas si existen pocos videojuegos compatibles. O bien, cómo puede Telegram atraer más usuarios si actualmente muy pocas personas lo utilizan. Véase: EVANS, David. 2002. The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. [en línea] <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022> [última consulta: 28/08/16].

explicación que sigue sea clara, por ahora simplemente diremos que un efecto de red puede ser directo o indirecto. En el primer caso, el valor de la plataforma se incrementa con cada nuevo usuario adicional del mismo grupo, como ocurre por ejemplo en el mercado de la telefonía, en que el teléfono es más útil para el usuario en la medida en que más gente lo utilice. En el segundo caso, ese valor se incrementa en la medida que aumente la demanda del otro lado. A su vez, estos efectos pueden ser positivos o negativos. Por ejemplo, cualquier tipo de plataforma que cuente con un exceso de avisadores y publicidad en uno de sus lados, va a afectar negativamente a los usuarios del otro lado, a quienes dicho exceso resulta molesto y por tanto la plataforma va a resultarles menos atractiva o útil.

Dado lo antes dicho, el análisis del poder de mercado en este tipo de estructuras reviste una mayor complejidad que en los mercados tradicionales. Lo anterior pues, desde la perspectiva del mercado relevante, no necesariamente hay un único mercado a analizar sino que podrían haber tantos mercados como demandas diferenciables (lados). Asimismo, la aplicación de técnicas o herramientas para determinar el poder de mercado debe hacerse cuidando el dar debida cuenta de los efectos indirectos de red que hemos mencionado.

En este punto, resulta conveniente detenerse en un planteamiento relevante en relación al número de mercados que pueden existir. Primero, debe explicarse que los mercados de dos lados¹¹⁷, pueden ser transaccionales o no-transaccionales¹¹⁸. Los primeros son aquellos en que, entre los agentes de ambos lados de la plataforma, se produce una transacción, como es el caso de las tarjetas de pago, que operan como un intermediador entre el comprador y el vendedor, para facilitar una transacción entre ambos, utilizando la tarjeta como medio de pago. Los segundos son aquellos en que, sin perjuicio de que las demandas de ambos lados de la plataforma están

¹¹⁷ Para todas las explicaciones que siguen, se utilizará la expresión “dos lados” solo para efectos de simplificar el análisis, entendiéndose siempre que un mercado o plataforma puede tener dos o múltiples lados. Lo anterior, salvo mención en contrario.

¹¹⁸ FILISTRUCCHI, Lapo, et al. 2014. Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice. [en línea] Journal of Competition Law and Economics, vol. 10, nº 2 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2240850> [última consulta: 14/03/18 pp. 300 – 322.

relacionadas, no se efectúan transacciones entre los agentes de ambos lados, como ocurre por ejemplo en el caso de los periódicos, en que la única transacción que existe es la compra del mismo, sin embargo, no existe operación alguna entre el avisador y el lector. Dicho de otra forma, en los mercados de dos lados de tipo transaccionales, existe una operación entre un agente de un lado y un agente del otro lado, sirviendo la plataforma de punto de encuentro o de intermediación; mientras que en los de tipo no-transaccionales, existen operaciones entre un agente del primer lado con la plataforma, y entre un agente del otro lado con la plataforma, pero no entre el agente de un lado con el del otro.

De este modo, lo que se plantea es que, en los mercados de dos lados del tipo transaccionales, solo existe un único mercado a definir, mientras que en los no-transaccionales, debe definirse dos mercados distintos e interrelacionados, siendo relevante nunca perder de vista dicha interrelación, de la que es necesario dar debida cuenta para realizar un análisis de libre competencia apropiado.

Así, para determinar el mercado relevante, podría inicialmente ser pertinente analizar la funcionalidad que ofrece la plataforma para los usuarios en cada lado de ella. Por ejemplo, en el caso de Google, se trataría de la demanda por información *online* (un lado) y por espacios de avisaje (el otro lado). Sin embargo, no resulta suficiente definir el mercado relevante así, porque encontraríamos absurdos como que Google está en el mismo mercado que una revista o un diario y a la vez competiría con sitios como Wikipedia. Por ello, esta definición inicial no parece lo suficientemente precisa.

Luego, existen propuestas¹¹⁹⁻¹²⁰ para aplicar el test SSNIP a mercados de dos lados. Al respecto, la aplicación del SSNIP, al considerar esencialmente la variable precio, puede no resultar útil, dado que muchas veces nos encontramos con que el

¹¹⁹ FILISTRUCCHI, Lapo. 2008. A SSNIP Test for Two-Sided Markets: The Case of Media. [en línea] NET Institute <<http://ssrn.com/abstract=1287442>> [última consulta: 28/08/16].

¹²⁰ EVANS, David y NOEL, Michael. 2007. Defining Markets that Involve Multi-Sided Platform Businesses: An Empirical Framework With an Application to Google's Purchase of DoubleClick [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1027933>> [última consulta: 28/08/16].

precio cobrado a los usuarios de al menos uno de los lados es cero, no siendo correcto afirmar en ese caso que el precio necesariamente refleja los costos de proveer el servicio¹²¹. No corresponde tratar estas fórmulas aquí en detalle pues revisten tecnicismos y complejidades que escapan al objeto de este ensayo. Sin embargo, nos detendremos en una de ellas, debido a que ha ido progresivamente cobrando peso y que se conoce como el test SSNDQ¹²², sigla en inglés que puede traducirse como una pequeña pero significativa y no transitoria disminución en la calidad.

Se trata de una adecuación del test SSNIP en que el precio es reemplazado por la calidad del producto o servicio como la variable esencial de evaluación. Su lógica puede ser claramente explicada en base al caso de Facebook. Se ha dicho¹²³ que una de las grandes cualidades de esta red social es su confiabilidad. Sus servidores rara vez colapsan, hay pocos problemas de inicio de sesión o con contraseñas y la protección del perfil propio sería relativamente alta. Facebook ha acostumbrado a sus usuarios a un cierto nivel de calidad. De esta forma, es posible preguntarse si en el caso de que Facebook sufriera, voluntariamente o no, un cierto detrimento en la calidad del servicio que ofrece por un período no transitorio, como si el servidor constantemente se cayera o si el sitio colapsara por el tráfico o estuviese frecuentemente en mantenimiento, los usuarios se cambiarían a otras redes sociales, como por ejemplo Google+¹²⁴ o Tumblr¹²⁵ o cualquiera otra. De ser ese el caso, dichas redes sociales se encontrarían en el mismo mercado relevante que Facebook.

Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, ciertamente que la sustituibilidad debe ser parte del análisis. Es necesario tomar cuenta de los posibles sustitutos para la plataforma entera, identificando el grupo de consumidores a que sirve, sus

¹²¹ WRIGHT, Julian. 2004. One-Sided Logic in Two-Sided Markets. *Review of Network Economics* 1, vol. 3. pp. 47 – 51.

¹²² Véase: EZRACHI, Ariel y STUCKE, Maurice. 2014. The Curious Case of Competition and Quality. [en línea] *Journal of Antitrust Enforcement*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 64/2014 <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2494656>> [última consulta: 05/12/17].

¹²³ GEBICKA, Aleksandra Y HEINEMANN, Andreas. 2014. Social Media & Competition Law. *World Competition* vol. 37, Nº 2. pp. 158 – 159.

¹²⁴ <https://plus.google.com>

¹²⁵ <https://www.tumblr.com/>

potenciales competidores y otros servicios que satisfagan la misma necesidad, habida consideración también de los equivalentes en versión material u *offline* si procediera¹²⁶.

También podría intentarse combinar los dos lados de la plataforma para lograr una definición del mercado relevante, pero eso no evita que a veces dos agentes económicos que, bajo esa lógica, son de dos mercados distintos, sean sustitutos para al menos uno de los lados. Luego, ello podría sub representar el mercado relevante. Por ejemplo, podría combinarse los dos lados de Facebook y decirse que el mercado relevante en que compite es el de redes sociales sustentadas en publicidad. Sin embargo, el hecho es que Facebook enfrenta competencia, por el lado de la publicidad, de parte de los diarios o de Google, entre muchos otros, que no son redes sociales sustentadas en publicidad, y quienes, bajo la lógica de un mercado con los lados integrados, quedarían excluidos del análisis¹²⁷.

En suma, la determinación del mercado relevante en el caso de estas plataformas presenta problemas principalmente en cuanto al establecimiento del producto o servicio, y también en cuanto al mercado geográfico. Lo anterior, especialmente tratándose de sitios web que tienen cobertura prácticamente global, lo cual ciertamente puede generar discusiones. A este respecto, puede señalarse que la determinación de áreas de operación sobre la base de la ubicación de los consumidores, al igual que en los mercados de un lado, es de importancia para establecer el mercado relevante. Sin embargo, en los mercados de dos o más lados, resulta aún más revelador el análisis sobre si los efectos indirectos de red dependen de la ubicación de los agentes de otros grupos. Entonces, por ejemplo, si los avisadores están predominantemente interesados en consumidores de una plataforma que residen en una determinada región, ello puede producir una correlativa segmentación del mercado por regiones, aun cuando los avisadores

¹²⁶ THÉPOT, Florence. Op. Cit. pp. 10 – 20.

¹²⁷ *Ibíd.*

puedan estar basados en diferentes lugares¹²⁸. Ante ello, cabe preguntarse entonces si el mercado geográfico de aquella plataforma debiera definirse en función del lugar en que se encuentren los avisadores, de los usuarios del o de los lados opuestos de la plataforma, de solo algunos, o de todos los anteriores.

No existe una respuesta unívoca y clara para realizar la tarea de definir mercados relevantes tanto de producto como geográficos para estos casos, pero existe vasta literatura al respecto, además de la ya citada¹²⁹, que permite aproximarse con mayor claridad al problema y que sirve de insumo para la posible creación de un método adecuado.

4.1.2. Relativización de las barreras de entrada y nuevas manifestaciones

Una segunda cuestión relativa a los mercados relevantes en mercados tecnológicos se relaciona con las barreras de entrada y la desafiabilidad de los mercados. Por un lado, encontramos nuevas circunstancias que constituyen barreras de entrada. Por ejemplo, a veces existe una capacidad instalada que para un nuevo competidor es difícil de replicar, como el diseño de un algoritmo o el desarrollo de la tecnología subyacente al producto o servicio de que se trate. Y no solo eso, además debemos tener en cuenta nuevamente los efectos indirectos¹³⁰ de red, por cuanto será difícil que los usuarios se desplacen desde la plataforma comúnmente usada a una nueva que comienza desde cero; en ello radica, por cierto, la importancia de la innovación, según se explicará más adelante. Los efectos de red que ya posee una plataforma de dos lados, pueden entonces constituir una barrera de entrada para una plataforma nueva. En esto influyen también factores conductuales como la

¹²⁸ RASEK, Arno y WISMER, Sebastian. 2017. Market definition in multi-sided markets. [en línea] OCDE <http://www.bundeskartellamt.de/DE/Internationales/OECD/oecd_artikel.html;jsessionid=62148035D7EFBFB0A746E45F528BD865.1_cid378> [última consulta: 15/03/2018] p. 13. Traducción propia.

¹²⁹ Entre otros, EVANS, David. 2009. Two-Sided Market Definition. [en línea] American Bar Association Section of Antitrust Law <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1396751> [última consulta: 25/10/16].

¹³⁰ Desde este punto, salvo indicación en contrario, la referencia a los efectos o externalidades de red debe entenderse hecha siempre a los del tipo indirecto.

familiaridad, comodidad y costumbre (los llamados sesgos que se mencionan más adelante). De esta forma, replicar el efecto sinérgico¹³¹ de los efectos de red de que ya gozan los participantes del mercado para un competidor nuevo no resulta sencillo, aun cuando el nuevo competidor incluso implemente un mejor diseño, un algoritmo más inteligente, o una plataforma más eficiente, y exista inclusive la posibilidad de utilizar las dos plataformas simultáneamente. Por ejemplo, en el pasado Google+ ya intentó competir con Facebook sin éxito. Aplicaciones como Telegram o Line están lejos de tener tanto tráfico como WhatsApp. Lo mismo en cuanto a los motores de búsqueda, donde Google tiene predominancia absoluta y está lejos de ser alcanzado por alguno otro, salvo casos locales muy particulares, como es el caso de Yandex en Rusia o Baidu en China. Esta es otra característica de estos mercados de dos lados y de las industrias de nuevas tecnologías en general, que normalmente la competencia que en ellos se produce es del tipo “*winner takes all*”, o el ganador se lo lleva todo, lo cual es consecuencia de los efectos de red que se da en los mismos y sobre lo cual volveremos más adelante. Y por último, puede constituir también una barrera a la entrada la información con la que cuenta un competidor ya existente, pues claramente, por ejemplo, cualquier red social nueva no tendrá nada de información respecto a los usuarios, en comparación con la enorme cantidad de datos que maneja Facebook, lo que entregará enormes ventajas al algoritmo y bases de datos de la empresa preexistente.

Y por otro lado, ocurre que las barreras de entrada pueden también relativizarse. Por ejemplo, según se mencionó previamente, podemos considerar lo que los ya citados Rochet y Tirole denominaron “multihoming”¹³², que consiste en la posibilidad de utilizar dos o más plataformas simultáneamente. Parece natural que los usuarios elijan una plataforma y se queden en ella, en vez de estar utilizando varias a la vez, pues no resulta eficiente. Sin embargo, nada les impide el uso simultáneo de otras plataformas, sobre todo si apuntan a públicos o áreas más acotados. Por ejemplo Facebook, Twitter¹³³ e Instagram¹³⁴ son redes diferentes y no es raro que las

¹³¹ Véase, infra, 145.

¹³² ROCHET, Jean-Charles y TIROLE, Jean. Op. Cit.

¹³³ <https://twitter.com/>

personas las utilicen todas a la vez. Y desde el otro lado, normalmente los anunciantes, la estrategia de *multihoming* es obviamente la regla general. Así, otra cualidad que se observa frecuentemente en estas plataformas es la no durabilidad de las elecciones¹³⁵. Elegir usar una red social u otra no implica ningún costo en el tiempo, a diferencia de comprar un automóvil o un televisor, en que se trata de decisiones con las que el consumidor tendrá que vivir un buen tiempo. En las industrias de nuevas tecnologías y negocios *online*, la competencia está, al menos teóricamente, “a un click de distancia”, como ha señalado reiteradamente Google a propósito de los cargos que formuló en su contra la Federal Trade Commission¹³⁶, y además en forma gratuita. Si a un usuario deja de agradarle una red social, por ejemplo, nada le impide cambiarse a otra distinta; el costo de transacción sería, en principio, cero, haciendo muy fácil la sustituibilidad y relativizando entonces el efecto de estos costos de cambio, y consiguientemente de las barreras de entrada como tradicionalmente las conocemos.

Sin perjuicio de ello, como se señaló, es natural que los usuarios sean leales a una plataforma más que nada por costumbre, desidia, por el efecto de red, o por lo que algunos autores han llamado el *sesgo del statu quo*¹³⁷. Ello no necesariamente implica que la plataforma que goza de popularidad entre los usuarios esté ejecutando conductas anticompetitivas tendientes a incrementar los costos de cambio de sus usuarios; es simplemente una realidad de la industria. Pero podría tratarse de tales conductas cuando se intenta hacer que la competencia no esté en realidad *a un click de distancia*, esto es, imponiendo artificialmente dificultades o costos a los usuarios; es decir, creando barreras artificiales de salida a los usuarios y, como correlato de lo anterior, barreras artificiales de entrada para competidores actuales o potenciales. Por ejemplo, no es tan sencillo eliminar definitivamente la cuenta de usuario de Facebook sin más, pues se exige cerrarla y no utilizarla para interactuar con servicios

¹³⁴ <https://www.instagram.com/>

¹³⁵ THÉPOT, Florence. Op. Cit. pp. 21.

¹³⁶ GOOGLE. Google Public Policy Blog. [en línea] <<https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html>> [última consulta: 24/11/16].

¹³⁷ SAMUELSON, William y ZECKHAUSER, Richard. 1988. Status quo bias in decision making. Journal of Risk and Uncertainty, vol. 1. pp. 7 – 59.

de terceros. Así, por ejemplo, el usuario que cierra la cuenta de Facebook se ve impedido de usar su cuenta de Tinder o 9gag o cualquiera otra aplicación o red social asociada (o los datos ya almacenados en éstas), y ello puede implicar un costo de transacción que el usuario no esté dispuesto a asumir. Aunque no necesariamente estos costos de cambio sean conductas anticompetitivas propiamente tales, ellas eventualmente podrían ser generadoras de barreras de entrada, toda vez que de ellas puede resultar la adquisición, incremento o mantención de una posición de dominio que posea ese agente económico titular de la plataforma, pudiendo ciertamente así ser objeto de atención para las autoridades de libre competencia.

En relación a lo anterior, existen planteamientos interesantes tendientes a impedir la formación de barreras de este tipo, y que tiene relación con la propiedad de los usuarios sobre sus datos personales e interacciones sociales, lo que se ha denominado *Social Graph*¹³⁸ o Diagrama Social, que comprende todas las conexiones digitales que genere un usuario. Se trata básicamente de la misma idea que la portabilidad numérica telefónica. Por ejemplo, si un usuario de Facebook pudiera cambiarse a Google+, y con ello trasladar y redirigir los mensajes y publicaciones que reciba de sus contactos de Facebook hacia su nueva red social, ello haría prácticamente nula la posibilidad de restringir la capacidad de los usuarios de cambiarse de plataforma sin sacrificio alguno. A la inversa, y utilizando nuevamente la analogía del caso de la comunicación telefónica, si los usuarios no fueran propietarios de sus interconexiones, se llegaría al absurdo (al menos bajo los estándares actuales) de que un cliente de una determinada compañía telefónica sólo podría utilizar su línea para hablar con usuarios de la misma compañía y no otra. Ello es lo que ocurre en plataformas como las redes sociales y ciertamente que el planteamiento mencionado es uno que conviene tener en consideración.

¹³⁸ ROLNIK, Guy y ZINGALES, Luigi. 2017. A Way to Own Your Social-Media Data. [en línea] New York Times <<https://www.nytimes.com/2017/06/30/opinion/social-data-google-facebook-europe.html>> [última consulta: 15/03/2018].

4.2. Poder de mercado y discusiones relevantes

Respecto al poder de mercado y su ejercicio, existen varios factores que hacen necesario un análisis más detallado en los mercados de nuevas tecnologías. Ya se ha hecho referencia a la reducción de los costos de cambio o de transacción para los usuarios. A continuación se explicarán los restantes.

4.2.1. Externalidades de red (directas e indirectas)

Una característica de las industrias de nuevas tecnologías en general, y de las plataformas de varios lados en particular, es que en ellas se generan efectos de red, que en dichas plataformas suelen ser recíprocos para cada lado. En economía, se llama efecto o externalidad de red a aquel efecto que produce un usuario de un bien o servicio en el valor de ese producto para otras personas. Hay efecto de red cuando el valor del producto (o, más propiamente, el bienestar que se deriva de su uso) para un usuario depende de la cantidad de usuarios del mismo que existan¹³⁹.

Estas externalidades pueden ser directas o indirectas¹⁴⁰, según si el efecto se produce, en términos de nuestro análisis, en el mismo lado o en el otro. Por ejemplo, Facebook es más valioso o útil en la medida en que tenga más usuarios, e inducirá a más personas a utilizarlo en lugar de otras redes sociales con menos usuarios como Google+ (sobre todo, recordemos, bajo el estado actual de cosas en que los usuarios no son propietarios de su Diagrama Social, según se explicó en el apartado anterior); tal sería un efecto directo. Por otro lado, entre más usuarios tenga Facebook, más conveniente es para los avisadores que quieran insertar publicidad en el sitio, al haber más público al que potencialmente pueden alcanzar que en otras redes como la ya mencionada; tal sería un efecto indirecto. Y también estas externalidades pueden ser negativas, por ejemplo en sitios como YouTube o Netflix, una gran

¹³⁹ SHAPIRO, Carl y VARIAN, Hal. 1999. Information Rules. Harvard Business School Press, Estados Unidos. p. 13.

¹⁴⁰ CLEMENTS, Matthew. 2004 Direct and Indirect Network Effects: Are They Equivalent? [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=313928>> [última consulta: 28/08/16].

cantidad de usuarios puede atraer una gran cantidad de avisadores, pero una gran cantidad de publicidad puede tornarse molesta y producir rechazo en el usuario e inducirlo a cambiarse a alguna otra plataforma en que exista menos publicidad. Es por ello que el diseño de la plataforma debe ser especialmente cuidadoso para lograr ser económicamente viable, pero al mismo tiempo prevenir que un exceso de demanda de un grupo genere externalidades negativas (indirectas) en el otro grupo, en atención a que las externalidades indirectas positivas no necesariamente son recíprocas o, siéndolas, no son equivalente para cada grupo de demanda, como es lo que ocurre con la publicidad.

Estas plataformas permiten a los consumidores de ambos lados internalizar estas externalidades positivas, disminuyendo los costos de transacción. A la inversa, el interactuar en forma bilateral y tradicional podría implicar un costo de transacción alto que haría imposible internalizar tal externalidad¹⁴¹. Utilizando un caso chileno, los costos que implica visitar diversas automotoras o propietarios particulares en busca del vehículo ideal son infinitamente superiores a los costos de utilizar el sitio web de Chileautos¹⁴² o Yapo¹⁴³ para el mismo fin. Del mismo modo, los costos que implica, por ejemplo, buscar e interactuar con personas solteras del mismo o distinto sexo en forma bilateral y una a la vez, exceden con creces los costos de utilizar una aplicación móvil al efecto, como Tinder.

De esta forma, los efectos de red facilitan la mantención o incremento del poder de mercado de quien goza de ellos por el efecto sinérgico que ellos producen¹⁴⁴, al maximizar, entre otros, el *feedback loop*¹⁴⁵ o efecto de retroalimentación. Resulta

¹⁴¹ EVANS, David y SCHMALENSEE, Richard. 2007. Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms. Competition Policy International, vol. 3. p. 154.

¹⁴² www.chileautos.cl

¹⁴³ www.yapo.cl

¹⁴⁴ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2016. The "Sharing" Economy: Issues Facing Platforms, Participants & Regulators: A Federal Trade Commission Staff Report. [en línea] <<https://www.ftc.gov/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission>> p. 26. [última consulta: 09/01/16].

¹⁴⁵ COLLYER, Kate, et al. 2017. Measuring market power in multi-sided markets. [en línea] OCDE <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)35/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)35/FINAL/en/pdf)> [última consulta: 15/03/2018]. pp 2 – 3.

entonces bastante difícil entrar a competir a un mercado y desafiar a un competidor que ya goza de estos efectos o externalidades de red. Por ende, el análisis del poder de mercado de un competidor debe ser dinámico y completo, dando debida cuenta de los efectos de red, especialmente indirectos, que puedan operar en el mercado de que se trate.

4.2.2. Ventaja del que se mueve primero

Se ha definido a la ventaja del que se mueve primero como la habilidad de empresas o agentes económicos pioneros para percibir un beneficio económico positivo, superior al costo del capital¹⁴⁶ y que normalmente será extraordinario; o como la habilidad de una empresa para obtener beneficios económicos superiores a sus competidores que se deriva del hecho de haber sido el primer oferente en el mercado de una nueva categoría de productos o servicios¹⁴⁷. Se trata de una circunstancia frecuentemente observable en las industrias de nuevas tecnologías, como ocurrió en su momento, por ejemplo, con Sony en el mercado de los reproductores de audio portátiles, o Amazon, hasta el día de hoy, en el de *e-commerce* o comercio electrónico.

Esta ventaja descansa sobre la base de una asimetría¹⁴⁸ que permite a su titular ser el primero en el mercado, gozando de cierta exclusividad, además de cierto prestigio que acarrea el ser el primero y, por ende, el más experimentado en la industria. Y en el caso de las plataformas que generan efectos de red, el que se mueve primero se hace de una base de usuarios que un competidor posterior quizás no podrá replicar, de lo cual se ve además beneficiado por los *feedback loops*. Esto tiene estrecha relación con la existencia de posibles barreras que dificulten la entrada de otros competidores, ya que si la entrada no reviste ninguna dificultad, claramente

¹⁴⁶ LIEBERMAN, Marvin, y MONTGOMERY, David. 1988. First-Mover Advantages. *Strategic Management Journal*, vol. 9. p.41.

¹⁴⁷ SUAREZ, Fernando, y LANZOLLA, Gianvito. 2005. The Half-Truth of First-Mover Advantage. [en línea] *Harvard Business Review*. <<https://hbr.org/2005/04/the-half-truth-of-first-mover-advantage>> [última consulta: 28/08/16].

¹⁴⁸ LIEBERMAN, Marvin, y MONTGOMERY, David. Op. Cit. p. 42.

no habría ventajas en ser el primero, más que las utilidades extraordinarias que pudiera obtenerse del tiempo que el agente económico goce siendo el primero y único en el mercado.

Por ello, las ventajas de ser el primero no nacen necesariamente de este solo hecho, sino que en combinación con alguna o varias circunstancias. Así, algunos autores¹⁴⁹⁻¹⁵⁰ han identificado fuentes de estas ventajas. Entre ellas puede señalarse un liderazgo tecnológico del agente económico, que puede materializarse en su inversión en investigación y desarrollo, o por ser el titular de patentes, lo cual resulta evidente; o bien porque logra mantener el denominado modelo de la curva de aprendizaje¹⁵¹, conforme al cual los costos unitarios de producción disminuyen en la medida que aumenta la misma. Esto es, si este primer competidor “logra mantener esta estructura y su liderazgo en las cuotas de mercado, ello puede generar barreras de entrada”¹⁵², toda vez que los posteriores entrantes al mercado no podrán igualar dichos costos, y por ende correlativamente los precios, de inmediato. Se trata entonces simplemente de una ventaja de tiempo en función de una regla general de la ciencia económica. En este mismo sentido, la entrada temprana al mercado podrá permitirle al pionero aprovechar este tiempo para desarrollar y acumular conocimientos técnicos, con los cuales los nuevos entrantes probablemente no contarán. Similar a lo anterior, cuando se trata de la creación de un algoritmo¹⁵³, éste se va alimentando de la información que se le suministra, adquiriendo con el transcurso del tiempo cada vez más valor, teniendo en cuenta además los *feedback loops* que se produjeren.

Los costos de transacción (fundamentalmente de cambio) para el consumidor también pueden dar lugar a una ventaja para el primer entrante, en la medida en que, cuando estos existen y son considerables, los posteriores competidores

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ SUAREZ, Fernando, y LANZOLLA, Gianvito. *Op. Cit.*

¹⁵¹ LIEBERMAN, Marvin, y MONTGOMERY, David. *Op. Cit.* p.42.

¹⁵² SPENCE, Michael. 1981. *The Learning Curve and Competition*. *The Bell Journal of Economics*, vol. 12. p. 57. Traducción propia.

¹⁵³ Véase, *supra*, 8.

necesariamente deberán destinar recursos a atraer a los consumidores y desviar la demanda en su favor, alejándola del primer entrante al mercado¹⁵⁴. Así, por ejemplo, el primer entrante ya habrá creado una base estable de consumidores para cuando entren posteriores competidores, y dichos consumidores pueden no estar dispuestos al cambio sea por la inconveniencia, por los costos asociados o por sus sesgos de *status quo*. Incluso en ciertos casos los consumidores pueden haber realizado ciertas inversiones para adaptarse al producto o servicio ofrecido por el agente económico pionero, como el haber comprado la consola de videojuegos Atari, que ciertamente resultó en su momento en una renuencia a comprar la consola PlayStation una vez que fue lanzada al mercado.

O bien, el pionero del mercado puede intencionalmente aprovechar su ventaja temporal e invertir en beneficios para su clientela que hagan que los consumidores no estén dispuestos a abandonarlos por el producto o servicio sustituto ofrecido por el competidor, sobre todo si se trata de un mercado o una plataforma en que se producen efectos de red¹⁵⁵, tanto directos como indirectos, con todas las implicancias que hemos analizado anteriormente. Aquí puede surgir entonces una preocupación respecto de la tutela de la libre competencia, toda vez que el primer competidor puede ejecutar acciones tendientes a incrementar artificialmente los costos de cambio, lo que se traduce correlativamente en barreras de entrada artificiales, según ya se ha explicado en el apartado anterior.

Del mismo modo, parece natural que las autoridades de libre competencia pongan especial atención a aquellos agentes económicos que ostenten la calidad de ser el primer entrante al mercado, toda vez que existe la posibilidad de que las ventajas que dicha calidad les confiere deriven en la creación de una posición de dominio. Sin perjuicio de ello, la evaluación de la calidad de un agente económico de haber sido el primero debe ser también cuidadosa. Por ejemplo, se ha señalado muy

¹⁵⁴ LIEBERMAN, Marvin y MONTGOMERY, David. Op. Cit. p. 46.

¹⁵⁵ OCDE. 1996. Application of Competition Policy to High Tech Markets [en línea] Competition Law and Policy OECD. < <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920091.pdf> > [última consulta: 02/12/16] pp. 19 – 20.

ilustrativamente, respecto de Google¹⁵⁶ antes de la decisión de la Comisión Europea, que “la posición de Google como primer entrante al mercado deberá ser evaluada por la Comisión Europea y tomada en cuenta para evaluar su poder de mercado. Este poder de mercado se deriva principalmente del hecho de que, como motor de búsqueda, Google fue el primero en su clase debido a su innovadora tecnología de indexación ‘Page Rank’. Podría alegarse que condenar a Google por abuso de posición dominante se reduce entonces a castigar a una empresa pionera por hallar un espacio en el mercado”¹⁵⁷.

Lo que se intenta ilustrar con la cita anterior es que la calidad de primer entrante a un mercado confiere ventajas naturales que no necesariamente serían en sí mismas reprochables. Es decir, en un análisis estructural, es discutible que las ventajas del que se mueve primero sean contrarias a la libre competencia de por sí, como ocurre con cualquier análisis de posición dominante, que en sí misma no es ilícita. Sin perjuicio de ello, bajo un análisis conductual, ciertamente que sería reprochable el ejercicio abusivo de estas ventajas por ejemplo para alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio.

4.2.3. “Tipping”, saturación y competencia del tipo “winner takes all”.

Las externalidades de red pueden provocar que un mercado se sature con unos pocos o incluso con solo un agente económico. Los efectos de retroalimentación (*feedback loops*) que pueden surgir cuando existen externalidades indirectas de red

¹⁵⁶ En este caso se denunció la práctica consistente en que cuando un usuario utilizaba Google para buscar productos tiendas virtuales, éste otorgaba una posición privilegiada a su propio sitio de compras de forma sistemática, en perjuicio de sus competidores, por lo que finalmente se le condenó.

¹⁵⁷ VAN LOON, Sophie. 2012. The Power of Google: First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position? En: Lopez-Tarruella, Aurelio. Google and the Law. [en línea] Information Technology and Law Series, vol. 22, pp. 9 – 36.
<http://www.springer.com/cda/content/document/cda_downloaddocument/9789067048453-c2.pdf?SGWID=0-0-45-1307155-p174275762> [última consulta: 02/12/16] pp. 10 – 11. Traducción propia.

intensas, implican que los mercados de varios lados tienden a ser relativamente concentrados¹⁵⁸.

Lo anterior puede ser contrarrestado entre más diferenciado sea el servicio ofrecido por las plataformas competidoras y entre más tiendan los usuarios al *multihoming*. Sin embargo, el *singlehoming* por parte de los usuarios de un lado, es decir, el uso de una sola plataforma (esto es, que existen varias plataformas competidoras y cada usuario utilice solo una de ellas), tenderá a resultar en que los usuarios del otro lado de la plataforma sigan la estrategia del *multihoming*. Luego, si se produce este *singlehoming* en pocas plataformas del mercado, ello conduciría a que el mercado se “vuelque” hacia dichas plataformas y se sature, a pesar de que del otro lado del mercado se produzca *multihoming*, porque ocurriría igualmente solo entre esas mismas plataformas. Por lo tanto, la extensión de *singlehoming* por parte del lado del mercado con la demanda más elástica tenderá a ser la que conducirá a lo que se conoce como “*tipping*”¹⁵⁹, que se refiere a la situación en que un mercado se concentra y satura con pocos agentes económicos, debido a los efectos indirectos de red, que generan *feedback loops* y que hace que los usuarios y la demanda se vuelquen hacia esta única o estas pocas plataformas, no haciéndose viable la existencia de numerosos agentes económicos en el mercado de que se trate.

Una vez que un mercado se produce el *tipping*, el comportamiento conjunto de los usuarios de ambos lados de la plataforma puede llevar a que el poder de mercado de la plataforma se asiente. Puede requerirse coordinación considerable por los consumidores y agentes de ambos lados para cambiarse de una plataforma a otra para restablecer la competencia. Tal coordinación parece poco probable en ausencia de cambios tecnológicos de consideración en el sector. Por estas razones, establecer si existe una ventaja del que se mueve primero puede ser importante en la identificación de un poder de mercado actual y la potencial longevidad y sostenibilidad del mismo.

¹⁵⁸ COLLYER, Kate, et al. op.cit. p. 4.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

La idea del *tipping* en los mercados, según se mencionó, ha sido definida en relación a aquellos en que se producen efectos de red. “Debido a los fuertes elementos de retroalimentación positiva, los mercados de sistemas son especialmente tendientes al *tipping*, que es la tendencia de un sistema para sobrepasar a sus rivales en popularidad una vez que ha obtenido un impulso inicial”¹⁶⁰.

Se ha señalado también que este fenómeno ocurre cuando la nueva tecnología o el agente económico de que se trate “ha tomado una porción del mercado tan grande que las redes competidoras no tienen suficientes miembros para ser viable”¹⁶¹, entendiendo red como “cualquier mercado en que el consumo de un bien por un consumidor tiene un impacto positivo en el valor del consumo de ese bien para otro consumidor”¹⁶².

Como puede apreciarse entonces, la idea del *tipping* en los mercados guarda estrecha relación con los efectos de red y está esencialmente asociada a las industrias de nuevas tecnologías. Este fenómeno es de interés para el derecho de la libre competencia en la medida en que en los mercados que son susceptibles al *tipping* existe la potencialidad e incentivo para que los agentes económicos inicien una férrea competencia, pudiendo incluso incurrir en prácticas anticompetitivas a fin de provocar, en su beneficio, el fenómeno del *tipping* en el mercado.

Para graficar la importancia de este fenómeno para la tutela de la libre competencia, basta referirnos brevemente al caso *United States v. Microsoft Corp*¹⁶³.

¹⁶⁰ KATZ, Michael y SHAPIRO, Carl. 1985. Network Externalities, Competition, and Compatibility. The American Economic Review, vol. 75. pp. 105 – 106.

¹⁶¹ SCHANZENBACH, Max. 2002. Network Effects and Antitrust Law: Predation, Affirmative Defenses, and the Case of U.S. v. Microsoft. [en línea] Stanford Technology Law Review. <<https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-technology-law-review/online/schanzenbach-network-effects.pdf>> párrafo 26. [última consulta: 02/12/16].

¹⁶² *Ibíd.* párrafo 2.

¹⁶³ Este caso fue iniciado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos en contra de Microsoft Corporation debido a que Microsoft ofrecía como un solo producto su sistema operativo Windows, donde gozaba de gran poder de mercado, con su navegador Internet Explorer.

Se ha señalado que para demostrar que Microsoft había incurrido en prácticas predatorias, “el Estado debía demostrar que Microsoft efectivamente, o al menos tuvo la intención de *inclin*ar el mercado de los navegadores de internet” y que dicha *inclinación* “fuera el resultado de prácticas anticompetitivas por parte de Microsoft como la exclusión de Netscape y Java por incompatibilidad, ventas atadas, pactos de exclusividad o precios predatorios”¹⁶⁴. Se trata entonces de que el *tip* de un mercado puede deberse a una legítima competencia, como ocurrió por ejemplo con el formato VHS que dejó atrás a Betamax en el mercado de los sistemas de audio y video, pero también puede ir envuelta en ella la ejecución de maniobras anticompetitivas, abusos exclusorios o explotativos, prácticas predatorias, creación de barreras artificiales o cualquiera otra tendiente a alterar el mercado en beneficio propio, en base a la potencialidad de que se produzca el *tip* en el mercado en cuestión. Cabe tener presente y recordar que, como se señaló anteriormente, estos efectos pueden contrarrestarse, sin embargo ello es poco probable en ausencia de cambios tecnológicos de consideración en el sector de que se trate. Así, reiterando el ejemplo anterior, la innovación y los cambios en la tecnología hicieron que finalmente el formato VHS también fuera abandonado, en pos de sistemas más avanzados.

Asimismo, los mercados tecnológicos se caracterizan también por ser del tipo “winner takes all”¹⁶⁵, es decir, que el competidor que logre imponerse al resto normalmente pasará a ser el máximo referente en el mercado, especialmente cuando han operado ventajas del que se mueve primero, cuando existen externalidades de red y cuando se ha producido el *tip* del mercado. En otras palabras, el resultado será entonces que el competidor que logre que su red o producto se masifique al punto que el resto se torne inviable, quedando excluidos o marginalizados, pasará a dominar el mercado. El desafío que queda entonces para el derecho de la libre competencia es el de cómo regular estas estructuras en que el poder de mercado se crea casi naturalmente como resultado final del juego de la competencia y cómo

¹⁶⁴ SCHANZENBACH, Max. 2002, op cit. párrafo 102. Traducción propia.

¹⁶⁵ KUCHINKE, B., y VIDAL, M. 2016. Exclusionary strategies and the rise of winner-takes-it-all markets on the Internet. [en línea] Telecommunications Policy. <<https://doi.org/10.1016/j.telpol.2016.02.009>> [última consulta: 02/12/16]

cuidar que los agentes económicos no incurran en prácticas anticompetitivas en estos mercados tan proclives a las mismas.

4.3. Eficiencia Dinámica

La eficiencia dinámica se relaciona estrechamente con la innovación. Como puede intuirse del nombre dado a este concepto, se refiere a la capacidad de un agente de mantener la eficiencia productiva a través del tiempo, reduciendo cada vez más sus costos, lo cual, a través del tiempo, típicamente se llevará a cabo mediante la introducción de nuevos procesos productivos o de avances tecnológicos¹⁶⁶⁻¹⁶⁷.

La innovación es un factor relevante que es de la esencia de las industrias de nuevas tecnologías y que guarda una relación cercana con las consideraciones tratadas en los apartados anteriores. Basta con mirar, por ejemplo, el caso de la industria de las telecomunicaciones y su evolución desde el telégrafo hasta la mensajería electrónica instantánea.

Schumpeter destacó el rol de la concentración de mercado en la promoción de innovación. Él describió el capitalismo como un sistema que se desenvuelve y desarrolla en una serie con períodos de “destrucción creativa”, en que “nuevas tecnologías reemplazan las antiguas”¹⁶⁸. Señaló que un mercado de competencia perfecta es inferior en eficiencia interna, especialmente tecnológica, a un mercado concentrado¹⁶⁹. Y así, planteó que monopolistas y grandes empresas son más innovadores que los agentes en un mercado de competencia perfecta¹⁷⁰.

¹⁶⁶ HUERTA DE SOTO, Jesús. 2009. *The Theory of Dynamic Efficiency*. Taylor & Francis, Nueva York. 359 p.

¹⁶⁷ ABEL, Andrew et al. 1986. *Assessing Dynamic Efficiency: Theory and Evidence*. Working Paper 2097. [en línea] *Review of Economic Studies*, Vol. 56, N° 1, pp. 1-20. <<http://www.nber.org/papers/w2097>> [última consulta: 02/12/16].

¹⁶⁸ SCHUMPETER, Joseph. 1942. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. 3ª Ed, Londres, George Allen and Unwin, 1976. p. 83.

¹⁶⁹ *Ibíd.* p. 106.

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 81 – 106.

Ello tiene diversas explicaciones. Empresas más grandes tienen mayor posibilidad de financiar proyectos de investigación y desarrollo. Su posición dominante puede ser vista como una ventaja en el sentido de que tendrán menos temor a sus competidores, quienes, dada la carencia de la misma reputación, capacidad instalada y poder, probablemente no podrán emular y comercializar con éxito el nuevo bien o el nuevo proceso productivo de este monopolista innovador¹⁷¹.

Kenneth Arrow sostuvo la tesis contraria. Según él, los mercados competitivos favorecen la innovación mejor que aquellos concentrados. El monopolista tiene menos incentivos para innovar porque tiene menos que ganar con ello¹⁷². La empresa dominante podría invertir grandes cantidades de dinero en mejorar la calidad, bajar costos o crear un nuevo producto, pero el resultado de ello no serían tantos más beneficios o utilidades, ya que este monopolista ya posee tanto poder como puede tener, es decir, el incremento marginal que tal innovación podría proveerle, no sería mucho. Por ejemplo, imaginemos que en el mercado de los teléfonos celulares existe una gran empresa dominante y varios otros fabricantes pequeños con participaciones de mercado ínfimas. Si este fabricante dominante invierte en desarrollar un equipo nuevo y mejor, la diferencia probablemente no será mucha, toda vez que ya posee una posición dominante, ya es para los consumidores el máximo exponente de los teléfonos celulares y esta innovación lo va a mantener exactamente en el mismo lugar. En otras palabras, el razonamiento de Arrow es que el monopolista o quien domine el mercado ya extrae la máxima renta posible y por lo tanto no tiene incentivo alguno a innovar.

Existe también una tesis, más cercana a la de Arrow, que plantea una “relación de U invertida” entre innovación y competencia. Ésta, junto a los planteamientos

¹⁷¹ BAKER, Jonathan. 2007. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. *Antitrust Law Journal* N°3, vol. 74, American Bar Association. p. 578.

¹⁷² ARROW, Kenneth. 1962. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. *En*: NBER. *The Rate and Direction of Inventive Activities: Economic and Social Factors*. Estados Unidos, Richard Nelson. p. 609.

antes descritos, puede revisarse con mayor detención en la obra de Aghion y otros¹⁷³.

Estos distintos planteamientos son susceptibles de críticas. Si bien Schumpeter acierta en que un monopolista tiene grandes ventajas para invertir en investigación y desarrollo, también es cierto que ya teniendo una posición dominante, no parece haber buenas razones para hacerlo, como señalaba Arrow. Es decir, no necesariamente por regla general el monopolio da lugar a un ambiente favorable a la innovación. Sin embargo, no podemos obviar elementos de la naturaleza humana como son los incentivos, que se traducirían por ejemplo en el deseo de perpetuar tal posición de dominio mediante la innovación. No puede ignorarse tampoco el hecho de que el monopolista perfectamente puede querer innovar en su modelo de producción con el fin de incrementar sus utilidades mediante la reducción de costos o precaver de mejor manera una competencia potencial. En otras palabras, Arrow parece errar al aseverar que el monopolista ya está en su mejor posición posible; por el contrario, siempre es posible aspirar a más o invertir inclusive para mantener una posición que pudiera ser desafiada por otros.

En suma, la crítica que surge respecto a estas dos posiciones sobre el monopolio como estructura de mercado es que no son absolutas. Es decir, no necesariamente el monopolio incentiva la innovación mejor que un mercado desconcentrado y tampoco necesariamente el monopolista carece de incentivo alguno para innovar.

Lo que sí resulta correcto, a la inversa, es que un mercado competitivo, independientemente de su estructura, propende a la innovación, por cuanto los competidores querrán siempre destacar de alguna manera, captar la mayor demanda posible y fortalecer su posición en el mercado, y ello puede lograrse no solo mediante aumento de producción y reducción de costos y precios, sino que además por vía de la innovación. Quien innove, a todas luces y lógicamente adquirirá una

¹⁷³ AGHION, Phillipe, et al. 2005. Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 120, No. 2. Oxford University Press.

ventaja competitiva, sobre todo si tomamos en cuenta lo ya señalado respecto a los “*tipping points*”, a las externalidades de red y a las ventajas del que se mueve primero. Esto es algo que necesariamente ocurre, es competencia en su noción más básica con aplicación a la innovación.

Corresponde entonces referirnos a las implicancias que esto tiene a la luz del derecho de la libre competencia y en relación con el poder de mercado. Habida consideración de lo anteriormente dicho, podría decirse que un competidor desafiante será más innovador, o que un mercado poco concentrado será más propicio a la innovación. Se ha dicho que el derecho de la libre competencia debiera tener como uno de sus motivos y efectos la promoción de la innovación¹⁷⁴. Algunos ejemplos de ello son: la prohibición y sanción de acuerdos para no invertir en investigación y desarrollo¹⁷⁵, pues en el fondo es una práctica concertada destinada a eliminar competencia. También el control de fusiones y adquisiciones que reduce la cantidad de potenciales innovadores cuando ya existen pocos en el mercado de que se trate¹⁷⁶⁻¹⁷⁷, habida consideración, a su vez, de las eficiencias que pudiera generar la fusión. Y en general, sanciones por cualquier acto contrario a la libre competencia que impliquen dificultar o hacer más costosa la innovación de parte de quien ostente una posición dominante.

Parece natural entonces que el derecho de la libre competencia analice con recelo el poder de mercado o la concentración no solo con miras al funcionamiento correcto de la dinámica económica sino que también para favorecer la innovación, que es además, y en lo que interesa para efectos de este trabajo, tan propia y característica de las industrias de nuevas tecnologías.

¹⁷⁴ BAKER, Jonathan. Op. Cit.

¹⁷⁵ United States v. Automobile Manufacturers Association, 307 F. Supp. 617 (C.D. Cal. 1969).

¹⁷⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. Innovation Markets in Merger Review Analysis: The FTC Perspective [en línea]. <<https://www.ftc.gov/public-statements/1996/02/innovation-markets-merger-review-analysis-ftc-perspective>> [última consulta: 28/08/16].

¹⁷⁷ GILBERT, Richard y SUNSHINE, Steven. 1995. Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets. Antitrust Law Journal, vol 63. American Bar Association.

Como ya se ha mencionado en la segunda parte de este trabajo, la relevancia de las eficiencias para el análisis de libre competencia es manifiesta, especialmente para el estudio de las operaciones de concentración. En las industrias de nuevas tecnologías, la eficiencia dinámica cobra mayor relevancia. Como bien señala la Fiscalía Nacional Económica, una empresa con capacidad de innovación requiere especial atención cuando se trata de este tipo de operaciones¹⁷⁸, lo cual implica que la concentración sumada a esta capacidad, tienen la aptitud de conferir poder de mercado. A su vez, el TDLC, como ya se explicó, enuncia como una fuente del poder de mercado la capacidad de expandirse a otros nichos del mercado, y evidentemente que ella envuelve una capacidad creativa que podemos razonablemente asimilar a la innovación. En otras palabras, la capacidad innovadora de un competidor puede constituir una fuente de poder de mercado, dadas las circunstancias adecuadas.

Pero por otro lado, en el análisis de estas operaciones, puede en ciertos casos estimarse que podrían generarse eficiencias de carácter dinámico, contribuyendo entonces al beneficio social y operando como un contrapeso que compense los efectos anticompetitivos de las mismas. Es decir, la eficiencia dinámica debiera ser parte del análisis de las eficiencias al momento de evaluar los efectos anticompetitivos de ciertos hechos o conductas, particularmente en materia del análisis de operaciones de concentración o acuerdos de colaboración.

¹⁷⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía para el análisis de operaciones de concentración. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>> p. 14 [última consulta: 02/12/2016].

5. CUARTA PARTE: Aplicación práctica a industrias de nuevas tecnologías

Habiéndose desarrollado el problema en su parte conceptual o general, resulta interesante evaluarlo desde una dimensión práctica o específica. Es decir, en su aplicación a un mercado o agente económico en concreto. Con esto se busca dar cuenta de la importancia, y la dificultad, para evaluar el poder de mercado de un agente económico en industrias con un fuerte componente basado en las nuevas tecnologías.

Con este fin, resulta conveniente evaluar plataformas asociadas a la llamada economía colaborativa. Estas nuevas estructuras han cobrado especial relevancia en el último tiempo en el estudio de la economía y la libre competencia. Ellas han sido descritas como economía de colaboración (*sharing*), colaborativa, de “par a par”, o consumo colaborativo¹⁷⁹, y han estado bajo observación en el debate regulatorio por sus varias implicancias competitivas respecto de la provisión tradicional de servicios similares o sustitutos.

Últimamente han surgido plataformas para el desarrollo de este modelo de economía de colaboración bajo la forma de aplicaciones móviles o sitios web. Dado su impacto en varias dimensiones y su uso en distintas partes del mundo, dos de las plataformas de *sharing* más conocidas son, principalmente, Uber y Airbnb. Estas plataformas presentan a su vez la característica de participar en mercados de dos o más lados¹⁸⁰. Son además bastante populares, pues permiten a oferentes y usuarios interactuar con mucha facilidad. Finalmente, son convenientes porque permiten aprovechar capacidad ociosa, como una habitación de sobra o un automóvil poco utilizado. Tales cualidades propenden a la generación de efectos indirectos de red,

¹⁷⁹ DYAL-CHAND, Rashmi. 2015. Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System [en línea] Tulane Law Review. pp. 241-309 <<http://ssrn.com/abstract=2743959>> [última consulta: 28/08/16].

¹⁸⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2016. The "Sharing" Economy: Issues Facing Platforms, Participants & Regulators: A Federal Trade Commission Staff Report. [en línea] <<https://www.ftc.gov/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission>> p. 26. [última consulta: 09/01/16].

los que, como ya se analizó, pueden facilitar el incremento de la participación y poder de mercado de un agente en la industria respectiva.

A estas plataformas normalmente se les ha reprochado el incurrir en prácticas de competencia desleal, como el caso de Uber¹⁸¹ o Airbnb¹⁸², principalmente porque tienen la facilidad de no cumplir con ciertos estándares regulatorios o tributarios. Un ejemplo son los permisos administrativos con que debe contar un taxi o un hotel para funcionar, los que, en el caso de los vehículos adscritos a Uber o los inmuebles o habitaciones ofrecidos en Airbnb, no necesariamente se requieren. Sin embargo, podría plantearse que tal reproche no procedería, toda vez que estas plataformas no son propiamente un competidor con los proveedores en versión *offline*, sino que simplemente son un proveedor o administrador de una aplicación o sitio web. Así, por ejemplo, se discute si Uber es en realidad un servicio de taxis que emplea a cientos de conductores o bien es únicamente un desarrollador y operador de una aplicación¹⁸³, o si acaso Airbnb es una cadena hotelera, una corredora o un proveedor de sitio web. También podría plantearse la interrogante sobre si acaso Uber es realmente un ejemplo de economía colaborativa, debido a que el modo como está estructurada la aplicación para conductores y la interacción entre los usuarios de ambos lados, es diferente a como ocurre por ejemplo en BlaBlaCar¹⁸⁴ o en Waze Carpool¹⁸⁵. A saber, Uber no permite a los conductores conocer la ruta o el destino de los pasajeros sino una vez aceptado el viaje, en cambio en las otras, la interacción se basa justamente en hacer conocido el punto de partida, la ruta y el destino, lo que es de la esencia a fin de establecer una compatibilidad entre los usuarios conectados, cuya finalidad es reducir gastos, realizar viajes eficientes, colaborar con la descongestión vial y la reducción de la contaminación ambiental.

¹⁸¹ Véase: Diario La Tercera <<http://www.latercera.com/noticia/ministro-de-transportes-por-uber-es-una-competencia-desleal-y-no-deberia-estar-permitido/>> [última consulta: 28/12/16].

¹⁸² Véase: El País <http://economia.elpais.com/economia/2016/04/14/actualidad/1460620718_189942.html> [última consulta: 28/12/16].

¹⁸³ Véase: RUSSO, Francesco y STASI, Maria Luisa. 2016. Defining the relevant market in the sharing economy. [en línea] Internet Policy Review <<http://policyreview.info/articles/analysis/defining-relevant-market-sharing-economy>> [última consulta: 28/12/16].

¹⁸⁴ <https://www.blablacar.com/>

¹⁸⁵ <https://www.waze.com/es/carpool>

Así, la estructura del primero parece más bien destinada a proveer un servicio de transporte, con la finalidad de intercambiar dinero por un servicio de transporte, mientras que la segunda propende más a la colaboración entre pares con los mismos intereses. Hay entonces en todo lo antes dicho, desde la perspectiva de libre competencia, un problema de determinación del mercado relevante, que ciertamente pasa por la manera de interpretar el alcance de estas plataformas o aplicaciones. Las características de estas plataformas que materializan la economía de colaboración hacen que resulte problemática la definición del mercado relevante, a la vez que suscitan desconfianza o preocupación sobre el eventual poder de mercado que podrían adquirir y ejercer sus actores.

Hecha esta introducción, para el análisis que sigue se tomará como referencia concreta a Airbnb. En términos simples, Airbnb permite conectar a personas que tienen habitaciones, casas o apartamentos disponibles con personas que buscan hospedaje. De esta manera, los efectos directos de red en su caso no juegan un rol tan relevante como sí lo tienen los efectos indirectos de red, en este caso positivos, toda vez que entre más anfitriones tenga Airbnb, más útil resulta la plataforma para quienes buscan hospedaje, y viceversa. Las externalidades de red directas importan para el caso de Airbnb, como en general en toda industria de nuevas tecnologías, en la medida en que cuente con una masa crítica total de usuarios, lo cual implica que para que la entrada al mercado sea viable, la nueva plataforma deberá primero alcanzar esta masa crítica para tener la oportunidad de competir eficazmente¹⁸⁶. Teóricamente, según ya se ha explicado, esto puede constituir una barrera a la entrada que incida en el eventual poder de mercado de esa plataforma. Basta con considerar el hecho de que Airbnb cuenta con una gran cantidad anfitriones ubicados en diversas partes del mundo (y con un conjunto de arrendatarios que utiliza dicha plataforma por defecto), ofreciendo además diversos tipos de habitaciones o inmuebles, lo cual ciertamente podría considerarse una masa crítica difícilmente

¹⁸⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. 2016. Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. [en línea] <http://www.bez.es/images/carpeta_gestor/archivos/RESULTADOS_PRELIMINARES.pdf> p.33. [última consulta: 28/12/16].

replicable por un competidor de esa plataforma. En lo que sigue, se analiza si este supuesto es correcto o no.

Se ha señalado anteriormente que en las industrias de nuevas tecnologías la variable precio pierde relevancia para los usuarios de un lado (usualmente los consumidores) en comparación a los mercados tradicionales, pues muchas veces el precio es cero o cercano a cero para uno o más de los lados, al igual como ocurre con los costos marginales de proveer el servicio. Aquí es necesario distinguir previamente respecto a lo que se cobra en Airbnb. Por un lado está el precio que debe pagar el huésped por el alojamiento, que es fijado por el anfitrión conforme a criterios de mercado propios de industrias tradicionales (precio por noche, gastos de limpieza y tarifa por huésped adicional) y, por otro lado, se encuentra la tarifa de servicio que Airbnb cobra a ambos tipos de usuarios. En el caso del anfitrión, ese cobro es actualmente un 3% del precio, lo que buscaría cubrir los costos de procesar el pago que hace el huésped; y, en el caso del último, entre un 6% y 12%, dependiendo del valor total de la reserva¹⁸⁷.

De esta manera, para determinar el mercado relevante al cual pertenece Airbnb, en principio no parecería razonable (con una salvedad que se analizará más adelante), considerar los precios de arriendo de las habitaciones o inmuebles en sí mismos, ya que ellos son fijados por los dueños de los inmuebles y no por Airbnb. Lo mismo podría decirse, por ejemplo, respecto de la plataforma Chileautos en que el precio de los vehículos es fijado por los dueños de éstos, teniendo la plataforma incidencia sólo en la determinación de la comisión del 1% del precio de venta que cobra a los usuarios vendedores¹⁸⁸.

En consecuencia, si quisiera intentarse dar aplicación al test SSNIP a fin de evaluar la elasticidad de la demanda y la sustituibilidad del servicio que provee a

¹⁸⁷ Según aparece en sus sitios web: <https://www.airbnb.cl/help/article/104/what-are-guest-service-fees> y <https://www.airbnb.cl/help/article/63/what-are-host-service-fees> [última consulta: 28/12/16].

¹⁸⁸ Según aparece en sus términos y condiciones: <https://www.chileautos.cl/publicar/paso1> [última consulta: 05/01/17].

ambos tipos de usuarios –y ello puede hacerse dado que, por bajo que sea en un lado, existe un precio en cada lado– el análisis de un hipotético incremento pequeño pero significativo debiera realizarse sobre las tarifas de servicio de Airbnb tanto a huéspedes como anfitriones. Así, por ejemplo, podría ocurrir que al aplicar el test, la demanda, que puede materializarse en el tráfico o en la cantidad de reservas concretadas, se desvíe en favor de otros servicios o plataformas como Booking.com¹⁸⁹, TripAdvisor¹⁹⁰, Despegar.com¹⁹¹, u hoteles o servicios de alojamiento tradicionales, en cuyo caso pasarían a integrar el mismo mercado relevante. El mismo test podría dar indicios sobre si acaso Airbnb tiene o no poder de mercado en el caso en que el aumento de los precios no afecte significativamente, o en proporción similar a ese aumento, la demanda por el servicio. De verificarse este escenario, ello podría significar que no existen sustitutos próximos, lo cual no parece probable, o bien que existen barreras a la salida, costos de transacción u otras circunstancias que puedan conferir poder de mercado a Airbnb. Dicho poder le permitiría, a su vez, cobrar mayores comisiones a uno o a ambos lados (lo que dependerá de la elasticidad de la demanda relativa de cada lado) o disminuir la calidad de sus servicios manteniendo sus comisiones.

En relación con esto último, por las mismas consideraciones desarrolladas en la tercera parte de este trabajo, parece necesario dar cuenta también de la variable calidad, aunque sin necesariamente descartar el precio. De esta forma, debiera evaluarse complementariamente si acaso un detrimento en la calidad del servicio ofrecido por Airbnb a huéspedes o anfitriones surtiría los mismos efectos antes descritos, en cuyo caso podremos determinar la posible existencia de poder de mercado. Más adelante nos referiremos nuevamente a la variable calidad en otro sentido.

Así, del resultado del análisis anterior, podría considerarse que Airbnb participaría en el mercado del hospedaje, en el de plataformas web de reservas para

¹⁸⁹ <https://www.booking.com/index.es.html>

¹⁹⁰ <https://www.tripadvisor.cl/>

¹⁹¹ <https://www.despegar.cl/>

alojamiento, en el mercado de arrendamiento de habitaciones o inmuebles entre pares, o en alguna combinación de las alternativas anteriores. En un estudio sobre plataformas de economía colaborativa, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (CNMC) ha señalado, respecto al impacto que tienen las viviendas de uso turístico de dichas plataformas sobre la oferta de alojamiento tradicional, que “diversos estudios analizan su impacto en términos de precio y plazas ofrecidas. Según Zervas, G., Prosenio, D. y Byers, J.W., en Texas, un incremento de un 10% de la oferta de Airbnb, supuso una reducción de entre el 8 – 10% de los ingresos de los hoteles menos competitivos en los últimos cinco años. Se calcula que un incremento del 10% de la oferta de Airbnb ha supuesto una reducción del 0,37% del ingreso por habitación de hotel (por el contrario, un incremento del 10% de la oferta hotelera supondría, de media, una reducción del 1,5% del ingreso por habitación de hotel). La entrada de Airbnb habría afectado en mayor medida a los hoteles de calidad media – baja, a aquéllos que carecen de instalaciones de negocios y a los hoteles que no pertenecen a grandes cadenas hoteleras”¹⁹². Al considerar estas cifras, podría en principio estimarse que Airbnb efectivamente competiría en el mercado del alojamiento y hospedaje turístico, junto a otras plataformas en línea y a hoteles, hostales y moteles, y que dicha plataforma es especialmente atractiva en el segmento de usuarios de mayor elasticidad-precio (aquellos que están menos dispuestos a pagar por un servicio tradicional de hotelería).

Una vez que se identifica el mercado relevante, corresponde analizar los posibles elementos que podrían estar dando lugar a prácticas anticompetitivas por parte de una plataforma como Airbnb. En relación al mercado de la hotelería en Santiago, recientemente el TDLC ha señalado que: “se puede observar que aun estableciendo supuestos conservadores respecto de la propiedad de los hoteles para los cuales no

¹⁹² COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. 2016. Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. [en línea] <http://www.bez.es/images/carpeta_gestor/archivos/RESULTADOS_PRELIMINARES.pdf> p.72. [última consulta: 28/12/16].

se contaba con información, se estaría frente a un mercado desconcentrado”¹⁹³. En este caso el Tribunal definió el mercado relevante como “el de los hoteles de más de 70 habitaciones, pertenecientes a los segmentos 1 y 2 de la clasificación de [STR], ubicados en la ciudad de Santiago”¹⁹⁴. Como contrapartida, en el mismo estudio de la CNMC, se analizan las cuotas de mercado de las principales empresas dedicadas al alojamiento entre pares, en el mercado español, posicionando a Airbnb en primer lugar con un 27%, seguido de HomeAway y Niumba, con 26% y 14% respectivamente.

Queda de manifiesto entonces la relevancia de una determinación correcta del mercado relevante, pues dependiendo de ello se puede arribar a resultados divergentes. En base a lo antes señalado, por una parte se podría considerar que Airbnb participa en el mercado de las empresas dedicadas al alojamiento entre pares y, como lo hizo la CNMC, se concluiría que posee una no despreciable cuota del mercado (aunque no una que otorgue poder de mercado aún); y, por la otra, si entrara a competir en el mercado del hospedaje tradicional, definiendo éste como el mercado relevante, encontraríamos que, como señaló el TDLC, se trata de un mercado fuertemente desconcentrado en que sería razonable concluir que no tendría en ningún caso una posición relevante.

Volviendo al ejemplo de Chileautos, si se determinara que éste solo compite con las otras plataformas *online* de compraventa de vehículos, como DeMotores¹⁹⁵ o Trovit Autos¹⁹⁶, o bien de compraventa en general de par a par, como Yapo.cl o Mercado Libre¹⁹⁷, los resultados sobre una eventual posición dominante del primer portal serían diferentes a los obtenidos en caso de estimar que serían también sustitutos de sus servicios las automotoras tradicionales o los avisos clasificados físicos o virtuales, como los de un periódico tradicional.

¹⁹³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 49/2016, procedimiento no contencioso Rol N° 431-15. Párrafo 119.

¹⁹⁴ *Ibid.* Párrafo 113. En la industria hotelera, la clasificación STR es de común utilización y se refiere a aquella que realiza la consultora STR (<https://www.strglobal.com/>).

¹⁹⁵ www.demotores.cl

¹⁹⁶ <http://autos.trovit.cl>

¹⁹⁷ www.mercadolibre.cl

En todo caso, al analizar la forma en que estas plataformas se desempeñan, no parece razonable aún, al menos en esta etapa de desarrollo de las nuevas tecnologías, el excluir a los sustitutos en versión *offline* del mercado relevante, pues, conforme a lo señalado en las secciones anteriores, en caso en que en estas plataformas se verifique un aumento en los precios o un detrimento en la calidad del servicio ofrecido, es probable que la demanda se desvíe en favor de los oferentes tradicionales. La evidencia cuantitativa de la CNMC, indicada previamente, parece confirmar lo anterior.

Se ha señalado anteriormente que estos mercados suelen ser del tipo *winner takes all*. Pero ello no parece ser el caso de Airbnb, sea que se considere que el mercado relevante es el de los servicios de hospedaje en general o, más restrictivamente, el de los sitios web de hospedaje turístico. En este último caso, es observable la existencia de múltiples plataformas similares, como las antes mencionadas. Sin perjuicio de ello, en un análisis dinámico y prospectivo, Airbnb podría seguir creciendo a tal punto que el negocio se torne muy desventajoso para el resto de las plataformas.

Del mismo modo, tampoco parecen operar a su respecto *ventajas del que se mueve primero*¹⁹⁸, como sí puede observarse en el caso de Chileautos, que por el hecho de ser la primera plataforma especializada para la compraventa de vehículos motorizados entre pares en el país, logró construir una base de usuarios sustentable, gozando de una ventaja de tiempo para construir su popularidad en comparación a los posteriores entrantes.

¹⁹⁸Esto es, respecto de Airbnb como competidor en el mercado, en el sentido de la ventaja de ser el primero a efectos de obtener una masa crítica de usuarios, que es el punto de interés en esta parte. En otro sentido, respecto de su llegada a los usuarios, sí podría eventualmente decirse que habría ventaja del que se mueve primero en ciertos casos; por ejemplo, el dueño de un departamento que está inscrito con éxito en Airbnb, puede perder interés en inscribirlo en una segunda o tercera plataforma, máxime si ella tiene asociados mayores costos o menos potenciales consumidores. Sin embargo, no debe perderse de vista lo señalado anteriormente respecto del *multihoming*.

En cuanto a las barreras de entrada, como se mencionó anteriormente, en las industrias de nuevas tecnologías, las barreras de entrada naturales parecen tener menor intensidad. Es decir, en general nada impide que surja un nuevo agente económico que cree un sitio web para facilitar el hospedaje turístico entre pares. Distinta es la consideración de su eventual viabilidad, según se ha explicado también. En el caso de Airbnb, además de ser aplicable lo señalado de modo general en relación con las barreras de entrada, no existirían restricciones al acceso a la información por parte de los consumidores y los costos de transacción serían muy reducidos o inexistentes, existiendo la posibilidad de *multihoming*. Esto limitaría la capacidad de ejercer un posible poder de mercado por Airbnb en cualquiera de los dos lados del mercado. Todo lo anterior es sin perjuicio de lo ya señalado sobre los efectos de red, tanto directos como indirectos, que pudieran operar en el mercado y que podrían ser fuente de poder de mercado para Airbnb.

Ahora bien, ya se ha explicado que las aplicaciones más usuales del concepto de poder de mercado se refieren al análisis de fusiones y a los casos de abusos de ese poder. De este modo, para continuar nuestro análisis desde un punto de vista estructural, supóngase que Airbnb goza hipotéticamente de una posición dominante y quisiera llevar a cabo una fusión o la adquisición de otro agente económico (por ejemplo comprar una cadena hotelera). El análisis de tal caso ciertamente debe partir por la determinación del mercado relevante –lo cual ya se ha explicado– y la concentración del mismo.

A este respecto, el TDLC declaró, para el caso de la adquisición por parte de Inversiones Hoteleras Holding SpA de los hoteles Sheraton Santiago Hotel and Convention Center y San Cristóbal Tower, que “el Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) pre y postoperación varía de 756 a 885 puntos, lo que de acuerdo a la Guía de Operaciones de Concentración Horizontal de la FNE y a las directrices aplicadas por la autoridad de libre competencia en Estados Unidos y en la Unión Europea, no supondría un riesgo suficiente para realizar un análisis de mayor profundidad. De hecho, la propia guía de fusiones de la FNE estima que ello es así cuando el índice

posterior a la fusión es inferior a 1.500 puntos, sin importar cual haya sido su variación producto de la operación de concentración”¹⁹⁹. En este caso, el Tribunal estimó no solo que el mercado estaba desconcentrado sino que además no existían barreras a la entrada que permitieran el ejercicio de poder de mercado. Agregó además que ninguna de las empresas poseía una gran cuota del mercado²⁰⁰, caso que probable e hipotéticamente sería el mismo respecto de Airbnb. Por ello, podría decirse que no existirían riesgos considerables para la libre competencia derivados del hecho de que Airbnb se fusionara con algún otro agente del mercado chileno. Sin perjuicio de ello, bajo el nuevo régimen de operaciones de concentración introducido por la Ley N° 20.945, la FNE debiera realizar un análisis prospectivo cauteloso, según lo que ya se ha explicado sobre la potencialidad de que Airbnb siga creciendo y alcance una participación de mercado significativa y en base a los efectos de red indirectos y las ventajas del que se mueve primero, además de las lógicas del *tip*, pudiendo la FNE, eventualmente, imponer ciertas medidas de mitigación, por ejemplo, destinadas a reducir o evitar posibles costos de cambio artificialmente impuestos²⁰¹.

Por otro lado, desde una perspectiva conductual, la segunda aplicación se refiere a las prácticas de ejercicio abusivo de posición dominante, constituyendo ello un ilícito contra la libre competencia conforme al artículo 3º, literal b) o c) del Decreto Ley N° 211, según sea el caso.

Recordando que la variable precio pierde relevancia en estos casos, en un informe de la Autoridad Catalana de la Competencia relativo a los mercados tecnológicos y de la información, se identifica como un potencial riesgo para la libre

¹⁹⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 49/2016, procedimiento no contencioso Rol N° 431-15. Párrafo 119.

²⁰⁰ *Ibíd.* Párrafo 118.

²⁰¹ Véase, *supra*, 88.

competencia la degradación de la calidad. Sobre este punto, conviene precisar que la baja en la calidad puede revestir dos formas o finalidades²⁰².

Una consiste en dar un trato privilegiado a los productos o servicios propios, en lugar de los mejores en base a lo solicitado por el usuario, lo que en doctrina de libre competencia se denomina *sabotaje*. Se trata de una discriminación no basada en el precio²⁰³, que asume la existencia de una integración vertical, y que por lo tanto consiste en una “reducción en la calidad que aumenta los costos de los oferentes no integrados aguas abajo”²⁰⁴. Así, ello podría materializarse en el caso en que Airbnb ofreciera y mostrara prioritariamente inmuebles de su propiedad, si los tuviera (o también, en caso que se fusionara o adquiriera verticalmente alguna cadena hotelera), en su propio portal, o si Chileautos se integrara verticalmente con una automotora y mostrara en su sitio web en forma prioritaria los vehículos que se encuentren en ella. Lo anterior acarrearía un potencial riesgo de que dichos portales utilicen la información con la que cuentan y su desarrollada capacidad y habilidad de intermediación para favorecer sus productos propios. Esto ha ocurrido en los casos de Amazon²⁰⁵ y Google²⁰⁶, así como también en las tiendas virtuales de aplicaciones móviles²⁰⁷.

Se ha dicho²⁰⁸ que la integración vertical en este sentido puede acarrear dos tipos de riesgos: Ventaja (*Leverage*) y Clausura (*Foreclosure*). La primera consiste en que el poder de mercado de que goce el agente económico como competidor en

²⁰² AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA. 2016. The data-driven economy. Challenges for competition. [en línea] <<http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/LEconomia-de-les-dades.-Reptes-per-a-la-competencia>> p. 20 [última consulta: 05/01/17].

²⁰³ MANDY, David. 2000. Killing the Goose That May Have Laid the Golden Egg: Only the Data Know Whether Sabotage Pays. *Journal of Regulatory Economics*, vol. 17, N°2. p. 157.

²⁰⁴ BEARD, Randolph, KASERMAN, David y MAYO, John. 2001. Regulation, Vertical Integration and Sabotage. *The Journal of Industrial Economics*, vol. 49, N° 3. p. 320.

²⁰⁵ “Amazon controla el portal de información y asimismo, opera a través del mismo cuando ofrece productos directamente. Aparentemente, Amazon habría colocado en la «buy box» a los productos que ofrece sin ser los mismos los más económicos. Asimismo, en la ordenación de la información no estaría tomando en consideración el coste de envío de los productos cuando son ofrecidos directamente por Amazon” AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA. Op. Cit. p.21

²⁰⁶ Véase, supra, 156.

²⁰⁷ AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA. Op. Cit. p. 21.

²⁰⁸ KAHN, Lina. 2017. Amazon’s Antitrust Paradox [en línea] *The Yale Law Journal* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911742> [última consulta: 30/03/18] p. 731.

una de las etapas de producción o comercialización, puede usarse como ventaja para obtener dominancia también en otra etapa distinta, con la cual está verticalmente integrada, como si una harinera dominante utilizara su poder de mercado para que la panadería con la que está verticalmente integrada alcance también una posición dominante. La segunda consiste en la utilización del poder de mercado de que goza en una de las etapas, para perjudicar a un competidor de otra, como si la harinera subiera sus precios o redujera la calidad respecto de la harina que vende a las panaderías competidoras.

En el caso de Amazon²⁰⁹, por ejemplo, estar integrado e involucrado en negocios múltiples y relacionados significa que, en muchas instancias, los competidores de Amazon son a la vez sus clientes. Por ejemplo, el minorista con quien compite en la venta de productos puede a la vez utilizar los servicios de reparto de Amazon o utilizar su plataforma para ofrecerlos al público. Amazon controla cierta infraestructura crítica para el comercio a través de internet, de una forma con la que es difícil de competir, o de replicar para un entrante. Ello le da la gran ventaja de que sus competidores muchas veces dependen de él. Lo anterior claramente crea conflictos de interés, toda vez que Amazon se encuentra en una posición de favorecer sus propios productos. Más aún, Amazon en cuanto proveedor de servicios e intermediario, puede recabar información sobre sus competidores, confiriéndole una gran ventaja y permitiéndole incrementar su poder de mercado. La misma preocupación podría surgir entonces respecto de Airbnb en el mercado del hospedaje, conforme a lo antes señalado.

Lo anterior, deja en evidencia el hecho de que el análisis de la integración vertical debe ser cuidadoso²¹⁰ tratándose de mercados de redes e industrias de nuevas tecnologías. Es necesario adecuar el paradigma de análisis, pues la atención únicamente al precio y la oferta no dan debida cuenta de nuevos factores relevantes. Sumado a ello, se dan en estos mercados lógicas diferentes, en que la tendencia

²⁰⁹ *Ibíd.* pp. 754 – 755.

²¹⁰ Véase: SALOP, Steven. 2018. Invigorating Vertical Merger Enforcement [en línea] Yale Law Journal <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3052332> [última consulta:30/03/18].

parece ser más bien hacia estrategias de expansión más que de maximización de utilidades²¹¹, y por ello no debe subestimarse el riesgo de incursión en prácticas predatorias, considerando además que, dada esta lógica, ya no podría considerarse como irracional una práctica como las ventas a precios inferiores a los costos de producción.

La segunda manifestación se basa en reducir la calidad para reducir a su vez los costos, en aspectos que normalmente no resultan observables para la generalidad de los usuarios; o, incluso en caso de serlo, al saber que ello no conllevaría un decrecimiento proporcional en el número de usuarios, dado el poder de mercado que potencialmente podría tener. Por ejemplo, Airbnb podría modificar aspectos relativos a los términos y condiciones de uso o a la política de privacidad y de datos personales. Mediante esta reducción de la calidad, se reducirían los costos de operación, generándose una renta económica equiparable a llevar a efecto un aumento de precios, premisa tradicional para la evaluación del poder de mercado.

Así, por ejemplo, el *Bundeskartellamt* u Oficina Federal de Cártiles alemana, se encuentra actualmente investigando a Facebook por sospechas de un posible caso de abuso de posición dominante en relación a su política de privacidad y protección de datos de los usuarios, términos que los usuarios deben aceptar (a modo de contrato de adhesión) para poder utilizar esta red social. Con ello, Facebook puede acumular ilimitadamente todos los datos que se generen en uso de sitios web de terceros, a los datos de la cuenta de Facebook mismo del usuario. Estos sitios de terceros incluyen no solo otros servicios de propiedad de Facebook, como Instagram o Whatsapp, sino además sitios web y aplicaciones de operadores con interfaz de programación de aplicaciones integrada (*API*), como Tinder. Lo anterior, habida consideración de la calidad de agente dominante del mercado de Facebook, es lo que preocupa a las autoridades de libre competencia, pudiendo configurarse un ilícito de abuso²¹².

²¹¹ KAHN, Lina. op. cit. p. 754 – 756.

²¹² BUNDESKARTELLAMT. 2017. Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive [en línea]

En contraposición, en cuanto a la variable precio, Airbnb podría hipotéticamente incurrir en la práctica de fijación abusiva de precios. Por ejemplo, sería a todas luces una práctica abusiva si Airbnb estableciera en sus términos de uso la obligatoriedad de un precio de arrendamiento elevado y calculado por ella misma, permitiendo al anfitrión únicamente fijar los gastos de limpieza y la tarifa por huésped adicional, o algún esquema similar que permita a Airbnb valerse de su capacidad de intermediación y de la información que maneja para fijar precios excesivos en forma rentable, denotando que posee poder de mercado. Cabe mencionar además que lógicamente tal práctica se daría, fundamentalmente, en el evento de existir una integración vertical. Es decir, si hipotéticamente Airbnb entrara a ofrecer inmuebles de su propiedad.

Por último, si bien en estos mercados existe la posibilidad del *multihoming*, siendo difícil su restricción en el caso de Airbnb, al menos desde la perspectiva de los huéspedes, podría abusarse del poder de mercado creando barreras artificiales a la salida de los consumidores o incrementando sus costos de cambio. Una posibilidad sería que modificara sus términos de uso e impidiera a los anfitriones retirar su oferta durante cierto período de tiempo. Una situación análoga ocurre en el caso de Chileautos, pues no permite la eliminación sin más del aviso, sino que éste se elimina únicamente por el transcurso del tiempo, y junto a ello establece en sus términos y condiciones que la comisión del 1% del precio de venta debe ser pagada en el caso en que el vehículo sea vendido, por cualquier medio, durante la vigencia del anuncio y hasta 20 días después de expirado el mismo. Ello constituye claramente una barrera a la salida que limita al usuario para cambiarse de plataforma. Si bien nada obsta a que publique su vehículo en otros sitios, queda inevitablemente ligado a Chileautos por el tiempo que dure el aviso. Se trata de un ejemplo simple que ciertamente no tiene la aptitud de lesionar substancialmente la libre competencia, pero una práctica de este tipo replicada a mayor escala y por

<http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Fac ebook.html> [última consulta: 30/03/2018].

agentes con poder de mercado, bien podría ser objeto de preocupación para las autoridades de libre competencia.

Lo anterior podría complementarse además con la incorporación de una cláusula de nación más favorecida, mediante la cual Airbnb podría, mediante sus términos de uso, obligar al anfitrión a que éste garantice que Airbnb recibirá los mismos o mejores términos comerciales que cualquier acuerdo hecho con sus competidores. En otras palabras, el anfitrión no podría arrendar su inmueble, a través de otro sitio o medio al efecto, ofreciendo un menor precio o mejores condiciones que lo que aparezca en Airbnb. Así ha ocurrido por ejemplo en el caso de Expedia²¹³ y Booking.com. Este último, en sus contratos con los hoteles, imponía la obligación de ofrecerle siempre sus mejores precios, la máxima capacidad y las mejores condiciones de reserva y cancelación en comparación a lo que ofrecieran en otras plataformas y mediante sus canales directos tanto electrónicos como *offline*²¹⁴. Una versión más grave de esta conducta podría ser la imposición de cláusulas de exclusividad a los anfitriones.

Es necesario distinguir entre cláusulas de nación más favorecida amplias y restringidas²¹⁵. Para efectos de este análisis, supóngase una estructura en que existe una plataforma intermediadora (como sitios web de comparación de precios) y proveedores u oferentes, como en el caso de Amazon o Airbnb.

Las cláusulas amplias son aquellas que imponen al proveedor la obligación de ofrecer, en la plataforma intermediadora beneficiada, las mejores condiciones y precios, respecto de todo otro competidor. Las restringidas, en cambio, implican que los precios y condiciones que se ofrecerán en la plataforma intermediaria serán

²¹³ <https://www.expedia.com/>

²¹⁴ Véase: MADEJ, Roman y PETERSEN, Kristin. 2014. Competition regulators attack pricing clauses in distribution agreements. [en línea] EU & Competition Law <<http://www.eu-competitionlaw.com/lowest-price-guaranteed-best-price-clauses-come-under-fire/>> [última consulta: 28/12/16]; y COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION COMMISSION. 2015. Booking.com Investigation. [en línea] <<http://ccpc.ie/bookingcom-investigation>> [última consulta: 28/12/16].

²¹⁵ EZRACHI, Ariel. 2015. The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce. Working Paper. [en línea] [Oxford Legal Studies Research Paper No. 55/2015](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2672541) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2672541> [última consulta: 01/04/2018] p.2.

mejores solo respecto de los ofrecidos en los sitios web o canales de venta *offline* propios del proveedor, sin afectar sus relaciones con los competidores.

Las cláusulas restringidas en general se han estimado como no lesivas para la libre competencia, sin que ello sea un absoluto. Respecto de las amplias, en cambio, se han señalado algunos riesgos²¹⁶. Primero, que impiden que un proveedor reaccione ante un alza en la comisión cobrada por el intermediador, mediante un alza a su vez en sus precios, porque debe respetar la cláusula. Es decir, les permite a las plataformas subir el precio de sus comisiones sin consecuencias. Segundo, que impiden desarrollar modelos de costos reducidos, porque los proveedores no pueden negociar un precio inferior con un agente determinado, debiendo respetar la cláusula. Tercero, que los precios tienden a uniformarse. Y por último, que limitan la investigación y desarrollo, porque al proveedor u oferente no le va a servir de nada innovar si con ello se va a ver igualmente impedido de ofrecer precios más bajos.

Lo que se ha intentado con este análisis centrado principalmente en Airbnb, es mostrar la forma en que debe analizarse este tipo de mercados, explicando a modo ejemplar cuáles son los elementos relevantes en que debe ponerse especial atención, y que escapan del tratamiento tradicional, a fin de evaluar el poder de mercado que pudiera existir en ellos y su posible abuso y otras circunstancias lesivas para la libre competencia, y cómo dichos elementos deben ser ponderados y evaluados en relación al resto. Lo anterior, habida consideración de que tanto la economía colaborativa como las industrias de nuevas tecnologías en general representan desafíos regulatorios y de libre competencia que recién están empezando a ser evaluados por las autoridades de distintas jurisdicciones de referencia para Chile.

²¹⁶ *Ibíd.* pp. 11 – 16.

6. CONCLUSIONES

En este trabajo se han planteado y analizado dos cuestiones legales relevantes. Por un lado, se ha evaluado la imposibilidad o dificultad de hacer aplicable a las industrias de nuevas tecnologías el análisis tradicional del poder de mercado. Por el otro, a partir de la premisa anterior, se ha intentado dar respuesta a la interrogante sobre la forma adecuada de darle tratamiento.

A partir de lo desarrollado en este trabajo, pueden extraerse las siguientes generalidades:

- El poder de mercado es una variable o premisa de análisis para la determinación de actos o conductas sancionables bajo el derecho de la libre competencia. En términos generales, y bajo la institucionalidad de libre competencia nacional, los conceptos de posición dominante y poder de mercado son asimilables.
- En el derecho comparado existen diversas teorías y formas de dar tratamiento jurídico al poder de mercado. Dentro de ellas destacamos su intensidad variable, el concepto de poder monopólico, de posición dominante y supra dominancia, y la evaluación mediante el estándar de la regla de la razón o *rule of reason*.
- Si se admite la gradualidad del poder de mercado, el mismo solo será relevante para el derecho de la libre competencia en la medida en que sea substancial.
- Existe, en general, consenso sobre la conceptualización del poder de mercado fundamental y básicamente como la capacidad de fijar precios o modificar otras condiciones que no podrían ser modificadas por un agente económico en un mercado competitivo, pudiendo el agente dominante actuar con independencia de la competencia y otros agentes económicos.
- El poder de mercado es una variable utilizada para determinar la existencia de ilícitos contra la libre competencia, teniendo aplicación primordialmente para

casos de abuso de posición dominante y para el análisis de operaciones de concentración.

- En el caso del control de fusiones, el poder de mercado es un aspecto fundamental que las autoridades de competencia evalúan al momento de decidir acerca de la aprobación pura y simple, la prohibición o la aprobación condicionada a medidas de mitigación de dicha operación. Sin embargo, debe darse adecuada ponderación a las eficiencias que pudiera generar la operación, pudiendo ello mitigar las posibles consecuencias anticompetitivas.
- Los ilícitos de abuso pueden ser explotativos o exclusorios. En el primer caso, toman típicamente la forma de fijación de precios abusivos, sin que ello excluya la posibilidad de otras formas de abuso. Es de la esencia que en tal caso existan barreras de entrada, o que éstas sean levantadas artificialmente por un agente económico, para que exista una posición dominante de la cual abusar, pues la inexistencia de estas barreras implica una limitación al ejercicio del poder de mercado. En segundo lugar, un agente económico puede ejercer el poder de mercado de que goza para excluir a la competencia, típicamente mediante la creación de barreras de entrada artificiales.

Aplicado lo anterior a industrias basadas en nuevas tecnologías, la principal conclusión que podemos extraer es que ciertamente representan un desafío para el análisis tradicional del derecho de la libre competencia que pueda recaer sobre ellas. Poseen cualidades que dificultan, y en algunos casos imposibilitan, la utilización de las herramientas tradicionales para la evaluación de las variables competitivas que pudieran incidir en el caso de que se trate. En estos mercados modernos operan fuerzas, estructuras, modos de producción, de comercialización y lógicas distintas que los hacen muy particulares en comparación con los mercados tradicionales. Una muestra muy clara de ello es la señalada tendencia en algunos mercados a estrategias de expansión, más que a la maximización de utilidades.

Así, ha quedado de manifiesto la gran relevancia que cobran para el análisis de libre competencia, en las industrias de nuevas tecnologías, las plataformas de dos o

más lados, los efectos de red, la correcta determinación del mercado relevante, la adecuada apreciación de las barreras de entrada y la consideración de las nuevas formas que ellas pueden tomar, las ventajas del que se mueve primero, el *tipping* y la eficiencia dinámica.

Lo anterior queda notablemente corroborado, primero, tras el análisis concreto de casos como los de Facebook, Amazon, Google, Expedia, Booking.com y Microsoft, entre otros, y los riesgos y atentados contra la libre competencia en que han incurrido; prácticas exclusorias y de abuso que se basan en la fijación de precios, reducción de la calidad, en los efectos de red y *feedback loops* de que gozan, en costos de transacción y barreras de entrada, en la integración vertical, cláusulas de nación más favorecida, algoritmos, en el manejo de datos personales y en su capacidad de intermediación. Y segundo, tras el ejercicio de análisis hipotéticos sobre riesgos potenciales en relación a agentes como Airbnb y Chileautos y sus respectivas industrias.

En suma, más que la necesidad de una lógica completamente nueva para tratar estos mercados, el desafío que ellos plantean es en realidad la adecuación apropiada de la lógica tradicional a los mismos, sin perjuicio de que, ciertamente, hay algunas lógicas del análisis tradicional que derechamente no podrán serles aplicables. De esta forma, parece razonable pensar, según todo lo ya explicado, que se requiere una lógica distinta para, por ejemplo, analizar correctamente las externalidades directas e indirectas de red, los mercados de dos lados, el *tipping* y las ventajas del que se mueve primero; mientras que requieren adecuación la forma de determinación del mercado relevante y el análisis de las barreras de entrada, así como también herramientas como el test SSNIP y el índice Lerner.

El rol que en ese sentido ocupa el poder de mercado entonces es que éste es una variable determinante o premisa de análisis, en nuestro ordenamiento y en el derecho comparado, de ilícitos contra la libre competencia, en nuestro caso tratándose tanto del abuso de posición dominante como de una de las hipótesis de

colusión, y la competencia desleal o prácticas predatorias, además de tener incidencia para el control de operaciones de concentración. La relevancia jurídica entonces de dar un correcto tratamiento al poder de mercado en estas industrias es que de ello depende la recta aplicación del derecho de la libre competencia y el mantenimiento de su imperio, evitando, por un lado, la impunidad de conductas ilícitas (error tipo II) y, por otro lado, sancionar conductas que en realidad resultan no constituir riesgos para a libre competencia (error tipo I), impidiendo el sano y natural desenvolvimiento de la competencia.

En ello radica la necesidad del análisis antes desarrollado, pues estos son temas nuevos y muchos de ellos están aún en discusión. Y sin perjuicio de que en Chile estas industrias tienen un bajo desarrollo, el derecho interno y las instituciones y autoridades antimonopólicas deben estar preparados para tratar correctamente estos asuntos, especialmente en contextos en que las mismas pudieran mostrar mayor desarrollo local a futuro o incluso en el contexto de problemas de competencia generados en Chile por grandes multinacionales de la industria de las nuevas tecnologías.

En ese sentido, el aporte de este trabajo radica en su novedad. La literatura, regulación, doctrina y jurisprudencia chilena no está desarrollada en lo relativo a la libre competencia y las nuevas tecnologías, sino que se encuentra solo en un estado incipiente. De esta forma, el presente análisis puede servir de insumo para propender a este desarrollo doctrinario. Es esperable que en el futuro surjan capitales nacionales que operen en industrias de nuevas tecnologías, así como también que aumenten las empresas extranjeras del mismo rubro ejerciendo actividades en Chile, y ante tal escenario la legislación y la institucionalidad deben responder adecuadamente para mantener el efectivo imperio del derecho, resguardando el bien jurídico de la libre competencia.

BIBLIOGRAFÍA

Textos consultados

- ABEL, Andrew et al. 1986. Assessing Dynamic Efficiency: Theory and Evidence. Working Paper 2097. [en línea] Review of Economic Studies, Vol. 56, Nº 1, pp. 1-20. <<http://www.nber.org/papers/w2097>> [última consulta: 02/12/16].
- AGHION, Phillipe, et al. 2005. Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 120, No. 2. Oxford University Press.
- ARAYA, Fernando. 2014. Sobre los diferentes tipos de boicot colectivo y la colusión en concursos: Corte Suprema, 23 de diciembre de 2013, rol 2666-2013. Revista chilena de derecho privado, nº 22. pp. 341–354.
- ARROW, Kenneth. 1962. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. En: NBER. The Rate and Direction of Inventive Activities: Economic and Social Factors. Estados Unidos, Richard Nelson.
- AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA. 2016. The data-driven economy. Challenges for competition. [en línea] <<http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/LEconomia-de-les-dades.-Reptes-per-a-la-competencia>> [última consulta: 05/01/17].
- BAEZA, Angélica. 2016. Ministro de Transportes por Uber: “Es una competencia desleal y no debería estar permitido”. [en línea] Diario La Tercera. <<http://www.latercera.com/noticia/ministro-de-transportes-por-uber-es-una-competencia-desleal-y-no-deberia-estar-permitido/>> [última consulta: 28/12/16].
- BAKER, Jonathan. 2007. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. Antitrust Law Journal Nº3, vol. 74, American Bar Association.
- BAKER, Jonathan y BRESNAHAN, Timothy. 2006. Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power. [en línea] Stanford

- Law and Economics Olin, (Working Paper No. 328). <<http://papers.ssrn.com/abstract=931225>> [última consulta: 26/10/16].
- BEARD, Randolph; KASERMAN, David; y MAYO, John. 2001. Regulation, Vertical Integration and Sabotage. The Journal of Industrial Economics, vol. 49, N° 3.
 - BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2017. Historia de la Ley N° 20.945. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>> [última consulta: 16/01/18].
 - BISHOP, Simon y WALKER, Mike. 2002. The Economics of EC Competition Law, 2ª Ed. Sweet and Maxwell, Londres. 1002 p.
 - BLONIGEN, Bruce y PIERCE, Justin. The Effect of Mergers and Acquisitions on Market Power and Efficiency. [en línea] National Bureau of Economic Research <<http://www.nber.org/papers/w22750>> [última consulta: 06/12/17].
 - Id. 2016. Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency. [en línea] Finance and Economics Discussion Series 2016-082. Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System <<https://www.federalreserve.gov/econresdata/feds/2016/files/2016082pap.pdf>> [última consulta: 06/12/17].
 - BUNDESKARTELLAMT. 2017. Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive [en línea] <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html> [última consulta: 30/03/2018].
 - Competition and Consumer Protection Commission. Booking.com Investigation. [en línea] <<http://ccpc.ie/bookingcom-investigation>> [última consulta: 28/12/16].
 - CLEMENTS, Matthew. 2004 Direct and Indirect Network Effects: Are They Equivalent? [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=313928>> [última consulta: 28/08/16].
 - COMISIÓN EUROPEA. Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia

- (Diario Oficial C372 de 9.12.1997). [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:126073>> [última consulta: 30/10/16].
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (España). 2016. Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. [en línea] <[http://www.bez.es/images/carpeta_gestor/archivos/RESULTADOS PRELIMINARES.pdf](http://www.bez.es/images/carpeta_gestor/archivos/RESULTADOS_PRELIMINARES.pdf)> [última consulta: 28/12/16].
 - DYAL-CHAND, Rashmi. 2015. Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System [en línea] Tulane Law Review, Vol. 90, No. 2, pp. 241-309 <<http://ssrn.com/abstract=2743959>> [última consulta: 28/08/16].
 - EL PAÍS. Los hoteleros de Chile, contra Airbnb y Niumba por competencia desleal. [en línea] El País. <http://economia.elpais.com/economia/2016/04/14/actualidad/1460620718_189942.html> [última consulta: 28/12/16].
 - EMPARANZA, Alberto. 2000. El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia. Civitas. 237 p.
 - EVANS, David. 2013. Attention Rivalry Among Online Platforms. [en línea] University of Chicago Institute for Law & Economics, nº 627. <<https://papers.ssrn.com/abstract=2195340>> [última consulta: 28/08/16]
 - EVANS, David. 2002. The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. [en línea] <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022> [última consulta: 28/08/16].
 - EVANS, David. 2009. Two-Sided Market Definition [en línea] American Bar Association Section of Antitrust Law <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1396751> [última consulta: 25/10/16].
 - EVANS, David y NOEL, Michael. 2007. Defining Markets that Involve Multi-Sided Platform Businesses: An Empirical Framework With an Application to Google's Purchase of DoubleClick [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1027933>> [última consulta: 28/08/16].

- EVANS, David y SCHMALENSSEE, Richard. 2007. Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms Competition Policy International 3.
- EVANS, David y SCHMALENSSEE, Richard. 2016. Matchmakers, The New Economics of Multisided Platforms. Harvard Business Review.
- EZRACHI, Ariel. 2015. The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce. Working Paper. [en línea] [Oxford Legal Studies Research Paper No. 55/2015](#)
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2672541##> [última consulta: 01/04/2018].
- EZRACHI, Ariel y STUCKE, Maurice. 2014. The Curious Case of Competition and Quality. [en línea] Journal of Antitrust Enforcement. Oxford Legal Studies Research Paper No. 64/2014. <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2494656>> [última consulta: 05/12/17].
- FEDERAL TRADE COMMISSION. Innovation Markets in Merger Review Analysis: The FTC Perspective [en línea] <<https://www.ftc.gov/public-statements/1996/02/innovation-markets-merger-review-analysis-ftc-perspective>> [última consulta: 28/08/16].
- FEDERAL TRADE COMMISSION. 2016. The "Sharing" Economy: Issues Facing Platforms, Participants & Regulators: A Federal Trade Commission Staff Report. [en línea] <<https://www.ftc.gov/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission>> p. 26. [última consulta: 09/01/16].
- FILISTRUCCHI, Lapo. 2008. A SSNIP Test for Two-Sided Markets: The Case of Media. [en línea] NET Institute <<http://ssrn.com/abstract=1287442>> [última consulta: 28/08/16].
- FILISTRUCCHI, Lapo, et al. 2014. Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice. [en línea] Journal of Competition Law and Economics, vol. 10, nº 2 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2240850> [última consulta: 14/03/18].

- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía para el análisis de operaciones de concentración. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>> [última consulta: 02/12/2016].
- FISHWICK, Francis. 1993. The Definition of the Relevant Market in the Competition Policy of the European Economic Community. [en línea] Revue d'économie industrielle. <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rei_0154-3229_1993_num_63_1_1465> [última consulta: 02/11/16].
- GEBICKA, Aleksandra y HEINEMANN, Andreas. 2014. Social Media & Competition Law. World Competition, vol. 37, N° 2. pp. 149 – 172.
- GERADIN, Damien, et al. 2005. The Concept of Dominance in EC Competition Law. [en línea] College of Europe. Global Competition Law Centre. Research Paper on the Modernization of Article 82 EC. <<https://papers.ssrn.com/abstract=770144>> [última consulta: 02/11/16].
- GILBERT, Richard y SUNSHINE, Steven. 1995. Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets. Antitrust Law Journal, vol. 63. American Bar Association.
- HAY, George. 1992. Market Power in Antitrust. [en línea] Cornell Law Faculty Publications. <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1158>> [última consulta: 25/10/16].
- HILKE, John. 2000. Market Power and the FTC. Richmond Journal of Law & Technology, vol. 7, N° 2. 21 p.
- HOROWITZ, Ira. 1981. Market Definition in Antitrust Analysis: A Regression-based Approach. Southern Economics Journal, Vol. 48, pp. 1-16.
- HUERTA DE SOTO, Jesús. 2009. The Theory of Dynamic Efficiency. Taylor & Francis, Nueva York. 359 p.
- KAHN, Lina. 2017. Amazon's Antitrust Paradox [en línea] The Yale Law Journal <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911742> [última consulta: 30/03/18].
- KATZ, Michael y SHAPIRO, Carl. 1985. Network Externalities, Competition, and Compatibility. The American Economic Review, vol. 75.

- KRATTENMAKER, Thomas; LANDE, Robert; SALOP, Steven. 1987. Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law. [en línea] Georgetown Law Journal, vol. 76. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140761> [última consulta: 01/11/16]
- KUCHINKE, B., y VIDAL, M. 2016. Exclusionary strategies and the rise of winner-takes-it-all markets on the Internet. [en línea] Telecommunications Policy. <<https://doi.org/10.1016/j.telpol.2016.02.009>> [última consulta: 02/12/16].
- LANDES, William y POSNER, Richard. 1981. Market power in antitrust cases. Harvard Law Review, vol. 94, Nº 5.
- LEMLEY, M. y MCGOWAN, D. 1997. Legal Implications of Network Economic Effects. [en línea] California Law Review, vol. 83 Nº 3. <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1588&context=californialawreview>> [última consulta: 02/12/16].
- LIEBERMAN, Marvin, y MONTGOMERY, David. 1988. First-Mover Advantages. Strategic Management Journal, vol. 9. pp. 41–58.
- MADEJ, Roman y PETERSEN, Kristin. 2014. Competition regulators attack pricing clauses in distribution agreements. [en línea] EU & Competition Law <<http://www.eu-competitionlaw.com/lowest-price-guaranteed-best-price-clauses-come-under-fire/>> [última consulta: 28/12/16].
- MANDY, David. 2000. Killing the Goose That May Have Laid the Golden Egg: Only the Data Know Whether Sabotage Pays. Journal of Regulatory Economics, vol. 17, Nº2.
- MORESI, Serge. 2010. The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis. [en línea] The Antitrust Source, American Bar Association, Febrero 2010. <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/February2010_Moresi2_25f.authcheckdam.pdf> [última consulta: 18/01/18].
- NIMINETȚ, Liviana. 2008. The small but significant and nontransitory increase in prices (ssnip) test. [en línea] University of Bacău.

- <ftp://ftp.repec.org/opt/ReDIF/RePEc/bac/pdf/2008/20081312.pdf>> [última consulta: 25/10/16].
- OCDE. 1996. Application of Competition Policy to High Tech Markets [en línea] Competition Law and Policy OECD. <<http://www.oecd.org/competition/abuse/1920091.pdf>> [última consulta: 02/12/16].
 - OCDE. 2013. The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis. [en línea] Competition Law and Policy OECD. <<http://www.oecd.org/daf/competition/roundtables.htm#v2013>> [última consulta: 07/01/18].
 - ORTIZ, Luis. 2011. Market Power in EU Antitrust Law. Oxford, Bloomsbury Publishing. 368 p.
 - OSKAM, Jeroen y BOSWIJK, Albert. 2016. Airbnb: the future of networked hospitality businesses. Journal of Tourism Futures, vol. 2, N° 1. pp. 22 – 42.
 - PRICE, Richard. 1989. Market Power and Monopoly Power in Antitrust Analysis. Cornell Law Review, vol. 75, N° 1. pp. 189–216.
 - RASEK, Arno y WISMER, Sebastian. 2017. Market definition in multi-sided markets. [en línea] OECD <http://www.bundeskartellamt.de/DE/Internationales/OECD/oecd_artikel.html;jsessionid=62148035D7EFBFB0A746E45F528BD865.1_cid378> [última consulta: 15/03/2018].
 - ROCHET, Jean-Charles y TIROLE, Jean. 2003. Platform Competition in Two-Sided Markets. Journal of the European Economic Association, vol. 1, N° 4.
 - ROLNIK, Guy y ZINGALES, Luigi. 2017. A Way to Own Your Social-Media Data. [en línea] New York Times <<https://www.nytimes.com/2017/06/30/opinion/social-data-google-facebook-europe.html>> [última consulta: 15/03/2018].
 - RUSSO, Francesco y STASI, Maria Luisa. 2016. Defining the relevant market in the sharing economy. [en línea] Internet Policy Review <<http://policyreview.info/articles/analysis/defining-relevant-market-sharing-economy>> [última consulta: 28/12/16].

- RYSMAN, Marc. 2009. The Economics of Two-Sided Markets. Journal of Economic Perspectives.
- SALOP, Steven. 2018. Invigorating Vertical Merger Enforcement [en línea] Yale Law Journal <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3052332> [última consulta: 30/03/18].
- SAMUELSON, William y ZECKHAUSER, Richard. 1988. Status quo bias in decision making. Journal of Risk and Uncertainty, vol. 1. pp. 7 – 59.
- SCHANZENBACH, Max. 2002. Network Effects and Antitrust Law: Predation, Affirmative Defenses, and the Case of U.S. v. Microsoft. [en línea] Stanford Technology Law Review. <<https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-technology-law-review/online/schanzenbach-network-effects.pdf>> [última consulta: 02/12/16].
- SCHUMPETER, Joseph. 1942. Capitalism, Socialism, and Democracy. 3ª Ed, Londres, George Allen and Unwin, 1976.
- SHAPIRO, Carl y VARIAN, Hal. 1999. Information Rules. Harvard Business School Press, Estados Unidos. 352 p.
- SHARMA, Maneesh y THISTLE, Paul. 1996. Is acquisition of market power a determinant of horizontal mergers? [en línea] Journal Of Financial And Strategic Decisions, vol. 9, nº 1 <<http://www.studyfinance.com/jfsd/v09n1.html>> [última consulta: 06/12/17].
- SUAREZ, Fernando, y LANZOLLA, Gianvito. 2005. The Half-Truth of First-Mover Advantage. [en línea] Harvard Business Review. <<https://hbr.org/2005/04/the-half-truth-of-first-mover-advantage>> [última consulta: 28/08/16].
- STEMLER, Abbey. 2014. Betwixt and Between: Regulating the Sharing Economy. [en línea] Fordham Urban Law Journal, vol. 43. <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=19411606910002902901409001900409812212303506804504408500711201807510200400612507206601902109903102305102909010307708606806701705401808901806400308011910903102209407200200703902808307900510707012110309007800111001>>

[3086094007084016026006025118103020092102&EXT=pdf](#)> [última consulta: 28/08/16].

- STIGLER, George. 1983. The Economists and the Problem of Monopoly. [en línea] Occasional Papers from the Law School, University of Chicago. N° 19. <http://chicagounbound.uchicago.edu/occasional_papers/32> [última consulta: 01/11/16].
- THÉPOT, Florence. 2012. Market Power in Online Search and Social-Networking: a Matter of Two-Sided Markets. Centre for Law, Economics and Society.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011. La libre competencia en el Chile del bicentenario. Santiago, Thomson Reuters. 601 p.
- UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Herfindahl-Hirschman Index. [en línea] <<https://www.justice.gov/atr/herfindahl-hirschman-index>> [última consulta: 25/10/16].
- U.S. DEPT. OF JUSTICE. 1984 Merger Guidelines. [en línea] <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11249.pdf>> [última consulta: 25/10/16].
- VALDÉS, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica. 740 p.
- VAN LOON, Sophie. 2012. The Power of Google: First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position? En: Lopez-Tarruella, Aurelio. Google and the Law. [en línea] Information Technology and Law Series, vol. 22, pp. 9 – 36. <http://www.springer.com/cda/content/document/cda_downloaddocument/9789067048453-c2.pdf?SGWID=0-0-45-1307155-p174275762> [última consulta: 02/12/16].
- WALLER, Spencer. 2011. Antitrust and Social Networking [en línea] North Carolina Law Review. <<http://ssrn.com/abstract=1948690>> [última consulta: 28/08/16].
- WHISH, Richard. 2005. Competition Law. 5ª Ed. LexisNexis-Butterworths. 1015 p.

- WRIGHT, Julian. 2004. One-Sided Logic in Two-Sided Markets. Review of Network Economics 1, vol. 3.

Jurisprudencia nacional consultada

- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Informe de aprobación Rol F-80-2017.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Acuerdo extrajudicial entre FNE y Electrolux Chile S.A. AE N° 12-15.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 24/2008, procedimiento no contencioso Rol N° 199-07.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia Rol AE N° 14-17.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 37/2011, procedimiento no contencioso Rol N°388-11
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° 49/2016, procedimiento no contencioso Rol N° 431-15. Párrafo 119.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 93-2010
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia Rol 112-2011.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 128-2013
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 134-2014
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 140-2014.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 151-2016.

Jurisprudencia extranjera consultada

- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Caso 2/76 United Brands v. EC Commission, 1978 ECR 207.
- CORTE EUROPEA DE JUSTICIA. Caso 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission, 1979 ECR 461.
- UNITED STATES DISTRICT COURT C. D. CALIFORNIA. United States v. Automobile Manufacturers Association, 307 F. Supp. 617.

Sitios web consultados

- AIRBNB. What are guest service fees. [en línea] <https://www.airbnb.cl/help/article/104/what-are-guest-service-fees> [última consulta: 28/12/16].
- AIRBNB. What are host service fees. [en línea] <https://www.airbnb.cl/help/article/63/what-are-host-service-fees> [última consulta: 28/12/16].
- CHILEAUTOS. Términos y condiciones de publicación. [en línea] <https://www.chileautos.cl/publicar/paso1> [última consulta: 05/01/17]
- CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Antitrust. [en línea] Legal Information Institute <<https://www.law.cornell.edu/wex/antitrust>> [última consulta: 02/11/16].
- GOOGLE. Google Public Policy Blog. [en línea] <<https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html>> [última consulta: 24/11/16].
- UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Archives. [en línea] <<https://www.justice.gov/archives/atr/1984-merger-guidelines>> [última consulta: 08/01/18].

Legislación consultada

Chile

- Código Civil.
- Decreto Ley N° 211.
- Ley N° 20.945.

Estados Unidos

- Sherman Act (15 U.S. Code Chapter 1).
- Clayton Act (15 U.S. Code § 12).

Unión Europea

- Reglamento Comunitario de Concentraciones.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.