UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

“LA UTILIZACIÓN DE LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN**”**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

MARÍA ELENA PINARES ALVARADO

Profesora Guía

NICOLE NEHME ZALAQUETT

Santiago de Chile

2015

AGRADECIMIENTOS

Agradezco primero a Dios, por ser siempre fiel conmigo, que sin Él, nada soy.

A mi familia, especialmente a mis padres y hermanos por apoyarme incondicionalmente a lo largo de todos estos años y forjarme en principios y moral. Gracias a ustedes soy persona, y no solamente abogada.

A mis amigos, por ser los mejores y ayudarme siempre que lo necesité.

A todos y cada persona que fue parte de este proceso, por sobretodo a la Profesora Nehme, que con mucha paciencia me ayudó a sortear esta tesis de buena manera.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción…….……
……...5

Capítulo I. LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE DESDE LA MIRADA TRADICIONAL....14

I.1 La Comunidad Europea……..……14

I.2 Estados Unidos……..35

I.3 Regulación Chilena……..……..……51

Capítulo II. DIFICULTADES EN LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.
NUEVAS VISIONES SUGERIDAS…….....…60

II.1 La Diferenciación del Producto……..…….……63

II.2 Los Mercados de Dos Lados. Una doble dificultad…….…64

II.3 El Comportamiento de los Productores…….……67

II.4 Los Métodos para la definición del mercado relevante y su crítica……...68

a.La Elasticidad de la demanda……68
a.1 El caso del papel celofán……69
b. La Elasticidad de la Oferta…….……..73
c. El Test del Monopolista Hipotético……..…74
c.1 El Test SNIPP y la Diferenciación del Producto. Un problema en conjunto……..….....77
c.2 Los Componentes del Test SNIPP y su crítica.....79

II.5 Nuevas Concepciones……...……..…81

a. El Índice de Lerner……..……81
b. Los test de precios……..84
c. Desechemos la definición.
El mercado relevante no es relevante…….....85
d. El Mercado Geográfico……..…90
e. El Caso Staples……...92
II.6 El Mercado Relevante en las Fusiones
Horizontales……..…..…….....96
a. Mirando a los efectos de la fusión……97
a.1 El Método de Cournot y el Método de Bertrand……....97
a.2 El Test UPP……98
b. Hacia dónde va el mundo desde la mirada tradicional.
Una nueva mirada desde las HMG 2010…….……99
Capítulo III. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN RESOLUTIVA Y DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE Y SU EVOLUCIÓN.
UNA MIRADA ANALÍTICA Y CRÍTICA…….....103
III.1 Comisión Resolutiva…….104
III.1.1 Comisión Preventiva
Central…….....…....128
III.2 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia……..…130
III.4 Conclusiones del Análisis Jurisprudencial……200
III.5 La Mirada y Evolución de la Fiscalía Nacional Económica…….205

CONCLUSIONES……...……..……..212
BIBLIOGRAFÍA….…….…….…..215
ANEXO…….…..223

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la apertura de los mercados y la progresiva liberalización del comercio -plasmada fundamentalmente en la libertad empresarial y productiva- han generado que la defensa de la Libre Competencia sea uno de los principales tópicos de la política económica de los Estados. Así, a pesar de ser una rama de estudio que en sus inicios se acotó únicamente al estudio de los *trust*[1]; hoy en día nos encontramos ante una disciplina en torno a la cual se ha desarrollado una amplia doctrina y jurisprudencia, encargándose de delimitar los distintos conceptos, tanto jurídicos como económicos, involucrados en este campo de estudio. En efecto, la defensa de la libre competencia logra abarcar hoy una amplia gama de importantes materias que van desde cuestiones más filosóficas como la búsqueda del bien jurídico protegido, hasta la inclusión de la econometría[2] en la prueba de los ilícitos.

Ahora bien, dentro de toda esta evolución doctrinal y jurisprudencial, uno de los conceptos más importantes y que ha logrado un vasto desarrollo a la hora de investigar o imputar una conducta que viole o amenace la competencia es el de poder de mercado. Definir este concepto resulta fundamental para

[1]Un *trust* es una circunstancia o acto por el cual dos o más empresas que ofrecen los mismos productos comienzan a actuar como una sola.

[2] La econometría es definida por la Real Academia de la Lengua Española como "aquella parte de la ciencia económica que aplica las técnicas matemáticas y estadísticas a las teorías económicas para su verificación y para la solución de los problemas económicos mediante modelos." DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea]. <http://lema.rae.es/drae/?val=econometr%C3%ADa> [consulta: 13 mayo 2015]. También ha sido definida como "la ciencia y arte de usar la teoría económica y las técnicas estadísticas para analizar los datos económicos." Traducción del autor. "(…) econometrics is the science and art of using econometric theory and statistical techniques to analize economic data." STOCK, J y WATSON, M. 2008. Introduction to Econometrics. 2° ed. Pearson Addison Wesley. 3p.

lograr una cabal comprensión de varias de las materias más relevantes de la libre competencia, por lo que para ello utilizaremos la definición del Profesor Kaplow, realizando una traducción libre: "el poder de elevar el precio rentablemente sobre el nivel competitivo, que en el caso de competencia perfecta, sería el punto en que el precio es igual al costo marginal[3]". De esta forma, si una empresa tiene un elevado poder de mercado, en tanto puede alzar sus precios más allá del precio competitivo, existe la posibilidad de que pudiese alterar la competitividad en el mercado, si hace un abuso de su posición en él. De ocurrir esto, nos encontraremos frente a una circunstancia susceptible de ser investigada por la autoridad correspondiente a la luz del derecho *antitrust*. Al respecto, es de interés para esta tesis precisar que hablamos de una empresa que ha alcanzado una posición de dominio en un mercado cuando ésta puede actuar en buena medida de manera "independiente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores"[4]. Es importante aclarar que dicha posición de una empresa no es *per se* dañina para la competencia, sino que es el abuso de ella, lo que puede dar lugar a para los mercados involucrados.

---

[3] "The most frequent definition, and perhaps the easiest to make explicit, is the power to profitably elevate price above the competitive level, which in the case of perfect competition would be a price equal to firms' marginal costs." Traducción del autor. KAPLOW, L. 2010. Why (Ever) Define Markets? Harvard Law Review. Vol. 124 No. 2. 444p.

[4] Sentencia United Brands. 1978. Asunto 27/76. Considerando 65. Comunidad Europea. Una posición dominante es una posición de fuerza económica que permite a una empresa prevenir efectivamente la competencia en el mercado relevante; la empresa con una posición de dominio tiene el poder 'de comportarse con un apreciable grado de independencia respecto de sus competidores, sus clientes y sus consumidores'. Traducción del autor: "…A dominant position is a position of economic strength that enables a firm to prevent effective competition on the relevant market; a firm with a dominant position has the power 'to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of it consumers.' In economic terms, one would, hence, say that a dominant position is one in which the firm has a "reasonably large" degree of market power En: VAN DAMME, E. LAROUCHE, P. y MÜLLER, W. 2006. Abuse of a Dominant Position: Cases and Experiments. [en línea] SSRN:http://ssrn.com/abstract=925626 [consulta: 02 marzo 2015]. 2p.

Sin embargo, para poder delimitar cuál es la entidad de un poder de mercado, se ha establecido un paso previo: la determinación del mercado relevante en el que se desenvuelve el agente económico en función del bien o servicio de que se trate; no sólo en atención a él mismo, sino también respecto de la zona geográfica en el que se produce o comercializa. De esta forma la definición del mercado relevante es el primer paso que se ha usado tradicionalmente[5] para evaluar el poder de mercado, identificando las fuentes de presiones competitivas que determinan el grado de poder que un proveedor (o un conjunto de proveedores) tiene. Cabe hacer hincapié al respecto entonces, que la definición del mercado relevante es tan solo un instrumento útil para la evaluación de las presiones competitivas a ser consideradas para el asunto en cuestión, y en ningún caso es un fin en sí mismo[6].

En ese sentido, desde hace algunos años se ha ido asentado en doctrina el debate acerca de la utilización del mercado relevante como primer paso del análisis *antritrust,* tanto para la determinación del poder de mercado como para que, desde un ámbito más general, puedan conocerse los límites de toda discusión o análisis en sede de libre competencia. Más aún, algunos autores[7] plantean en el último tiempo la idea de que podría inclusive prescindirse de él,

---

[5] "Porque el poder de mercado es con frecuencia inferido de las cuotas de mercado, la definición del mercado generalmente determina el resultado del caso". Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc., 504 U.S 451, 469 n.15 (1992). Traducción del autor: "Because market power is often inferred from market share, market definition generally determines the result of the case"; "En la resolución de cuestiones acerca del poder monopólico, las cortes se han basado fuertemente en la definición del mercado y en las cuotas de mercado que, respecto de ese mercado definido, tiene el demandado." 2B PHILLIP E. AREEDA, HERBERT HOVENKAMP & JOHN L., SOLOW, ANTITRUST LAW I35 (3d ed. 2007). Traducción del autor: "In resolving market of 'monopoly' power issues, the courts have typically relied heavily on market definition and on the defendant firm's share of the market thus defined" En: Íbid KAPLOW, L. p.439

[6] CHANG, Howard H., EVANS, David S., and SCHMALENSEE, Richard. 2011. Market Definition. Assessment of the Relevant Market Competition Matters. Prepared for the Federal Competition Comission of Mexico. 4p.

[7] Uno de los más conocidos y destacados autores que ha puesto en tela de juicio la definición del mercado relevante ha sido Louis Kaplow En: Op. Cit. KAPLOW, L.

poniendo en tela de juicio su inclusión como uno de los pasos ordinariamente aceptados a seguir en el procedimiento de análisis de un caso de competencia. La jurisprudencia por su parte también cede, de conformidad a los argumentos que van desarrollándose, hacia nuevas formas para el establecimiento del poder de mercado. De esta manera, tanto la administración como los jueces han ido sofisticando su análisis sobre el mercado relevante, en algunos casos cuestionándolo e, inclusive en otros, alejándose de la necesidad de esa definición o argumentando en favor de ese alejamiento.

Por otra parte, el aumento de las operaciones de concentración en el mundo debido a, entre otros factores, la globalización y el tamaño de las economías actuales que instan en ocasiones a la concentración de los mercados, ha traído como consecuencia un notable crecimiento en las transacciones, siendo por tanto éstas operaciones de carácter relevante para la economía de que se trate, en atención a las inversiones que significan. Esto genera la reacción por parte de las autoridades ante estos cambios que se producen en los mercados, en atención al posible incremento del poder de mercado y el surgimiento de posiciones de dominio de las entidades involucradas, lo que eventualmente podría derivarse en conductas anticompetitivas. De esta forma, la política de defensa de la libre competencia desarrolla la llamada "política estructural", de carácter más bien preventivo[8], que busca anteponerse a los efectos negativos que pudiese causar una operación de concentración en el mercado, analizarlos, y determinar finalmente si existe un equilibrio entre eficiencias y costos para la sociedad.

[8] Cabe mencionar al respecto, que el carácter preventivo de la política estructural en las operaciones de concentración, se opone al carácter represivo que tiende a solucionar *ex post* los problemas en el mercado que se pueden haber generado. La elección entonces del primer método de control se debe a la dificultad práctica de deshacer los efectos anticompetitivos que puedan producirse con la operación de concentración.

En esa misma línea, diversos países han elaborado guías o instrucciones, llamadas Guías para Operaciones de Concentración[9], enfocadas principalmente en las fusiones horizontales[10], con el objeto de dar a conocer y transparentar el procedimiento, criterios, marco analítico y herramientas con que los órganos correspondientes evaluarán tales operaciones. En ellas se utiliza el mercado relevante dentro del procedimiento con el fin de determinar el poder de mercado que adquirirán las empresas involucradas y así analizar los posibles efectos en la competencia que tendrá la fusión. En este sentido, se investiga cuando se tenga como resultado una posición de dominio de tal grado que suponga un aumento en el riesgo de que la operación otorgue, refuerce o incremente el poder de la entidad concentrada, o de ésta en un conjunto con los demás actores del mercado, generando así la habilidad y el incentivo para que éste o aquellas aumenten los precios o afecten otras variables competitivas, por vía unilateral o coordinada[11].

En agosto del año 2010, las instituciones estadounidenses correspondientes a la *Federal Trade Commission* –en adelante FTC- y el *U.S*

---

[9] Horizonal Merger Guidelines, por sus siglas en inglés.

[10] Definidas como aquellas que: "consisten en la adquisición, por parte de un oferente, de las acciones, derechos sociales o activos de un competidor que participa en el mismo mercado y que produce un producto o servicio idéntico o sustituto al suyo". AREEDA, P. y HOVEKAMP, H. Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application. 3ª ed. Aspen Publishers, 2009, vol. IV. 8, 9p. En: Sistemas de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado. CAVIEDES P. CRISTÓBAL. Tesis de Magíster. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2012. 6p. En Chile, en su Guía para Operaciones de Concentración, la Fiscalía Nacional Económica las define como "actos o convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más entidades económicas independientes entre sí pasen a conformar una sola entidad o a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial". Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2012. Disponible en http://www.fne.gob.cl. 4p. Éstas pueden darse tanto por la adquisición de participación en una empresa por otro grupo empresarial i.e. comprando un paquete accionario que le permita el control, por la adquisición de los activos de tal empresa o el acuerdo entre ellas de unirse.

[11] *Op. Cit*. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. 18p.

Department of Justice –en adelante DOJ-[12], dieron a conocer la última versión de las *Horizontal Merger Guidelines* (en adelante, Guidelines), las cuales contienen importantes novedades principalmente en torno al mercado relevante, el test del monopolista hipotético[13], las cuotas de mercado y, en general sobre el procedimiento de definición del poder de mercado que puede resultar de una operación de concentración horizontal.

Tomando en consideración las críticas hechas por la doctrina, y particularmente el antecedente del *Caso Staples* que, como se analizará en este trabajo, marcó un hito dentro de la discusión del mercado relevante, las Guidelines flexibilizan su determinación y reconocen la existencia de otros métodos que pueden ayudar a alcanzar el mismo fin, a saber, la definición del poder de mercado tras una concentración empresarial.

Así, asentándose lo que ya desde el 2006 venía moldeándose y que encontramos puntualizados en los comentarios a las Guidelines de la época: "En algunas investigaciones, antes de tener determinados los límites del mercado relevante, la Agencia puede tener evidencia que más directamente responda a la investigación fundamental en el análisis de fusiones, por ejemplo, la probabilidad de que ésta crea o mantenga un poder de mercado o facilite su ejercicio[14]".

---

[12] Ambas instituciones serán tratadas por separado, o en conjunto cuando me refiera a "la Agencia" a lo largo de esta tesis.

[13] Test que busca determinar los productos que forman parte de un mercado, aumentando los precios del producto en un porcentaje (entre 5 y 10%, de modo no transitorio), de manera de saber si los consumidores continuarán comprando, o se cambiarán a otros. De cambiarse frente al aumento, estos productos formarán también parte del mercado relevante.

[14] "In some investigations, before having determined the relevant market boundaries, the Agencies may have evidence that more directly answers the 'ultimate inquiry in merger analysis', i.e., 'whether the merger is likely to create or enhance market power or facilitate its exercise'. Traducción del autor. U.S. Department of Justice and Federal Trade Comision, Commentary on the Horizontal Merger Guidelines 2006. http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.pdf. En: SHAPIRO, C. 2010. The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years. 708p.

Las novedades también se plasman en los métodos utilizados para la definición del mercado relevante, así por ejemplo, en el test del monopolista hipotético, lo que se condice con las críticas de las que ha sido objeto este mecanismo en los últimos años y las cuales serán tratadas en una segunda parte de esta tesis. Al respecto, se reconoce fundamentalmente que no es posible la eliminación de las incertezas sobre los resultados del monopolista hipotético, mas se estima también que no puede dejarse de lado puesto que es de gran utilidad y la Agencia Estadounidense lo seguirá utilizando en la medida de lo posible dada la evidencia disponible, teniendo siempre en consideración que la meta de la definición del mercado es ayudar en la determinación de cuándo una operación de concentración puede substancialmente afectar la competencia. Esta última apreciación es fundamental, puesto que las Guidelines hacen alusión explícita a que la definición del mercado para incluir o excluir substitutos es, inevitablemente, una simplificación que no puede capturar totalmente la variación en el grado en que diferentes productos compiten entre sí, y que el mercado relevante no necesita tener metas y límites precisos, pero que no por ello desechará a priori su utilización, formando parte importante del proceso de control de operaciones de concentración.

Por otro lado Chile, hasta el año 2006 carecía de una Guía de Operaciones de Concentración que expusiera tales criterios, lo que era una dificultad para la transparencia y efectividad del procedimiento de control de operaciones de concentración. Debemos recordar que no existe reglamento alguno o ley que concretamente establezca este tipo de control para Chile. Como veremos posteriormente, la única normativa de nuestro país, a saber el Decreto Ley N°211 del año 1973 (DL 211), no hace referencia directamente a las operaciones de concentración[15], sino que de manera general se limita a señalar

[15] Más aún, no es posible encontrar los términos “operaciones de concentración” o inclusive “fusión” dentro de la normativa en cuestión.

qué se puede considerar como violación de la Legislación de libre competencia si la impide, restringe o entorpece, o tiende a producir tales efectos. Es por esto que la Guía elaborada por la Fiscalía Nacional Económica –en adelante FNE, o Fiscalía- ha sido catalogada[16] como un gran paso en el camino de la elaboración de una política de defensa de la libre competencia efectiva.

Será interesante para efectos de esta tesis el determinar entonces cómo ha evolucionado la aplicación administrativa que la FNE ha hecho de la Guía, desde la generación de las nuevas tendencias doctrinarias en materia de mercado relevante; e, igualmente, si ello ha permeado de alguna manera, y cómo, la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia –en adelante también TDLC-.

Esta tesis busca entonces adentrarse en la determinación de por qué puede ser difícil fijar un mercado relevante del producto y los problemas que ello ha traído en términos generales para además puntualizar en particular la importancia específica que este problema ha tenido en el control de operaciones de concentración a la luz de sus objetivos y cómo se han ido desarrollando nuevas posturas al respecto. Se comenzará entonces analizando la visión tradicional tanto en Estados Unidos como en la Comunidad Europea y cómo ello se hace presente en algunos casos paradigmáticos, para luego adentrarme en los métodos para la determinación del mercado relevante y las críticas de las que han sido objeto en los últimos años. Finalmente, se hará un análisis jurisprudencial de la utilización del concepto de mercado relevante tanto por la Comisión Resolutiva, como por el actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en todos los casos de operaciones de concentración, que como veremos, también ha tenido un desarrollo interesante en los últimos años. Con

[16] "Es un aporte importante a la fiscalización y control de la libre competencia…" AGÜERO, F. "Es una buena herramienta…" DÍAZ, Ma. 2006. "Las claves de la Guía de Fusiones". Diario Financiero. Santiago, Chile. 3 nov. Año XIX N°4.510. 44p.

todos esos elementos expuestos, se esbozará entonces una conclusión acerca de si el proceso de la definición del mercado relevante, en tanto un instrumento para determinar el poder de mercado de una entidad económica o empresa, o un conjunto de ellas, tiene o no aún una expectativa de amplia utilización en nuestro derecho.

I. LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE DESDE LA MIRADA TRADICIONAL.

Comenzaremos nuestro estudio describiendo en este primer capítulo la determinación del mercado relevante desde la óptica tradicional en materia de análisis de operaciones de concentración, en atención a lo que se ha desarrollado tanto en la Comunidad Europea como en Estados Unidos. Finalizaremos este capítulo exponiendo lo que ha sido en términos generales la experiencia en esta materia en Chile.

I.1 La Comunidad Europea.

En sus inicios, la Comunidad Europea carecía de normas que permitieran a la Comisión[17] y a los agentes involucrados en los casos, contar con un concepto de mercado relevante, menos aún con el establecimiento de un procedimiento a seguir por el órgano para su definición, a fin de poder determinar la posición de dominio que tendrían las empresas involucradas en dicho mercado.

Con el paso de los años, comenzaron a desarrollarse en la Unión Europea, diversos enfoques a fin de identificar la existencia de una posición dominante, y su concepto, los cuales -debido a la generalidad de su utilización- podemos reducir a tres. El primero de ellos, comienza elaborando un análisis estructural del mercado, para luego identificar la posición ocupada en éste por la empresa individualmente considerada. Un segundo enfoque, se preocupa de estudiar además el comportamiento de la empresa y de sus rivales. Por último, desde

[17] Organismo encargado de la resolución y reglamentación de lo referido a la Libre Competencia en el derecho europeo.

una tercera óptica, cobra particular relevancia la situación de dependencia en que se encuentra la víctima del abuso alegado, respecto de la empresa en cuestión[18].

El primero de los enfoques señalados tomó fuerza en los análisis realizados por la Comisión[19], de manera que la definición del mercado relevante ha sido tradicionalmente elaborada en base a un procedimiento que sigue, en general, la línea de un criterio más bien estructural. Lo anterior en consideración a que el estudio se tiende a enfocar principalmente en determinar la estructura del mercado propiamente tal (utilizando herramientas como la sustituibilidad de la demanda), en contraposición a los otros criterios descritos, fundamentados en el comportamiento, o de carácter más cuantitativos. Entiendo por estos últimos a aquellos que centran el examen del mercado relevante tomando en consideración metodologías más econométricas.

Sin querer adentrarme en un tema que escapa a lo tratado en esta tesis, es preciso esbozar brevemente a qué nos referimos al hablar de un criterio estructural. Así las cosas, en Europa, el Tribunal recurre a diversos indicadores a fin de dar con una posición dominante, el primero de los cuales es la cuota de mercado de la empresa, que se calcula en base a las ventas realizadas tanto por ella, como por sus competidoras. De esta forma, al encontrarnos frente a cuotas extremadamente importantes, éstas constituirían en sí mismas, la prueba de una posición dominante[20]. En un segundo indicador, se toma en consideración el aspecto temporal, de manera que la cuota de mercado por sí

[18] WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. 1998. Derecho Europeo de la Competencia. Versión española por Ignacio Sáenz-Cotabarría y Marta Morales Isasi. Barcelona. Bosch. Tomo I.308p.
[19] Así por ejemplo en la sentencia United Brands, anteriormente citada, el Tribunal estableció en su considerando 67, que el examen acerca del surgimiento de una posición dominante "deberá hacerse examinando en primer lugar su estructura y después la situación competencial en dicho mercado" En: Íbid WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. 309p.
[20] En ese mismo sentido lo ha señalado el Tribunal en la Sentencia Hoffmann-La Roche (Vitaminas), en su considerando 39-41 En: Op. Cit. 310p.

misma no significa una posición de dominio, si ésta no puede mantenerse en el tiempo, a lo cual se atenderá en el análisis. Finalmente, formará parte del estudio estructural el miramiento tanto a las barreras de entrada –en tanto las cuotas de mercado pueden ser durables si existen dificultades en el acceso al mercado por terceros-, como a la integración vertical[21] de la cual pudiese formar parte la empresa.

Respecto a la normativa de defensa de la libre competencia, cabe mencionar en primer lugar que, aun cuando en 1951 con el Tratado del Acero y el Carbón, algunos países de Europa se unieron en virtud del establecimiento de un mercado común a fin de propender hacia políticas arancelarias más beneficiosas, y que tendieran a fortalecer una libre competencia entre los países, no es sino hasta 1957, con el Tratado de Roma, que la Comunidad se inclinó hacia una protección a la Libre Competencia en términos más o menos concretos, en virtud de lo establecido en sus artículos 85 y siguientes (actuales artículos 101 y siguientes).

Luego, y con posterioridad a la creación de la Comunidad Europea propiamente tal en 1993, se estableció en el Tratado de la Unión Europea, en sus artículos 81 y siguientes, la institución de los principios fundamentales con que se inspiraría el derecho antitrust europeo en los años venideros. Dichas disposiciones están contenidas actualmente en los artículos 101 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, posterior a la actualización hecha en el año 2010.

En efecto, el artículo 101 establece que:

[21] Entendiendo por integración vertical aquella en la cual una misma empresa se encarga de las distintas etapas de comercialización de un producto, es decir, por ejemplo, produce la materia prima, luego realiza la fabricación, para posteriormente distribuir y finalmente comercializar.

“Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”

Y el artículo 102:

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.”

Como podemos notar, ninguna de las normas citadas hace referencia al concepto de mercado relevante, ni tampoco al procedimiento a seguir para su determinación. Así las cosas, es la propia Comisión la que, instituida en virtud

del artículo 103 del Tratado[22], tuvo que ir desarrollando dichos conceptos en los diversos casos que ha ido resolviendo, estableciendo a su vez en ellos los criterios del procedimiento a seguir. En ese sentido encontramos entonces, por ejemplo, en la sentencia de "*Euroemballage and Continental Can* c. *Comission*" del año 1971, que la Comisión señaló la importancia de la definición del mercado relevante:

"La definición del Mercado Relevante tiene un significado esencial, ya que las posibilidades de competencia sólo pueden ser juzgadas en relación a aquellas características de los productos en cuestión por las cuales esos productos son especialmente aptos para satisfacer una necesidad inelástica y son intercambiables con otros productos sólo hasta cierto punto" (Párrafo nº 32).

De esta manera, por medio de su jurisprudencia, la Comisión fue delineando los conceptos principales, a fin de poder dar con el establecimiento de la posición de dominio de la empresa en cuestión.

Sin embargo, y pese a los esfuerzos de la Comisión, la falta de regulación en términos normativos condujo de igual forma en los años venideros hacia una inseguridad jurídica en los agentes del mercado, toda vez que generaba la impresión de ser una serie de maniobras ad-hoc por parte de sus integrantes, a fin de llegar a un resultado predeterminado[23].

I.1.1 Operaciones de Concentración

[22] Antiguo Artículo 83, que rezaba: el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 y 82

[23] VAN DER BERGH, R.1996. *Modern Industrial Organisation versus Old-fashioned European Competition Law*, *European Competition Law Review*, Vol. 17, Nº 2. 7p. En LEIVA, S. y PRADO J. 2005. El Mercado Relevante en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. [en línea] <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/107553> [consulta: 02 marzo 2015]

Respecto a la regulación en torno a las Operaciones de Concentración, la Unión Europea elaboró las *Merger Regulation* N° 4064/89–en adelante, también la Regulación 1989- , cuya entrada en vigencia fue en el año 1990, la cual tenía por objeto principal la regulación e incluso prohibición de las operaciones de concentración horizontal que generaran o aumentaran la posición dominante de una empresa. Este Reglamento fue complementado con lo que expondremos posteriormente en cuanto a la Comunicación N° 372/03, y finalmente en la actualidad con el Reglamento N° 139/2004.

En relación a lo que nos concierne, la Regulación 1989 en su Artículo 2 estableció que: "Las concentraciones dentro del alcance de esta Regulación deberán ser examinadas de acuerdo con las siguientes previsiones con miras a establecer si son o no compatibles con el mercado de la comunidad.

En la realización de este examen, la Comisión debía tomar en consideración:

La posición de mercado de las empresas afectadas, y su poder económico y financiero, las alternativas disponibles a los proveedores y a los usuarios, el acceso a los proveedores o mercados, cualquier otra barrera a la entrada, las tendencias de la oferta y la demanda para los productos y servicios relevantes, los intereses de los consumidores intermedios y finales, y el desarrollo de la tecnología y el progreso económico siempre que sea para el beneficio de los consumidores, y que no forme un obstáculo a la competencia."[24]

[24] Article 2. Appraisal of concentrations. "Concentrations within the scope of this Regulation shall be appraised in accordance with the following provisions with a view to establishing whether or not they are compatible with the common market. In making this appraisal, the Commission shall take into account: (b) the market position of the undertakings concerned and their economic and financial power, the alternatives available to suppliers and users, their access to supplies or markets, any legal or other barriers to entry, supply and demand trends for the relevant goods and services, the interests of the intermediate and ultimate consumers, and the development of technical and economic progress provided that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition". Traducción del autor. COMISIÓN EUROPEA. 1989. Council

En su Artículo 9, párrafo 7, definió a su vez el mercado de referencia geográfico:

"(…) deberá consistir en el área en la cual las empresas involucradas se encuentran ofreciendo sus productos y servicios, en la cual las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas, y que pueden ser distinguidas de las áreas vecinas porque, en particular, las condiciones de competencia son apreciablemente diferentes en esas áreas. Este examen deberá tomar particularmente en cuenta la naturaleza y características del producto y de los servicios concernidos, de la existencia de barreras a la entrada, o las preferencias de los consumidores, las diferencias apreciables acerca de las cuotas de mercado de las empresas entre el área competida y las áreas vecinas, y las diferencias substanciales de precio."[25]

Posteriormente en 1990 se publicó la Regulación 2367/90 relativa a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, que en su Sección 5 definió tanto al mercado del producto como al geográfico:

Regulation (ECC) N° 4064/89 of December 1989 on the control of concentrations between undertakings. [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML> [consulta: 04 marzo 2015]

[25] Íbid. Article 9. Referral to the competent authorities of the Member States. "7. The geographical reference market shall consist of the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because, in particular, conditions of competition are appreciably different in those areas. This assessment should take account in particular of the nature and characteristics of the products or services concerned, of the existence of entry barriers or of consumer preferences, of appreciable differences of the undertakings' market shares between the area concerned and neighbouring areas or of substantial price differences. Traducción del autor.

“El mercado de producto comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.

El mercado de producto consta en algunos casos de diversos grupos individuales de productos. Un grupo individual de productos es un producto o pequeño grupo de productos que presentan unas características materiales o técnicas en buena medida idénticas y que son plenamente intercambiables. La diferencia entre los productos del mismo grupo será pues muy reducida y normalmente será tan solo una cuestión de marca o imagen. El mercado de producto será normalmente la clasificación utilizada por la empresa en sus operaciones de comercialización.”

Podemos apreciar entonces, que, según lo descrito en esta última Regulación, lo que existía detrás de esta definición de mercado es que se encontraba mayoritariamente basada en un estudio que centraba su mirada desde el lado de la demanda. De esta forma, cuando de la experiencia de dos consumidores pudiera concluirse que dos productos eran intercambiables o sustituibles, ellos debían mantenerse en el mismo mercado. No obstante ello, la Comisión no se limitó a ese análisis tan estricto para definir al mercado relevante, sino que –a partir de lo establecido en la Comunicación 372, varios años después- ha tomado en consideración otros criterios, tales como la estructura de la demanda, las políticas de marketing, las condiciones de competencia y –al menos en algunos casos- la sustituibilidad de la oferta[26].

Respecto al mercado geográfico, estableció que:

[26] HELLEMANS, F. 1993. Substantive Appraisal of Horizontal Mergers under EEC Regulation 4064/89: An Inquiry into the Comission’s First Year Decisions. Northwestern Journal of International Law & Business. Universidad de Leuven. Bélgica. Vol. 13. 625p.

“El mercado geográfico pertinente comprende la zona en la que las partes afectadas desarrollan actividades de suministro y prestación de productos y servicios, en la que las condiciones de competencia son lo bastante homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas sobre todo porque las condiciones de competencia en ella prevalentes son sensiblemente distintas de aquéllas.

Entre los factores imprescindibles para analizar el mercado geográfico pertinente se cuentan la naturaleza y las características de los productos o servicios afectados, la existencia de obstáculos para el acceso al mismo y de preferencias de los consumidores y la existencia de diferencias apreciables de las cuotas de mercado de las empresas en zonas próximas o de importantes diferencias de precios.”

Podemos notar que la definición del mercado geográfico se hizo en los mismos términos que la del Reglamento 4064/89, y que siguió siendo todavía un tanto básica aún, en cuanto no señalaba si debería tomarse en consideración cómo funcionaba la cadena de suministro por parte de las empresas a nivel nacional o internacional, cómo se encontraba organizada la producción en ese sentido, o qué lado de la oferta observar a efectos de dar con los límites del mercado. Recordemos que, especialmente en la Comunidad Europea, posterior a su unión en 1993, el mercado geográfico adquirió una particular importancia, toda vez que las fronteras se volvieron más difusas, y eso afectó directamente el área de competencia que se pretendía analizar.

En lo sucesivo, respecto a su análisis de operaciones de concentración, la doctrina ha identificado que cuando la Comisión se enfrentaba a una fusión que dejaba poca o ninguna duda sobre su compatibilidad con el mercado común, se contentaba simplemente con un estudio del mercado conciso y rudimentario. Por otro lado, mientras mayor era el daño que la fusión examinada podía crear, o si se encontraban las empresas concernidas en una posición de dominio,

obtenida a partir de que la competencia era efectivamente impedida, más detallado y complejo se volvía su análisis de la operación[27].

Por ejemplo en el caso Renault/Volvo, que fue la primera operación de concentración resuelta bajo esta regulación, el mercado propuesto por las partes incluía a los camiones, buses y vehículos. Examinando el mercado de los camiones, la Comisión sostuvo que el mercado se subdividía en 3 mercados: un segmento bajo las 5 toneladas, otro entre 5 y 16 toneladas, y finalmente un segmento que superaba las 16 toneladas. Para ella, sólo los dos últimos segmentos se encontraban afectados por la fusión, porque Renault y Volvo sólo fabricaban camiones de esas toneladas. Para llegar a esta conclusión, la Comisión se basó en los criterios de requerimientos técnicos de cada camión, el uso diferente que se les daba, y por último el marketing de cada uno, que se encontraba dirigido a dos grupos diferentes de consumidores[28].

El mismo caso sirve para ejemplificar la postura que la Comisión ha adoptado en un importante número de casos, respecto a los cuales ha simplemente señalado que no era "necesario determinar si el mercado geográfico era o no uno que comprendía el mercado de la Comunidad o si se componía de varios mercados nacionales" principalmente porque la fusión propuesta "no creaba una fuerte posición de dominio en ninguno de los mercados geográficos"[29].

I.1.2 La Comunicación 372/03

Con el paso de los años, los conceptos fueron desarrollándose más acabadamente tanto por la Comisión, en atención al gran número de casos

[27] Op. Cit. HELLEMANS, F. 625p.
[28] Caso Renault/Volvo.1990.
[29] Op Cit. Renault/Volvo. En: HELLEMANS, F. 644p.

analizados, como por la variada doctrina que se refirió a ellos. Sin embargo, aún existía incerteza respecto a cada uno de los criterios utilizados por la Comisión para la definición del mercado relevante.

Es así como en 1997 la Comisión elaboró y publicó la primera Comunicación C372/03 relativa específicamente a la “Definición del mercado de referencia a los efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”. Esta comunicación tuvo por objetivo presentar una guía sobre cómo la Comisión aplicaba los conceptos de mercado de producto de referencia y mercado geográfico, a fin de poder dar una mayor seguridad jurídica respecto de su metodología.

Una primera distinción a considerar en la Comunicación, es la que apuntaba a alejar al mercado de referencia del concepto de mercado en un sentido natural y obvio, o emanado de la cotidianeidad, a saber, aquel utilizado por la empresas para referirse al área en que venden sus productos o la industria o sector a que pertenecen.

Luego, la Comisión describió lo que entendía por los, ya conocidos a la época, conceptos de mercado del producto y de mercado geográfico. Definiendo cada uno como:

“El mercado del producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”

“El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficamente próximas debido, en particular, a que las

condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas”

De esta forma, el mercado relevante era entonces aquel que comprendía a los productos dentro de una zona determinada, habiendo hecho las discriminaciones necesarias al efecto.

La pregunta que se planteaba entonces era ¿cómo llegar a dicho mercado?

Y también, ¿qué productos debíamos incluir y/o excluir para ello?

I.1.2.1 El mercado del producto

La misma Comunicación pretendía responder a estas preguntas al señalar las tres fuentes principales de presiones a las que se ven sometidas las empresas, y que permitirían saber cuál es el espectro competitivo relevante. Ellas eran la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial. Cabe mencionar que estos dos últimos criterios eran descartados como parte de un análisis inmediato por la Comisión, al estimar que requerían en particular del estudio de otros factores[30]. Examinaremos a continuación dichos conceptos, según lo establecido en la Comunicación:

1.- En primer lugar, para dar con la Sustituibilidad de la demanda, se pretendía hacer un análisis desde el punto de vista de los productos, de manera de incluir en el mercado de referencia a aquellos que eran considerados suficientemente sustitutos por el consumidor. Así, la pregunta relevante al efecto se planteaba desde el punto de vista de la víctima: ¿se encontraba ésta

[30] COMISION EUROPEA. 1997. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia 327/03. 3p.

totalmente subordinada a la empresa que ha adoptado el comportamiento recriminado? ¿Disponía de la posibilidad de dirigirse a otros proveedores?[31]

En ese sentido, la Comunicación recogía lo que se venía plasmando hacía años en diversas sentencias, como por ejemplo la del caso Michelin[32] que ya en 1983, señalaba en su considerando treinta y siete que el mercado relevante es "el conjunto de productos que en función de sus características son particularmente aptos para satisfacer necesidades constantes, y no pueden sustituirse fácilmente".

Para llegar a conocer dicha intercambiabilidad, la Comisión señaló en su Comunicación que se realizaría el ejercicio de variar pequeña y no transitoriamente los precios relativos, enfocándose entonces en la reacción de los consumidores. Precisó además que dicha variación de los precios sería entre un 5% y un 10%, de manera que una vez efectuada, si tiene como efecto la reducción de las ventas, se incluirán en ese mercado todos los productos necesarios sustitutivos, hasta que el aumento en los precios no sea rentable. Finalmente, se aclaró que el precio que se tendrá en cuenta para efectuar la evaluación era el prevalente en el mercado.

La forma en que la Comisión determinó la sustituibilidad, estaba basada en la consideración que hace el consumidor de que los productos son similares en virtud de sus propiedades, su uso o su precio. Sin embargo, hacía hincapié en que también debían considerarse en el análisis otras variables, tales como las preferencias y necesidades de los consumidores, las prácticas generales del mercado, y la elasticidad cruzada de la demanda[33].

---

[31] Op. Cit. WAELBROECK, M y FRIGNANI, A. 334p.
[32] Caso Michelin c. Comisión. 1983. Resolución N° 322/81.
[33] GONZALEZ., A. 1999. El abuso de posición dominante en el derecho comunitario y español (artículo 86 del tratado C.E y artículo 6 de la Ley de defensa de la competencia): Introducción. En: DYKINSON, E. Derecho de la competencia europeo y español. Curso de iniciación. 101p.

a. Las propiedades. Entendidas dichas propiedades como los atributos o cualidades esenciales de algo[34], se encuentran referidas a propiedades más bien físicas. Ahora, cabe puntualizar que si bien las propiedades de un producto pueden ser similares, y en función de ello sustituibles para el consumidor, no necesariamente va a ser de esta forma. En efecto, es perfectamente posible que productos con diferentes propiedades físicas sirvan para el mismo uso. Así se consideró por ejemplo en la Sentencia *Redland*, AAH *Holdings* y *British Coal Corporation* en la que se reconoció que el carbón, el mazut, el gas y la electricidad compiten entre sí[35].

b. El uso. Al revés de lo señalado en el párrafo anterior, productos con iguales propiedades físicas, han sido sin embargo considerados por la Comisión como pertenecientes a diversos mercados, toda vez que el uso para el que sirven a los consumidores es distinto en cada uno. En efecto, en la sentencia respecto al asunto *Napier Brown British Sugar*[36]*,* la Comisión consideró que los azúcares especiales, los azúcares líquidos y los jarabes no pertenecían al mismo mercado que los azúcares granulados, por no responder al mismo uso por parte de quienes los consumían. En ese mismo sentido, descartó que ciertas azúcares ligadas a los productos dietéticos como las sacarinas o el aspartamo compitieran con el azúcar natural.

c. El precio. Aun cuando el uso, e incluso las propiedades físicas de un producto, puedan ser similares -que los haría, en principio, sustituibles a los ojos de los consumidores- el precio de cada uno puede ser tan diverso, que los haga en definitiva desistirse de obtenerlo. En ese sentido por ejemplo, no es lo mismo un collar de diamantes que un collar –idéntico- pero de

[34] Op. Cit. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea]. http://lema.rae.es/drae/?val=propiedades [consulta : 11 noviembre 2014]
[35] Caso *Redland, AAH Holdings y British Coal Corporation.* 1987. 18p.
[36] Caso *Napier Brown v. British Sugar.* 1988. 41p.

plástico brillante; y es en base a esto que la Comisión ha terminado discriminando diversos productos, en virtud del diferente precio que tienen, agrupándolos en distintos mercados de referencia.

d. Las preferencias de los consumidores. Este criterio ha sido considerado por la Comisión en razón de que, no obstante encontrarnos frente a productos con iguales características y uso, pueden ser sin embargo considerados como distintos, de conformidad con las preferencias de los consumidores. Una demostración de ello es en la sentencia Nestlé/Perrier, donde la Comisión llegó a la conclusión de que las bebidas refrescantes no alcohólicas y las aguas minerales embotelladas pertenecían a mercados diferentes, toda vez que el consumidor no reconocía en sus preferencias a esos productos como sustitutivos, aun cuando las bebidas y el agua tienen como función colmar la sed[37].

e. Análisis cuantitativo. Como decíamos, son la herramienta menos utilizada por la Comisión, y se encuentran principalmente referidos a la utilización de la elasticidad cruzada de la demanda. En este criterio se establece tradicionalmente, que dos productos pertenecen al mismo mercado, en atención a las variables económicas de cantidad y precio, si un ligero aumento del precio de uno de ellos, supone un desplazamiento suficientemente significativo de la demanda hacia el otro[38]. Lo anterior ha sufrido variaciones en los últimos años, volcándose el análisis ahora hacia la utilización de herramientas más econométricas, y no sólo la elasticidad cruzada de la demanda. Éstas serán analizadas más profundamente en una segunda parte de este trabajo.

[37] Sentencia Nestlé/Perrier. 1992 En: Op. Cit. WAELBROECK, M y FRIGNANI, A. 338p.
[38] NEHME, N. Material de Lectura. Conceptos de Posición Dominante, Mercado Relevante y Sustituibilidad de la Demanda de acuerdo con la Jurisprudencia de los Órganos de Defensa de la Competencia de la Comunidad Europea. Santiago, Chile. 10p.

2.- La sustituibilidad de la oferta por otra parte, centra la mirada en la producción que otros proveedores puedan realizar en un corto plazo, sin incurrir en costos o riesgos adicionales significativos, en respuesta a las variaciones del precio del producto en cuestión. En ese sentido, afectará el comportamiento de una empresa de manera restrictiva, el hecho de que otros productores puedan -sin mayores complicaciones- fabricar el mismo producto del cual ella pretende elevar el precio. La Comunicación ha señalado que dicha fabricación debía, sin embargo, cumplir con dos características fundamentales, a saber, en primer lugar debía comprobarse que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente; y en segundo lugar, que además dichas cantidades puedan venderse sin incrementos significativos de los costes. De esta forma, el Tribunal de Justicia en su sentencia *Continental Can*[39] señaló que debía tratarse de una "simple adaptación", de manera que si nos encontrábamos frente al caso en que se requerían grandes inversiones para que un productor pudiera penetrar en otro mercado, no podría considerarse que ambos productos pertenecían al mismo mercado[40].

En cuanto al factor tiempo, la Comisión también ha definido la inmediatez requerida, como una que dice relación, efectivamente, con el corto plazo -no solo de producción-, pero que también tiene que ver con el tiempo de comercialización del nuevo producto, a fin de poder ser considerado como parte del mercado relevante. Así por ejemplo en el caso Nestlé con Perrier, que citábamos anteriormente, la Comisión rechazó la ampliación del mercado relevante al de todas las bebidas no alcohólicas solicitado por la actora –la que se basaba en la facilidad que tendría cualquier empresa de poder fabricar agua-, toda vez que, a su juicio, las aguas de minerales francesas gozaban ya de una marca, y por lo tanto de una imagen y percepción entre los consumidores, que

[39] Caso *Europemballage and Continental Can Corp. v. Commission E. C* 1973.
[40] Op. Cit. WAELBROECK, M y FRIGNANI, A. 343p.

la nueva agua embotellada no tendría, y que significaría en definitiva una fuerte inversión en promoción y publicidad para crear una nueva marca reconocida y aceptada como Perrier[41].

Debemos mencionar que en cuanto al análisis del mercado relevante, la sustituibilidad de la oferta como herramienta, sólo ha sido considerada en casos excepcionales por la Comisión, que revisten características particulares, como aquellos en los que el procedimiento arrojaría como resultado una multitud de mercados estrechos artificiales, en los que el volumen de mercado, y las cuotas de mercado, no podrían medirse correctamente y terminarían perdiendo su significado[42].

3.- La Competencia Potencial, como último de los factores a considerar, dice relación con las probabilidades ciertas de que una empresa hará las inversiones necesarias para entrar en un mercado cuando en este varíen los precios. Dicho examen tiene un importante asidero en que puedan establecerse o no barreras a la entrada, pero su utilización ha quedado relegada ya no para la definición del mercado relevante por la Comisión, sino más bien en una etapa posterior[43].

I.1.2.2 El mercado geográfico o extensión territorial del mercado

La misma Comunicación se encargó de definir qué entendía por mercado geográfico, a saber, aquel que "comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas

[41] Op. Cit. Sentencia Nestlé/Perrier.
[42] Ibid.
[43] FISHWICK, F. 1993. The Definition of the Relevant Market in the Competition Policy of the European Economic Community. Vol. 63. 175p.

geográficamente próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas"[44].

De esta forma, entenderemos que el mercado geográfico sería entonces aquella área en que la víctima podía efectivamente dirigirse hacia otros proveedores[45]. El mismo Tribunal de Justicia explicitó la existencia de dicho mercado en su sentencia *United Brands* al señalar que "debe constituir una zona en la que las condiciones objetivas de competitividad del producto de que se trata deben ser similares para todos los operadores económicos"[46].

A propósito de ello, la Comunicación planteó entonces la pregunta que debemos responder, a fin de determinar si una empresa forma o no parte del mercado en cuestión, a saber, ¿van los clientes de las partes a transferir sus pedidos a empresas localizadas en otro lugar, en un corto plazo y a un costo insignificante?

Para determinar el mercado en cuestión, ella misma estableció[47] que el enfoque sería aquel que se obtiene a partir de una primera idea acerca de las dimensiones del mercado geográfico, basándose en indicaciones generales, relativas a la distribución de las cuotas de mercado de las partes y de sus competidores, y en un análisis preliminar de la fijación y las diferencias de precios a escala nacional y comunitaria, o a nivel del Espacio Económico Europeo –en adelante EEE-.[48].

---

[44] Op. Cit. Comunicación 372/03. 2p.
[45] Op. Cit. WAELBROECK, M y FRIGNANI, A. 344p.
[46] United Brands Co. v. Commission. 1978. Case 27/76.
[47] Op. Cit. Comunicación 372/03. 6p
[48] El Espacio Económico Europeo se formó en 1994 para ampliar las disposiciones de la Unión Europea sobre el mercado interior a los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Para más información al respecto, se sugiere revisar <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_6.5.3.html.>

Posteriormente, la Comunicación sistematizó los criterios a utilizar en el análisis explicado precedentemente.

Así en primer lugar, identificaría las características de la demanda en el mercado nacional primitivo de la empresa, analizando cuestiones tales como las preferencias nacionales, locales, los hábitos de compra de los consumidores y cómo estos diferencian entre marcas, entre otros aspectos; con el objetivo de determinar si empresas de distintas zonas constituyen efectivamente una fuente real de suministro alternativo para los consumidores[49].

Luego reconocería en el análisis los posibles obstáculos que podían llegar a tener las empresas para la comercialización del producto en todo el mercado geográfico, entre los que se contarían, por ejemplo, aquellos del tipo reglamentarios vinculados a la contratación pública, derechos de aduana, normas técnicas o monopolios que podían existir en las diversas localidades.

La Comisión tendría particularmente en cuenta también los flujos comerciales, debido a que se ofrecían indicaciones complementarias útiles acerca de la importancia económica de los factores de la demanda o de la oferta, y de la medida en que los mismos podían o no constituir barreras reales que dieran lugar a la creación de mercados geográficos diferentes. En esta etapa, identificaría entonces barreras a la entrada[50] tales como los costos de transporte.

Finalmente, no dejaba de tenerse en consideración el constante proceso de integración del mercado en la Comunidad en el ámbito de las concentraciones, y en particular de las empresas respecto a sus participaciones más

[49] Íbid. 6p.
[50] Definidas como "Obstáculos o dificultades que una empresa tiene que salvar o costes que tiene que soportar para entrar a formar parte de un nuevo sector productivo." ENCIPLOPEDIA DE ECONOMÍA [en línea] <http://www.economia48.com/spa/d/barreras-de-entrada/barreras-de-entrada.htm> [consulta : 11 mayo 2015].

estructurales. Esto en vista de las diversas medidas adoptadas con la finalidad de suprimir obstáculos al comercio, y fomentar en definitiva la integración de los mercados de la Comunidad, cuestiones respecto de las cuales no podían renunciarse al analizar los mercados y las empresas integrantes de este.

I.1.2.3. El Mercado Relevante en la Actualidad

Finalmente, con la nueva Regulación 139 del año 2004, de la *Council Regulation* –también, Regulación de 2004-, que prohíbe las concentraciones horizontales que impidan sustancialmente la competencia efectiva, en particular si es el resultado de la generación o aumento de posición dominante, la Comisión moderniza su análisis de fusiones.

En ellas se señala que "la evaluación de las concentraciones por parte de la Comisión normalmente implica lo siguiente:

a) La definición del mercado de productos y del mercado geográfico de referencia;"[51]

En cuanto al mercado relevante entonces, se ha dicho por parte de la doctrina, que la Comisión reconoce, en esta nueva versión, que la valoración de una fusión necesita ir más allá de la definición del mercado relevante y del cálculo de cuotas de mercado, y que de manera explícita permite la consideración directa del poder de mercado, el análisis de las eficiencias creadas por las fusiones y los posibles riesgos que de ella deriven[52]. De esta forma, la nueva Regulación parece enfocarse más en los efectos competitivos de la operación en los competidores y consumidores, a diferencia de la

[51] COMISION EUROPEA. 2004. Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. 2004/C 31/03. 2p

[52] RIDYARD, Derek. 2004. The Comission's new horizontal merger guidelines – an economic commentary. RBB Economics. The Global Competition Law Centre Working Papers Series. Colege of Europe. Bélgica. [en línea] http://www.gclc.coleurop.be. [consulta: 25 febrero 2015] 1p.

normativa anterior, la que como decíamos daba más énfasis a la estructura existente del mercado.

Como veremos a lo largo de esta tesis, este cambio de óptica en la Comunidad Europea el año 2004, hace oídos a una tendencia mundial respecto al estudio de las operaciones de concentración, que tendrá evidentes repercusiones en lo que será la definición e importancia del mercado relevante dentro del análisis.

I.2 Estados Unidos

Es en al año 1890, con la dictación de la Sherman *Act* (Ley *Sheman*), que Estados Unidos comenzó a desarrollar de manera más clara en su ordenamiento jurídico el derecho antitrust. En ella, dos son los artículos de fondo relevantes. El primero de ellos establece que:

"Cualquier contrato, en combinación o en forma de *trust* o conspiraciones que restrinjan el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras, como se declara, es ilegal"[53];

El segundo artículo penaliza los actos que impliquen:

"Monopolizar, o intentar monopolizar, o combinar o conspirar con otras personas para monopolizar el comercio entre distintos Estados o con naciones extranjeras, serán considerados culpables de un crimen, y, sobre la convicción de eso, deben ser castigados por una multa que no exceda los 10.000.000 dólares si es una corporación, o, si es cualquier otra persona, 350.000 dólares, o encarcelado por una pena que no exceda de tres años, o por ambas penas, a discreción del tribunal"[54].

Se ha entendido para la constatación de dicha monopolización, que se encuentra bajo el supuesto descrito en ésta sección 2 de la *Sherman Act*, y que por lo tanto constituye una violación a dicho precepto, se requiere de la

[53] "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal." Traducción del autor. The Sherman Antitrust Act. 1980.Estados Unidos.

[54] "Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.". Traducción del autor. Íbid.

determinación inicial de que la empresa objeto del análisis tiene un poder monopólico, es decir, un alto grado de poder de mercado[55].

Para contextualizar esta ley, debemos señalar que ella surgió a partir de la formación de los llamados "Trust", luego de que posterior a la década de 1850 -debido a la expansión de la economía y el consecuente aumento de la competencia- las empresas tendieran a la formación de carteles, los que debido a su pronta prohibición derivaron en definitiva a dicha forma de asociación. En ellos, varios productores de los mismos bienes –o de un mismo sector económico- se unen de una manera más sutil que en un cartel propiamente tal.

Sin embargo, los trust fueron también prohibidos y declarados ilegales a partir de la *Sherman Act*. El primer trust fue el de *Standard Oil Trust* en 1882, que en 1911 fue desmembrado por la Corte Suprema por ser prácticamente un monopolio del mercado de refinería de petróleo. Este caso tuvo particular importancia en cuanto a la aplicación del artículo 2 de la Ley *Sherman*, sentando así las bases para la posterior sanción como prácticas anticompetitivas de una serie de conductas unilaterales y exclusorias[56].

La segunda ley importante para el derecho antitrust americano surgió en 1914 con la dictación de la *Clayton Act*. La tercera regulación de relevancia fue la normativa que estableció la creación de la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Comission* o FTC).

La *Clayton Act* en lo concreto, establece en su artículo segundo que:

"Se declara ilegal (...) la discriminación de precios entre los diferentes compradores de mercancías de grado y calidad semejantes (...) en los casos en

[55] POSNER, R y LANDES, W. 1980. Market Power in Antitrust Cases. 94 Harvard Law Review. University of Chicago Law School. [en línea] <http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles> [consulta: 02 marzo 2015]. 937p.
[56] COLOMA, G. 2003. Defensa de la Competencia. Buenos Aires. Ciudad Argentina. 19p.

que dicha discriminación pueda dar lugar a una considerable reducción de la competencia o tienda a crear un monopolio en cualquier línea del comercio (…) No obstante lo anterior, nada de lo aquí estipulado impedirá que se establezcan diferencias que respondan únicamente a diferencias de costes.[57]"

Luego, en su artículo tercero:

"Se declara ilegal el alquiler o la realización de una venta o contrato (...) con la condición, acuerdo o entendimiento de que el arrendador o comprador no utilice o comercie con (...) mercancías de un competidor (...) en los casos en que ello pueda dar lugar a una considerable reducción de la competencia o tienda un monopolio en cualquier línea del comercio."[58]

En su artículo séptimo, la *Clayton Act* regula acerca de las fusiones que puedan lesionar la competencia o crear un monopolio "…en cualquier línea de comercio o en cualquier actividad, afectando el comercio en cualquier sección del país (…)"[59]

Es así como en definitiva, la Ley *Clayton* viene a complementar la *Sherman Act*, no sólo en el sentido de la prohibición a los monopolios, sino que además respecto de una serie de prácticas que puedan atentar contra la libre competencia, tales como la discriminación de precios, la administración

[57] "It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, (…) and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, (…) Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost (…)" Traducción del autor. Clayton Act. 1914. Estados Unidos.

[58] It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods (…) on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods (…)where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce."Traducción del autor. Íbid.

[59] "…where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country (…)". Traducción del autor. Íbid.

conjunta de empresas competidoras, las imposiciones de exclusividad. Estableciendo inclusive un control preliminar de fusiones y adquisiciones.

Para el objeto de esta tesis, es relevante mencionar una última ley *antitrust* estadounidense, cual es la Ley *Hart Scott Rodino* de 1976, que incorporó un procedimiento de control previo de fusiones y adquisiciones a cargo de la *Federal Trade Comission*.

Como podemos observar, la legislación mencionada no señala cómo puede determinarse el poder de mercado de una empresa, y no contiene por lo tanto ni una sola definición de lo que podemos entender por mercado relevante. Tampoco establece un procedimiento para su establecimiento, a fin de lograr dar con el poder de mercado de la empresa objeto del análisis. Para ello, ha sido tanto la agencia estatal encargada de la protección de la libre competencia –la FTC-, como la jurisprudencia estadounidense –en particular la *Supreme Court*-, las que han ido delineando los conceptos relevantes a fin de establecer dicho poder de mercado.

Así las cosas, la doctrina norteamericana se ha referido en una primera instancia al mercado como "la arena en la cual una significativa substitución en consumo o producción ocurre", para luego señalar que "definir un mercado es identificar a esos productores que proveen a los clientes de una empresa demandada con fuentes alternativas al producto de la empresa en cuestión"[60].

En cuanto a la jurisprudencia, uno de los primeros juicios importantes en atención a la definición del mercado relevante, *United States v. E.I du Pont de Nemours & Co.,* que data del año 1956 fue conocido como el "Caso del Celofán". Si bien se analizará más profundamente en una etapa posterior de esta tesis, puede decirse de momento que en este caso el gobierno

[60] Op. Cit. AREEDA, P. y HOVENKAMP, H. Vol. 2B. 225p.

estadounidense afirmó que el mercado relevante se componía exclusivamente de papel celofán, puesto que los demás materiales de embalaje no eran fungibles, ni tenían un precio similar. Sin embargo, la empresa objeto del análisis –*Du Pont*- señalaba por el otro lado precisamente lo contrario, en atención a que, a su juicio, todos los materiales eran productos perfectamente sustituibles, y por consiguiente, formaban parte del mismo mercado. La Corte Suprema, haciendo un análisis de elasticidad cruzada de la demanda que trataremos más adelante, resolvió finalmente que "el mercado se compone de los productos que tienen un grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad[61]".

Otro caso que no podemos dejar de mencionar, debido a que fue la primera operación de concentración horizontal analizada bajo la Sección 7, es el de *Brown Shoe Co. v United States* en el que la Corte determinó que el mercado relevante "no puede ser definido por ningún proceso de lógica y deberá determinarse según un proceso de observación… En otras palabras, hay que determinar cómo la industria en sí misma, y cómo los usuarios, el público, tratan al zapato como producto"[62]. En atención a este proceso, es que la Corte identificó varios sub-mercados, constituyendo esto una novedad para la época, de zapatos como entidades económicas separadas entre ellos en virtud de sus diferentes características, usos, producción, clientes, precios, sensibilidad a éste por parte de los consumidores, y vendedores especializados[63]. En conclusión, estableció que el mercado relevante contenía los mercados de la línea de comercio de zapatos de hombres, mujeres y niños.

[61] "Market is composed of products that have reasonable interchangeability price, use and qualities considered". United States v. E.I. Du Pont De Nemours & Co (1956) Traducción del autor.
[62] "Cannot be determined by any process of logic and should be determined by the processes of observation… In other words, determine how the industry itself and how the users, the public, treat the shoe product", Op. Cit. WERDEN, G. 150p.
[63] FTC v Brown Shoe Co., Inc. 1966.

La importancia de la determinación del mercado relevante como un método necesario para dar con el poder de mercado, ha repercutido particularmente en la Corte Suprema estadounidense, la que ha utilizado esta forma en la resolución de la mayoría de los casos, así por ejemplo en *Eastman Kodak Co*. v. *Image Technical Serves*, *Inc*. ésta ha señalado: "Porque el poder de mercado es usualmente inferido de la cuota de mercado, la definición del mercado generalmente determina el resultado del caso"[64]. Y así lo ha resaltado la doctrina: "A lo largo de la historia de la litigación *antitrust* en los Estados Unidos, en la mayoría de los casos se ha volcado más hacia la definición del mercado que a cualquier otro asunto substancial de ellos."[65]

Ya desde los inicios del análisis antitrust se ha puntualizado que el objetivo de la definición del mercado relevante, como hemos mencionado anteriormente, es identificar a los vendedores y compradores que, en virtud del juego de la oferta y la demanda, determinan en definitiva el precio por un producto en esa área. Cabe recalcar entonces que no es propósito en ningún caso que la definición del mercado considerada por sí sola nos lleve a la conclusión de si el mercado es competitivo o monopolístico[66].

En ese sentido, el método estándar identificado para dar con el poder de mercado en los casos antitrust en Estados Unidos, envuelve en primer lugar la definición del mercado relevante, respecto del cual luego se calcularán las

---

[64] "Because market power is often inferred from market share, market definition generally determines the result of the case.". Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc., 504 U.S. 451, 469 n.15 (1992). Op. Cit. KAPLOW, L. 439p. Nota al pie N°2.

[65] "Throughout the history of U.S. antitrust litigation, the outcome of more cases has surely turned on market definition than on any other substantive issue.". Traducción del autor. BAKER, J. 2007. Market Definition: An Analytical Overview. 74 Antitrust Law Journal No.1. American Bar Association. 129p.

[66] "The purpose of the market definition is to identify the sellers and buyers who establish the Price for the product in the area. It is not a purpose of the market definition to determine whether the market is competitive or monopolistic" STIGLER, G. y SHERWIN, R. 1985. The Extent of the Market. Jorunal of Law and Economics. Vol. 28. N°3. 558p. En: SABBATINI, P. 2000. The Concept of Market and Antitrust. Roma. [en línea] http://ssrn.com/abstract=182468 [consulta: 02 marzo 2015] 4p.

cuotas de mercado del productor dentro de dicho mercado. Finalmente se deberá determinar si esta cuota es lo suficientemente grande dentro del mercado para respaldar una conclusión acerca del poder de mercado requerido[67], estableciendo en definitiva su valor a partir de aquella cuota.

I.2.1 Las *Horizontal Merger Guidelines*

En la línea de lo que hemos venido explicando, no podemos continuar el tratamiento del mercado relevante en Estados Unidos sino desde la perspectiva de las operaciones de concentración, toda vez que es en razón de ellas que se ha producido el mayor desarrollo del tema.

Tal como adelantábamos en la introducción de esta tesis, la *Federal Trade Comission* y el *Department of Justice* han querido aclarar la cuestión respecto al análisis de las operaciones de concentración horizontales, de manera de otorgar mayor seguridad jurídica de la metodología utilizada. Es en virtud de ello, que han elaborado una serie de Guías de Operaciones de Concentración, en las que se desarrollan y explican cómo serán entendidos los diversos conceptos involucrados en una fusión, y la metodología del examen que realizarán a fin de determinar si esta será beneficiosa o riesgosa para la competencia.

De esta manera, y en particular, se trata en cada Guía acerca de la definición del mercado relevante, con el objetivo de transparentar a todos los agentes del mercado los criterios a utilizar en el procedimiento que se seguirá para su establecimiento.

La labor comenzó –fallidamente- en el año 1968 con la confección de unas primeras directrices, las que fracasaron en virtud del avanzado desarrollo económico y legal a la época, que no logró ser recogido por ellas. Sin embargo,

[67] Op. Cit. POSNER, R y LANDES, W. 938p.

los organismos encargados de la defensa de la libre competencia volvieron a intentarlo en los años 1982 y 1984, para ya en 1992 publicar la más importante *Horizontal Merger Guidelines* del país, que perduraría casi diez años, hasta su actualización en el 2010.

Desde el ámbito estatal, y en cuanto a las operaciones de concentración, el mercado es definido en las primeras *Horizontal Merger Guidelines* de 1982 como "un grupo de productos y un área geográfica asociada, con ciertas características económicas (…)"[68], para luego continuar señalando que: "En teoría, todo lo que en cuanto a las fuerzas de la demanda y de la oferta se suponga como relevante para la evaluación de una fusión, deberá ser incorporada a la definición del mercado. Bajo la Guía, sin embargo, la definición del mercado no es exclusivamente una técnica analítica a través de la cual el Departamento considera dichas fuerzas"[69]. Posteriormente distinguió entre el mercado del producto y el geográfico, dando las primeras definiciones, sin adentrarse mayormente en el establecimiento de métodos específicos y desarrollados, sino que manteniéndose en una conceptualización bastante general.

I.2.1.1 El Mercado del Producto

Fue en la Guía publicada en 1992 que se actualizaron dichas definiciones, para señalar en definitiva que el mercado relevante será definido como "el producto o grupo de productos, y un área geográfica en los cuales son producidos o vendidos, para los cuales una empresa, hipotéticamente maximizadora de beneficio y no sujeta a regulación de precios, que es la única

[68] "Market is a group of products and an associated geographic area with certain economic characteristics". Traducción del autor. US. Department of Justice and Federal Trade Comission. Horizontal Merger Guidelines. 1982. Estados Unidos. 3p.

[69] "In theory, all the demand and supply forces relevant to the evaluation of a merger could incorporated in the definition of a market. Under the Guidelines, however, market definition is not the exclusive analytical technique through which the Department considers those forces." Íbid. Traducción del autor.

fabricante presente y futura de esos productos en esa área, puede aplicar un aumento de precios pequeño pero significativo, y permanente, manteniéndose constantes las condiciones de venta del resto de los productos”[70].

Con esta definición del mercado relevante, el *Department of Justice* reafirmó el establecimiento de un método que ya esbozaba en la Guía de 1982, y que era considerado como inusual e innovador para la época. Éste método dice relación con el examen de los productos a fin de poder identificar a los substitutos más cercanos de ellos, asumiendo que se encuentran todos dentro de un mismo mercado, como si fuese un “monopolista hipotético”, para luego preguntarse cuándo este monopolista puede maximizar sus ganancias subiendo los precios significativamente sobre el nivel competitivo. De poder hacerlo, se concluiría que el monopolista hipotético goza efectivamente de poder de mercado. Por el contrario, de no ser así, el alza de precio atraerá a otros productores que podrán ofrecer el producto, o repelerá a los compradores, los que se habrán volcado hacia la adquisición de otros productos alternativos. Lo anterior sugeriría entonces que el mercado relevante debería ampliarse, incluyendo a dichos productos alternativos. Así, se construye un monopolista hipotético de ambos productos, y se repite el ejercicio hasta que el aumento de precio sea efectivamente beneficioso[71]. Este ejercicio ha sido llamado como “El test del monopolista hipotético” o “SSNIP” por las siglas en inglés para “*Small but Significant and Non Transitory Increase in Price*”.

El aumento del precio ha sido fijado en un 5% en la mayoría de los casos, pero dependerá en definitiva de la naturaleza de la industria, y la agencia se

[70] “A market is defined as a product or group of product and a geographic area in wich it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or selles of those product in the area likely would impose at least a “small but significand and nontransitory” increase in price, assuming the terms of sale of all other product are held constant”. Traducción del autor. US. Department of Justice and Federal Trade Comission. 1992. Horizontal Merger Guidelines. Estados Unidos.
[71] Op. Cit. AREEDA, P. y HOVENKAMP, H. Vol. 2B. 227p.

reserva el poder hacer uso de un porcentaje mayor o menor según corresponda.

Aun cuando la herramienta expuesta por la Guía corresponde en definitiva a un análisis basado en la elasticidad precio de la demanda, definiendo cómo deberá realizarse, reconoció sin embargo la dificultad de demostrar directamente ésta elasticidad. Es por eso que la Guía especificó tanto para el mercado del producto, como para el geográfico, que para analizar la reacción de los compradores a un aumento del precio, la Agencia tomaría en cuenta toda evidencia que pudiera ser importante, incluso –pero no limitada a ellas- las siguientes:

1. La evidencia de que los compradores han cambiado o han considerado cambiarse de productos en respuesta a los cambios del precio u otras variables competitivas;
2. La evidencia de que los vendedores basan sus decisiones de negocio en la sustitución del comprador entre productos en respuesta a los cambios en el precio u otras variables competitivas;
3. Influencia de la competencia la que se enfrentan los compradores en los mercados externos; y
4. El tiempo y costos de cambiar de productos.

La jurisprudencia desarrollada también ha sido particularmente importante a la hora de definir los conceptos del mercado relevante, sentando fundamentales precedentes al respecto. Así por ejemplo, en el caso *Victus Ltd* v. *Collezione Europa U.S.A Inc* de 1998, la Corte Suprema profundizó el análisis señalando en su fallo cuatro pasos que deberán considerarse para la definición del mercado relevante, a saber:

1. Resolver qué productos forman parte del mercado inicial A.
2. Definir la magnitud de un aumento significativo en el precio.

3. Determinar las probables reacciones de los consumidores del mercado A y de las firmas B.
4. Evitar caer en una definición amplia del mercado, que ocurriría cuando el precio en el mercado A era ya supra competitivo desde un principio.

En cuanto a los elementos tenidos en consideración para definir el mercado, cabe mencionar que la sustituibilidad de la oferta –al igual que en la Comunidad Europea-, también ha sido un criterio considerado por la Corte en su análisis. Un ejemplo de ello podemos observar en el caso B*lue Cross & Blue Shield United of Wisconsin v. Marshfield Clinic* de 1995, toda vez que en su fallo sentenció el máximo Tribunal estadounidense que:

"La definición del mercado depende de la sustituibilidad de la oferta tanto como depende de la sustituibilidad de la demanda. Incluso si dos productos son completamente diferentes desde el punto de vista del consumidor, de poder fabricarse éste por los mismos productores, un aumento en el precio de uno de ellos -que no se encuentre justificado en los costos- inducirá a que los productores cambien su producción de otros productos a ese, con miras a incrementar sus ganancias vendiéndolos a un precio supra competitivo[72]".

De esta forma, el lineamiento jurisprudencial respecto a la definición del mercado relevante en Estados Unidos es de uno también estructural, como el de Europa, pero con un enfoque más bien dado desde el punto de vista de la elasticidad cruzada de la demanda.

La herramienta de la elasticidad cruzada de la demanda como herramienta para definir el mercado relevante, mide de qué manera la cantidad demandada

[72] B*lue Cross & Blue Shield United of Wisconsin v. Marshfield Clinic.* En Op. Cit. AREEDA, P. y HOVENKAMP, H. Vol. 2B. 361p.

de un bien responde a un cambio en el precio de otro bien[73], permitiéndonos entonces la comparación entre ambos. En economía este ejercicio se utiliza para determinar si dos bienes son sustitutos o complementarios y en qué medida. En conclusión, si un aumento en el precio del bien X, deriva en un aumento positivo de las ventas del bien Y, el resultado de la operación será positivo, lo que significa que estos dos bienes comparados, son sustitutos. De ser este aumento considerable, se hablará de una "alta" elasticidad de la demanda, de lo contrario se catalogará como "baja".

Sin embargo, el procedimiento a utilizar en el derecho *antitrust* norteamericano para el establecimiento del mercado relevante, ha estado lejos de ser una cuestión pacífica. Ya en 1981 la doctrina comenzó a cuestionar fuertemente el criterio de la elasticidad cruzada, para plantear un análisis de carácter más econométrico, basado en el Índice de Lerner y otras fórmulas matemáticas complejas[74], las que se fueron desarrollando, y reformulando a lo largo de los años venideros, tal como lo abordaremos en una tercera parte de esta tesis.

I.2.1.2 El Mercado Geográfico

La definición del mercado relevante en Estados Unidos no comprende sólo la arista del mercado del producto, como lo hemos venido viendo hasta el momento, sino también el establecimiento del área geográfica en la que se encuentra comprendida el producto o servicio analizado. Dicha área ha sido conceptualizada como el mercado geográfico. En concreto, lo importante no es determinar cuán lejos los consumidores viajan para comprar respecto de la

[73]MANKIW, G. Principios de economía. 6ta ed. Cengage Learning. [en línea] http://es.slideshare.net/garamar/principios-de-economia-6ta-edicion-mankiw. 97p. [consulta: 02 marzo 2015]
[74] Al respecto ver Op. Cit. POSNER, R y LANDES, W. 937p y siguientes.

empresa objeto del análisis, sino cuán lejos están dispuestos a ir a fin de evitar pagar los precios monopólicos que se pudiesen establecer[75].

Si el mercado en cuestión es local, regional, nacional o inclusive internacional dependerá de la habilidad de la(s) empresa(s) para vender el producto más allá de su inmediata locación. Se ha dicho que los costos de transporte son la primera barrera de importancia al respecto, no obstante la conveniencia de los consumidores y sus preferencias pueden también ser obstáculos[76].

Otros factores de relevancia considerados por la jurisprudencia a efectos de delinear el mercado en cuestión son también los precios y los patrones de venta.

En cuanto al precio, como uno de los elementos a considerar particularmente importantes, se ha dicho que las relaciones de éste en diferentes áreas geográficas a veces indican cuándo un área es un mercado geográfico separado, pudiendo delinearse en torno a ello sus límites. Mercados separados son establecidos cuando los precios en distintas áreas difieren, y cuando los movimientos de precio son más o menos correlativos[77]. Así, por ejemplo en el caso *United States v. Grinnell Corp* de 1966, la Corte Suprema infirió un mercado nacional en virtud de los esquemas de precios nacionales que tenía la empresa[78].

Dos o más productos de áreas distintas pueden también formar parte de un mismo mercado en virtud de las correlaciones de precios entre ambos por un tiempo. Será así entonces cuando los precios de un producto han sido usualmente los mismos en un Estado, con aumentos y bajas, y éstos han sido

---

[75] Op. Cit.AREEDA, P. y HOVENKAMP, H. Vol. 2B.313p.
[76] Íbid. 308p.
[77] Íbid 308p.
[78] Unites states v. Grinnell Corp En: Íbid 308p.

rápidamente seguidos por cambios en la misma dirección en otro Estado[79]. Sin embargo, debe tenerse en consideración que dichos cambios correlativos de precios pueden deberse simplemente a que la respuesta de los productores sea la misma frente a fuerzas externas que influyan en los precios.

Otros factores considerados como importantes a fin de establecer el mercado geográfico son los patrones de venta, los movimientos de consumo y el comercio. Así se ha dicho por ejemplo, que los actuales patrones de venta pueden ayudar a interpretar datos de precios ambiguos o iluminar la dimensión del mercado geográfico.

Finalmente, también se considerarán dentro del mercado relevante –una vez hecho el análisis del producto y geográfico- aquellos "participantes no comprometidos", que suponen entrarán al mercado para complementar la oferta del producto. Para ser dichas empresas consideradas se especifica que deben tener la capacidad de ingresar al mercado en menos de un año, sin que su entrada y salida implique además un costo significativo de entrada, considerándose como tales: campañas de marketing, inversión en tecnología o investigación, la adquisición de activos, la normativa reguladora, entre otros.

I. 2.1.3 Las Cuotas de Mercado

Cabe hacer mención brevemente, porque escapa directamente al objeto de esta tesis, a un procedimiento posterior a la definición del mercado relevante, a saber, la determinación de las cuotas de mercado que tiene la(s) empresa(s) analizada(s). La Guía señalaba que la Agencia calcularía las cuotas de mercado para todas las empresas identificadas dentro del mercado relevante, basadas en la venta total que podrían realizar en respuesta a un "pequeño pero significativo y no transitorio" aumento en el precio. De manera

[79] Íbid 309p.

que medía la concentración del mercado según el llamado Índice Herfindahl-Hirschman o "HHI"[80], el que se calculaba sumando los cuadrados de las cuotas de mercados individuales de todos los participantes del mercado relevante. Asimismo, señalaba los umbrales a tener en consideración, a saber, menor que 1000 (mercado desconcentrado), entre 1000 y 1800 (moderadamente concentrado) y finalmente mayor que 1800 (altamente concentrado). Cabe mencionar al respecto que en la última actualización del año 2010 de la Guía estadounidense, los umbrales se modernizaron, pasando a considerar que un mercado desconcentrado presentaba un HHI menor a 1500; moderadamente concentrado entre 1500 y 2500; y altamente concentrado con un HHI mayor a 2500.

Otro índice menos utilizado, pero respecto del cual cabe hacer referencia, es el llamado "C4", que se obtiene de la suma de las participaciones de las 4 mayores empresas del mercado, respecto del total de ventas del sector. Existen otros como el "C3" y "C8" que mide las participaciones respecto de las 3 y 8 empresas más grandes, respectivamente.

I.2.1.4 En la Actualidad

La última Guía de Operaciones de Concentración Horizontal estadounidense fue publicada en abril del año 2010, pero dejaremos su tratamiento para el siguiente capítulo en razón del progreso que significó para el análisis *antitrust*, que tiene que ver con las nuevas concepciones del mercado relevante.

Podemos decir como conclusión, y en comparación con el sistema tradicional europeo que veíamos en la sección anterior, que en general el acercamiento de las autoridades estadounidenses a la sustitución de la oferta

[80] En español las siglas son IHH. Para efectos de esta tesis, utilizaremos las siglas en inglés.

es formalmente un tanto diferente, pero funcionalmente muy similar[81]. Sin embargo, es sustancialmente relevante el hecho de que Estados Unidos cuente desde –al menos- 1968 con directrices respecto a la definición del mercado, mientras que en la Comunidad Europea esto no se concretó sino hasta, de manera clara y precisa, 1997 con la dictación de la Comunicación 327/03.

Estas directrices han proveído una durable y valiosa guía para los intervinientes y los jueces, y han sido en general exitosas en hacer que el análisis de las fusiones sea más consistente. En atención a lo que hemos descrito en estas líneas, ellas han logrado identificar las preguntas económicamente adecuadas que éstos sujetos necesitan para direccionarlos en el examen de los efectos competitivos de una fusión. El resultado de esto es el aumento en la estabilidad y confianza general del mercado.

[81] CHANG, H., EVANS, D., y SCHMALENSEE, R. 2011. Documento de Referencia sobre Definición de Mercado Relevante. Comisión Federal de Competencia de México. 7p.

I.3 Regulación Chilena

La regulación chilena sobre para la defensa de la Libre competencia dista de ser una abundante, y su desarrollo ha sido uno de carácter más bien lento[82]. Es recién en 1973, con la dictación del primer cuerpo normativo destinado exclusivamente al tema a saber, el Decreto Ley 211, que Chile comenzó de manera firme su caminar hacia un sistema de defensa de la competencia propiamente tal. En efecto, el artículo 3° da cuenta de ello, toda vez que estableció que, de una forma más bien abierta, el legislador consideró como ilícito: "…cualquier hecho, acto o convención que prevenga, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir estos efectos". Aun cuando la normativa no se refirió directamente al mercado relevante o a un procedimiento para su establecimiento, va de suyo que, para determinar entonces si la conducta era lícita o no, sería fundamental determinar el mercado respecto del cuál ésta producirá sus efectos. Como se verá más adelante, el DL 211 sufrió modificaciones y actualizaciones posteriores.

En cuanto a la organización estatal, se creó con la Ley N° 13.305 en Chile, la Comisión Antimonopolio, que de conformidad a lo establecido en el artículo 174 poseía la facultad de decidir en conciencia los asuntos puestos en su conocimiento, a saber, aquellas situaciones o hechos contemplados en la ley, y acoger las denuncias, reclamaciones, solicitudes o consultas que le formularan las autoridades, entidades públicas o privadas, y los particulares al respecto. La

[82] Los antecedentes históricos en materia de Libre Competencia en nuestro país datan de 1959, año en que se aprueba la Ley N° 13.305, cuyo título v, denominado "Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial" una legislación antimonopolios propuesta por la llamada "Misión Klein-Saks", con el fin de estabilizar la economía nacional de la época, y que se constituyó en la base del desarrollo institucional chileno en esas materias. Esta ley contiene la creación de la Comisión Antimonopolios. Posteriormente se dicta la Ley N° 15.142 que perfecciona y complementa la Ley anterior, y que establece la existencia de un fiscal, entendido como el agente encargado de llevar adelante las investigaciones de las posibles infracciones a la ley, ordenadas por la Comisión Antimonopolios. BERNEDO, P. 2013. Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010. Chile. Ed Fiscalía Nacional Económica. 17p.

composición de ella, según el artículo 175, era de un ministro de la Corte Suprema, que la presidía, el superintendente de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, y el superintendente de Bancos.

Posteriormente, y con la dictación del DL N° 211, los casos referidos a materias de libre competencia, pasaron a ser conocidos por la Comisión Preventiva Central y Regionales, que realizaban un juicio preliminar, y que eventualmente podían pasar a la revisión de la Comisión Resolutiva, que tenía competencia respecto de aquellos casos en los que pudiese haber una infracción a la ley de competencia.

La composición de la Comisión Resolutiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del mismo cuerpo legal, era de un Ministro de la Corte Suprema, designado por este tribunal, que la presidía; el director nacional de Industria y Comercio; el superintendente de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio; el superintendente de Bancos; el director nacional de Impuestos Internos y el Síndico General de Quiebras[83].

Posteriormente, el artículo 17 señalaba que la Comisión Resolutiva tenía como misión la de supervigilar la adecuada aplicación de las normas del DL 211, y el correcto desempeño de los organismos de su dependencia. Su carácter era el de un tribunal administrativo encargado de resolver y sancionar con autoridad propia[84].

Cabe destacar que ambos organismos –tanto las Comisiones Preventivas como la Resolutiva- eran tribunales temporales, en cuanto no se encontraban

[83] Esta composición fue posteriormente actualizada por el DL N° 2.760, quedando finalmente en el año 1979 de la siguiente manera: un Ministro de la Corte Suprema, que la presidía, un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Hacienda, un Decano de una Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de una Universidad con sede en Santiago, y finalmente un Decano de una Facultad de Ciencias Económicas de una Universidad con sede en Santiago.
[84] Íbid. 70p.

de manera permanente en sus funciones, sino sólo se constituían para casos puntuales. Además, y tal como podemos apreciar de su composición en el artículo 16, sus miembros no contaban en general con la *expertise* académica especializada de la materia, que nos permitiera tener una jurisprudencia acabada a la época. Dicha especialización dice relación, en lo particular, con el establecimiento de jueces que tuvieran no sólo una dedicación exclusiva a los casos, sino también porque aquellos establecidos por el legislador, si bien en los cargos que participaban tenían relación con lo económico, ello no era específico.

Finalmente, en el año 2004 con la promulgación y publicación de la Ley N° 19.911 se institucionalizó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que se compone de jueces abogados y economistas. Este es un tribunal que tiene como características ser un tribunal especial –en los términos del artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales-, que no forma parte del poder judicial, permanente, de derecho, jurisdiccional, y que se encuentra bajo la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

En cuanto al fondo, el DL 211, cuya última versión es del año 2005, no hace referencia directamente a las fusiones, sino que de manera general se limitó a señalar en su primera versión, en el artículo 2° (actualmente derogada), que "(…) se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

a) Los que se refieran a la producción, tales como reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas;

b) Los que se refieran al transporte;

c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o la

distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;

d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros;

e) Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los que impidan o entraben el legítimo acceso a una actividad o trabajo, y

f) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia."

En su versión actual, el artículo 3° del DL 211 dispone:

El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, Art. 1 Nº 1 b, b.1) los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de

mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante."

En cuanto a las operaciones de concentración, Chile hasta la fecha no cuenta con un sistema de control o notificación obligatorio de ellas, sino que opera bajo un esquema de consulta voluntaria de las partes, bajo vía no contenciosa[85], en aquellos casos en que pudiese haber el riesgo de la constitución de un ilícito, en los términos del artículo 3°. Para que el TDLC pueda avocarse el conocimiento de una operación de concentración, lo que se ha dado en la práctica es un régimen de consulta de actos o contratos futuros, y es bajo esa lógica que se ha desarrollado cierta jurisprudencia. Es por ello que se puede adelantar desde ya, a objeto de entender el análisis jurisprudencial que se efectuará en la última parte de esta tesis, que no todas las operaciones de concentración que se realizan en el país son objeto de consulta. Muchas de ellas no llegan a conocimiento del TDLC, en virtud de acuerdos extrajudiciales a los que se llega con la FNE, o ni siquiera tales, en aquellos casos en que la Fiscalía decide archivar su investigación, cuando le parece que la operación de concentración no

[85] FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales [en línea] http://www.fne.gob.cl. [consulta: 02 marzo 2015]

vulnera la competencia, o simplemente, cuando la FNE ni siquiera conoce de una operación de concentración porque las partes no se la informan[86].

Respecto al mercado relevante, la única regulación al respecto viene dada por el Auto Acordado N° 12 del año 2009, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el que solicita a quien consulta una operación de concentración que adjunte a su presentación, entre otros, los antecedentes referidos al mercado relevante.

En ese sentido, el Auto Acordado establece que deberá señalarse "La identificación y caracterización del o los mercados en los que la operación consultada producirá efectos en la competencia o podría producirlos. Esa caracterización deberá incluir:

i) La descripción de los bienes o servicios que producen o comercializan cada una de las Partes y sus personas relacionadas, sus respectivos procesos productivos y líneas de negocio, los sistemas de distribución y comercialización que permiten a éstos llegar hasta sus destinatarios finales; de la zona o zonas geográficas en las que desarrollan sus actividades y las razones que justificarían su delimitación;

ii) La indicación de los bienes o servicios que serían sustitutos perfectos o imperfectos de los ofrecidos por las Partes y de los factores que justificarían la inclusión de unos o la exclusión de otros (…).

[86] Pueden citarse en ese sentido operaciones de concentración como la de Johnson con Cencosud, de Cecinas Winter, Positron Limited ("Positron"), controlador de CFR Pharmaceuticals S.A., con Abbott Investments Luxembourg S.Á.R.L, Nestlé con Pfizer, entre otros.

iv) La descripción de la estructura y características de la oferta actual y potencial –en el futuro próximo- de los bienes o servicios relevantes, señalando los factores que las determinan; (…)

vii) Una descripción de la estructura y características de la demanda de los bienes o servicios relevantes, señalando los factores que las determinan, los principales clientes y los porcentajes de participación de cada uno de ellos en el volumen total de ventas de las Partes y de sus principales competidores, mencionando, si corresponde, las localidades, clasificaciones o segmentos a los cuales dichos clientes perteneces; incluyendo la importancia que pudieren tener las preferencias de los clientes, la diferenciación de productos y los costos de cambio en las decisiones de consumo, entre otros;

viii) Los precios que enfrenta cada segmento de clientes, incorporando, en lo posible, información sobre la evolución experimentada por éstos en los últimos cinco años; indicando los precios de los sustitutos de los bienes o servicios relevantes (…)"

Podemos notar que el Tribunal solicita todos los datos necesarios para llevar a cabo los distintos métodos conocidos para definir el mercado relevante. En efecto, requiere de lo necesario para efectos de calcular la elasticidad de la demanda, de la oferta, el test de correlación de precios, entre otros que veremos en los capítulos siguientes, de manera de poder contar con todas las herramientas posibles a fin de determinar el poder de mercado de las entidades involucradas en la operación de concentración.

I.3.1 La Guía de Operaciones de Concentración

A diferencia de lo que pasa en Estados Unidos, no es sino hasta el año 2006, que la Fiscalía Nacional Económica de Chile elaboró una primera Guía que expuso los criterios a considerar frente a una Operación de Concentración,

haciéndose cargo de lo que hasta entonces era un verdadero obstáculo a la transparencia y a la efectividad del procedimiento que debían seguir las empresas que querían fusionarse, debido a que no existía reglamento alguno o ley que lo estableciera. Es por esto que la Guía desarrollada por la FNE ha sido catalogada, como mencionamos en la introducción de esta tesis, como un gran paso en el camino al establecimiento de una política de defensa de la libre competencia efectiva.

La Fiscalía definió en su primera Guía a las operaciones de concentración como "actos o convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa o a formar parte de un mismo grupo empresarial"[87]. Éstas pueden darse tanto por la adquisición de participación en una empresa por otro grupo empresarial i.e. comprando un paquete accionario que le permita el control, por la adquisición de los activos de tal empresa o el acuerdo entre ellas de unirse.

En octubre del año 2012 la Fiscalía, luego de una consulta pública que inició en junio de ese mismo año, publica la nueva Guía para el análisis de operaciones de concentración que recoge no sólo, tal como lo señala en su introducción, cambios legales, sino también avances en la teoría económica, la jurisprudencia y la experiencia acumulada por el mismo ente estatal, los que justificaron una nueva versión[88]. Las novedades al respecto vienen de la mano de la expresa referencia a que el análisis de las fusiones no siempre conllevará la determinación del mercado relevante, ni es necesario tampoco que el procedimiento se inicie con éste. Es así como la misma Guía señala que: "el objetivo último del análisis de las operaciones de concentración consiste en

[87] FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2006. Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. 5p.
[88] Op. Cit. Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. 2012. 5p.

determinar efectos[89], y no en definir mercados relevantes"[90]. El proceso de análisis por tanto, no se iniciará siempre con tal definición del mercado, ni aún lo contemplará necesariamente, aun cuando –dice la Guía- considerará siempre las alternativas con que los consumidores pueden reemplazar los productos ofrecidos por las Partes que se concentran[91].

Respecto al análisis en sí, más que describir la utilización del test del monopolista hipotético, pareciera que la FNE se ciñe al modelo de sustituibilidad europeo, debido a su atención particular a las preferencias y comportamiento de los consumidores, al señalar que será el mercado relevante del producto o grupo de productos aquellos que los consumidores consideren sustitutos suficientemente próximos. Para tal definición, la Fiscalía establece en su Guía que considerará una serie de factores que permiten prever la sustitución del o los productos ofrecidos, o del área en que se ofrecen, ante variaciones de su precio o calidad. Así, se considerarán:

a. Diferencias de precio entre el o los productos candidatos a integrar un mercado relevante, y su variación considerando el área geográfica en que se ofertan y demandan;

b. La función o uso de los productos candidatos a integrar un mismo mercado relevante;

c. Las características físicas o técnicas del bien o servicio;

d. Tiempo y costos de cambio de producto o área;

e. Los canales a través de los cuales los productos llegan a sus clientes.

---

[89] Refiriéndose a los efectos unilaterales o coordinados que puedan generarse a partir de la fusión, y que puedan afectar la libre competencia.
[90] Op. Cit. Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. 2012. 9p.
[91] Íbid. 10p.

En ese mismo sentido, amplía a su vez la metodología de la determinación del mercado, la que en la Guía del 2006 hace alusión sólo a la sustituibilidad de la demanda, agregándose la de la oferta como elemento esencial para la delimitación del mercado del producto, pero no de una manera explícita, sino más bien señalando como factores a considerar las condiciones de entrada al mercado, la probabilidad de la entrada, y el tiempo y suficiencia de ella.

Finalmente, la Guía establece que se seguirá de manera preferente, pero no exclusiva, el Índice *Herfindahl Hirschman*[92], a fin de medir la concentración de las empresas en el mercado.

Cabe mencionar que en esta nueva versión de la Guía –al igual que en la anterior- la FNE, como hemos dicho, tampoco hace alusión al test del monopolista hipotético para la definición del mercado, lo que le otorga una mayor flexibilidad a la hora de llevar a cabo el procedimiento. Esto creo que podría ser objeto de crítica desde la mirada de la falta certeza jurídica que ello podría promover, en cuanto a que si el objetivo de la Guía es proveer la información necesaria respecto a cómo será llevado el análisis de la concentración por la Fiscalía, tal incerteza y amplitud, en atención a la diversidad de criterios señalados en cómo será finalmente la definición del mercado, podría obstar a su alcance.

[92] Teniendo como base, lo señalado por la Guía estadounidense, la FNE señala, que aquellas operaciones de concentración que no sobrepasan un determinado umbral tienen un escaso potencial anticompetitivo. Así, descartará para el análisis: a. Si el IHH posterior a la operación es inferior a 1500; b. Si 1500 < IHH < 2500 (el valor de este índice refleja un mercado moderadamente concentrado) y ΔIHH < 200; y c. Si IHH > 2500 (el valor de este índice refleja un mercado altamente concentrado) y ΔIHH < 100. La FNE analizará con detención las operaciones que sobrepasen dichos umbrales. Este Índice, según la propia definición de la Guía, se suma calculando los cuadrados de las participaciones de mercado de los diversos actores, en términos porcentuales. Cuando existe un porcentaje del mercado no atribuible a actores determinados, para completar este porcentaje de procedencia no individualizada, la FNE, de acuerdo a un criterio conservador, supone infinitos actores, cada uno con una participación de mercado que tiende a cero. Este supuesto, por definición no puede sobrestimar los niveles de concentración de un mercado. Íbid. 13p.

DIFICULTADES EN LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE. NUEVAS VISIONES SUGERIDAS

Tal como adelantábamos en la primera parte de este trabajo, la determinación del procedimiento a seguir, a fin de determinar el poder de mercado de una empresa o varias involucradas en una operación de concentración, y en particular la utilización de la definición del mercado relevante para ello, ha estado lejos de ser una cuestión pacífica dentro del derecho de la libre competencia.

De esta forma, tanto la visión tradicional europea como la estadounidense presentadas en el primer capítulo de esta tesis, han sido ampliamente cuestionadas a lo largo de los años, principalmente por economistas, que pretenden dar respuestas desde puntos de vista más econométricos para determinar qué productos o servicios forman parte del mercado relevante. Los más radicales plantean incluso que se debe prescindir totalmente de esta definición y calcular directamente el poder de mercado.

Es así como, ya en el año 1985 Stigler y Sherwin en Estados Unidos, advertían que la definición del mercado relevante debía simplemente describir la situación como es, sin considerar causas de cercanía o distancia entre los varios productos[93]. En Europa estos cuestionamientos también se hacían presente por parte de la doctrina al estudiar el Reglamento N° 4064/89, por ejemplo Hellemans escribía en 1993, citando a Posner: "En efecto, ¿por qué no tratamos de medir directamente el poder de mercado, examinando cuándo y cuánto el precio cobrado por una empresa es mayor que su costo marginal?"[94].

[93] Op. Cit. STIGLER, G. y SHERWIN, R. 558p. En: Op. Cit. SABBATINI, P.13p
[94] Op. Cit. HELLEMANS, F. 621p.

Ellos entendían además que, aun definiendo correctamente el mercado relevante, las cuotas de mercado no podían analizarse por sí solas a fin de medir la concentración en el mercado, y dar en definitiva con el poder de mercado, sino que un análisis apropiado debía atender a capturar la influencia de la elasticidad de la demanda y la oferta en el mercado. De esta forma, debían considerarse siempre factores adicionales tales como: las barreras a la entrada, la substitución en el consumo y en la producción, la fabricación de los competidores cercanos o la entrada de nuevos competidores, con miras a si el poder de mercado identificado en virtud del análisis es sustentable en el tiempo[95].

Las diversas posturas al respecto tienden sin embargo hacia dos consensos principales, el primero de ellos plantea que la definición del mercado relevante no es en ningún caso un fin en sí mismo, sino más bien un proceso que es útil, no sólo para la determinación del poder de mercado, sino también para la evaluación del perjuicio en los consumidores de ciertas prácticas comerciales o de procesos competitivos. Y, más relevante aún, propone una respuesta respecto de si las concentraciones económicas de las empresas que se proponen fusionar implican un riesgo que pueda producir daños efectivos en la competencia.

Por otro lado, el segundo consenso dice relación con que en general para la doctrina y jurisprudencia, no existe una única forma de determinar el mercado relevante, lo que significa entonces que detrás de ello existe la aceptación de que la decisión de adoptar ciertos enfoques por sobre otros pueda inducir a importantes errores[96].

---

[95] POSNER, R. y LANDES, W. 1980. Market Power in Antitrust Cases. 94 Harvard Law Review. University of Chicago Law School. [en línea] <http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles> [consulta: 02 marzo 2015]. 947p.
[96] Op. Cit. CHANG, H., EVANS, D., y SCHMALENSEE, R. 2p.

En ese sentido, la doctrina apunta también a que son varios los tipos de errores que se han podido identificar de manera recurrente en la práctica. El primero de ellos es descrito como aquel que define los límites del mercado en términos demasiado amplios -haciendo parecer que existe bastante competencia- cuando verdaderamente en los hechos no la hay. Una consecuencia probable de este tipo de error será por ejemplo permitir fusiones y prácticas comerciales que terminen en definitiva perjudicando a la competencia.

Una segunda equivocación común, o error tipo dos, sería la que deriva de definir el mercado de manera demasiado estrecha, con exclusión de aquellos productores que ejercen presiones competitivas, haciendo del ejercicio del poder de mercado menos factible. El corolario de esto es que se desarrollaría una tendencia a prohibir las prácticas comerciales que podrían resultar en una mayor eficiencia para la competencia, lo que finalmente restaría beneficios a los consumidores[97].

Otro error identificado[98] es la propensión a centrarse en la conducta del llamado "consumidor promedio" o "típico", toda vez que es ese consumidor el que podría en la práctica no cambiar a un producto substituto frente a un alza en el precio por el productor. El descuido en ese sentido radica entonces en la inadvertencia por quien realiza el análisis, de que usualmente no es el consumidor típico el que determinará si un proveedor se beneficiará de un alza en los precios. En efecto, aun cuando este consumidor no cambie su preferencia frente al alza, no debe olvidar que existen los llamados "consumidores marginales"[99], que sí lo harán. La consecuencia de la pérdida de estos consumidores marginales será claramente la reducción de la cantidad

[97] Ibid.8p.
[98] Ibid.11p.
[99] El consumidor marginal ha sido definido –o identificado- como aquel que está más propenso a considerar otros productos –y en definitiva a cambiarse por ellos- frente a un alza en los precios, puesto que los ve como buenos substitutos.

vendida, lo que podría derivar en que, no obstante un alza en los precios, no se cubran los costos de producción, lo que significaría entonces que el aumento fue al final del día, poco beneficioso para el productor.

II.1 La Diferenciación del Producto

La mayor de las dificultades en torno a la definición del mercado relevante dice relación con lo que ha sido llamado por la doctrina como la "diferenciación del producto". Esto se debe a que una de las fallas del mercado en la práctica, que nos impide tener un mercado perfecto bajo la concepción económica[100], es la heterogeneidad del producto. Esta falla trata sobre el hecho de que el consumidor rara vez se encuentra con dos productos que son perfectamente sustitutos entre sí. Sabemos que las empresas tienden a diferenciar sus productos, dándoles una marca y un agregado (o no) especial, que haga que el sujeto que pretenda adquirirlos los prefiera a otros. Aquella diferenciación nos conduce a que debamos hacer juicios –que pueden llegar a ser bastante subjetivos- acerca de si los consumidores consideran a dichos productos como sustitutos suficientemente cercanos como para que una empresa pueda ejercer algún tipo de presión competitiva sobre los precios de otra. Para ejemplificarlo, ¿compite la bebida Coca-Cola Light con una bebida Bilz normal? ¿Compite con una Bilz Light? Y más difícil aún, ¿compite con el agua mineral Cachantún embotellada?

Como podemos apreciar, la diferenciación del producto entonces puede hacer que la definición del mercado relevante se vuelva bastante problemática, especialmente porque los artículos o servicios transados, serán considerados "dentro" o "fuera" del mercado. Esta consideración crea el inevitable riesgo de

[100] A saber, un mercado perfecto es aquel donde existe información perfecta, un producto homogéneo, no hay barreras a la entrada, y existen múltiples competidores. Las fallas a este mercado perfecto han sido identificadas como: asimetría de información, producto heterogéneo, barreras a la entrada y monopolios u oligopolios, respectivamente.

que el resultado de una investigación o de un juicio, respecto a una operación de concentración, pueda convertirse irremediablemente en un ejercicio de mero dibujo de las líneas o límites del mercado, que sea en definitiva puramente artificial[101]. De esta manera pareciera ser que, en este tipo de mercados, donde nos encontramos con productos de estas características, no existe claramente una sola forma correcta de establecer los márgenes, que son de algún modo ineludiblemente arbitrarios[102].

II.2 Los Mercados de Dos Lados. Una doble dificultad.

Otro de los cuestionamientos que ha venido de la mano del tipo de mercado al que nos enfrentamos en el análisis, es aquel que dice relación con empresas que se encuentran dentro de los llamados "mercados de dos (o más) lados". Una buena definición de este tipo de mercados ha sido dado por nuestro TDLC en la Sentencia del caso Transbank, en el que a propósito del mercado de las tarjetas de crédito señaló que: se trata de una plataforma comercial que presta servicios a dos tipos de clientes, tarjetahabientes y comerciantes en este caso, y donde los beneficios de un tipo de clientes aumentan con la participación del otro tipo de usuarios. Así, los beneficios de los tarjetahabientes serán mayores cuando las tarjetas tengan amplia aceptación en el comercio y, por su parte, los comerciantes tendrán mayores incentivos a usar las tarjetas cuando un número significativo de sus clientes las utilicen. En consecuencia, una plataforma de tarjetas de crédito y débito sólo puede funcionar en forma efectiva si un número significativo de tarjetahabientes y establecimientos comerciales participan, respectivamente, en cada uno de los lados de dicha plataforma[104].

[101] FARREL, J. y SHAPIRO, C. 2010. Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic alternatuve to Market Definition. The B.E Journal of Theoretical Economics. Policies and Perspectives. Universidad de California. Berckley. Vol. 10, Issue 1. Article 9. 4p.
[102] BAKER, J. 2007. En: op. Cit. FARREL, J. y SHAPIRO, C. 2010. 4p. Pie de nota n°11.
[104] Considerando décimo tercero. Sentencia N° 29/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 21p. También han sido definidos como "aquellos mercados en el que coexisten

Algunos ejemplos comunes de estos tipos de mercados son el de revistas o diarios, que tienen por una parte la demanda de consumidores que leen dichas revistas o diarios, y por el otro lado la demanda de avisos publicitarios que aparecen en ellos.

El asunto radica en que los métodos utilizados para la definición del mercado relevante de aquellas empresas que forman parte de mercados de un solo lado, son cuestionados por la doctrina cuando nos encontramos frente aquellas empresas cuyas demandas pertenecen a este tipo de mercados[105]. El análisis de ellos, por lo tanto, va a tener que considerar ya no sólo una demanda relevante, como tradicionalmente entendemos, sino que dos demandas, de dos plataformas de negocios distintas.

De esta forma, sucede en el test del monopolista hipotético, por ejemplo, que un aumento pequeño pero significativo en el precio a un lado del mercado, tiene como resultado la disminución de la demanda en ese lado y, como consecuencia positiva de ello, una reducción de la demanda en el otro lado; siendo importante considerar entonces en el análisis que ésta reducción va a repercutir disminuyendo la demanda en el primer lado nuevamente. Es así como uno concluiría, después de analizar la disminución de la demanda en el primer lado, como consecuencia del aumento del precio, que dicho aumento no es beneficioso, y se definiría el mercado con tan solo ese producto. Esta conclusión es engañosa, toda vez que ésta definición estrecha del mercado pudiese no ser efectiva, en razón de que la radical disminución de la demanda se debió también a un efecto rebote de la reducción de la demanda en el segundo mercado, y eso no necesariamente significa que el aumento por sí

---

dos demandas que deben satisfacerse de manera simultánea". GAJARDO, P. y RODRÍGUEZ, S. 2007. Funcionamiento del Mercado Tarjetas de Crédito y Debate sobre Tarifas de Intercambio. Revista Economía Chilena. 10(3): 1p. [en línea] http://www.bcentral.cl/estudios/revista-economia/2007/dic/v10n3dic2007pp137-144.pdf [consulta: 02 marzo 2015]

[105] Llamados en inglés: "Two or multi-sided platforms".

mismo del precio no resultó beneficioso. Por lo que llegar a la conclusión de que sólo ese producto forma parte del mercado, definiéndolo como decíamos estrechamente, puede ser peligrosamente erróneo.

Para ejemplificarlo de una manera práctica, imaginemos un mercado de dos lados en el que tenemos a una empresa que provee del servicio de concertar citas de hombres y de mujeres, las llamadas "páginas de citas" que conocemos usualmente. Si esta empresa sube el precio de sus servicios a las mujeres, se reducirá consecuencialmente la demanda de ellas por citas, lo que repercutirá en que menos hombres estén interesados por la página, bajando a su vez su demanda. Las mujeres que quedaban también terminarán por irse, ante la escasez de hombres que están demandando el servicio[106]. De esta forma, podemos apreciar que un aumento del precio en un lado del mercado –las mujeres-, tuvo como consecuencia no sólo la reducción por una vez de ella misma, sino que en una reducción de la demanda del otro lado del mercado –los hombres-, repercutiendo este efecto en una segunda reducción de la primera demanda –las mujeres, de nuevo-.

Una de las soluciones que se ha dado al respecto, en el caso en que los dos mercados están atados por una proporción fijada, es la utilización de un precio compuesto. Éste es igual a la suma de los precios que el consumidor de cada lado del mercado paga. Emch y Thompson propusieron este enfoque para el mercado de las tarjetas de pago, toda vez que el porcentaje de cobro por su utilización se realizaba tanto para el productor como para el consumidor en una

[106] EVANS, D. 2009. Two-Sided Market Definition. ABA Section of Antitrust Law, MARKET DEFINITION IN ANTITRUST: THEORY AND CASE STUDIES, Forthcoming. Chicago. [en línea] <http://ssrn.com/abstract=1396751> [consulta: 02 marzo 2015] 2p.

misma proporción. Dicha solución fue adoptada por el *Department of Justice* en un caso que se refería a ellas[107].

Sin embargo, no todos los mercados de varios lados proveen bienes o servicios que son consumidos en proporciones fijas en los múltiples lados, por lo que pareciera ser necesario el desarrollo de mecanismos que puedan determinar el mercado relevante en todas las plataformas necesarias donde existe demanda. De esta forma, no sólo el tradicional test del monopolista hipotético, como explicábamos en el ejemplo, sino que también que otros métodos más modernos, que trataremos en profundidad más adelante en este capítulo, como el Índice de Lerner, o el test UPP, debiesen en sus fórmulas tomar en consideración el tipo de mercado que están analizando. Es por ello que se afirma que estas herramientas deberían envolver modelos econométricos más exactos, que den explícitamente cuenta de las interdependencias de las demandas entre los varios lados del mercado.

II.3 El Comportamiento de los Productores

Por otro lado, de enfocarnos en un método que considere el comportamiento de los productores como particularmente importante en la definición del mercado, nos enfrentamos a que pueda ser inútil, y más aún, imposible definir sus límites: inútil porque incluso los límites estructurales específicos del mercado son funcionales al comportamiento; e imposible porque si nos enfrentamos a cambios en la conducta de las empresas, aun cuando éstas sean pequeñas, ello significará que debamos realizar una nueva definición de los límites del mercado[108], llevándonos a un espiral infinito supeditado a cada cambio de conducta del sujeto analizado. Cambios que pueden ser no sólo

[107] EVANS, D. y SCHMALENSEE, R. 2012. Market Definition and Merger Analysis for Multi-sided Platforms. [en línea] <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/MSP11-13-2012.pdf> [consulta: 02 marzo 2015]. 2-3p.
[108] Op. Cit. SABBATINI, P. 19p.

irregulares tanto en tiempo como en forma, sino que además arbitrarios e injustificados, y que no harán sino complejizar aún más el análisis.

Pareciera ser más difícil aun éste enfoque en la definición del mercado sobre todo en aquellos casos en que nos encontramos frente a fabricantes que tienen diversos productos[109] toda vez que el comportamiento respecto de cada uno será distinto, en atención a que las empresas suelen elaborar estrategias competitivas, de producción o de marketing especializadas para la comercialización de ellos.

II.4 Los Métodos para la definición del mercado relevante y su crítica.

No sólo el concepto y el establecimiento del mercado relevante es objeto de críticas, sino que también los métodos o herramientas propiamente tales utilizadas para su determinación, en atención tanto en los errores econométricos en los que pueden incurrir, como en su conceptualización por parte de la doctrina y jurisprudencia.

a. La Elasticidad de la demanda

Comenzando con la elasticidad de la demanda, ésta ha sido particularmente criticada por abogados y economistas estadounidenses, debido al rol principal que se le ha otorgado en el análisis antitrust tanto por los jueces como los agentes estatales y las empresas.

La primera de las críticas apunta a la variación que sufre la elasticidad del producto a lo largo de la curva de demanda, por lo que la cercanía entre los distintos productos analizados dependerá del punto de la demanda en el que nos encontremos. De esta forma, la elasticidad dependerá de las características estructurales del sector y del comportamiento de las empresas que ahí operan,

[109] SABBATINI, P. 2001. The Cellophane and Merger Guidelines Fallacies Again. Roma. [en línea] <http://ssrn.com/abstract=271113>. [consulta: 02 marzo 2015]. 10p

subjetivando nuevamente el análisis y sometiéndolo en definitiva a la arbitrariedad del punto de la curva de demanda que escojamos[110].

Una segunda crítica dice relación con que, en muchas de las situaciones, nos encontramos frente al hecho de que no es posible la obtención de los datos numéricos necesarios para su cálculo, debido a que pueden no estar disponibles, o no existe tiempo suficiente como para recopilarlos y analizarlos, o incluso enfrentarse a que los pocos datos que se obtengan sean imprecisos, o estén sujetos a sesgos de gravedad[111]. Es por ello que es ampliamente reconocida tanto por doctrina, como por la jurisprudencia y las autoridades estatales, la dificultad a la que se enfrentan los organismos estatales y los jueces en su establecimiento, puesto que tanto la elasticidad de la demanda como de la oferta son raramente conocidas y no fáciles de determinar[112].

a.1 El caso del papel celofán.

El problema de la elasticidad de la demanda como método para definir el mercado relevante ha tenido repercusiones jurisprudenciales bastante conocidas en el ámbito *antitrust*. Una de ellas se refiere particularmente al caso estadounidense que mencionábamos en el capítulo anterior, *United States vs. E I. Du Pont de Nemours & Co* del año 1956, conocido como "*Cellophane case*" o "El Caso del Celofán". En él, la empresa *Du Pont*, fabricante de papel de celofán, fue demandada bajo la *Sherman Act* por la monopolización de tal producto y cargos que incluían la sospecha del cobro de altos precios.

Lo significativo de este caso para efectos de nuestra tesis, es que la Corte definió al mercado relevante como aquel que incluía todos los materiales de embalaje flexibles –y no sólo el celofán-, basada solamente en la comprobación

[110] Op. Cit. POSNER, R y LANDES, W. 956p
[111] Op. Cit. CHANG, H., EVANS, D., y SCHMALENSEE, R.13p.
[112] Op. Cit. POSNER, R y LANDES, W. 956p.

evidente de una alta elasticidad cruzada de la demanda. Como podemos apreciar, el mercado definido por la Corte es amplio, de manera que la cuota de mercado de la fabricante era bastante bajo, lo que la llevó a concluir que *Du Pont* no poseía en definitiva un alto grado de poder de mercado, y no ejercía por tanto un monopolio respecto del papel celofán.

Si el análisis basado en esta elasticidad significó para la Corte tal sustituibilidad del producto entre los consumidores, de manera que la elasticidad de la demanda enfrentada por *Du Pont* respecto al celofán era muy alta, entonces la Corte estaba en lo correcto al definir el mercado como aquel que incluía a todos los materiales de embalaje flexibles, porque bajo ese enfoque, el poder de mercado de *Du Pont* era muy pequeño. Sin embargo, como puntualiza parte de la doctrina, si –como parece más probable- la Corte entendía por elasticidad cruzada de la demanda sólo que había *algo* de sustitución entre el celofán y los otros materiales flexibles de embalaje, *a ese precio del celofán*, entonces la Corte estaba cometiendo un error económico. Esto porque para todo monopolista que enfrenta una demanda elástica en la maximización de sus beneficios en la venta y precio, es inevitable que haya sustitución de otros productos por los suyos –cuando está maximizando las ganancias-, aun cuando tenga un gran poder de mercado. De esta forma, si al referirse la Corte a la "alta" elasticidad cruzada de la demanda entre el celofán y los otros materiales, significaba sólo que la elasticidad de la demanda enfrentada por *Du Pont* era mayor que uno, lejos de proveer una falta de poder de mercado, era una condición necesaria de éste[113]. Es decir, los productos analizados parecían ser sustitutos toda vez que Du Pont – en virtud de su poder de mercado- cobraba precios sobre normales por ellos, lo que tenía como resultado la apariencia artificial de que otros productos les eran sustitutos, cuando en realidad no lo eran.

[113] Íbid. 961pp.

A partir de este caso la doctrina acuñó el concepto de la "Falacia del Celofán", en virtud de la falsa definición del mercado relevante por la Corte, que por ser demasiado amplia, no identificó la presencia de un verdadero monopolio virtual del celofán ejercido por *Du Pont*. Los jueces del máximo Tribunal estadounidense llegaron a esta errada conclusión en virtud de que su utilización de la elasticidad cruzada de la demanda, como método para definir el mercado relevante, fue incorrecta toda vez que efectuó el análisis sobre el precio de una empresa que ya estaba, para ese entonces, cobrando un precio monopólico[114]. Esto debido a que, como ha identificado parte de la doctrina, cuando nos encontramos frente a la presencia de mercados concentrados en cuanto a su estructura, el método de la elasticidad cruzada de la demanda falla, conduciéndonos en definitiva a la sobreestimación del tamaño del mercado relevante[115], a saber, definiendo uno con sus límites muy amplios.

La elasticidad cruzada de la demanda también ha sido criticada, ya más modernamente, por la corriente que ha sido llamada "Economía del Comportamiento", disciplina que liga los comportamientos de las personas, desde un ámbito psicológico y sociológico, con la economía, y que por ello tiene influencia en el derecho de la libre competencia. Esta doctrina postula su crítica a la elasticidad cruzada en virtud del llamado "efecto de aversión a los extremos", que consiste en la mayor valoración que recibe un bien cuando

[114] "The result, as in Du Pont, is that markets may be defined too broadly if the firm under analysis are already charging a monopoly Price". Traducción del autor. HOVENKAMP, H. 1999. Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice. 2ªed. Hornbook Series. 132p. En: Op. Cit. SABBATINI, P. 2001. The Cellophane and Merger Guidelines Fallacies Again. 2p.

[115] Sabbatini en su texto distingue entre la falacia del celofán y la falacia de las primeras horizontal merger guideliness de 1982, identificando que la primera se debe a la utilización de la elasticidad cruzada de la demanda en mercados concentrados, y que la segunda se debe a la utilización del test SSNIP sobre precios ya monopólicos. Íbid. 2 y 3p.

ocupa una posición intermedia en un grupo de tres o más opciones a elegir, en comparación a la valoración que recibe en un grupo de solo dos opciones[116].

Este tipo de elasticidad, al medir cuánto aumenta o disminuye la cantidad consumida de un bien, debido a un aumento del precio de otro; y que tiene como límite en su utilización que la cantidad de bienes analizados sean sólo dos, no permite un completo análisis de la reacción de la demanda, puesto que se ha comprobado que al existir bienes intermedios que puedan ser objeto de elección, las preferencias varían.

Es decir, para ejemplificarlo, de tener un bien X, digamos una naranja, cuya preferencia es mayor a la de un bien Y, una pera, al agregar un bien Z, una manzana, que es menos preferido que los anteriores, esto repercute en un aumento de las preferencias por el bien Y, las peras. De esta forma, al sólo comparar dos bienes, como nos lo presenta el método de la elasticidad de la demanda, se limita completamente el análisis a realizar, debido a que no contamos con el espectro total de bienes a los que, en la realidad, se enfrenta el consumidor, disminuyendo en definitiva las probabilidades de dar con una definición de mercado relevante que sirva a efectos de determinar el poder de mercado.

Algunos autores han optado también por señalar que la elasticidad de la demanda es un método mejor que elasticidad cruzada de la demanda–aun cuando no defina completamente el mercado- toda vez que es ella la que puede indicar el nivel en que las ventas disminuyen al aumentar el precio, y por lo tanto el grado en que un productor encontrará la elevación que maximice sus beneficios[117].

---

[116] CARMONA, Pedro. 2010. Preferencias dependientes y determinación del mercado relevante, Revista de Derecho y Humanidades Vol.2(16). Santiago, Chile. 254p.
[117] Op. Cit. KAPLOW, L. 481p.

Sin embargo, debemos considerar la utilidad que se le da, tanto por jueces como por las agencias estatales, a la elasticidad cruzada de la demanda en el análisis de fusiones entre distintos productos, ya que en estos casos no será el poder de mercado de las empresas antes o después de la fusión lo que se busque con el ejercicio, sino más bien cuánto variará dicho poder[118].

b. La Elasticidad de la Oferta

En cuanto a la elasticidad de la oferta, que dice relación con el grado de substitución de la producción, la doctrina ha puntualizado también que, aun cuando no es el método principal a utilizar, no debe sin embargo ser dejada de lado en el análisis. De esta forma debiera siempre considerarse la posibilidad de entrada al mercado de productores que no se encuentran en ese preciso momento elaborando el mismo producto que la empresa. Sin esa consideración, aun cuando nos enfrentemos a una cuota de mercado que tiende a ser baja, la elasticidad de la oferta podría no obstante ello, ser alta. Esto porque un mínimo incremento del precio, no sólo estimulará una producción adicional en el límite de los competidores, sino que atraerá al mercado, en el corto plazo, a cualquier productor que pueda rápidamente substituir el producto por su actual producción[119].

Así por ejemplo, en el caso *United States v. Aluminium Co. of America* de 1964[120], en el que se discutía sobre el grado de substitución que podría haber entre los cables que conducen electricidad de aluminio desnudo, de aluminio aislado, y de cobre. La Corte determinó que el aluminio y el cobre no eran substitutos que formaran parte de un mismo mercado relevante, en atención a la diferencia notoria en el precio de ambos, a saber, siendo el primero de ellos de precio bastante más bajo que el cobre. Por otro lado, identificó que tanto el

[118] Íbid. 491p.
[119] Op. Cit. POSNER, R. y LANDES, W. 962p.
[120] United States v. Aluminum Co. of Am. 1964.

aluminio desnudo como el aislado son substitutos debido a que “ambos tipos son usados por el propósito de conducir electricidad, y son vendidos a los mismos consumidores”[121]. Se critica que en este caso la Corte falló en notar la elasticidad de la oferta, estableciendo un mercado más acotado de lo que debería, en tanto existe una intercambiabilidad entre el cobre y el aluminio de manera que nos encontramos frente a una flexibilidad de la oferta que “ejerce una profunda restricción sobre el productor de cable de aluminio como para impedir permitirle lograr cualquier tipo de ventaja en el mercado”[122].

c. El Test del Monopolista Hipotético

El test del monopolista hipotético o SSNIP, al que nos referimos brevemente antes, es utilizado por las instituciones *antitrust* estadounidenses y recogido particularmente en las *Horizontal Merguer Guidelines* ya desde 1982 como señalábamos en una primera parte de esta tesis. Este método utilizado para la definición del mercado relevante ha sido también objeto de críticas por parte de la doctrina.

Recordemos que el test trata sobre los probables efectos que produciría un aumento transitorio y significativo, de entre un 5% y un 10% en el precio del producto por a lo largo de un año, de manera de poder identificar si los consumidores de éste cambian sus preferencias hacia otros productos, los que serán también incorporados y considerados por ello como sustitutos. Posterior a eso, todos serán considerados parte de un mismo mercado en razón de un “monopolista hipotético”, volviendo a repetir el ejercicio hasta que el alza en el precio reporte en definitiva beneficios, debido a que no existen más productos sustitutos a los que acudir.

[121] Op. Cit. En: Op. Cit. WERDEN, G. 162p.
[122] Íbid. 162p.

En cuanto a sus resultados, algunos autores[123] han señalado que conduce a la definición de un mercado más amplio cuando nos encontramos frente a menor competencia, que cuando nos enfrentamos a uno más competitivo. En efecto, debido a que en los mercados cuando la competencia es débil el precio actual será bastante cercano a un precio monopólico, por lo que se estima que el conjunto de competidores que forma parte del mercado no está aún completo, debiendo todavía llenarse, lo que deriva en que la definición del mercado relevante sea, en consecuencia, más amplia. Lo que concluyen estos autores[124]entonces, es que de estar el mercado definido en términos amplios, incluyendo en él a aquellas empresas que ya gozan de un poder de mercado, traerá como obvio resultado la reducción de la probabilidad de detectar a un productor en una posición dominante.

Una de las soluciones que se ha propuesto al respecto es la comparación del precio monopólico ya no con el actual precio de la empresa, sino más bien con el precio que predominaría en un ambiente perfectamente competitivo, a saber, aquel en que el precio se iguala al costo marginal[125]. Dicha solución fue recogida en parte por la Guía de Operaciones de Concentración estadounidense de 1992 que expresa: "La Agencia utilizará los precios de los productos que prevalezcan (…) a menos que las circunstancias anteriores a la fusión sugieran fuertemente la existencia de interacción coordinada, en cuyo caso la Agencia utilizará el precio que más refleje las fuerzas competitivas"[126].

Al otro lado del océano, la solución que ha dado la Comisión Europea al respecto, y que encontramos vagamente esbozada en la Comunicación 372, recoge en parte lo que acabamos de expresar. La Comunicación señala que: "Generalmente, y en particular para el análisis de los casos de fusiones, el

[123] Op. Cit. SABBATINI, P. 2001. The Cellophane and Merger Guidelines Fallacies Again.6p.
[124] Por ejemplo Sabbatini en Íbid.
[125] Íbid. 7p.
[126] Íbid. 8p.

precio a considerar será el precio que prevalezca en el mercado. Este podrá no ser el caso en que el precio que prevalezca haya sido determinado en ausencia de suficiente competencia. En particular para la investigación de abusos de posiciones dominantes, el hecho de que el precio prevaleciente pueda ya haber sido substancialmente incrementado, será tomado en cuenta[127]".

Las precauciones que han tomado estos organismos no es menor y no puede dejar de ser percibida, toda vez que en virtud de ella, se evitará caer en la llamada "falacia del celofán", que ya hemos explicado en párrafos anteriores.

Cabe mencionar que el problema sin embargo de un análisis con el precio de mercado, se verá reflejado en cuanto a la determinación del costo marginal, el cual será una tarea difícil de obtener, debido a la dificultad en conseguir la información necesaria para su cálculo. Aún más arduo será el examen en aquellos casos donde existan diferentes productos, los que por pertenecer a un mismo mercado, hará necesario tomar en cuenta respecto de cada uno los diferentes costos marginales. Frente al mismo problema nos encontraremos, cuando las empresas enfrenten distintos costos marginales.

Otra de las críticas a la utilización de este test dice relación con su falta de capacidad para analizar aquellos mercados en que las empresas no compiten en base al precio sino que en virtud de otras variables tales como, por ejemplo, la tecnología. En ellas la competencia se basa principalmente en la incorporación a los productos de programas y aplicaciones más avanzadas y útiles para los usuarios, de manera que la presión competitiva dice relación más con el peligro de ser desplazado del mercado por una empresa que desarrolle un nivel más avanzado, que por el precio en particular[128]. Esto es un ejemplo de

---

[127] Op. Cit. Comunicación 372/03. En: Íbid. 8p.

[128] JIMENEZ L, F. y CAÑIZARES, E. 2005. Dificultades para la Definición del Mercado Relevante. En: SEGUNDO SEMINARIO de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino. 18 de octubre de 2005. Madrid, España. 7p.

lo que se ha desarrollado en literatura como la dificultad a la que se enfrenta este método en mercados respecto de los cuales la sustitución no es un asunto fácil[129], y se vuelve bastante problemática en atención a que, debido a las características del producto, nos encontramos frente a demandas más bien inelásticas, pero que no atienden por ello al precio.

En último lugar, se ha dicho que este test constituye más bien un mecanismo, y no un criterio pertinente, en tanto nos lleva a una determinada definición del mercado que no está directamente relacionada con cuánto poder de mercado se está efectivamente aumentando con la fusión en consideración, que es en definitiva el efecto que tendrá la fusión sobre el precio. En términos simples, el test SSNIP se pregunta por cuánto un monopolista hipotético –considerado por sí solo- de mercados definidos de diversas maneras, puede subir el precio; y no por cuánto las partes –ambas- de la fusión serán capaces de elevar el precio. Aun cuando se estuviere actualmente considerando la monopolización (o el abuso de posición dominante), la pregunta debería ser cuál será el grado en que las empresas fusionadas objeto de análisis pueden elevar el precio, y no en qué mercado puede sin embargo el monopolista hipotético elevar el precio en algún grado en específico[130].

c.1 <u>El Test SNIPP y la Diferenciación del Producto. Un problema en conjunto.</u>

El test del monopolista hipotético enfrenta en cuanto a los análisis de fusiones otro desafío importante, en relación al problema abordado antes de la <u>diferenciación del producto</u>: cuando los márgenes brutos son substanciales, a menudo conducen a mercados definidos relativamente estrechos, excluyendo

[129] PLEATSIKAS, C. y TEECE, D. 2001. The Analysis of Market Definition and Market power in the Context of Rapid Innovation. International Journal of Industrial Organization. [en línea] http://www.pleatsikas.com/publications/IJIO.pdf. [consulta: 02 marzo 2015] 9p.
[130] Op. Cit. KAPLOW, L. 466p.

algunos productos que indudablemente compiten, en al menos algún grado, con aquellos fabricados por las partes de una fusión.

Debemos decir de todas formas que, no obstante lo anterior, algunas cortes se han inclinado a definir los mercados más ampliamente, incluyendo a todos los "sustitutos razonables" de los productos de las empresas fusionadas. De esta forma, la posición general de las agencias de llevar adelante en el juicio un mercado más estrechamente definido, derivado de las conclusiones del test en base al algoritmo de sus guías, no siempre prevalecen en las cortes[131].

Un ejemplo casuístico de ello podemos apreciarlo en el caso estadounidense *Whole Foods and Wild Oats*[132], que trata acerca de la operación de concentración horizontal entre dos cadenas de supermercado especializadas en comida natural y orgánica. En este juicio la FTC, buscando bloquear la fusión entre ambas cadenas, argumentó que *Whole Foods* y *Wild Oats* competían en un mercado de "supermercados de comida naturales/orgánicos del tipo *premium*". La consideración del mercado definido de esta forma, llevaba a la conclusión a la Agencia de que la fusión incrementaba enormemente la concentración en algunos locales. Sin embargo, era necesario no dejar de mencionar que los clientes de *Whole Foods* también podían comprar productos naturales y orgánicos en los supermercados tradicionales. *Whole Foods* y *Wild Oats* por su parte, enfatizaron en la Corte que muchos de sus clientes "compraban cruzadamente" en estos supermercados tradicionales, como por ejemplo varios de sus productos eran fácilmente conseguibles en supermercados como *Walmart*. La Corte del distrito finalmente sentenció que "…la FTC no ha satisfecho la carga de probar que los "supermercados *premium* orgánicos y naturales son el mercado relevante",

[131] Op. Cit. FARREL, J. y SHAPIRO, C. 5p.
[132] *Federal Trade Comission v. Whole Foods Mkt., Inc*. 2007.

considerando que se incluían a todos los supermercados frente a los cuales el consumidor podía dirigirse a comprar los productos.

Lo que cabe preguntarse en ese caso entonces era si la comida natural y orgánica ofrecida por las empresas que pretendían fusionarse correspondían a un producto por sí mismo –diferenciados-, que podía adquirirse en lugares particulares, o si por el contrario pertenecían a una gama fácilmente obtenible a diversos locales de supermercados. Aun si la fusión era o no anticompetitiva, la conclusión del mercado relevante abordaba esa pregunta, al menos indirectamente. Sólo torpemente podría preguntarse qué tan fuertemente *Whole Foods* y *Wild Oats* eran productos diferenciados de los supermercados tradicionales. A esa pregunta clave le eran posibles dos respuestas: o eran fuertemente productos diferenciados de manera que tenían (casi) su propio mercado separado, haciendo de la fusión (casi) un monopolio, o eran débilmente productos diferenciados y podía tratárselos como dos pequeños competidores entre todos los supermercados[133], y la fusión debía por lo tanto ser permitida.

Como podemos apreciar de manera clara en el caso descrito, cómo se efectúa la definición del mercado relevante en aquellos mercados de productos diferenciados, no deja de ser un asunto trivial, y pareciera ser que precisamente en estos casos difíciles, los métodos tradicionales no son suficientes. Y quizás no lo son por no contemplar efectivamente las variables económicas necesarias para poder dar con una óptima solución al análisis, que no signifique una alteración de la libre competencia.

c.2 Los Componentes del Test SNIPP y su crítica.

[133] Op. Cit. FARREL, J. y SHAPIRO, C. 5p.

Considerando que los elementos particulares que componen el Test del Monopolista Hipotético son desde un punto de vista conceptual “la probabilidad”, “significancia” y “transitoriedad”, las que según cómo se definan tendrán consecuencias directas desde un punto de vista económico en la determinación del porcentaje de aumento del precio y del tiempo, expondremos en lo sucesivo las apreciaciones que respecto de ellos elaboran tanto la doctrina como la jurisprudencia.

En primer lugar, se han desarrollado críticas en torno los elementos de probabilidad, transitoriedad, y significancia del test, debido a que en opinión de variados autores, carecen de una definición clara y establecida, que nos permita determinar su alcance.

En esa misma línea, ¿qué entendemos por un aumento “significativo”? La relatividad de la palabra salta a la luz de manera casi inmediata. Después de todo, sabemos que la elevación del precio debe ser menor a un 5%, pero parece ser que el test no muestra la realidad cuando el hipotético monopolista, en virtud del poder de mercado que tenga, pueda elevar los precios en un mayor porcentaje. Y más allá aún, ¿qué pasa en el caso en que el poder de mercado del productor sea tan bajo, que no pueda subir el precio más de un, por ejemplo, 1%, y sin embargo se estima subirlo en un 4%? El resultado es la atribución de un poder de mercado inexistente, con resultados irreales y en consecuencia totalmente falsos.

Es por ello que se cuestiona el porcentaje de aumento del precio con el cual se lleva a cabo el test. La FTC y el DoJ estadounidense señalan en sus Guías sobre Operaciones de Concentración, que el porcentaje de aumento será de entre un 5% y un 10%, lo que se considera arbitrario en razón de que no se sustenta concretamente en argumento económico alguno que permita su definición. Dicho porcentaje además, tiende como resultado al establecimiento de mercados relativamente estrechos, lo que conlleva –en el ámbito de las

fusiones- a lo que hemos señalado en los primeros párrafos de este capítulo como un error tipo dos, a saber, un aumento del rechazo de lo que podrían ser buenas fusiones, con eficiencias finales efectivas para los consumidores, debido al alto poder de mercado que encontramos en un mercado estrechamente definido.

Adicionalmente, se analiza el elemento de la "transitoriedad", particularmente en cuanto a su elemento temporal, puesto que se ha establecido también en las directrices estadounidenses, que el tiempo por el cual debe mantenerse este aumento en el precio es el de un año, cuestión igualmente discrecional y sin sustento económico. En efecto podemos válidamente cuestionarnos por qué no optar por menos tiempo, digamos medio año, o más tiempo, digamos un año y medio, o incluso más; y por otro lado, por qué no determinar el tiempo según el producto frente al que nos encontremos. Además, llama la atención que en el análisis temporal no se consideren factores económicamente relevantes a la hora de definirlo, como por ejemplo las estaciones del año –relevante para la producción de frutas o verduras, por mencionar algunos-, o incluso la identificación de períodos de moda, u otros que sabemos afectan directamente la elasticidad de la demanda frente a la que nos encontramos.

II.5 Nuevas Concepciones.

a. El Índice de Lerner

Como decíamos al comienzo de este capítulo, la definición del mercado relevante, lejos de ser un asunto pacífico, ha estado envuelta en cuestionamientos desde temprana época. Es así como en ya en el año 1980 los profesores Landes y Posner, luego de reiteradas críticas, plantean una solución basada en términos más económicos que los utilizados hasta entonces para dar con el poder de mercado, en relación con las cuotas de mercados y otras

características de la estructura de éste. La fórmula que proponen, llamada el "Índice de Lerner"[134], provee –según explican- de una más directa y precisa definición del poder de mercado, pretendiendo demostrar la relación funcional que existe entre el poder de mercado por un lado, y las cuotas de mercado, la elasticidad de la demanda y la elasticidad de la oferta de los potenciales competidores, por otro[135].

La exposición que haré sobre éste y otros tipos de test, que tienen una arista bastante econométrica, será acotada a lo que nos atañe respecto del objeto de esta tesis toda vez que no pretendo inmiscuirme, en fórmulas económicas que se alejan de lo importante en derecho para el análisis *antitrust*.

Para que comprendamos en términos simples de qué se trata, este índice mide la desviación proporcional del precio de la empresa, en su maximización del beneficio, a una producción dada del costo marginal de la empresa en esa misma producción. De esta forma, indica la porción del precio que está en exceso de lo requerido para cubrir el costo marginal. En conclusión, si nos encontramos con que el precio es igual al costo marginal, como lo es en una situación de competencia perfecta, el resultado de la fórmula será igual a cero, lo que significará en definitiva que el productor no cuenta con poder de mercado[136], toda vez que no puede elevar sus precios por sobre el costo marginal. Por el otro lado, si el resultado de la operación es igual o mayor a uno, será indicativo de que la empresa cuenta con poder de mercado, precisamente porque puede aumentar el precio del producto más allá de su costo marginal.

[134] También conocido como "El margen precio-costo", pero que tomó el nombre de "Índice de Lerner" debido a Abba Lerner, el economista que lo desarrolló y propuso por primera vez.
[135] Op. Cit. POSNER, R. y LANDES, W. 938p.
[136] Op. Cit. KAPLOW, L. 446p.

Según estos profesores, la fórmula[137] elaborada no sólo determina el poder de mercado con el que cuenta o no una empresa, sino que además establece cuál es la dependencia del poder de mercado de esa empresa en la elasticidad de la demanda que enfrenta. La finalidad de todo esto es que, de saberse la elasticidad de la demanda enfrentada por el productor, se puede determinar de manera directa el poder de mercado, sin que le signifique una preocupación tanto la definición de los límites del mercado, como el análisis posterior que tradicionalmente se hace una vez definido el mercado, a saber, cuál era la cuota de mercado de la empresa en éste, a fin de conocer la concentración que pueda tener éste. En ese sentido, hacen notar que las cuotas de mercado, aun cuando estemos frente a un bien definido mercado, no aparecen en la descripción –matemática- del poder de mercado. De hecho, sólo podemos apreciar en la fórmula el precio y el costo marginal.

Cabe mencionar al respecto, que la consideración de esta fórmula –la que en una primera lectura pareciera ser suficiente para dar con el tan anhelado poder de mercado- debe sin embargo, ser tomada con mesura. Esto en virtud de que es necesario contar con dichos datos –precio y costo marginal- para poder calcularla, y si bien el precio pareciera ser el más sencillo de obtener, podemos no obstante ello encontrarnos frente a situaciones donde existan precios atados[138], o discriminación de precios según consumidores por ejemplo, en las cuales su determinación será bastante difícil. Por otro lado, como decíamos en párrafos anteriores, conocer el costo marginal de un producto es muchísimo más desafiante, debido no sólo a que no siempre podemos contar con todos los datos e información necesaria para dar con él, sino también a la

[137] La fórmula es: Li = (Pi - ')Pi = I/4.7, para un estudio más acabado del tema, ver Op. Cit. POSNER, R. y LANDES, W. 940p. y siguientes. En Íbid. KAPLOW, L. la fórmula aparece simplificada como: L=P-MC/P. 446p.
[138] Aquellos productos que se venden juntos, a un mismo precio, por ejemplo.

presencia de costos comunes a diversos productos que pueda fabricar la empresa, lo que hace tremendamente ardua su identificación[139].

b. Los test de precios.

El precio como elemento que puede indicar si dos o más productos pertenecen o no al mismo mercado relevante, ha sido ampliamente utilizado a lo largo de los años por los economistas. En efecto, basados en la definición de mercado hecha por Stigler en 1973 "dos bienes se encuentran en el mismo mercado si la relación de sus precios mantiene un cociente estable en el tiempo"[140], varios son los test de precios desarrollados por la literatura *antitrust*, dentro de los que encontramos el test de correlación de precios, la velocidad estimada de la adaptación del precio, y los test econométricos de Granger acerca de la causalidad, estacionariedad, y cointegración[141].

En primer lugar me referiré al Test de Correlación de Precios que fue elaborado en 1985 por Stigler y Sherwin, y trata acerca de que la similitud en los movimientos de los precios puede ser utilizada como un criterio para definir los mercados. La variación del precio se medirá en atención a su propio costo, su propia demanda, su propio ambiente competitivo y finalmente respecto del precio del otro producto o área[142]. De esta forma, si dos productos tienen a lo largo de un determinado tiempo un mismo precio, y unos mismos cambios en ese precio, podemos considerar que forman parte de un mismo mercado relevante. Como veremos posteriormente en el análisis jurisprudencial, particular atención le han prestado a este test en Chile, tanto la Fiscalía Nacional Económica, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La

[139] Op. Cit. KAPLOW, L. 447p.
[140] AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA. 2009. Panorama de la Competencia en Andalucía. Consejería de Economía y Hacienda. Sevilla, España. 93p.
[141] WERDEN, G. y FROEB, L. 1993. Correlation, Causality, and All that Jazz: The Inherent Shortcommings of Price Test for antitrust Market Delineation. Review of Industrial Organization. Kluwer Academic Publishers. 330p.
[142] Íbid. 332 y 333p.

preferencia por este método dice relación con el hecho de que es una técnica sencilla que no requiere de mucha información para poder dar con los resultados que se buscan.

Los demás métodos, que son en términos simple diferenciales de precios[143], elaboran fórmulas que procuran encaminarse hacia la conclusión de que, bajo la comparación de los movimientos de precios de dos productos en el largo plazo, si ellos son sustitutos muy cercanos, el resultado al que se llegue debería tender a cero.

Respecto al Análisis de Cointegración, podemos señalar en términos simples que es un procedimiento de tipo econométrico que consiste en la determinación acerca de si existe una relación de equilibrio de largo plazo entre dos variables, las que serían para efectos de la definición del mercado, el precio de los dos productos que se considera podrían ser sustitutivos[144]. De encontrarse ambos precios relacionados en razón de un equilibrio de largo plazo, se dice que ambos están cointegrados, y por lo tanto ambos productos forman parte del mismo mercado.

Finalmente el Test de Causalidad de Granger toma en consideración la información respecto al pasado que se tenga, ya que parte de la premisa de que, por lo general, podemos observar que cuando dos productos forman parte del mismo mercado, la reducción en los precios de uno de ellos es causa en la reducción en los precios del otro. De esta forma, si las observaciones pasadas del precio de un bien contribuyen de forma estadísticamente significativa a explicar el precio de otro bien, de manera que el precio de uno es causa en el

[143] Desarrollados por diversos economistas estadounidenses en particular Shrieves (1978), Mathis, Harris and Boehlje (19878) y Horowitz (1981) y más actualmente por Huettner (2002).
[144] Op. Cit. JIMENEZ L, F. y CAÑIZARES, E. 12p.

sentido de Granger del precio del otro, ambos se encuentran incluidos dentro del mismo mercado[145].

c. Desechemos la definición. El mercado relevante no es relevante.

Recientemente en Estados Unidos, la doctrina más moderna ha profundizado lo señalado por Landes y Posner en su época, apuntando también –y de manera más radical- a la falta de necesidad de la determinación del mercado relevante en sí misma para conocer el poder de mercado de una empresa, fundamentado en la existencia de métodos mejores y más directos para su obtención. Algunos autores van más allá, postulando incluso que la definición del mercado relevante no sólo no es suficiente para su establecimiento, sino que además no es necesaria para su prueba siendo completamente redundante cuando los factores necesarios para una más exacta definición del poder de mercado han sido obtenidos con anterioridad[146].

Las razones atienden principalmente al punto que esbozábamos en un principio de este apartado, a saber, la alta probabilidad de cometer errores en la extensión del mercado definido, por medio de la inclusión o sustracción de productos substitutos –que son los cuales, en definitiva, generarían la competencia necesaria para que la empresa no pueda aumentar el precio-. El problema entonces que aquí se genera es que, cuando los mercados son así combinados, substitutos imperfectos son tratados como si fueran perfectos, teniendo como resultado que el poder de mercado tienda a ser sobre estimado, situación que se vuelve cada vez peor a medida de que el mercado que se obtenga sea más amplio. Ésta llamada “redefinición del mercado” carecería de todo sentido en tanto puede establecerse el poder de mercado de la empresa por medios más directos, el mejor de ellos –afirman algunos- la elasticidad de la

[145] Íbid.14p.
[146] Op. Cit. AREEDA, P. y HOVEKAMP, H. Vol. 5B.108p

demanda y la elasticidad de la oferta, argumento al que volveremos más adelante[147].

Pareciera ser importante en este punto de nuestro trabajo, que nos enfoquemos entonces en explicar una de las grandes críticas modernas a la definición del mercado relevante, llevada adelante por el profesor Kaplow, y expuestas específicamente en su texto publicado el año 2010 "¿Por qué (nunca) definir el mercado?"[148], el que se basa en lo que apuntáramos en el párrafo anterior, y en lo que señalaremos a continuación.

La crítica parte de la fundamente de que la fórmula con la que se lleva a cabo el análisis en cuestión sólo se aplica correctamente en un mercado de productos homogéneos. De acuerdo con eso, el análisis se enfoca en lo que hemos esbozado antes como la "redefinición del mercado", que se va extendiendo en la medida que se van adhiriendo substitutos. El profesor afirma entonces, que la única forma de que se obtengan conclusiones significativas económicamente sobre el poder de mercado, a partir de una cuota de mercado en este mercado redefinido, es deshacer completamente la redefinición que se ha hecho de éste. De esta manera, existe tan sólo una ruta para corregir la deficiencia, a saber, quedarnos en el mercado estrechamente definido, con el bien homogéneo en todos los casos, lo que significaría por tanto que jamás se debe redefinir el mercado[149].

A mayor abundamiento, el autor introduce también la noción de un "mercado referencial estándar". En ese sentido, explica que las inferencias que se hacen acerca del poder de mercado, basado en el cálculo de las cuotas de mercado, presumen la existencia de algo así como un punto de referencia anterior. Como ejemplo, advierte que la afirmación de que una cuota de mercado en un

[147] Op. Cit. KAPLOW, L. 453p.
[148] "Why (ever) define markets?" Traducción del autor.
[149] Op. Cit. KAPLOW, L. 441p.

mercado estrecho es engañosamente alta; o que por el contrario la aserción de que una baja cuota que puede tener la empresa en un mercado definido ampliamente representa mejor la situación analizada, hace presumir al lector que esas cuotas significan algo[150]. A fin de operacionalizar dichas afirmaciones, y ayudar al establecimiento de una discusión inteligible del asunto, uno debería construir un "mercado referencial estándar". De esta manera, si una cuota de mercado señala "más" poder de mercado, es "más" que el del nivel referencial estándar[151]. Para ejemplificarlo, ¿cuánto poder de mercado típicamente existe (específicamente, ¿cuánto está excediendo el precio del costo marginal?) cuando una empresa dominante tiene una cuota de mercado del 70% en un mercado adecuadamente definido?[152] El mercado referencial estándar nos proveería de la respuesta a esa pregunta.

El argumento esgrimido por este profesor estadounidense en su tesis, apunta en particular a que en los casos en que se analiza el poder de mercado, los jueces descartan o aprueban las definiciones del mercado, atendiendo a que las cuotas que tienen las empresas en él conducen a un resultado que ya contiene –desde antes- una valoración del poder de mercado. En efecto, ellos catalogan como "mucho", "adecuado" o "bajo" el poder de mercado, lo que demostraría que éste ya fue definido antes de la determinación del mercado relevante. El autor así se pregunta: ¿cuál es el punto de comparación del poder mercado para tal descarte o aprobación? Y en ese sentido, ¿qué significa decir que una opción mide mejor el poder de mercado que la otra?[153]

La mayoría responderá a estas preguntas probablemente garantizando que cualquier opción será inevitablemente imperfecta, y que la mejor opción es la que produce el menor error, a saber, la que nos lleva a una inferencia del poder

[150] Íbid. 441p.
[151] Íbid. 462p
[152] Íbid. 463 p.
[153] Íbid. 456p.

de mercado que sea lo más cercana a la del actual nivel de poder de mercado. Siguiendo entonces con dicha lógica, debiéramos preguntarnos si la deducción del poder de mercado, a partir de la mayor cuota de mercado de la empresa, en el mercado definido acotadamente, exagera dicho poder de mercado más de lo que la inferencia de la menor cuota de mercado, en el mercado definido más ampliamente, subestima el poder de mercado. Aquel mercado en el cual encontramos el menor nivel de error, será entonces el mercado que consideraremos como relevante. Cabe mencionar al respecto, que al hablar de "error" nos estamos refiriendo al grado en que un mercado relevante en particular, mide falsamente el poder de mercado[154].

Todo el punto de lo que explicamos, es concluir entonces que el argumento se vuelve circular puesto que, si bien necesitamos de la definición del mercado relevante para poder determinar el poder de mercado, a la vez nos damos cuenta de que contábamos ya desde el principio del análisis con un llamado "poder de mercado referencial" o mejor dicho, una "mejor estimación del poder de mercado". Esto debemos dilucidarlo en atención a cómo se ha llevado a cabo el procedimiento de determinación del mercado.

Como hemos señalado, utilizando el método más común para la definición en Estados Unidos, cual es el del test del monopolista hipotético, podemos arribar a dos mercados: uno acotado –que se compone de los productos con sustituibilidad más bien directa-, y uno amplio –que tendrá aún más productos y que, en general, considera a todos aquellos que serán consumidos en su lugar si el precio del original aumenta-. La elección de uno de estos dos mercados como el mejor definido para extraer el poder de mercado, presupone que uno ya ha formulado antes la mejor estimación del poder de mercado, puesto que elige entre ambos en atención a cómo éste es configurado –bien o mal- por la

[154] Íbid. 468 y 469-470p.

cuota de mercado. La determinación de dicha estimación se vuelve entonces un pre requisito en el análisis debido a que, al escoger el mejor mercado, tenemos que establecer el grado en que la inferencia del poder de mercado, en el mercado acotado, sobrepasa nuestra mejor estimación del actual grado de poder de mercado; y por cuánto la inferencia del poder de mercado, en el mercado definido ampliamente, está por debajo de nuestra mejor estimación del poder de mercado[155], lo que nos lleva en definitiva a una subestimación de este.

De esta forma, la mejor definición del mercado sería aquella que descansa en la más exacta inferencia del poder de mercado, sin embargo para saberla debemos conocer primero cuál es el poder de mercado, y ese –como podemos observar- es entonces todo el problema. Sigue de suyo entonces en esta crítica, que la elección de un mercado relevante es un ejercicio inútil. Esto desde que la conclusión no contiene información que pueda sernos de ayuda en obtener una estimación del poder de mercado, que no se encuentra ya contenida en nuestra inicial estimación del poder de mercado[156].

En conclusión, elegir el mercado relevante que más correctamente mida el poder de mercado en el análisis *antitrust* tiene tres errores de importancia: el primero de ellos la presunción de que tenemos desde antes una mejor estimación del poder de mercado, cuando todo el punto del ejercicio es obtener uno. En segundo lugar, nos lleva a resultados que son en ocasiones erróneos (predecibles y evitables). Y finalmente es completamente innecesario adicionar al análisis el costoso esfuerzo de determinar tanto un mercado amplio como un mercado acotado, a efectos de tener que elegir entre ambos.

d. <u>El Mercado Geográfico</u>

[155] Íbid. 471p.
[156] Íbid. 471p.

Como sabemos, el método para determinar el mercado geográfico se define como aquel en que se comienza identificando un área en la que se encuentran los proveedores iniciales, para luego preguntarse si un monopolista hipotético, respecto del área identificada, es capaz de mantener un incremento del precio. El alcance del mercado geográfico es definido entonces en atención a la expansión del área geográfica hasta el punto en que los proveedores externos ya no sean capaces de afrontar los intentos del monopolista hipotético de aumentar el precio[157].

Se afirma por parte de la doctrina que el foco de esta determinación del mercado geográfico, que utiliza el área de la empresa productora como el punto inicial, debe cambiarse hacia una que se base en las competencias alternativas enfrentadas por los consumidores en diferentes localidades geográficas. Esta modificación eliminaría lo que parecen ser potenciales inconsistencias de las directrices para operaciones de concentración en el enfoque para definir este mercado y las discriminaciones de precios[158]. La mayor de las inconsistencias dice relación con que el test del monopolista hipotético utilizado para definir al mercado del producto centra su mirada en la reacción que tendrán los consumidores frente a un alza de los precios, viendo en definitiva si éstos cambian o no hacia otros productos. Sin embargo, en cuanto al mercado geográfico, una de las dimensiones del análisis se estructura desde el punto de vista de los otros productores, y si éstos podrán o no soportar el incremento en el precio[159], dicha dimensión conllevaría errores en el resultado.

Finalmente, respecto a la definición del mercado relevante en su ámbito geográfico, también se avanza en los métodos y lineamientos a seguir para su

---

[157] CARLTON, Dennis. 2010. Revising The Horizontal Merger Guidelines. Jorunal of Competition Law of Economics. Universidad de Oxford. [en línea] http://jcle.oxfordjournals.org/content/6/3/619 [consulta: 02 marzo 2015]. 14p.
[158] Íbid. 4p.
[159] Íbid 14p.

determinación, argumentando que si un vendedor distante tiene algunas ventas en el mercado local, todas esas ventas donde quiera que se hagan, debiesen ser consideradas parte del mercado local a efectos de computar la cuota de mercado del vendedor local[160]. Esto en razón de que aquel vendedor distante ha probado su habilidad de vender en el mercado local, y puede incrementar entonces sus ventas ahí, si aumentan los precios locales, simplemente desviando en esa dirección ventas que estaban dirigidas a mercados en otras partes. En efecto, es más fácil para ellos aquella dispersión de una pequeña fracción de su producción en el mercado local, que una gran desviación de producto. Además, el vendedor extranjero o foráneo –entendido como aquel que vende o produce fuera de la región donde se encuentra la empresa objeto de análisis- será considerado dentro del mercado geográfico siempre que no pueda ser dejado y mantenido afuera de su mercado por esa empresa, porque de otra forma no podría aumentar el precio sin ser colmado por aquella producción[161].

e. El Caso Staples

La jurisprudencia no se ha visto ajena a todo lo expresado en los párrafos anteriores, y es en el año 1997 en que se presenta en Estados Unidos una de los juicios más significativos en cuanto a la definición del mercado relevante se trata. La controversia se produce en torno a la fusión entre dos de las mayores tiendas de artículos de oficinas del país: *Staples* y *Office Depot*. Conocido como el "Caso *Staples*", se ha señalado por gran parte de la doctrina estadounidense que esta es una de las sentencias más innovadoras en referencia a la importancia del mercado relevante y su utilización en los procedimientos de concentración, adelantándose inclusive el fallo a las Guías de operaciones de concentración del año 1992 vigentes a la época, puesto que toma en

[160] Op. Cit. POSNER, R. y LANDES, W. 963p.
[161] Op. Cit. POSNER, R. y LANDES, W. 964p.

consideración el tamaño de las empresas, y no su poder de mercado, para determinar el impacto que tendrá la fusión en la competencia. En virtud de ello, se deja fuera del análisis a todos los productores minoristas de artículos de oficina, teniendo a la vista –en definitiva- como parte del mercado a tan sólo las tres empresas más grandes que se dedicaban exclusivamente a la venta de estos productos.

Como decíamos, el caso en cuestión trata entonces sobre la fusión de dos empresas que se dedicaban a la venta de artículos de oficina, ofreciendo dentro de sus productos, suministros de oficina, máquinas, computadores y muebles, a través de tiendas de *retail* –comúnmente descritas como "supermercados de suministros de oficina"-, entregas por correo, y de operaciones de papelería por contrato[162]. Por un lado *Office Depot* era la más grande cadena de tiendas de artículos de oficina, ubicada en 38 Estados y el Distrito de Columbia, con ganancias de $6,1 billones de dólares el mismo año. Por el otro, *Staples* era la segunda más grande tienda en los Estados Unidos, con aproximadamente 550 establecimientos de *retail*, ubicados en 28 Estados y el Distrito de Columbia, con ganancias en 1996 de $4 billones de dólares. La única otra empresa competidora de ambas en artículos de oficina era *Office Max Inc*.

Así las cosas, durante el procedimiento, mientras que la *Federal Trade Comission* afirmaba que el mercado relevante del producto en el caso se componía de la venta de suministros de oficina consumibles a través de hipermercados de oficina[163]. Entendiendo por "consumibles" aquellos que las personas compran recurrentemente, por ejemplo, del tipo de productos a los que los consumidores o "se acostumbran" o descartan. Precisamente entonces, bajo esta definición del mercado relevante, la Agencia no incluye suministros

---

[162] HOGAN, T. 1997. FTC v. Staples, Inc. [en línea] <http://www.law.berkeley.edu/faculty/rubinfeldd/Antitrust/FTC%20v%20Staples%20etd.pdf>. [consulta: 02 marzo 2015] 1p.

[163] "office superstores"

tales como computadores, fax, otras máquinas de oficina y muebles, pero sí se encontrarían dentro todos aquellos productos como papel, lápices, carpetas de archivos, *post-it*, disquetes, y tintas para impresora. Por el otro lado, las empresas demandadas, señalando que la definición del mercado hecha por la FTC era más bien "estrecha", argumentan que ésta incluye a todos los productos de oficina, de los cuales la fusión *Staples-Office Depot* sólo tendría un 5,5% del total de venta en Estados Unidos, según las cifras del año 1996[164].

Cabe mencionar al respecto, que ambas partes en este caso comparten la visión respecto al mercado geográfico relevante, el que sería aquel que comprende todas las áreas de los estados en que ambas empresas tienen tiendas.

La importancia del asunto atiende a que como resultado de su investigación, la FTC presentó en el juicio una prueba fundamental: la comprobación fáctica de que los precios de *Staples* eran un 13% más altos en aquellos lugares donde no competía con *Office Depot* y *Office Market*, que en aquellos donde sí lo hacía. Y que por su parte, los precios de *Office Depot* en la misma situación eran un 5% más altos. La FTC utilizó en su investigación métodos econométricos, comparando precios entre mercados con y sin competencia respecto de las firmas que se pretendían fusionar. Esta técnica ha sido catalogada por parte de la doctrina como el uso de "experimentos naturales" a fin de determinar los efectos que podría tener la fusión. Se ha señalado que el empleo de esta herramienta tiene la ventaja de que no requiere la simulación de fusiones mediante modelos sofisticados[165], sino que es una demostración directa, objetiva y cierta de lo que serán los efectos de la fusión en aquellos mercados respecto de los cuales *Staples* y *Office Depot* dejen de competir.

---

[164] Op. Cit. HOGAN, T. 2p.
[165] Op. Cit. FARREL, J. y SHAPIRO, C. 28p.

Dicha prueba fue el elemento clave en la decisión del caso por la Corte, puesto que significaba que las empresas no consideraban como competidores de sus productos a otras tiendas que podían vender artículos de oficina, tales como *Wal-Mart, Kmart o Target*[166]. En efecto, ambas compañías demuestran la capacidad para elevar los precios, aun cuando aquellas otras tiendas se encuentren presentes, siendo relevante sólo la ausencia de las otras dos competidoras. Luego por otro lado, los estudios de la Agencia demostraron a su vez, que cuando los otros participantes del mercado abarcaban el área en el que uno de ellos se encontraba solo en un principio, sus precios tendían a bajar.

Para reafirmar las respuestas a las que había llegado, la Corte consideró como una muestra convincente el hecho de que un aumento pequeño pero significativo en los precios de *Staples*, no tuviera como consecuencia un cambio en las preferencias de los consumidores hacia otras tiendas para la obtención de suministros de oficina consumibles. Esto sería por lo tanto demostrativo de una baja elasticidad cruzada de la demanda entre dichos suministros respecto de las empresas parte de la fusión y otras tiendas.

Lo anterior derivó en el establecimiento directo del poder de mercado por parte de *Staples* y *Office Depot* en aquellos lugares donde no tenían competencia, reflejado de manera categórica en ese aumento del precio de sus productos, lo que conllevó finalmente el rechazo de la fusión propuesta.

Este caso fue el primero en el que, desde un punto de vista particularmente econométrico, el estudio sobre las variaciones del precio como parte de las variables de la estructura del mercado, fueron introducidas en juicio. Para que nos formemos una idea de lo que fue, las partes trataron con los datos de

[166] Grandes cadenas de supermercados estadounidenses que venden todo tipo de productos, comida, tecnología, menaje, y artículos de oficina, entre otros.

precios y productos a la venta semanales de alrededor de 400 tiendas de *Staples*, ubicadas a lo largo de 40 ciudades, por casi 80 meses[167]. Usando estos datos, la FTC calculó el total de los efectos del precio de la fusión propuesta: un promedio de 7,3% para las dos –y tres- empresas, en aquellos lugares en los que ambas partes de la fusión estuvieran presentes[168].

La gran repercusión que ha tenido este caso se ha visto reflejada principalmente en que desde entonces, tanto la Agencia como las empresas que pretenden fusionarse, han utilizado en la definición del mercado la evidencia directa obtenida de los competidores más cercanos, y la magnitud esperada de los efectos de la fusión en el precio, y/o en la predicción de éstos reflejados en el bienestar final de los consumidores[169].

II.6 El Mercado Relevante en las Fusiones Horizontales

a. Mirando a los efectos de la fusión.

Hasta el momento, sólo nos hemos referido a la definición del mercado relevante en términos bastante generales respecto del derecho de la libre competencia, por lo que cabe mencionar, en lo que atañe más propiamente al objeto de esta tesis, la crítica en torno a la inutilidad del método en la evaluación de las fusiones horizontales, toda vez que es sobre todo en ellas que la definición del mercado relevante ha sido particularmente utilizada desde antaño.

Sabemos ya que respecto a cualquier fusión, el control de ella se produce en virtud de los efectos que pueda tener en la libre competencia. Estos pueden

---

[167] WERDEN, G. y FROEB, L. 2006. Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers. Handbook of Antitrust Economics. [en línea] http://ssrn.com/abstract=927913. [consulta: 02 marzo 2015]. 71p.

[168] DALKIR, S. y FREDERICK, W. 1997. Prices, Market Definition, and the Effects of Merger: Staples-Office Depot. En: KWOKA, J. y WHITE, L. The Antitrust Revolution. Oxford. 2p.

[169] Op. Cit..71p.

ser de dos tipos: unilaterales, como por ejemplo un alza de precios en virtud de la disminución de las presiones competitivas, comportándose como un monopolio; o coordinados, ya que en razón de la concentración del mercado que se produce debido a la fusión, y la existencia de menos competidores, aumenta por lo tanto la probabilidad de que éstos se coordinen, por ejemplo, para la exclusión de otros competidores, la repartición del mercado o el aumento de los precios.

a.1 El Método de Cournot y el Método de Bertrand

La doctrina más moderna postula que ambos efectos pueden ser identificados directamente y sin la utilización del mercado relevante, a través de varios métodos que se basan en cálculos más econométricos. El primero de ellos es conocido como el método de Cournot o el de Bertrand; y el segundo de ellos por el establecimiento directo de la elasticidad de la demanda –que nos permitirá conocer de forma más inmediata la concentración del mercado- y con ello las probabilidades de coordinación que puedan presentarse.

El método de Cournot para comenzar, comúnmente utilizado para productos homogéneos en mercados oligopólicos, consiste en términos simples en la elaboración de una fórmula econométrica que compara los precios, la cantidad de producto a la venta, y el costo marginal de las empresas antes y después de la fusión. De tal manera que la fórmula propuesta por el autor permitirá dar con los efectos de la fusión, siempre que los resultados de la elasticidad de la demanda antes y después de la fusión sean los mismos, y que la fusión no afecte el porcentaje del costo marginal de la industria[170].

[170] El objeto de esta tesis no es adentrarse en los efectos unilaterales de las fusiones o en su obtención, sino sólo mostrar posibles caminos a su obtención distintos del mercado relevante. Para un estudio más acabado del método de Corunot –y de Bertrand- ver Op. Cit. WERDEN, G. Unilateral Effect of Horizontal Merger. 6p y siguientes.

Para productos diferenciados se utiliza el método de Bertrand, que también propone una fórmula en términos econométricos, de la cual se sigue que de llegar al equilibrio en ella, la fusión subirá el precio de ambos productos, a menos que conjuntamente se reduzca su costo marginal, o induzca a la entrada de nuevos competidores o inversionistas, alterando las percepciones del consumidor sobre las marcas que se encuentran ya en el mercado[171]. En otras palabras, según este modelo, la fusión de dos empresas competidoras de productos diferenciados, que no tenga como resultado la reducción de sus costos, necesariamente conducirá a un aumento unilateral de los precios, aun cuando este aumento sea pequeño[172].

a.2 El Test UPP

A mayor abundamiento, en mercados con productos diferenciados, como señalan Farrell y Shapiro, la definición del mercado relevante puede ser torpe e incorrecta, toda vez que el daño se relaciona con los efectos unilaterales (más que los coordinados) de la fusión[173]. Ellos mismos proponen en el año 2010 el Test UPP –siglas para "*Upward Pricing Pressure*" o "Presión sobre los precios al alza", en español- a fin de determinar si frente a un mercado de productos diferenciados la propuesta de una fusión podría conllevar un alza de precios, analizando directamente los efectos unilaterales, y prescindiendo en definitiva de la definición del mercado relevante. Este test, de características mucho más econométricas y modernas, ha sido llevado adelante como una opción al método más tradicional, el Índice *Herfindahl Hirschmann,* utilizado por la FTC y el *Department of Justice* en Estados Unidos, y fue recogido por estas entidades el 2010 en las nuevas directrices sobre operaciones de concentración.

[171] Íbid. 13p.
[172] Íbid. 2p.
[173] Op. Cit. FARREL, J. y SHAPIRO, C.

Este test permite comparar dos aristas relevantes a la hora de analizar una fusión, la primera de ellas es la disminución de la competencia entre las dos empresas fusionadas, lo que por regla general produce un incentivo en la fijación de precios más altos. La segunda dice relación con que, en virtud de la fusión, ambas empresas pueden administrar de manera más eficiente sus activos y costos por actuar de manera conjunta, generando como resultado una probable disminución de sus costos marginales y, en definitiva, una fijación de menores precios. Lo que busca entonces el método es determinar si existen presiones al alza o baja de los precios[174] frente a la fusión, en atención a los efectos competitivos que ella tendrá, sin tener que atravesar por el largo y pedregoso camino de la definición del mercado relevante para ello.

La ventaja de ésta forma de conocer los efectos de una fusión es que, a diferencia del HHI, sólo necesitamos para su cálculo los datos provenientes de las firmas fusionadas.

b. Hacia dónde va el mundo desde la mirada tradicional. Una nueva mirada desde las HMG 2010

Las últimas *Horizontal Merger Guidelines* publicadas el año 2010 en Estados Unidos, han recogido las críticas y avances de los últimos años en cuanto a la definición del mercado relevante, dando un giro en el análisis y poniendo más énfasis en los efectos unilaterales en la competencia que causaría la operación de concentración de que se trate, que en la definición del mercado relevante, de la cual no es que tome una distancia alejada propiamente tal, sino que pareciera aceptar que es factible que el rol que juega se reduzca.

Podemos notar que el foco ya no está tampoco, como en las directrices de 1992, en los efectos coordinados de la fusión. En ese sentido, la misma guía

[174] Para un mayor estudio del test UPP ver Íbid FARREL, J. y SHAPIRO, C.

expresa que: “La evidencia de los efectos competitivos pueden informar la definición del mercado, de igual forma que la definición del mercado puede entregar información respecto a los efectos competitivos. Por ejemplo, la evidencia de la reducción en el número de rivales de importancia que ofrecen un grupo de productos, y que causa que el precio por esos productos se eleve significativamente, puede por sí misma establecer que esos productos forman parte del mercado relevante. Dicha evidencia además puede directamente predecir los efectos competitivos de la fusión, reduciendo el rol que juegan las inferencias que obtenemos de la definición del mercado y las cuotas de mercado”[175].

De este modo, no cabe duda que la Guía del 2010 de la FTC y el DoJ reduce la importancia de la definición del mercado, planteándola en todo caso como una herramienta útil, con miras a iluminar cuáles pueden ser los efectos en la competencia de la fusión. En ese mismo sentido, se señala que la Agencia “normalmente” –pero no siempre- definirá el mercado relevante[176]. Lo que es una diferencia que salta a la vista de manera clara en relación con la Guía de 1992 en donde se establecía que “La Agencia primero definirá el mercado del producto relevante[177]”

Los organismos estatales estadounidenses mencionados reconocen también de manera más expresa que el proceso de definir el mercado relevante, en orden a incluir o excluir substitutos, es inevitablemente una simplificación que no puede captar completamente el grado en que los

[175] Evidence of competitive effects can inform market definition, just as market definition can be informative regarding competitive effects. For example, evidence that a reduction in the number of significant rivals offering a group of products causes prices for those products to rise significantly can itself establish that those products form a relevant market. Such evidence also may more directly predict the competitive effects of a merger, reducing the role of inferences from market definition and market shares. Traducción del autor. Op. Cit. Horizontal Merger Guidelines. 2010. 7p.
[176] Íbid. 7p.
[177] Op. Cit. Horizontal Merger Guidelines 1992. Pp. 6

diferentes productos compiten entre sí. Sin embargo, y no obstante ello, tratará de hacerse de esta simplificación una que sea lo más informativa y útil que se pueda[178].

Creemos que es en esa misma línea que los avances en virtud del Test UPP desarrollado por Farrell y Shapiro, son recogidos por la Guía. Sucede entonces que el cambio más significativo viene de la mano de la introducción del "valor de la desviación de las ventas" como una medida de la "presión sobre los precios al alza". De esta forma, la Agencia definirá el "valor de la desviación de las ventas" como "equivalente al número de unidades desviadas del producto, multiplicado por el margen entre el precio y el costo incremental en ese producto"[179]. La propia Guía establece que: "Diagnosticando los efectos unilaterales del precio, basados en el valor de la desviación de las ventas, no hay necesidad de confiar en la definición del mercado o en el cálculo de las cuotas de mercado y la concentración (…) Si el valor de desviación de las ventas es proporcionadamente bajo, es improbable que hayan efectos unilaterales sobre el precio significativos". A mayor abundamiento, refiere en un pie de nota, que el valor de la desviación de las ventas es medido en proporción a la pérdida atribuible a la reducción en las unidades de venta resultantes de un incremento del precio[180].

En ese mismo sentido, el test del monopolista hipotético ha sido implementado con la técnica del "Análisis de pérdida crítica". En él se compara

---

[178] When products or suppliers in different geographic areas are substitutes for one another to varying degrees, defining a market to include some substitutes and exclude others is inevitably a simplification that cannot capture the full variation in the extent to which different products compete against each other. Traducción del autor. Op. Cit. Horizontal Merger Guidelines. 2010. 7p.

[179] STONE, J. y WRIGHT, J. 2011. The Sounds of One Hand Clapping: The 2010 Merger Guidelines and the Challenge of Judicial Adoption. George Mason Law & Economics Research Paper No. 11-05; Review of Industrial Organization, Forthcoming. [en línea] http://ssrn.com/abstract=1744299. [consulta: 02 marzo 2015].149p.

[180] Op. Cit. Horizontal Merger Guidelines. 2010. 21p.

la “pérdida crítica”, a saber, el porcentaje de pérdida en cantidad del producto del monopolista hipotético, que sería el exactamente suficiente como para efectuar un aumento no beneficioso de X%, en el precio de todos los productos; con la “pérdida actual” –el porcentaje predicho de pérdida en cantidad que el monopolista podría sufrir si se aumentara el porcentaje del precio en todos sus productos-. El mercado relevante se encuentra entonces definido cuando la pérdida actual es igual a la pérdida crítica. Si es mayor, el mercado relevante deberá expandirse para incluir a más substitutos, en el caso contrario, el mercado deberá ser contraído, excluyendo productos de él[181].

No es discutido mayormente al respecto, que la posición que adopta la Agencia en esta nueva Guía tiende a la definición de mercados relevantes más estrechos. Ella misma es quien reconoce que este tipo de definición es más preciso por cuanto “es más improbable de medir la importancia competitiva de substitutos distantes con sus cuotas en mercados definidos más extensamente”[182].

Todo lo anterior con miras, como decíamos, al establecimiento de un análisis más realista acerca de los efectos competitivos de la fusión, que captura las presiones competitivas impuestas por substitutos más cercanos[183].

[181] Op. Cit. EVANS, D. 23p.
[182] WRIGHT, J. 2010. Comment on the Proposed Update on the Horizontal Merger Guidelines. Accounting for Out-of-Market-Efficiencies. George Mason University School of Law. [en línea] http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_comments/horizontal-merger-guidelines-review-project-proposed-new-horizontal-merger-guidelines-548050-00008/548050-00008.pdf. [consulta: 02 marzo 2015]. 1p
[183] Íbid. 2 p.

I. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN RESOLUTIVA Y DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE Y SU EVOLUCIÓN. UNA MIRADA ANALÍTICA Y CRÍTICA.

En esta última parte de la tesis, se tratará acerca de cómo la jurisprudencia en Chile se pronuncia respecto del mercado relevante en las operaciones de concentración. Comenzaré con una exposición de las resoluciones más importantes de la Comisión Resolutiva, incluyendo en ese apartado una resolución de la Comisión Preventiva Central de particular importancia. Luego se analizarán los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Cabe reiterar en esta sección, lo que ya se había adelantado en páginas anteriores, a saber, que en virtud de la regulación chilena sobre operaciones de concentración, estas no son todas conocidas por organismos de libre competencia, toda vez que el proceso de consulta es voluntario[184].

La estructura de ésta parte será de una breve presentación de las posiciones de los intervinientes en la consulta, tanto de las consultantes como de la Fiscalía Nacional Económica y/u otro actor relevante, para después exponer el fallo, de manera de poder extraer qué tipo de análisis se realiza en cuanto al mercado relevante, y finalmente unas breves conclusiones acerca de éste[185].

[184] Así, se dejarán de lado en esta sección aquellas operaciones de concentración que terminaron por acuerdos extrajudiciales con la Fiscalía Nacional Económica, y sólo se revisarán algunas especialmente importantes en el apartado siguiente a propósito del análisis en la mirada de la Fiscalía.

[185] Cabe hacer la prevención de dos cuestiones relevantes, la primera es que la política de transparencia, respecto de la cual se suben resoluciones, y escritos de los expedientes, a sus

III.1 Comisión Resolutiva

1. Resolución N° 7 – 23 Octubre 1974 – Fabrica de Enlozados S.A FENSA y Manufacturera de Metales S.A MADEMSA – Aprobada.

a. La operación consultada: El caso trató acerca de la fusión entre la Fábrica de Enlozados S.A FENSA y Manufacturera de Metales S.A MADEMSA, la que fue autorizada en principio por la Comisión Preventiva Central, con el establecimiento de ciertas condiciones, que hicieron estimar a la Condición Resolutiva que existiría algún entorpecimiento a la libre competencia, por lo que se avocó el conocimiento de la operación.

b. Las partes de la operación: Las empresas, según lo señalado en la resolución, fundamentaron la solicitud en las eficiencias que se producirían con la fusión, a saber, la reducción de costos y la mejoría a la calidad, lo que les permitiría ser un mejor competidor en el mercado nacional, y aspirar a la competencia en el extranjero.

c. La Comisión Resolutiva.

c.1 El mercado relevante: La Comisión Resolutiva definió el mercado relevante en el considerando décimo de la resolución, sin referirse a él explícitamente, pero señalando que la fusión tendría efectos en la

páginas de internet http://www.fne.cl y http://www.tdlc.cl, tanto de la FNE como del TDLC respectivamente es reciente, por lo que existe información más antigua que no pudo tenerse a la vista. Lo segundo, que muchos de los informes acompañados a las causas fueron hechos bajo reserva, y por lo tanto no pudo tenerse acceso a ellos.

fabricación de línea blanca. Así, identificó los porcentajes de producción de las empresas en cuanto a refrigeradores, lavadoras, califonts, estufas y cocinas domésticas. Según lo señalado posteriormente, en el considerando onceavo, la Comisión llegó a dicha delimitación del mercado relevante en atención al giro desarrollado por ambas empresas.

c.2 Posición dominante: Posteriormente en el considerando doceavo la Comisión señaló que la empresa fusionada ocuparía una posición dominante en el mercado, que le abriría posibilidades de influir de modo determinante en ese mismo mercado.

c.3 Competencia potencial: La Comisión descartó también la entrada fácil de otros competidores al mercado, en virtud de la identificación de ciertas barreras a la entrada, así la Comisión en su considerando décimo tercero expresó que "…se ha considerado que la entrada de nuevas firmas al sistema productivo interno en el sector de que se trata es compleja y, tal vez, improbable, tanto por la inversión requerida como por las limitaciones del mercado y por otros factores que se ilustran suficientemente en las largas etapas de estudio, financiamiento e inversión expuestas por las propias sociedades recurrentes."

Conclusiones de la Resolución

Siendo de las primeras operaciones de concentración analizadas por la Comisión Resolutiva, podemos decir que, si bien se describe de alguna forma el mercado relevante, como señalábamos en el considerando décimo, aún dicha descripción es tibia, atendiendo tan solo al giro productivo de las empresas en cuestión. Un análisis realizado entonces con escasos argumentos cualitativos o cuantitativos que lo sustenten, y pareciera que en base más a la lógica que a otra cuestión. En ese sentido la Comisión no identificó tampoco a los competidores dentro del rubro, ni parece haber mayor análisis sobre el poder de

mercado, aun cuando se señale en un párrafo la existencia de ciertas barreras de entrada.

Sin embargo, llama la atención la referencia de la Comisión al poder de mercado, que se alcanzará con la fusión, pero volcó su mirada, para efectos de la aprobación, más bien hacia las eficiencias, que a los riesgos de que se alcanzara dicho poder. Es así como finalizó en el considerando décimo quinto estableciendo que la fusión "parece el único camino para que ellas puedan subsistir y además aumentar la producción, mejorar la tecnología, afrontar la competencia externa, rebajar los costos para atender las necesidades de los sectores de más bajos ingresos y, eventualmente, exportar los productos fabricados por las empresas fusionadas."

2. Resolución N° 39 – 21 Diciembre 1977 – Vidrios Cristales Lirquén S.A y Vidrios Planos Cerrillos S.A – Aprobada

a. La operación consultada: La operación trató sobre la fusión entre las empresas Vidrios Cristales Lirquén S.A y Vidrios Planos Cerrillos S.A. que tendría por objeto la concentración en una sola fábrica de la producción de vidrio plano en Chile.

b. Las partes de la operación: Las solicitantes esgrimieron sus argumentos en favor de la fusión en tanto sería la única solución de evitar el colapso de la industria y que además les permitiría la construcción de una planta más moderna que produjera vidrios de más variedades, para abastecer no sólo al mercado chileno, sino también con miras al abastecimiento de mercados extranjeros en ventajosas condiciones.

Posteriormente los solicitantes realizaron una descripción de las industrias y del producto que fabricaban, con énfasis en la necesidad económico-financiera de la fusión, describiendo así particularmente el

problema que se les presentaba en torno a la utilización de los hornos, para luego señalar que: “existen diferencias entre las industrias de Lirquén y de Cerillos que derivan del volumen y capacidad del horno en que cada una de ellas funde el vidrio, resultando más económica la operación del horno más grande, que es el de Lirquén en cuanto a consumo de combustible por metro cuadrado de vidrio producido, a menos pérdida de energía y a menor cantidad de impurezas”. Se enfoca luego en señalar los tipos de sistemas de fabricación de vidrios y la cantidad de metros cuadrados producidos en cada uno.

Cabe mencionar, respecto a lo planteado por los solicitantes, el alcance que hicieron en tanto no consideraban que la fusión acarrearía una restricción en la competencia en cuanto a la producción y comercio del vidrio plano en el país. Lo anterior toda vez que, según señalaron, a la época se estaba importando libremente vidrio, y el mercado se encontraba regulado automáticamente por el precio internacional.

c. Comisión Resolutiva: Finalmente la Comisión Resolutiva, en consideración a la mala situación financiera de ambas empresas, la identificación de una política arancelaria que permitía la competencia en nuestro país y la necesidad de una estabilidad y desarrollo de las inversiones naciones en la industria del vidrio, declaró aprobada la operación.

Conclusiones de la Resolución

La Comisión Resolutiva se enfocó en la forma de fabricación del producto en sí, y en sus estados financieros críticos a fin de aprobar la fusión. Desde el principio pareció tener claro que no hubo discusión en que nos encontrábamos frente al mercado de vidrio –sin distinguir de manera relevante si era el mercado de vidrio en general, o el de vidrio plano (como sí lo hicieron los solicitantes al

enfocarse en la industria del vidrio plano)-. En ese sentido, no se refirió a un análisis del mercado en particular.

Tampoco pareció identificar cuál era el poder de mercado de ambas empresas, ni analizó su participación en el mercado para ello, toda vez que –creemos- asumió, debido a la pérdida que demuestran sus estados financieros, nos encontrábamos frente a un mercado en el que no se podía ejercer una posición de dominio que les permitiera abusar, en razón de que incluso ahora las empresas vendían a un precio bajo el costo de fabricación. En ese sentido, sostuvo una defensa del tipo "empresa en crisis". En este punto es importante destacar que la Comisión, si bien no utilizó el término propiamente tal, da cuenta de una inexistencia de barreras a la entrada en la industria del vidrio en nuestro país, destacando –como señalábamos- la política arancelaria de Chile y las "considerables cantidades de importaciones de este producto", en su considerando segundo.

Así entonces, la noción de poder de mercado, y su establecimiento mediante la definición de un mercado relevante, y otros factores, no ha llegado aún a la Comisión Resolutiva en sus análisis, lo que llama la atención en tanto ya en el año 1977 la discusión llevaba años planteada en Estados Unidos, como podemos notar de lo relatado en los capítulos anteriores.

En definitiva, la Comisión continuó con un análisis que atendía a la aprobación de las operaciones en virtud de las eficiencias que podían conllevar éstas en el mercado –e incluso respecto a los estados financieros mismos de ellas-, a saber, que Cerrillos S.A no quebrara en un futuro próximo debido a las pérdidas que se encontraba afrontando, lo que derivaría eventualmente en un mejor resguardo de la competencia.

3. <u>Resolución N° 86 – 22 Octubre 1980 – Mckay S.A y Sociedad Hucke Industrias Alimenticias S.A.C – Aprobada.</u>

a. La operación consultada: La operación trató sobre la consulta de fusión entre las empresas Mackay S.A y Hucke Industrias Alimenticias S.A, en virtud de una compra de acciones de la primera sobre ésta última.

b. Antecedentes: En un principio la Comisión Preventiva Central estuvo por rechazar la fusión en atención a la reducción de competencia, entendiendo el mercado galletero como el mercado relevante –sin acuñar ésta expresión de manera expresa pero sí refiriendo a aquel mercado su análisis-.

c. Las partes de la operación: Las empresas solicitantes basaron sus argumentos en los efectos de la fusión, toda vez que les permitiría aprovechar las economías de escala, las que habían alcanzado –en su opinión- una gran importancia en la "industria alimenticia".

   c.1 Mercado relevante: De esta forma, se refirieron al mercado en atención a las líneas de producción que tenían a la época ambas empresas, a saber, los chocolates, confites y galletas. Posteriormente señalaron las participaciones de ambas empresas en aquellos mercados.

d. Comisión Resolutiva:

   d.1 Mercado relevante: Por su parte, la Comisión Resolutiva en el fallo identificó los mismos tres mercados que las empresas solicitantes, seccionando el análisis de la competencia respecto de cada uno en particular. Así, comenzó en su considerando primero señalando que en los rubros de chocolates y confites la fusión no tendría un efecto monopólico puesto que la producción conjunta no era significativa.

   Sin embargo, la Comisión continuó e hizo una distinción en cuanto al mercado de galletas, refiriendo que existiría una concentración preocupante en el "mercado de galletas envasadas".

Luego señaló que es necesario examinar el mercado en un sentido amplio, comprendiendo en él no sólo la producción interna del bien que se trate, sino también la importación que del mismo se haga. Para esto, la Comisión efectuó un análisis de la competitividad del producto de galletas con otras empresas, en atención principalmente a las características del producto, y especialmente el período de entre 8 meses a 2 años de durabilidad, lo que hacía que las empresas extranjeras pudieran efectivamente competir en el mercado nacional. En virtud de ello estimó que no diferían sustancialmente los precios de algunas galletas importadas con las de calidad equivalente producidas por las solicitantes. En ese sentido, señaló en el considerando sexto que la "importación de galletas podría constituir un factor de equilibrio o regulación para impedir el posible abuso de posición dominante que podría ejercer una empresa cuya participación en el mercado es mayoritaria."

e. Voto de minoría:

e.1 Mercado relevante: "(…)que examina[r] el mercado en un sentido amplio, esto es, comprendiendo en él no sólo la producción interna del bien, en este caso las galletas, sino también la importación que del mismo se haga, hace perder, a mi juicio, todo el sentido de la Ley Antimonopolios, ya que cualquiera empresa que fuera la única productora de un bien en chile, al tener la libre competencia del resto de las empresas extranjeras, que producen productos similares, estaría libre de ser considerada monopólica".

A continuación hizo hincapié en los costos de transporte como desventaja del producto importado respecto del producto nacional, a fin de descartarlo como parte del mercado geográfico. Además de estimar, mediante comprobación personal, que los precios entre los productos importados y los nacionales diferían hasta en un 100%.

Conclusiones de la Resolución

En primer lugar, podemos destacar que para el caso en cuestión la Comisión Resolutiva dedicó parte de su estudio en el fallo al análisis del mercado propiamente tal, cuestión que no habíamos visto en los dos fallos anteriores.

Luego, llama la atención que la Comisión no pareció haberse cuestionado en profundidad los diversos tipos de chocolates, confites y galletas producidos por ambas empresas, de manera de analizar si en alguno de aquellos productos podía generarse una posición dominante relevante a efectos de la competencia.

La distinción que hizo en el considerando primero, en atención al "mercado de galletas envasadas", puede ser también objeto de análisis. En dicha diferenciación, si bien no ahondó en los argumentos de cómo llegó a ella, podríamos concluir que se efectuó en relación a las características del producto, por lo que no es descabellado estimar que la Comisión habría tenido en mente el mercado de galletas envasadas por una parte, y el mercado de galletas vendidas a granel por la otra.

Sin embargo, aun haciendo esa distinción la Comisión optó por la definición de un mercado geográfico –sin llamarlo así- en términos bastante amplios, incluyendo a las importaciones, en virtud de un análisis –escueto- de sus características, y principalmente atendiendo a su durabilidad. Como decíamos, por primera vez notamos un análisis un poco más profundo a fin de delimitar el mercado objeto de la operación de concentración.

Finalmente, cabe destacar en el fallo la inclusión de cierta terminología de derecho *antitrust* por la Comisión Resolutiva, a saber, el señalamiento en el considerando sexto de la noción de "posición dominante", que habíamos leído

solo tangencialmente en otras resoluciones. En ese sentido, la Comisión estimó que las importaciones de galletas podrían constituir un factor de equilibrio o regulación, a fin de impedir el “abuso de posición dominante.”

Atención merece el voto de minoría en esta fusión, puesto que no se había leído hasta el momento sobre el mercado relevante de manera tan explícita en un fallo de la Comisión Resolutiva, y es precisamente un voto minoritario quien lo trajo a la palestra de la discusión, aun cuando fuese en términos más bien sencillos y, aunque sin ahondar en los aspectos econométricos, sino más bien desde la lógica del entendimiento de cuándo nos encontrábamos frente a un mercado más ampliamente definido que otro.

En el caso en cuestión, es importante señalar que la Comisión incluyó el mercado extranjero de galletas al nacional, viéndolo además no tanto como un competidor efectivo, sino como uno potencial, hizo que el mercado se amplíe excesivamente, incluso evitando que una empresa pudiera llegar a ser considerada monopólica, tal como lo expresó el miembro de la Comisión en su voto minoritario.

4. Resolución N° 445 – 10 Agosto 1995 – LAN S.A y LADECO S.A – Aprobada.

a. La operación consultada: La operación de concentración trató acerca de la consulta de la Línea Aérea Nacional S.A-Lan Chile- sobre la compra de acciones de la empresa de aeronavegación comercial Líneas Aéreas del Cobre S.A. –Ladeco-.

b. Antecedentes: En un caso tan importante como el que se analizaremos en este acápite, a fin de entender la decisión final de la Comisión Resolutiva, es necesario exponer las distintas posturas que analizan el mercado frente al que nos encontraríamos en el caso en cuestión. A modo de antecedente,

en el año 1994, la Comisión Preventiva Central, mediante el Dictamen 915/837, no dio lugar a la solicitud de Lan Chile en atención a que la compra de acciones de Ladeco produciría efectos restrictivos de la competencia en el mercado nacional de la aeronavegación comercial.

c. Las consultantes:

c.1 Mercado relevante: En primer lugar, las consultantes –LAN/LADECO- señalaron que el mercado relevante consistía en el mercado de transporte aéreo nacional e internacional. Hicieron hincapié además en la inexistencia de barreras a la entrada y salida de ningún tipo, a saber, ni naturales, ni administrativas, y tampoco operacionales o económicas, para finalizar señalando que "el mercado aéreo nacional es un mercado desafiable sin costos hundidos[186] de significación", –a fin de darle a entender a la Comisión que carecían de poder de mercado-. Al terminar apuntaron a la definición de un mercado en términos tan abiertos, que incluso consideran como competidores que forman parte del mercado a todo el sector de transportes, entre los que se encontraba el transporte caminero, ferrocarriles y el aéreo, por lo que existen, a su entender, numerosos sustitutos del transporte aéreo. En cuanto al establecimiento de un mercado geográfico, consideraron tanto el mercado aéreo nacional, como el internacional, en atención a la estrecha interrelación y dependencia que existía entre ambos.

d. Otros Intervinientes:

d.1 Mercado relevante: El Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones analizó el mercado, considerando en su informe que el grado de sustitución

[186] "Los costos hundidos o "irrecuperables" son aquellos en los que se ha incurrido, y que ya no es posible de recuperar" KRUGMAN, P y WELLS, R. 2006. Introducción a la economía: microeconomía.Ed Reverté. 172p.

entre el transporte aéreo, marítimo y terrestre era más bien bajo, teniendo por tanto un limitado grado de sustitución efectiva entre ellos.

d.1.1 Barreras a la entrada: En cuanto a las barreras de entrada, señaló que el mercado aéreo contaba efectivamente con barreras de entrada naturales que le restaban dinamismo y adaptabilidad a la oferta, lo que dificultaba la entrada de nuevas empresas, “generando entonces condiciones propicias para una concentración excesiva en manos de un solo operador constituya un alto potencial de ejercicio monopólico”.

d.2 Fiscalía Nacional Económica por su parte, en un informe a la Comisión Preventiva Central, sin señalarlo expresamente, se refirió en todo momento al mercado de trasporte aéreo nacional, identificando a las tres empresas competidoras, y enfocándose en definitiva en el análisis de las cuotas de mercado de éstas empresas participantes. Al respecto a la Fiscalía le preocupaba particularmente el aumento del poder de mercado en virtud de la operación, toda vez que tendría como resultado el que las empresas solicitantes concentrarían cerca del 85% de éste.

e. Comisión Resolutiva:

e.1 Mercado relevante: La Comisión Resolutiva finalmente circunscribió el análisis de la operación al mercado nacional de transporte aéreo de carga y de pasajeros –distinguiendo entre ambos-, tal como lo señaló al fijar los hechos sustanciales pertinentes y controvertidos de la causa. Posteriormente se hizo cargo, en el considerando sexto de que, a su juicio, el transporte aéreo internacional configuraba un mercado distinto al del transporte aéreo nacional, el que presentaba diversas limitaciones, entre las que destacaban los llamados “derechos de tráfico” que repercutían en la determinación de diversas características de la oferta, como la cantidad de frecuencias, material de vuelo, oferta de asientos, entre otros. A mayor

abundamiento, en atención a la calidad de prestación, señaló además que el servicio aéreo era un producto que presentaba diferencias fundamentales.

e.2 Normativa aplicable: En primer lugar, ya en los considerandos del fallo, cabe destacar el análisis hecho por la Comisión Resolutiva en tanto comienza señalando la normativa aplicable al caso en cuestión –destacando en el marco normativo aquel dirigido a la aeronavegación comercial chilena-. Además, en la segunda parte del considerando tercero, se especificó el ámbito de aplicación del DL 211 vigente a la época, haciendo hincapié en que " (…) el cuerpo legal citado no sanciona ni prohíbe la existencia de empresas que ocupen una posición dominante o monopólica en un determinado mercado, sino que el Art. 6 de ese texto legal castiga las conductas, actos y prácticas comerciales que eventualmente ejecuten estas empresas que configuren un abuso de dicha posición dominante y monopólica (…)".

e.3 Barreras a la entrada: Finalmente, en cuanto a las barreras de entradas la Comisión estimó que el mercado era competitivo y operaba en condiciones de apertura, transparencia y desregulación, en virtud de una serie de antecedentes tenidos a la vista.

e.4 Efectos de la operación: Cabe mencionar que, en cuanto a los efectos de la operación, ya sea para analizar los riesgos o eficiencias derivados de ésta, la Comisión sólo se refirió brevemente a las eficiencias que podían derivar, señalando así el, en su considerando décimo, haber llegado a la convicción de que la asociación de las empresas originaría economías de escala, que hacen que su integración otorgue mayor eficiencia.

e.4.1 Riesgos de la operación: Por otro lado, en cuanto a los riesgos, no se refirió particularmente a ellos toda vez que indicó que, en la eventualidad de que tuviesen lugar conductas contrarias a la competencia, los Organismos Antimonopolios podrán juzgarlas y aplicar

las medidas de corrección o sancionatorias pertinentes. No obstante lo anterior, en el considerando décimo tercero la Comisión formuló instrucciones de carácter general, destinadas a otorgar el máximo de transparencia al mercado aéreo nacional. En ellas, llama la atención que definió dos conceptos importantes en materia de libre competencia, a saber, lo que entendía por “mercados competitivos” y “mercados no competitivos”. Los primeros definidos como “aquellos en los cuales otra línea aérea diferente de Lan-Ladeco accede al menos con una frecuencia diaria”; y los segundos como “aquellas destinaciones que no cumplen con la condición antes descrita”.

f. Voto Minoritario: Por último, el voto minoritario una vez más cobra importancia en un fallo sobre operaciones de concentración respecto al análisis del mercado relevante, en atención a la única discusión que se da en torno a éste. En efecto, señaló que, al contrario de la forma en que lo quería presentar la parte reclamante, no nos encontrábamos frente a un mercado relevante que fuese un “mercado disputable”, entendiendo por este aquel en que los competidores potenciales, con la misma estructura de costos, puedan entrar y salir de la actividad sin pérdida de capital, antes que las empresas que ya están en el mercado puedan reaccionar bajando sus precios. Esta posibilidad obligaría a las empresas dentro del mercado a mantener sus precios iguales o muy cercanos a los de competencia, ya que un alza de esos precios motivará la inmediata entrada de otras empresas.

Basó su argumento en la entrada de la única empresa competidora de Lan y Ladeco –National- en el año 1992 debido a en primer lugar, que las tarifas existentes antes de la entrada no eran las que predice el modelo de mercados disputables, y, en segundo lugar, que las tarifas de todos los participantes cayeron después de este hecho sin que se produjera una

crisis para las empresas antiguas, cuyas utilidades sin embargo crecieron el año de la fusión.

Conclusiones de la Resolución

En primer lugar cabe destacar que este fallo de la Comisión Resolutiva es en efecto más profundo en cuanto a análisis y razonamientos jurídicos y económicos. Aun cuando llega un poco tardío a nuestro país –recordemos que el fallo data del año 1995-podemos comenzar a ver que la Comisión Resolutiva emprendió un camino más firme hacia el establecimiento de una jurisprudencia en cuanto a la libre competencia más acabado. Así por ejemplo, la precisión que hizo en cuanto a la aplicación del DL 211 en tanto no prohíbe las posiciones de dominio, sino el abuso de ellas; también la definición de conceptos como “mercados competitivos”.

En cuanto al mercado relevante, para la Comisión Resolutiva no fue objeto de discusión, y así podemos verlo porque no lo estableció como un hecho controvertido, que era sólo el mercado de transporte aéreo nacional el mercado relevante a efectos de la discusión. Sólo se hizo cargo brevemente, en ese mismo considerando, de la exclusión del mercado internacional en razón de un análisis que fue bastante cualitativo, toda vez que se fundó en las características de la oferta en atención a los llamados “derechos de tráfico”, los que a juicio de la Comisión generaban limitaciones para las empresas nacionales. Lo anterior debido a que los derechos de las compañías chilenas para realizar tráficos a otros países o entre otros países tenían restricciones derivadas de los convenios que regían la actividad aérea.

Respecto a la consideración de las consultantes acerca de un mercado amplio, incluyendo todo tipo de medios de transporte, aun cuando el Ministerio de Transportes dedicó parte de su informe a descartarlo, debido a la baja

sustituibilidad de la demanda, la Comisión no hizo ninguna referencia para hacerse cargo de este punto.

Llama la atención que, aun cuando la Comisión restringió la discusión al mercado de transporte aéreo nacional, estimó sin embargo que nos encontrábamos frente a un mercado que era desafiable y competitivo –incluso considerando que sólo existían 3 actores en el mercado-. En ese sentido, y como señalábamos anteriormente, en el considerando noveno la Comisión estimó que, de acuerdo a los informes presentados en la causa, consta que el mercado doméstico era competitivo, y operaba en condiciones de apertura, transparencia y desregulación.

El único punto que pareció ser objeto de discusión en este caso para la determinación del poder de mercado, fue acerca de si el de transporte aéreo nacional era o no un mercado desafiable, porque de ser así –como lo estimó la Comisión Resolutiva en su fallo- la fusión no tendía entonces a limitar, restringir o entorpecer la libre competencia en Chile.

Como ya mencionábamos anteriormente, el voto minoritario tuvo bastante significancia en este caso, no solo por su análisis más económico de lo que entendemos por un “mercado desafiable”, el cual involucró variables no tratadas hasta el momento por la Comisión, sino también porque por primera vez leemos la expresión “mercado relevante” en un fallo de operaciones de concentración, terminología de la cual la Comisión no se había hecho cargo hasta el momento de forma explícita.

De esta forma, tanto las empresas consultantes como la Comisión Resolutiva estuvieron por establecer que era un mercado desafiable debido a la inexistencia de barreras a la entrada importantes en el mercado, y por lo tanto de carecer en definitiva de poder de mercado las empresas consultantes, siendo ésta la única cuestión tenida a la vista al momento de definir su postura.

Así entonces, tanto la Comisión Resolutiva, como los demás actores, incluido el voto minoritario del fallo, pretendieron determinar la existencia o no de poder de mercado, no en base ya de las cuotas de participación en el mercado relevante –por lo que su definición carecía completamente de importancia-, sino en virtud de la existencia de barreras de entrada o la falta de ellas. Para arribar luego a la conclusión de si nos encontrábamos entonces –o no- frente a un mercado desafiable, que se enfocaba no ya en los actuales participantes, sino más bien en los potenciales competidores.

5. Resolución N° 639 – 23 Enero 2002 - Banco Santander Chile y Banco Santiago – Aprobada

a. La operación consultada: La consulta trató respecto de la toma de control que realizaría el Banco Santander Central Hispano de dos instituciones bancarias, a saber, el Banco Santander Chile y el Banco Santiago, lo que significaría una operación de concentración horizontal. Presentaremos las posiciones de los diversos intervinientes, a fin de poder hacer un estudio más acabado de sus argumentos.

b. Las partes de la operación:

b.1 Mercado relevante: El Banco Santander por otro lado hizo una definición del mercado relevante de forma amplia puesto que se refirió a los “servicios financieros que consisten en el otorgamiento de crédito a personas naturales o jurídicas”, señalando en ese sentido que los consumidores podían tener acceso a créditos por diversas entidades, ya sean bancos, casas comerciales, cooperativas, etc. Más allá aun, las personas naturales conseguían obtener créditos de consumo en supermercados, farmacias, departamentos y otros similares. Las personas jurídicas, como las PYMES, podían acceder a la totalidad del sistema bancario nacional. De esta forma, el Banco Santander Chile consideró en definitiva al mercado relevante

como aquel compuesto por todos los oferentes de servicios financieros bancarios y no bancarios nacionales que eran capaces de proveer un crédito tanto a las personas naturales, como a las PYMES y a las grandes empresas.

En esa misma línea, y ampliando aún más el mercado relevante, el Banco Santiago indicó que éste se compone "no sólo de los bancos nacionales o extranjeros que operan en el país, sino también por todos los inversionistas institucionales que participan en la intermediación de recursos financieros fuera del sistema bancario, como son los fondos mutuos, fondos de pensiones, Compañías de Seguros, etc."

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante: La Fiscalía no se refirió particularmente al mercado relevante en los antecedentes aportados a esta causa. Sin embargo, de lo expuesto podemos colegir algunas referencias a éste. Así entonces, mientras se estaba refiriendo a los efectos de la operación, caracterizó la competencia en la industria bancaria, en el cual identificó una estructura monopolística, cuya diferenciación de productos se hacía relevante, y por lo tanto cada firma tenía algún poder de mercado que le permitía obtener rentas monopólicas. En este punto, el informe se refirió específicamente al "mercado bancario".

En sus conclusiones, la Fiscalía volvió a referirse a la "competencia en el mercado bancario nacional", al señalar que la actuación conjunta de los bancos Santander Chile y Santiago, podría constituir un factor de riesgo en dicho mercado.

c.1.1 Mercado geográfico: Sin hacerse cargo de manera explícita, el mercado geográfico se encuentra implícitamente definido en este mismo informe, al analizar las concentraciones "en todo el país".

c.2 Concentración del mercado: Interesante es señalar el informe que realizó la Fiscalía Nacional Económica en el caso en cuestión, toda vez que, sin analizar el mercado relevante, y asumiendo que nos encontrábamos frente al "mercado bancario chileno", pasó directamente al estudio del grado de concentración de la industria. Para ello utilizó las "directrices de fusiones" de la Federal Trade Comission de Estados Unidos y el Índice Herfindahl-Hirschman, a fin de medir las concentraciones del mercado bancario por las dos empresas denunciadas, a saber el Banco Santander Chile y el Banco Santiago. Desde ese punto de vista, identificó las concentraciones de los diversos tipos de colocaciones en el mercado bancario, señalando que la concentración abarcaría tanto los créditos de consumo, como los hipotecarios y los comerciales.

c.3 Efectos de la operación: En tercer lugar, también indicó los efectos que tendría esta concentración del mercado en los precios, basándose en la evidencia empírica estadounidense, resultando en definitiva en un alza de éstos mediante mayores tasas de colocaciones y/o menores tasas de captaciones. Notemos en esto último que la Fiscalía puso también énfasis en los efectos unilaterales de la operación de concentración.

c.4 Barreras a la entrada: Posteriormente, el informe añadió que el mercado en análisis –el bancario chileno a su entender- tenía no solo barreras a la entrada legales constituidas por los requisitos para la obtención de licencias bancarias sino además barreras del tipo comercial, en virtud de los costos en los que tenía que invertir un banco para adquirir una reputación en el mercado, lo anterior no obstante los ya conocidos costos de monitoreo y clasificación de riesgos de los clientes. Por lo tanto, a juicio de la Fiscalía, la operación propuesta no haría sino agravar las condiciones de un mercado concentrado.

d. Comisión Resolutiva:

d.1 Mercado relevante: Finalmente, en la parte resolutiva del fallo, la Comisión Resolutiva, refiriéndose explícitamente al análisis del mercado relevante y señalando: “En cuanto al análisis del mercado relevante, en el segmento de grandes empresas existirían condiciones de competencia suficientes, ya que se observa que este segmento comprende al sistema financiero ampliamente definido, incluyendo el exterior, por lo cual está en buenas condiciones para hacer frente a un sistema bancario más concentrado”

Luego, en el mismo considerando, la Comisión segmentó el mercado relevante según los diversos tipos de consumidores. En primer lugar, en cuanto al segmento de grandes empresas, la Comisión definió al mercado relevante de manera bastante amplia al establecer que “existirían condiciones de competencia suficientes ya que se observa que éste segmento comprende al sistema financiero ampliamente definido, incluyendo el exterior”.

En segundo lugar, respecto de empresas de menor tamaño, identificó que “se cierra la posibilidad de obtener financiamiento en los mercados externos de créditos y en los mercados de valores, tanto locales como externos”, reduciendo por tanto los límites del mercado relevante para este sector. Luego analizó el segmento de personas de ingresos medios y bajos frente a los cuales era capaz de ver las dificultades que tenían en general para acceder al sistema bancario privado, cuestión que se incrementaría de aumentar la concentración bancaria.

Por último la Comisión reconoció al segmento formado por pequeñas y medianas empresas (PYMES) y las personas de ingresos medios, que era “el segmento que estaría más expuesto a conductas anticompetitivas”.

d.2 Barreras a la entrada: Mención merece también la identificación en su considerando décimo noveno de la falta a su juicio de barreras a la entrada, facilitándose en definitiva el ingreso de nuevos oferentes. Apuntando una

vez más a la posibilidad de competencia potencial que podrían tener los actores en el mercado.

d.3 Riesgos a la competencia: Es en atención a todo lo anterior, que la Comisión Resolutiva, en su considerando vigésimo, estimó que el control conjunto de los Bancos Santiago y Santander Chile por el Banco Santander Central Hispano, en principio, no constituía una situación de riesgo para las condiciones de la competencia.

Conclusiones de la Resolución

Pareciera ser del todo interesante tres cuestiones sobre el fallo sub-lite, la primera de ellas es la utilización por parte de la FNE, tal como lo señalamos, de las Guías estadounidenses de operaciones de concentración a fin de elaborar su informe, y en ello del uso del Indice Herfindahl-Hirschman. Cabe mencionar, que la Fiscalía no se introdujo en el análisis del mercado relevante, sino que dio por sentado que se refería al mercado bancario nacional, y dentro de este calculó las cuotas de concentración.

En segundo lugar, si bien el análisis del mercado relevante se presentó en términos más o menos económicos por las partes durante la discusión del asunto, particularmente debido a la incorporación del informe "Concentración y libre competencia en el mercado bancario chileno"[187] por el Banco Santiago, la Comisión en su resolución tomó en consideración la segregación de la demanda hecha por las denunciadas, para definir distintos mercados relevantes en torno a ellos.

En tercer lugar llama la atención la terminología utilizada por los intervinientes en el caso, en ese sentido los Bancos se refirieron explícitamente al "mercado relevante", en el informe la Fiscalía hizo observaciones acerca de

[187] Resolución N° 639. 2002. 11p.

la “diferenciación del producto”, “competidor relevante”, y otros que se suman a los conceptos ya utilizados anteriormente como la identificación de “posiciones de dominio”, entre otros.

En ese sentido, la Comisión Resolutiva se refirió explícitamente en este fallo en cuanto al mercado relevante, tal como lo expusimos anteriormente. Dicha consideración es importante de destacar en el fallo, toda vez que reafirma lo que señalábamos en el caso Lan-Ladeco, a saber, que la Comisión camina ya a paso más firme hacia el establecimiento de una jurisprudencia más profunda en la terminología y desarrollo de la libre competencia.

Sin embargo, y no obstante todo lo que se informó en el expediente, y en particular acerca de los grados de concentración presentados en los informes, de altos niveles incluso previo a la fusión, no fueron para la Comisión objeto de mayor atención. Lo que nos lleva a concluir que el poder de mercado alcanzado por la operación, aun cuando se presentaba en grandes proporciones, no fue objeto de alarma. En efecto, no tomó en consideración ninguna de las herramientas utilizadas por la FNE en su informe, sino que se enfocó más bien en los resultados que podía tener la fusión en el mercado bancario en Chile, estableciendo que –en general- no se advertían en principio mayores problemas al respecto.

El análisis que parece haber hecho la Comisión en este caso es entonces uno de enfoque más estructural que cuantitativo, aun cuando tuviese a la mano las herramientas para elaborar un análisis más acabado del mercado en cuestión. Así es como no se refirió a la competencia que pudiesen tener los bancos con casas comerciales –o inclusos supermercados, por mencionar alguno- que prestaban créditos en el segmento de personas naturales; o la existencia de bancos en el extranjero que podían prestar servicios a las empresas de mayor tamaño, entre otras consideraciones que parecían relevantes en atención a la sustituibilidad del producto, por ejemplo.

Dicha segmentación es interesante también desde el punto de vista del mercado geográfico toda vez que, en virtud de ella, secciona los mercados geográficos distinguiendo entre aquellos segmentos que considera tanto un área nacional como internacional, y aquellos que son limitados solamente al área nacional, tal como podemos apreciar en el considerando décimo séptimo.

Finalmente, cabe mencionar también que pareciera que la Comisión Resolutiva tampoco recogió la experiencia internacional de análisis del mercado relevante para el caso sub-lite. Como ejemplos de importancia podemos citar el caso en Canadá de los bancos Toronto Dominion y Canada Trust, que tuvo a la vista en virtud del informe agregado por el Banco Santiago, donde se segregaron –excesivamente- los mercados relevantes, identificando 15 mercados del producto y 148 mercados geográficos, dentro de los cuales en 74 competían los bancos cuestionados; otro ejemplo es en España en el que la fusión de los bancos Herrero y Sabadell el mercado geográfico se ha identificado según la zona donde operaban mayoritariamente los bancos, y no de acuerdo al grado de sustitución entre los productos[188]. Si bien ambos casos han sido criticados por la doctrina, demuestran al menos una preocupación de los organismos defensores de la libre competencia con miras a la identificación de los ámbitos competitivos en los que se desempeñan las empresas cuestionadas. Preocupación que parece no haber llegado a la Comisión en Chile.

Aun cuando no sea objeto de esta tesis, cabe mencionar por último, que llama la atención el que la Comisión Resolutiva no hubiese impuesto medidas de mitigación.

[188] MOREL, J. 2003. Lecciones del caso Santiago-Santander sobre Concentración Bancaria. Estudios Públicos, (91). Santiago, Chile. 246p.

6. <u>Resolución N° 667 – 30 Octubre 2002 – Enersis S.A y ENDESA S.A – Aprobada</u>

a. La operación consultada: Este caso surge a propósito de que la Comisión Resolutiva decidiera investigar de oficio acerca de la toma de control de la empresa Enersis S.A de Endesa S.A, cuestión que se ponía en tela de juicio en virtud de la integración vertical que significaría, ya que Enersis S.A contaba a su vez con empresas en el área de distribución de energía, como lo eran Chilectra S.A y Rio Maipo S.A. Además Endesa S.A –empresa que se dedicaba a la generación de energía- también tenía una empresa que se daba a la transmisión de energía Transelec S.A, lo que se traduciría también en una operación del tipo vertical. Por otro lado, existían también posibilidades de integración horizontal en el mercado de generación eléctrica en virtud de la adquisición de acciones de Endesa por parte de Duke Energy Internacional.

b. Fiscalía Nacional Económica:

b.1 Mercado relevante: La FNE identificó en su informe el mercado eléctrico, distinguiendo dentro de este los mercados cuya actividad se refería a la generación, a la transmisión y a la distribución eléctrica. Además mencionó el mercado sanitario y el inmobiliario en atención a la participación relevante de Enersis en ellos.

b.1.2 Mercado geográfico: El mercado geográfico al que se refirió a lo largo de todo su informe es siempre el que abarcaba el territorio nacional.

b.2 Concentración del mercado y Barreras a la entrada: Indicó a su vez las participaciones de mercado en cada uno de los mencionados sectores, e identificó además como barrera a la entrada a los derechos de aguas.

b.3 Efectos de la operación: La FNE, en el requerimiento[189] presentado posteriormente, manifestó su preocupación por los efectos de la operación en cuando "existe la posibilidad que se generen transacciones entre las partes relaciones que impliquen el desvío, subsidios cruzados o remesas encubiertas de utilidades desde el negocio regulado a uno regulado en forma beneficiosa o simplemente no regulado".

Finalmente cabe mencionar que, si bien en su respuesta la Fiscalía sugirió desechar la denuncia en cuanto a la toma de control de Enersis por parte de Endesa España, sí estimó procedente que la Comisión se avocara el conocimiento acerca de la toma de control de Endesa, por considerarla la principal empresa generadora del país. Refiriéndose al mercado eléctrico señaló que se trata de un "mercado que actualmente presenta un alto índice de concentración e integración vertical".

c. Comisión Resolutiva:

c.1 Mercado relevante: La Comisión Resolutiva por su parte identificó el mercado en los mismos términos que la Fiscalía, basada en anteriores resoluciones emitidas al respecto, en el que ya se había analizado la integración vertical[190] a propósito del requerimiento de la FNE para que se desconcentrara el mercado. Es en esta resolución en el que la Comisión identificó al mercado de generación eléctrica como uno competitivo –por tener como competencia, por ejemplo, a las turbinas a gas-, y al de transmisión y distribución como uno que reviste caracteres de monopolio natural.

Sin embargo, en el caso objeto de análisis, fue particularmente importante para ella, y así lo manifestó en el considerando vigésimo tercero,

[189] Requerimiento de la FNE contra Enersis por la toma de control de Endesa S.A por parte de Enersis. Ver 6p y siguientes de la Resolución N° 667 del Rol N° 577-99 de la Comisión Resolutiva.
[190] Ver Resolución N° 488 del Rol N° 460-94 de la Comisión Resolutiva.

que las actividades de generación eléctrica y de distribución (y no de transmisión, lo que llama profundamente la atención), tenían un carácter de monopolio natural en los respectivos mercados geográficos.

Finalmente, la Comisión Resolutiva rechazó las denuncias y requerimientos efectuados, y se avocó al establecimiento de instrucciones generales para las empresas.

Conclusiones de la Resolución

Debido a que la Comisión Resolutiva y la Fiscalía descansaron en lo señalado anteriormente respecto al mercado eléctrico en Chile, no hubo discusión alguna en este caso sobre cuál era el mercado relevante. Las empresas requeridas tampoco plantearon argumentos diversos al respecto, y solo pareciera que se enfocaron en la descripción de la supuesta inexistencia de barreras a la entrada a fin de justificar la falta de poder de mercado que tendrían, aun cuando su participación en el mercado respectivo era alta.

En ese sentido, llama la atención que la Comisión ni siquiera se hizo cargo del establecimiento de un mercado geográfico para la operación de concentración, a saber, si nos encontrábamos frente a un área correspondiente al Sistema Interconectado Central, o del Sistema Interconectado del Norte Grande, por ejemplo, aun cuando en la Resolución N°488 que analizó el mercado eléctrico se haya referido sólo al primero de estos.

III.1.1 Comisión Preventiva Central

1. Resolución N° 1048 – 30 Octubre 1998 – Agrícola Pisquera Elqui Ltda (Capel) y Agrícola Control Pisquero Elqui y Limarí (Control) – Aprobada

a. La operación consultada: La consulta trató sobre la fusión de las empresas de bebidas alcohólicas Capel y Control, correspondientes a la industria del pisco.

b. Las partes de la operación:

   b.1 Mercado relevante: Ambas cooperativas definieron al mercado relevante en su informe económico como aquel que correspondía al de las bebidas alcohólicas, en virtud de que era este mercado en el que se desenvuelve la producción de pisco. Los competidores de dicho producto serían en definitiva la cerveza, el vino y los licores, todos parte del mismo mercado. Identificaron el submercado de los licores, aguardientes y destilados, dentro del cual participaba específicamente el pisco. Al respecto, señalaron que el pisco compite con las demás bebidas alcohólicas, y que la diferencia en la graduación del alcohol no obsta a que sean productos de consumo masivo más o menos homogéneos, ya que el pisco se consumía en combinación con bebidas analcohólicas. En su informe económico presentado, se esgrimieron cálculos de elasticidad cruzada de la demanda que la llevaron a dichas conclusiones.

c. Comisión Preventiva Central:

   c.1 Mercado relevante: La Comisión Preventiva Central, sin dedicarle un especial análisis al mercado relevante, identificó sin más que el pisco tenía una alta competencia con otras bebidas alcohólicas, como el vino, cerveza y whisky, dada la costumbre de ingerir pisco agregado a una bebida analcohólica, de manera que los consumidores podían optar por productos alternativos.

<u>Conclusiones de la Resolución.</u>

Interesante podría haber sido el análisis del mercado relevante en el caso *sub-lite*, el que es destacable sólo en los esfuerzos de las empresas consultadas en proveer información econométrica, en razón de sus estudios basados en el cálculo de elasticidades de la demanda. Sin embargo, la Comisión Preventiva Central no realizó análisis alguno al respecto, lográndolo que le impidió identificar siquiera que en cuanto a las bebidas alcohólicas, por ejemplo, nos encontrábamos frente a un mercado cuya demanda presenta características más bien inelásticas en razón de la dependencia que genera en algunos consumidores frecuentes.

Destacamos el caso en este análisis jurisprudencial a efectos de poder hacer ver al lector de manera más patente la falta de análisis profundo –aun en el año 1998- del mercado relevante de parte de las Comisiones.

III.2 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

1. Resolución N° 1 – 25 Octubre 2004 – METROPOLIS INTERCOM S.A y VTR S.A – Aprobada

a. La operación consultada: La consulta trató sobre la operación de concentración que se generaría entre las empresas Metropolis Intercom S.A –en adelante Metrópolis o MI-y la empresa de televisión por cable VTR S.A.

b. Las consultantes:

b.1 Mercado relevante: Las consultantes identificaron como mercado a analizar el de comunicaciones en general, distinguiendo en su análisis el de televisión, telefonía fija e internet.

b.1.1 Mercado de televisión: Así, comenzaron su exposición relatando que VTR y Metrópolis participaban del mercado relevante del video, la televisión abierta (TVA) y la televisión satelital, de manera que la fusión

tendría efectos en el mercado de las comunicaciones en general. Analizaron el mercado relevante y señalaron que las empresas que operaban en el mercado del video eran los canales de TV abierta, las empresas de TV pagada (TVP) por cable y TVP satelital y digital, agregando además a las empresas de arriendo de videos y otras basadas en tecnologías emergentes.

b.1.1.1 Barreras a la entrada: Señalaron a continuación que no existían barreras de entrada significativas a este mercado, ni tecnológicas ni de contenido, identificando como competidores potenciales incluso a las empresas de telefonía para ofrecer señales de video, toda vez que podían incorporar tecnología DSL a sus redes, lo que les permitía argumentar en definitiva su carencia total de poder de mercado. A mayor abundamiento, identificaron en el mercado de videos que también pueden agregarse como competidores a las empresas de arriendo de video y, más aún, los cines.

En conclusión, realizaron una definición del mercado relevante bastante amplia, señalando que ésta debe efectuarse no sólo desde el punto de vista de la oferta, sino también atendiendo a las características de la demanda. Esto en consideración a que, para la mayoría de la población, la TVP constituía un bien del tipo suntuario, pues los productos competitivos y los sustitutos incluirían para ellos tanto a la TVA, como a la TVP satelital, el internet, teatro, y cines en general, e inclusive a las empresas de arriendo de videos.

b.1.2 Mercado de telefonía: Luego en cuanto a la industria de la telefonía, señalaron que el mercado relevante constituía tan solo el de telefonía fija, ya que a la época en que se presenta esta consulta la telefonía móvil no había sido suficientemente desarrollada como para constituirse en un sustituto perfecto de la fija, dado que sus costos eran todavía más altos sustancialmente que el de servicios fijos.

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante:

c.1.1 Mercado de televisión: Por otra parte, la FNE en el informe evacuado en la causa, estimó en primer lugar -refiriéndose al mercado de televisión por cable- como no suficiente la sustituibilidad en el mercado del video entre los distintos productos señalados por las consultantes, debido a la diferencia que existía entre ellos, tanto en términos de uso como de precios. De esta forma, definió al mercado relevante del producto como aquel que sólo contiene la distribución de video programas en múltiples canales, a través de la televisión por cable.

También incorporó un análisis más económico a propósito de la elasticidad precio de la demanda, en el que reconoció que –aún sin contar con toda la información necesaria- podía afirmarse que la TV pagada no constituía un bien esencial, y que por lo tanto tenía una mayor elasticidad que los servicios de utilidad pública. Sin perjuicio de ello, continuó, los hogares que la contrataban no eran muy sensibles al precio, debido a la alta valoración que tenían de su elección de programación, conservando una demanda más inelástica que aquellos que no han experimentado el servicio.

c.1.1.1 Barreas a la Entrada: En cuanto a las barreras de entrada, identificó que la televisión por cable constituía un monopolio natural, el que presentaba además importantes costos hundidos, lo que hacía al mercado uno no tan contestable a gran escala.

c.1.2 Mercado de internet: Luego, refiriéndose al mercado de internet, el informe señaló que VTR era el líder del mercado de acceso a internet, y que con la fusión alcanzaría el 50% de la participación del mercado. Reconoció, por cierto, que existen otros competidores de importancia en el mercado como lo son Terra y Entel.

c.1.3 Mercado Geográfico: La Fiscalía también se hace cargo del mercado geográfico definiéndolo como el mercado nacional que comprendía a todo el territorio en el cual las empresas ofrecían sus servicios.

c.2 Concentración del mercado:

c.2.1 Mercado de televisión: Posteriormente también indicó la concentración del mercado de TV por cable, las barreras de entrada identificadas –donde señaló la existencia de importantes costos hundidos-, finalizando con el tópico acerca de la competencia potencial.

El informe hizo un análisis interesante de precios, que nos recuerda a la investigación hecha por la FTC en el Caso Staples, comparando los precios de canales ofrecidos en las zonas geográficas del país entre los años 1995 a 2003. Para la Fiscalía resultó pertinente la utilización de la herramienta de la elasticidad precio de la demanda, respecto de la cual reconoce que, si bien no disponía de la información que le permitiera verificar empíricamente la elasticidad precio de la TV por cable, le era posible hacer ciertas afirmaciones al respecto. La investigación arrojó como resultado que, en aquellos casos en que VTR no tenía competidores, los precios eran un 15% más altos. La FNE llegó entonces a la conclusión que, de haber eficiencias de existencia de un solo operador, éstas no serían en definitiva traspasadas a los usuarios.

c.3 Efectos de la operación: El informe termina señalando los posibles efectos de la fusión, a juicio de la Fiscalía, sobre la competencia en diversos mercados relacionados.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: Finalmente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia –siendo esta la primera operación de concentración que analizó desde su creación-, dividió en su fallo los mercados relevantes a

analizar y se hizo cargo tanto del mercado de televisión pagada, como del de internet banda ancha y el de telefonía fija.

d.1.1 Mercado de televisión: Comenzó definiendo el mercado relevante del producto de la televisión pagada. Así, identificó en primer lugar como sustitutos de la televisión pagada a la televisión abierta, el arriendo de videos y el cine, conformando el llamado “mercado del video” reconociendo al respecto que, si bien no podía medirse el grado de sustituibilidad, era dable señalar que no podían considerarse sustitutos perfectos. En efecto, desde el punto de vista del consumo, el Tribunal estimó que hay familias que consumían dos y más de los productos, y en particular la casi totalidad de los hogares que estaban suscritos a un servicio de TV pagada, tenían además acceso a televisión abierta.

El análisis continuó prestando atención a las características del producto entre la TV por cable y la abierta, toda vez que la programación de los distintos canales, a juicio del Tribunal, era distinta, debido a que la mayoría de los programas que se podían ver en televisión pagada, no formaban parte de la parrilla programática en los canales de televisión abierta. Así se demostraba en que no encontrábamos en la TV abierta canales exclusivamente para niños, en otros idiomas o de noticias; o que las películas ofrecidas eran distintas, o llegaban a tiempos distintos. En cuanto éste último producto identificó que las películas internacionales primero se comercializaban en el cine, luego en el arriendo de videos, para en un tiempo posterior ser transmitidas en algún canal de la TV pagada –distinguiendo al efecto a los canales premium de los no premium- y finalmente, en un período considerablemente después -y sólo algunas de ellas- ser pasadas por algún canal de TV abierta. La distinción del producto alcanzó también los horarios en los que podía accederse al servicio, los que eran 24 horas y continuados en la TV

pagada, pero no así en la abierta (cuya programación termina generalmente en algún momento de la madrugada).

El TDLC también utilizó encuestas para identificar las preferencias de los consumidores, y así segregar la demanda, la que consideró que para la TV por cable es de un sector socioeconómico más bien alto y medio, y que los consumidores aducían razones económicas para no contratar televisión por cable. De esta forma concluyó que la TV pagada y la abierta eran productos diversos.

En cuanto a la inclusión en el mercado relevante de la televisión satelital, el Tribunal señaló que, si bien la forma de operar de ambas era distinta, el producto que entregan era similar. Lo primero repercutiría en que la tv satelital tenía un mayor costo inicial que la por cable. Consideró por lo tanto que esta forma de televisión es el sustituto más cercano a la TV por cable, lo que se vería incrementado “en la medida de que las diferencias de precios entre ambas plataformas disminuyan”.

El Tribunal entonces concluyó que el mercado relevante de la televisión pagada es aquel que comprendía al de la TV pagada, esto es, la distribución al abonado de múltiples canales, a cambio de un pago mensual, y a través de cable, satélite u otra plataforma tecnológica idónea.

d.1.2 Mercado de internet: En segundo lugar, el TDLC analizó el mercado de internet banda ancha, identificando sus diferencias con el de internet conmutado, principalmente por las características de dichos productos, siendo el segundo de una velocidad considerablemente inferior, lo que determinó, a su juicio, que ambos mercados fuesen distintos. Señaló además que las preferencias de los consumidores demostraban lo anterior al bajar de manera importante en el último tiempo la demanda por internet conmutado, no sólo en Chile sino también en otros países.

d.1.3 Mercado de telefonía fija: Finalmente, en cuanto al mercado de telefonía fija local, estuvo por estimar en no incorporar como parte del mercado relevante a la telefonía móvil, toda vez que lo consideró aún un sustituto imperfecto por la baja –pero creciente- demanda de éste a la época de la dictación de la sentencia.

d.1.4 Respecto al mercado relevante geográfico, este se identificó siempre dentro del mercado nacional, reconociendo que hay zonas del país con niveles de competencia disímiles.

d.2 Mercados relacionados: Finalmente, el Tribunal hizo un análisis respecto a los mercados que –no formando parte del mercado relevante- *podrían verse afectados* por la fusión, a saber, los proveedores de contenidos –canales de TV pagada- en virtud de que la empresa Liberty estaba relacionada con varios de ellos al tener porcentaje de participación en sus sociedades. Los riesgos derivaban de la posibilidad de que se produjera un eventual abuso de posición dominante si la fusionada realizaba prácticas que impidieran u obstaculizaran la distribución de señales independientes en la parrilla básica de un operador de cable, y de contratos de exclusividad o de distribución exclusiva por ello.

d.3 Barreras a la entrada y efectos de la fusión: Por último, no podemos dejar de mencionar las referencias que efectuó el Tribunal en su fallo en cuanto a las barreras de entrada, los efectos sobre la competencia, y las eficiencias derivadas de la operación consultada.

En consideración a todo lo anterior, el TDLC aprobó la operación de concentración, pero tomó la decisión de imponer medidas de litigación a las empresas

Conclusiones de la Resolución

Siendo este el primer juicio en materia de operaciones de concentración en nuestro país desde la instauración del Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia, lo primero que podemos destacar respecto al fallo objeto de este análisis, es la explícita noción de todos los intervinientes en que había que definir un mercado relevante. Para ello, podemos observar que todos dedicaron acápites especiales al tema en sus escritos, informes y demás documentos aportados al expediente. En ese mismo sentido hicieron una distinción explícita acerca de los tipos de mercado relevante, tanto del producto como geográfico, cuestión que no habíamos visto con anterioridad. Todo respaldado por diversos informes económicos, elaborados por economistas de la época.

En cuanto a lo señalado por el Tribunal, él mismo comenzó su análisis estableciendo en primer término la conveniencia de estudiar los mercados relevantes. Si bien reconoció desde un principio que carecía de la información necesaria para poder utilizar criterios más econométricos –sustituibilidad de la demanda y de la oferta mediante análisis de la elasticidad cruzada- a fin de poder dar con una definición del mercado relevante, ello no obstó a que dedicara varias páginas con miras a dar con su establecimiento. Es por lo anterior que utilizó –más cercanamente al sistema Europeo- un análisis cualitativo enfocado en las características de precio, calidad y uso a fin de analizar la sustituibilidad entre los diversos productos. En virtud de ello, por ejemplo, estimó que nos encontrábamos frente a un mercado de televisión pagada más acotado que el descrito por la consultante, toda vez que por los caracteres que revestían, no podían considerarse como parte del mercado relevante al mercado de arriendo de videos, o al de los cines en general. Respecto a este mismo mercado, interesante hubiese sido el leer la identificación por parte del Tribunal en cuanto al mercado de televisión como uno de dos lados, lo que creemos podría haber llevado a conclusiones complementarias en cuanto a las repercusiones de la fusión propuesta en otros mercados relacionados, como el de publicidad, por señalar alguno.

No obstante ello, no dejó de tener a la vista también criterios relevantes como los estratos socioeconómicos de la demanda y las preferencias de los consumidores por medio de herramientas como las encuestas. Sin adentrarse en cifras relevantes, ni en datos económicos, el TDLC también identificó las diferencias en cuanto a costos de los productos, a fin de poder excluirlos o incluirlos en el mercado relevante.

En los tres tipos de productos, a saber, televisión pagada, internet y telefonía, el Tribunal estuvo por definir un mercado que creemos es más bien acotado, reconociendo las altas concentraciones que significaría la fusión en ellos.

Destacamos la evolución acerca del derecho de la libre competencia, y especialmente en el análisis del mercado relevante, que se vio reflejada en el fallo del caso *sub-lite*, tanto por los intervinientes como especialmente por el TDLC. En efecto, éste –a nuestro parecer- identificó correctamente los criterios necesarios que debían seguirse para poder determinar los tres mercados tenidos a la vista.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar el análisis que efectuó el Tribunal en cuanto a los mercados que podían verse afectados por la fusión, toda vez que nos da cuenta de que el Tribunal atendió también a los efectos unilaterales que podría tener la operación de concentración planteada.

En conclusión, podemos decir que en primer lugar puede notarse que la definición del mercado relevante en la resolución del caso en cuestión, fue una materia objeto de análisis. Si bien no existió una discusión particular acerca de este tema, es posible ya darse cuenta del rol que juega dentro de los estudios en materia de libre competencia, y cómo se ha ido posicionando a lo largo de los años. Esta primera sentencia en materia de operaciones de concentración satisface en ese sentido los criterios de libre competencia a la época, en

atención a un mayor y más profundo análisis del tópico en cuestión, el que como pudimos apreciar trató acerca de las distinciones y estudios de mercados pertinentes. Sin embargo, creo también que podría haberse ahondado más al respecto. En efecto, a la época de dictación de esta sentencia, si recordamos la evolución de la materia en países como Estados Unidos, tratados anteriormente en esta tesis, la discusión en materia de mercado relevante ya llevaba años imperando en fallos[191].

2. Resolución N° 2 – 4 Enero 2005 – Telefónica Móviles S.A y Bellsouth S.A – Aprobada

a. La operación consultada: La consulta se dio a propósito de la solicitud de pronunciamiento y aprobación por parte de Telefónica Móviles S.A y Bellsouth Chile Inc., y Bellsouth Chile Holdings S.A, de la compra por parte de la primera respecto de Bellsouth Comunicaciones S.A, en el rubro de la prestación de servicios de telefonía móvil en Chile.

b. Las consultantes:

b.1 Mercado relevante: En primer lugar las consultantes, en particular Bellsouth en los antecedentes aportados en la causa, señaló que el mercado relevante sería en cuanto al producto el de telefonía móvil (descartando la telefonía fija en virtud de que no los consideró sustitutos perfectos), precisando al respecto que el tipo de servicio móvil sería sólo el de transmisión de voz[192], y el espectro tanto el de la banda de 800 MHz

[191] Así por ejemplo recordamos que ya en 1998 la Corte Suprema Estadounidense en el caso *Victus Ltd* v. *Collezione Europa U.S.A Inc*, identificó los puntos a considerarse en el mercado relevante, y se adentró en su análisis. Ver *Op. Cit* 38p de esta tesis.

[192] Telefónica Móvil Chile en su presentación identificó un mercado relevante del producto más amplio aún, señalando que agruparía todos los servicios de telefonía móvil, lo que incluiría voz, mensajes de texto, y acceso a internet.

como el de 1900 MHz[193] en tanto a su juicio ambos servicios eran idénticos en virtud de su calidad y precio; y en cuanto al mercado geográfico, identificó a todo el territorio nacional.

Caracterizaron el mercado como un altamente competitivo, en virtud de las bajas barreras a la entrada, y señalaron su composición: Entel, Telefónica Móvil de Chile, Bellsouth y Smartcom, con las participaciones de cada uno. La alta competencia, a juicio de las consultantes, venía dada tanto por el carácter migratorio de la clientela (en atención a los contratos de prepago, por ejemplo), y la disminución considerable de las barreras a la entrada en el último tiempo, Esto debido al cambio tecnológico que había sido rápido, lo que fue abriendo la posibilidad a la entrada de nuevos operadores, además de que las normas y regulaciones en Chile habían ido eliminando los costos de salida en los contratos de salida. Es por ello que esgrimen que no existía un actor dominante y que las participaciones o dominancias habían demostrado ser esencialmente transitorias y mutables.

b.2 Concentración del mercado: Cabe mencionar las discrepancias entre las consultantes y otros intervinientes, como Entel, en el cálculo de las cuotas de mercado, toda vez que los criterios utilizados para medirlas fueron diferentes. Mientras que Entel se basó en el porcentaje de clientes abonados, Telefónica lo hizo en virtud del tráfico de minutos por cliente.

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante: La Fiscalía por su parte, en su informe incorporado en la causa, definió al mercado relevante como aquel que se encuentra conformado únicamente por el servicio telefónico móvil, toda vez que no

[193] Sólo para efectos de que el lector comprenda, las Bandas de Frecuencia GMS son las bandas para telefonía móvil designadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones para la operación de redes del Sistema Global para las Comunicaciones Móviles (por sus siglas en inglés GSM). Dichas bandas son las porciones del espectro radioeléctrico que se asignan a ese uso por la Subtel.

consideró como sustitutos cercanos ni a la telefonía fija, ni a las nuevas tecnologías. Esto en virtud de los costos y amplitud del servicio la primera, y de la insipiencia de la segunda. C.2 Barreras a la entrada: Identificó además que existían efectivamente barreras a la entrada en este mercado, las que estaban dadas por la disponibilidad del espectro radioeléctrico, el que era asignado por la autoridad administrativa Subtel, en virtud de sus facultades privativas de administración, por encontrarnos frente a un recurso natural que era considerado escaso.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: En cuanto al Tribunal, este comenzó su parte considerativa del fallo con la definición del mercado relevante. En el análisis efectuado primero separó a la telefonía móvil de la telefonía fija, en atención a que las características propias de la telefonía local residencial o comercial, asociadas a un lugar físico, no eran comparables, a su juicio, con las de la telefonía móvil. Así, la imposibilidad de desplazamiento de la telefonía fija, sumado a la suscripción de los consumidores a ambos servicios, a la alta rotación en telefonía móvil (no así en telefonía fija) y a los distintos sistemas tarifarios a los que se encontraba sometido cada uno, no hacían sino confirmar la afirmación de que ambos servicios correspondían a mercados relevantes diferentes, en opinión del TDLC. Continuando en los considerandos siguientes describió la estructura del mercado de telefonía móvil en Chile, y en ese sentido su evolución, para posteriormente referirse a los precios y las modalidades de comercialización, entre las cuales identificó la modalidad de prepago y de servicio contratado por separado.

En cuanto al uso del producto, el Tribunal descaró a Nextel como sustituto de la telefonía móvil toda vez que consideró –según informe de la FNE- que se encontraba dirigida a clientes corporativos que requerían satisfacer necesidades de comunicación interna.

d.1.2 Mercado geográfico: En cuanto al mercado geográfico, el Tribunal concluyó que el mercado relevante aplicable a la operación era el de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante la explotación de concesiones de uso del espectro radioeléctrico, dentro de los límites del territorio de la República de Chile.

d.2 Concentración del mercado: Aun cuando no sea propiamente tal objeto de esta tesis, cabe mencionar que por primera vez es el propio Tribunal quien tuvo a la vista en su medición de la concentración del mercado el Índice Herfindahl Hirschmann, respecto del cual señaló que su utilización era meramente referencial y no vinculante, y las clasificaciones de los mercados según la Guía de Fusiones Horizontales de la Federal Trade Comission. En ese sentido, entendió que según los datos obtenidos a partir de las participaciones en el mercado relevante de los competidores, la medición arrojaba un resultado que hacía creer que nos encontrábamos frente a un mercado con altas tazas de concentración. Sin embargo, el Tribunal estimó que el índice HHI no es conclusivo por sí solo para determinar los efectos de la concentración, sino que además debería atenderse a otras consideraciones, tales como las características y tendencias propias que cada mercado tenía, como por ejemplo el hecho de que a nivel mundial la telefonía móvil contaba con altos niveles de concentración.

d.3 Barreras a la entrada y eficiencias de la operación: También se refirió a las barreras a la entrada que identificó, y a las eficiencias que podían derivarse de la operación consultada y sus efectos sobre la competencia.

En virtud de todo lo anterior que el Tribunal tuvo a la vista, es que declaró aprobada la operación de concentración consultada, estableciendo sin embargo medidas de mitigación.

Conclusiones de la Resolución

En primer lugar, en esta segunda operación de concentración resuelta por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia desde su establecimiento, observamos nuevamente que comenzó su parte considerativa con el análisis del mercado relevante. En ese sentido, identificó tanto al mercado del producto, como el geográfico, y dedicó bastante del estudio a la caracterización del primero.

Además, el Tribunal volvió a señalar en este caso, tal como lo hizo en el de Metrópolis/VTR, que no contaba con las informaciones necesarias estadísticas y econométricas a fin de poder hacer un análisis de la sustituibilidad de la demanda y la oferta, mediante las técnicas de elasticidad cruzada de los servicios de telefonía móvil con la de otros servicios de telecomunicaciones. Por lo tanto, el TDLC optó de nuevo por hacer un análisis cualitativo basado en las características y elementos distintivos del producto, a saber, el de la telefonía móvil.

Es particular en este caso el hecho de que, si bien todos los intervinientes coinciden que la fusión afectaría al mercado de telefonía móvil, no deja de parecerles en general que la afectación de otros mercados como el de telefonía fija y larga distancia era también relevante, y analizaron efectos en cuanto a ellos. Dicha mirada de mercados conexos es frecuente, y la veremos replicada en múltiples casos en lo sucesivo en el análisis de libre competencia.

En síntesis, volvemos a destacar los esfuerzos del Tribunal en este fallo de dar con una definición más acabada del mercado relevante, entregándonos muestras firmes de pretender que este estudio forme una parte debida de sus considerandos.

Finalmente, y con todo, aun cuando el análisis del mercado relevante arrojara un aumento excesivo del poder de mercado de las empresas que pretenden fusionarse, teniendo como consecuencia un alto grado de

concentración, el Tribunal vuelve a enfocarse en los efectos positivos y las eficiencias que tendrá la fusión en el mercado de telefonía móvil, teniendo entonces por aprobarla, con las medidas de mitigación respectivas, las que fueron particularmente importantes en este caso, sobre todo respecto a la enajenación del espectro radioeléctrico.

3. Resolución N° 20 – 27 Julio 2007 – Iberoamerican Radio Chile S.A y GLR Chile Ltda – Aprobada.

a. La operación consultada: La consulta la realizó GLR Chile Limitada para que el Tribunal se pronunciara sobre la compra a Claxson Chile S.A de la totalidad de las acciones de la sociedad Iberoamerican Radio Chile S.A.

b. La Consultante:

b.1 Mercado relevante: GLR definió al mercado relevante como el que correspondía a la "publicidad en los medios de comunicación", considerando dentro tanto a la televisión como a la prensa escrita y los medios digitales, en virtud a que, según su opinión, competían con la radio en todo lo referido a la captación de avisaje.

Luego, en cuanto al mercado relevante del producto en particular, reconoció que su definición podía hacerse en términos más restringidos, acotándola a la "venta de espacios publicitarios en radio". Respecto al mercado relevante geográfico, distinguió entre por una parte a la contratación de publicidad nacional y, por la otra, a la contratación de publicidad local, señalando que el mercado geográfico de la operación sería en definitiva el nacional. Lo anterior en virtud de que la concentración de sus ingresos por concepto de publicidad se encontraba referida a ese ámbito geográfico en particular. Cabe mencionar al respecto la calificación que hizo acerca de la demanda por parte de los radioescuchas, toda vez

que se refirió a ella como “volátil” – o elástica- en atención a que la fidelidad a las emisoras de radio se producía no tanto por la programación de cada una, sino por los conductores de los programas, todo ello en virtud de la ausencia de costos para cambiarse de emisora.

Por su parte, cabe mencionar, que Iberoamerican Radio aportó antecedentes indicando que el mercado relevante correspondía al de venta de espacios publicitarios en distintos medios de comunicación, a nivel nacional. Indicó que éste era un mercado altamente competitivo, enfocando su análisis desde el punto de vista de las barreras a la entrada, las cuales señaló que no se presentaban. Afirmó su postura basada en informes econométricos para el mercado de radios aportados a la causa.

b.2 Concentración del mercado: Por último, utilizó el Índice HHI para medir las concentraciones en razón de la capacidad de emisión de las radiodifusoras. También señaló que no hay barreras a la entrada y que existía una importante competencia potencial representada por las radios por internet o las radios satelitales.

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante: La Fiscalía Nacional Económica, en su informe, estuvo por definir el mercado relevante del producto en los mismos términos –en principio- que la consultante, a saber, acotándolo a aquel referido al avisaje en radio. Excluyó sin embargo de éste a las radios por internet, debido a su escaso desarrollo a la época; y a las radios digitales. Luego, limitó aún más el mercado, considerando sólo aquel que comprendía las señales de frecuencia modulada (FM), toda vez que los avisadores optaban por las radios que transmitían en esas estaciones, en razón de que contaban con características más ventajosas. En efecto, según los estudios que realizó, la Fiscalía afirmó que los avisadores optaban por las radios que

transmitían en señales FM, lo que la llevó, como decíamos, a acotar el mercado sólo a ella.

c.2 Barreras a la entrada: Posteriormente reconoció a su vez barreras a la entrada del tipo legales, dada por el requisito de tener una concesión en atención a la saturación del espectro radioeléctrico. Lo anterior, a juicio de la Fiscalía, repercutió en que ésta fuese una industria más bien cerrada a la competencia potencial, que de concentrarse aún más, podría conllevar abusos unilaterales, como prelación, ventas atadas y precios abusivos, los que analiza y describe.

c.3 Concentración del mercado: Finalmente debemos mencionar que la Fiscalía realizó un estudio acerca de las participaciones de mercado, el que debido a que fue acompañado bajo reserva en la causa, no pudimos tener a la vista.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: El Tribunal por su parte, comenzó el estudio sobre la definición del mercado relevante, analizando la demanda –en particular la por avisaje publicitario-, describiendo cómo se comportaba y cómo se desarrollaba tanto en radio como en otros medios de comunicación masiva.

En el caso en cuestión, el TDLC volvió a dedicar una parte importante de sus considerandos al análisis del mercado relevante. Así, comenzó definiendo el mercado del producto, para el cual en primer lugar analizó las características diferenciadoras tanto de la radio con respecto a otros medios de comunicación masiva (por ejemplo los diarios o la televisión), como en particular del avisaje publicitario en cada una de ellas. En ese sentido, atendió a características como los lugares donde podía accederse a cada medio –así por ejemplo sólo la radio podía estar en el automóvil-, los horarios de audiencia, las características particulares de la publicidad –debido a que en radio no podían haber aspectos visuales que sí eran

atendidos por televisión y prensa escrita-, entre otros. Todas cuestiones que lo llevaron a concluir que para efectos de esta operación de concentración, el Tribunal consideraría sólo el avisaje publicitario en radios. Basó parte de sus consideraciones en ese sentido en encuestas realizadas por Adimark[194].

En cuanto al mercado radial propiamente tal, también se refirió a la diferenciación entre la frecuencia modulada (FM) y la amplitud modulada (AM) debido a las características de cada una, y en particular atendiendo a la diferencia en cuanto a la calidad menor de la amplitud modulada, considerándolas en principio a ambas dentro del mercado relevante para efectos del análisis del impacto inicial de la operación de concentración, más no se tomaron en cuenta las radios AM para el estudio en la evolución post-concentración.

De esta manera, el Tribunal definió al mercado relevante del producto como el de la venta de espacios para difusión de publicidad en radios AM y FM. Señaló sin embargo, que tendría a la vista el hecho no menor de que los avisajes de publicidad segmentaban socioeconómicamente las radios donde pasarían efectivamente sus avisajes.

d.1.2 Mercado geográfico: En cuanto al mercado relevante geográfico consideró la distinción entre anunciantes de gran tamaño, interesados generalmente en publicitar a nivel nacional, y aquellos interesados en publicitar en una región o localidad específica. No obstante ello, en atención a los ingresos por publicidad presentados por la consultante, el Tribunal estimó que el mercado relevante geográfico a considerar en el caso sub-lite era el que comprendía todo el territorio nacional.

d.2 Barreras a la entrada: En su estudio posterior acerca de la estructura del mercado, el Tribunal consideró también que a su juicio existían barreras

[194] Adimark Comunicaciones, “Imagen y Evaluación de la Radio como Medio Publicitario”, de mayo de 2003 a fojas 481.

a la entrada debido a que se requería de la obtención de una concesión para la transmisión de señales de radio, lo que dificultaba y retrasaba considerablemente la entrada de potenciales competidores. En efecto, el TDLC analizó el escenario posterior a la operación de concentración, utilizando el índice HHI para medir los grados de concentración del mercado, teniendo a la vista en ese sentido a las guías estadounidenses.

d.3 Efectos de la operación consultada: Finalmente, consideró los efectos sobre la competencia en cuanto al incremento de la concentración, el riesgo de fijación de precios abusivos, del ejercicio de prácticas exclusorias, las eficiencias de la operación y la competencia potencial.

Es por todo lo anterior, que el Tribunal estuvo por aprobar la operación de concentración consultada, con ciertas medidas de mitigación y condiciones impuestas, entre las que destacaban medidas estructurales de enajenación de concesiones en ciertas ciudades del país.

Conclusiones de la Resolución

De todo lo expuesto anteriormente, podemos concluir que el TDLC hizo un análisis más bien cualitativo acerca del mercado relevante, en atención principalmente a las características del mercado de radio, tanto por sí mismo, como por las características en cuanto medio de avisaje publicitario, lo que es destacable en virtud del reconocimiento tácito, puesto que en ningún momento ocupa la expresión, de que nos encontrábamos frente a un mercado de dos lados. Este análisis lo llevó a diferenciar al mercado de radio respecto de otros medios de comunicación masivos, y también lo ayudó a distinguir dentro de él a las estaciones AM de las FM de radiofrecuencia. En ese sentido, consideramos que optó por definir un mercado relevante más bien acotado, que lo condujo eventualmente a considerar, junto a otros elementos de significancia, que la fusión traería consigo un aumento importante de la concentración del mercado.

Cabe mencionar respecto al análisis de este mercado relevante, la particularidad de que, en primer lugar, el Tribunal optó por la definición de un mercado pre-fusión (que incluye AM), y un mercado relevante a considerar una vez aprobada la fusión (que no incluye AM). Dicha distinción basada en la aprobación o no de la fusión no se había visto hasta el momento, y creemos que podría llevar a confusiones, toda vez que –como sabemos- la definición del mercado relevante nos permitirá saber el poder de mercado de la operación, pero volver a cambiar la comprensión del mercado una vez aprobada la fusión, haría que su primera definición pareciera irrelevante.

En segundo lugar llama la atención el hecho de que el Tribunal identificó que, como mencionábamos, nos encontrábamos frente a un mercado de dos lados, aun cuando no lo llame así de manera explícita en el fallo. Esto por cuanto reconoce en su análisis que existían dos demandas –una de consumo de radio, y una de consumo de publicidad- teniendo en cuenta sólo la segunda para efectos del mercado relevante, y también señala que a mayor demanda de consumo-rating- mayor demanda de publicidad. En cuanto al consumo radial, el Tribunal reconoció que nos encontrábamos frente a una demanda volátil en virtud de que los auditores no se enfrentan a costos relevantes para cambiar en forma instantánea la emisora de su preferencia.

Finalmente, es menester destacar que todos los intervinientes en el caso y el Tribunal definieron al mercado relevante. En efecto, a lo largo de todo el fallo se relatan los antecedentes aportados, y los informes de corte econométrico, y estudios cualitativos realizados para la consulta. Lo anterior en la misma línea de lo que veníamos relatando en los fallos anteriores, en lo que pareciera ser la concientización de los actores de los conceptos y materias relevantes a tratar en el ámbito del derecho de la libre competencia.

En cuanto al Tribunal, este dedicó parte importante de sus considerandos al análisis del mercado relevante, a fin de identificar posteriormente la estructura

del mercado frente al que estábamos, y en ese sentido considerar las participaciones de las empresas dentro, para luego analizar los efectos positivos y negativos de la fusión en este, estimando en definitiva que aun cuando los niveles de concentración del mercado aumenten significativamente con ella, los efectos en la competencia no debiesen ser nocivos en consideración a las medidas y condiciones de mitigación que impuso en el fallo, entre ellas, medidas de corte estructural, que implicaban la enajenación a terceros o renuncia de las concesiones en ciertas ciudades.

4. Resolución N° 22 – 19 Octubre 2007 – ENDESA S.A y COLBUN S.A – Aprobada

a. La operación consultada: La consulta era acerca de la alianza que pretendían formar la Empresa Nacional de Electricidad S.A (Endesa) y Colbún S.A para la realización del proyecto hidroeléctrico Aysén. Cabe mencionar que ni la Fiscalía, ni el Tribunal, consideraron que nos encontrábamos frente a una operación de concentración propiamente tal, sino que se enmarca dentro de un *joint venture* que, en razón de su permanencia en el tiempo, estimaron necesario analizar.

b. Las consultantes:

b.1 Mercado relevante: Definieron en su escrito de consulta al mercado relevante como aquel que se refería al mercado eléctrico, enmarcándolo en particular dentro del mercado de generación eléctrica. Describieron también al mercado de transmisión o transporte de energía, y al de distribución eléctrica, las participaciones de las empresas en ellos, y la falta en general de barreras a la entrada, concluyendo que nos encontrábamos frente a un mercado que, aunque era altamente concentrado, era del todo competitivo. Se refirieron también en sus escritos respecto al mercado de transmisión, señalando que era un mercado altamente regulado, y al mercado de

distribución eléctrica que tenía como características ser un monopolio natural dentro de las áreas de concesión pero que presentaba un cierto grado de competencia en el suministro a grandes usuarios.

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante: La FNE señaló que, teniendo como referencia el sector eléctrico nacional, el mercado relevante se encuadraba dentro del Sistema Interconectado Central –SIC-. Puntualizó en particular respecto a la generación de energía en la XIª Región.

c.2 Barreras a la entrada: Luego identificó una serie de costos de entrada a este mercado, tales como el tiempo asociado al ingreso con centrales de base, la ausencia de interconexiones con otros sistemas eléctricos, la existencia de activos estratégicos –como derechos de agua y acceso a combustibles- e importantes inversiones hundidas. Sin embargo, estimando que dichas barreras a la entrada y a la salida del mercado, no eran alarmantes, sostuvo que el *joint venture* no debería alterar los niveles de concentración en el mercado a la época.

c.3 Efectos de la operación: La Fiscalía se refirió también en profundidad a los peligros de los efectos que podría tener la alianza, en particular a aquellos coordinados, en relación al comportamiento de Endesa y Colbún, debido al carácter de permanente que esta alianza revestía.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: El Tribunal definió el mercado relevante del producto como aquel correspondiente al de la energía eléctrica y potencia generada y transada en el Sistema Interconectado Central, en atención a que ese era el producto transado por las empresas generadoras de electricidad. Sin embargo, consideró relevante también distinguir entre las distintas tecnologías de producción disponibles, debido a los distintos

costos entre ellas. De esta forma identificó que, mientras que Endesa se dedicaba principalmente a la producción de energía en base a fuentes hidráulicas, Colbún lo hacía con predominio de la utilización de plantas térmicas.

d.1.2 Mercado geográfico: El mercado relevante geográfico fue a su vez definido en atención al sector que abarcó el sistema interconectado central, a saber, el que cubría el territorio ubicado entre Taltal y Chiloé.

d.2 Concentración del mercado: En el fallo el TDLC analizó las participaciones en el mercado, y en su estudio llegó a la conclusión de que no existían barreras a la entrada de relevancia al SIC en el segmento de generación, en razón de que se contaba con diversas tecnologías de generación disponibles, distintas de la hidráulica, respecto de las cuales existiría libertad de acceso.

d.3 Barreras a la entrada: No obstante lo anterior, reconoció que sí habían limitaciones para que nuevos actores instalaran centrales que operaran en la base del sistema, en virtud de lo cual señaló que es posible concluir que existían oportunidades para que los oferentes a la época ejercieran poder de mercado por la vía de postergar inversiones en centrales de base, y así influir en los precios de la energía del sistema.

El Tribunal consideró además que la construcción de una línea de transmisión constituiría una barrera de entrada relevante para la instalación de otras centrales hidroeléctricas en la zona, tanto por la escala necesaria para justificar una inversión de este tipo, como por las restricciones geográficas y medioambientales a las que se enfrentaría la construcción de una eventual nueva línea.

d.4 Competencia potencial: El análisis sobre la competencia potencial y la factibilidad de que terceros pudieran competir ingresando con proyectos de generación eléctrica en la zona austral, entre otras consideraciones, llevó al Tribunal a cuestionarse y a emprender un análisis acerca de los derechos

de aprovechamiento de agua como una barrera a la entrada en el mercado de generación eléctrica.

d.5 Efectos de la operación: Finalmente, el Tribunal analizó los efectos potenciales sobre la competencia, tanto coordinados como unilaterales, en el mercado relevante definido, además de las eficiencias que podría conllevar para el mercado, y en atención a todo ello, estimó las condiciones que impuso al aprobar la operación objeto del caso.

Conclusiones de la Resolución

En la misma línea de lo que veníamos exponiendo en los otros fallos, en este caso en particular también nos encontramos frente a exposiciones estructuradas y sistematizadas que dan cuenta de una definición del mercado relevante en todos los intervinientes y también del TDLC.

En cuanto al caso propiamente tal, poco podemos decir respecto al análisis efectuado por el Tribunal, las consultantes o los demás intervinientes en el mercado eléctrico toda vez que, en general, no fue mayor objeto de discusión que éste se dividía en generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Dicha distinción se hizo debido a la estructura y las características que conformaban dicho mercado, y a la regulación sectorial que lo rige, lo que hizo particularmente difícil de comparar con otros mercados de energía. En ese sentido, el análisis siempre ha tendido a ser del tipo cualitativo.

Sin embargo, simplemente queremos hacer notar que, aun cuando se hiciese en el fallo, con respecto a la generación de energía, la distinción entre los diversos tipos de producción de energía, finalmente el Tribunal estuvo por considerar ampliamente el mercado relevante, como aquel que en definitiva comprendía a todos los tipos de generación de energía.

5. Resolución N° 23 – 4 Enero 2008 – ING AFP Santa María S.A y BANSANDER AFP S.A - Aprobada.

a. La operación consultada: El caso en cuestión trató acerca de la consulta realizada por ING S.A acerca de la operación de concentración entre las empresas ING AFP Santa María S.A y Bansander AFP S.A. como consecuencia del contrato suscrito entre el Banco Santander Central Hispano (BSCH) S.A e ING Insurance B.V en el que ésta adquiriría el 100% del capital de todas las entidades relacionadas a la administración de pensiones de propiedad del BSCH.

b. Las consultantes

b.1 Mercado relevante: ING S.A definió al mercado relevante como el de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), incluyendo a los bancos, compañías de seguros de vida y administradoras de fondos mutuos (AFM), al menos en cuanto a la administración de ahorro previsional voluntario (APV). Ella describió dicho mercado como transparente, regulado y competitivo.

b.2 Concentración del mercado: Para medir el grado de concentración, utilizó el índice HHI, concluyendo que la operación no modificaría en forma significativa la estructura del mercado, el escenario a la época de la competencia ni la posición comercial de sus actores.

b.3 Barreras a la entrada: Respecto a las barreras de entrada, señaló que ni las exigencias de capital mínimo, ni la autorización previa de la SAFP, o la incertidumbre regulatoria eran significativas en cuanto tales y que, por el contrario, nos encontrábamos frente a un mercado de características desafiables.

b.4 Efectos de la fusión: Cabe mencionar que ING acompañó a la causa, entre otros muchos antecedentes de corte económico, un informe económico que analizó la fusión desde sus efectos, utilizando modelos

económicos de Bertrand, que estudió la competencia desde los precios, y Cournot, que estudió la competencia desde las cantidades.

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante: La Fiscalía Nacional Económica, por su parte, comenzó ya en este caso a elaborar sus informes desde los criterios establecidos en su Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal. Así, en cuanto al mercado relevante, indicó que podían distinguirse los servicios que prestaban las AFP en torno a cuentas voluntarias, de los que suministraban en relación con las cuentas obligatorias. En su informe, la distinción se efectuó en base a las características de ambos servicios en atención a la demanda, ya que mientras que las cotizaciones obligatorias sólo podían ser ofrecidas por AFP (por lo que no habían sustitutos posibles), y la demanda estaba determinada por la obligación legal de los trabajadores dependientes de cotizar; por otro lado en la prestación de servicios en cuentas voluntarias de ahorro previsional voluntario o APV, las AFP competían con otras instituciones, lo que en ese caso a la Fiscalía le permitió descartar efectos anticompetitivos en ese mercado.

De esta forma, concluyó que el mercado relevante para los efectos de la operación consultada sería el que se encontraba constituido por el servicio de administración de fondos de pensiones que ofrecían las AFP y contrataban forzosamente los trabajadores dependientes que se afiliaban.

c.2 Concentración del mercado: Posteriormente, sostuvo que, en cuanto al grado de competencia existente en el mercado relevante, de conformidad a los estudios realizados, existía una alta insensibilidad de los consumidores al precio cobrado por la AFP. En ese sentido, las características de la demanda hacían inviable la competencia por precios o por calidad.

Con respecto a la concentración de la industria la Fiscalía utilizó el índice HHI, señalando el aumento de la concentración que generaría la operación, y estimando que nos encontrábamos frente a un mercado altamente concentrado.

c.3 Barreras a la entrada: En su análisis también identificó barreras legales a la entrada tales como las trabas regulatorias al traspaso de afiliados, la regulación de la industria bancaria que impedía la incursión de los bancos en este mercado; y otras barreras como el mismo comportamiento de los consumidores, quienes actuaban con inercia y pasividad, existiendo en este mercado una demanda insensible –lo que es una barrera de captación-.Además, el tiempo de entrada efectiva al mercado –en el que realizar un innovador análisis-, los costos de cambio, e incluso el mismo comportamiento estratégico de las firmas incumbentes, hacían de los competidores potenciales un elemento escaso a considerar.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: El Tribunal en el fallo, para definir el mercado relevante, comenzó explicando las características de la oferta del servicio prestado por las AFP, para luego analizar las características de la demanda, distinguiendo entre aquellos trabajadores obligados a afiliarse y cotizar, y aquellos en que dicha afiliación y cotización era voluntaria. De esta manera, en cuanto a la sustituibilidad de la demanda, señaló que en el primer caso no existían alternativas o sustitutos a los servicios prestados por las AFP, toda vez que sólo podían ser prestados por ellas, mientras que, en el segundo caso, otras modalidades de ahorro e inversión podían reemplazar al servicio de administración de fondos que prestaban las AFP. Es por esto que identificó como al mercado relevante a aquel constituido por los servicios de administración de fondos de pensiones que eran

demandados forzosamente por los cotizantes, y prestados exclusivamente por las AFP.

Cabe mencionar el análisis que hizo el Tribunal en el fallo en cuanto a la "intensidad de la competencia en el mercado relevante", la que señaló que era baja debido a la obligación de cobrar un precio único a los afiliados, y a la insensibilidad de la demanda al precio. Así, el Tribunal consideró dos factores adicionales, como los costos de cambios, el que el producto ofrecido es homogéneo o la sensibilidad de los consumidores a los beneficios inmediatos y ciertos, que se encuadran dentro del mercado relevante y que reafirmaron la posición de que éste se encontraba definido en los términos señalados en el párrafo anterior.

d.2 Concentración del mercado, barreras a la entrada y efectos de la fusión: Posteriormente el TDLC consideró los niveles de concentración anteriores y posteriores a la operación consultada, basándose en el ya conocido índice HHI, para luego identificar las barreras a la entrada regulatorias, economías de escala difíciles de alcanzar por los nuevos entrantes, dificultan a su juicio el ingreso de una nueva AFP. Finalmente identificó los riesgos de la operación consultada y sus eficiencias, lo que dio pie a que se aprobara la fusión, atendidas las medidas de mitigación impuestas.

Conclusiones de la Resolución

Primero debemos destacar que en este fallo, la Fiscalía Nacional Económica hizo uso de sus nuevas guías de operaciones de concentración, las que recordemos habían sido dictadas el año anterior, lo que significó un gran avance en la transparencia de los criterios utilizados en este caso.

En cuanto al análisis que realizó, y describimos anteriormente, podemos notar que en su informe la FNE definió entonces dos tipos de mercados, uno acotado –el de cuentas obligatorias- y uno amplio –el de cuentas voluntarias-.

Respecto al TDLC, el mercado relevante fue definido, una vez más, en términos más bien cualitativos en tanto según lo descrito, caracterizó la demanda y los productos ofrecidos a fin de identificar el mercado frente al cual nos encontrábamos. Llama la atención al respecto, que ya estando en el año 2008 el Tribunal todavía parecía no avanzar demasiado hacia aspectos más econométricos a fin de definir el mercado, o incluso ir más allá estableciendo directamente el poder de mercado. Como decíamos, los límites del mercado relevante se establecen en base a las características de la demanda principalmente, las que condicionan el servicio ofrecido, y en menor medida también a las características de la oferta.

Cabe mencionar al respecto, que en este caso en particular el informe de Agostini, Saavedra y Willington incorporado por la consultante, realizó un análisis econométrico en profundidad del mercado, y particularmente de las economías de escala en él, además de las situaciones pre y post fusión. Dicho informe no fue particularmente considerado para la definición del mercado relevante en el caso en cuestión, aun cuando el Tribunal sí lo consideró a efectos de analizar las concentraciones producidas en el mercado.

En conclusión, el Tribunal pareció optar por la definición de un mercado relevante en términos acotados, reduciéndolo a un servicio en particular prestado por las AFP, sin seguir el lineamiento del mercado amplio sugerido por las consultantes, que incluiría no sólo carteras de servicios de cotización voluntaria –que incluirían APV- sino también otros servicios asociados a seguros, lo que haría formar parte del mercado relevante incluso a bancos y otras instituciones financieras.

El mercado relevante geográfico ni siquiera es tratado en este fallo. Lo que nos hace pensar que el Tribunal asumió intuitivamente que se trataba del sistema de ahorro previsional chileno, referido entonces al territorio de la República de Chile.

6. Resolución N° 24 – 31 Enero 2008 – D&S S,A y Falabella – Rechazada.

a. La operación consultada: La consulta llevada al Tribunal trató acerca de la fusión entre S.A.C.I Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A.

b. Las consultantes:

b.1 Mercado relevante: Refiriéndose al mercado respecto al cual sería referida la fusión, señalaron que se dedicaban a mercados distintos, correspondiéndole a Falabella una posición reconocida en el negocio de tiendas por departamento y en la venta de materiales para la construcción y artículos para el mejoramiento del hogar. Por otro lado D&S poseía una posición equivalente en el mercado de la venta de abarrotes y alimentos en establecimiento de grandes formatos. En virtud de ello, distinguieron los mercados que se verían afectados por la operación consultada:

b.1.1 Mercado de supermercados: En primer lugar analizaron el mercado de los supermercados, para lo cual utilizaron una definición del mercado relevante ya esgrimida anteriormente por el Tribunal en otros fallos[195], en el que se distinguía entre las relaciones con consumidores y con proveedores. Así entonces, desde el punto de vista de los consumidores, el mercado relevante del producto estaba constituido por el de venta al por menor de abarrotes, bebidas, productos no perecibles y alimentos en general, además de artículos no alimenticios para el hogar en grandes superficies, excluyendo a los *minimarkets* y almacenes pequeños. Sin embargo, las consultantes ampliaron este mercado señalando que los supermercados competían con otros importantes canales de distribución como las tiendas de conveniencia y ferias.

[195] Sentencia N°9 /2004, del TDLC, de 5 de Octubre de 2004 respecto a la negativa de venta de chocolates Nestlé por Supermercados Líder, dentro del marco de un abuso de posición de dominio y/o conductas exclusorias.

Desde el punto de vista de los proveedores, siguiendo la misma línea del TDLC, sostuvieron que el mercado estaba constituido por el de aprovisionamiento por mayoristas de productos alimenticios, y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, a supermercados e hipermercados, para su distribución minorista a consumidores finales. Entendieron por supermercados e hipermercados a las salas de venta masivas, bajo el sistema de autoservicio, incluidos los formatos tradicionales, económico, de conveniencia e hipermercado, con exclusión del formato *minimarket*.

b.1.2 Mercado de créditos y medios de pago: En segundo lugar, respecto al mercado de los créditos de consumo y medios de pago vía tarjetas, las consultantes distinguieron entre ambos, señalando que el primero incluiría entre sus oferentes a bancos (vía tarjetas de crédito, líneas de crédito, líneas de sobregiro, créditos de consumo, entre otros), instituciones financieras, cooperativas, cajas de compensación, establecimientos de ventas automotrices con financiamiento, a una diversidad de otros oferentes y a los emisores de tarjetas de crédito no bancarias como Falabella con su tarjeta CMR, Líder con Presto, Jumbo Más, Ripley, La Polar y otros.

Respecto al segundo de estos mercados, indicaron que podía estimarse como el de los medios de pago vía tarjetas bancarias, incluidas tarjetas de crédito y de débito, en este último caso normalmente asociadas a líneas de crédito, y tarjetas no bancarias. Sostuvieron en ese sentido que en él compiten las tarjetas bancarias de crédito y de débito asociadas a los sistemas Transbank y Redbanc, respectivamente, y las tarjetas emitidas por las casas comerciales, supermercados y farmacias de los más diversos tamaños, de aceptación creciente, pero aún restringida o limitada.

b.1.2.1 Concentración del mercado: A mayor abundamiento, Falabella en los antecedentes aportados a la causa, fundada en la utilización del índice HHI, sostuvo que el mercado de los medios de pago era altamente desafiable, ya que no existían barreras legales, operacionales ni naturales a la entrada.

b.1.3 Mercado de centros comerciales: Las consultantes identificaron los mercados de desarrollo y explotación de centros comerciales, distinguiendo entre tres tipos de centros comerciales, a saber, los *malls*, *power centers* y *strip* centers. La distinción se basaba en la cantidad de tiendas, servicios y superficie de cada uno, yendo en una relación de mayor a menor respectivamente. En atención a ello, señalaron que cada uno de dichos centros equivale a un mercado relevante diferente siendo relevante al efecto sólo los malls debido a que tenían un área de influencia de mayor extensión que los otros dos, debido a su tamaño.

Finalmente, apuntaron como otros mercados relevantes el de tiendas por departamento, de venta de materiales de construcción y productos para el mejoramiento del hogar, de distribución de productos farmacéuticos, y otros mercados (telecomunicaciones, seguros, agencia de viajes, entre otros) en los cuales señalaron que ambas empresas no competían directamente en ninguno, por prestar algunos de esos servicios y otros no indistintamente cada una.

b.1.4 Mercado geográfico: En cuanto al mercado geográfico, hicieron distinciones de éste según el mercado analizado. Así respecto a los supermercados apuntaron a que estaba conformado por un área de influencia en torno al supermercado o equivalente, lo cual variaba dependiendo de varios factores, tales como tamaño del hogar y sus preferencias, nivel de sus ingresos, prestaciones disponibles en la tienda, la densidad, entre otros. En ese sentido, explicaron que el área de

influencia que rodea a los supermercados sería de una distancia de entre 10 y 20 minutos de tiempo de viaje en automóvil. En cuanto a los centros comerciales, D&S en los antecedentes que aportó sostuvo que el mercado geográfico sería local, en razón de que no eran normalmente considerados como adecuados sustitutos de otros establecimientos ubicados en otras ciudades o comunas no aledañas. En su opinión, los *malls* tendrían un radio de influencia de 10 Kms; los *power center* de 3 a 5 Kms, y los *strip center* bastante menor en evidencia clara del carácter vecinal y de barrio que revestían.

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante:

c.1.1 Mercado de supermercados: Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica en su informe, comenzó por describir el mercado relevante del producto en cuanto a los supermercados. Sostuvo que en la industria supermercadista eran tres los agentes involucrados, a saber, los proveedores y distribuidores mayoristas, los minoritas, y los consumidores. Con respecto a la relación entre supermercados y consumidores, adhirió a lo ya señalado anteriormente por la H. Comisión Resolutiva el año 2004, en cuanto a que los supermercados eran considerados en sí mismos un mercado relevante, perfectamente diferenciado de otros canales de distribución o venta de productos al detalle tales como las tiendas de conveniencia, almacenes o ferias. En razón de la superficie de venta, la Fiscalía excluyó de este mercado relevante a los *minimarkets* de la menor área –inferior o igual a 400m² e inferior a 2500m²-; y a los hipermercados tener una superficie mayor a 2500m².

c.1.1.1 Mercado geográfico: Interesante es el análisis de la FNE en cuanto al mercado relevante geográfico puesto que lo definió en base a la limitación del consumidor en el espacio geográfico en el cual le

resulte razonable desplazarse para efectuar una compra. Conforme a eso, estableció un mercado circunscrito al área comprendida dentro de los 10 minutos de traslado en automóvil desde cada uno de los locales de supermercados analizados. En razón de ello, identificó dieciséis mercados relevantes geográficos en los que operaba Falabella a través de sus supermercados Tottus y San Francisco, produciendo la fusión un aumento de la concentración en diez de ellos. Para llegar a dichas conclusiones, la Fiscalía basó su posición en estudio de *geomarketing* e investigación de mercado.

c.1.1.2 Concentración del mercado: En su informe también abarcó los índices de concentración de la industria supermercadista en los aludidos mercados locales, utilizando para su medición el índice HHI.

c.1.1.3 Barreras a la entrada: Posteriormente se refirió a las condiciones de entrada al mismo mercado, sosteniendo que no existían barreras legales a la entrada de significancia, y que existían ciertos costos hundidos y otras barreras de entrada estructurales y conductuales (como acaparamiento de terrenos).

c.1.1.4 Riesgos de la operación: Finalizó esta sección refiriéndose a los riesgos que podría conllevar la concentración, en tanto abusos unilaterales y de actuación coordinada que podrían afectar la competencia en el país.

c.1.2 Mercado de centros comerciales: En cuanto al análisis del mercado relevante de *malls*, *power centers* y *strip centers*, la Fiscalía al describir cada uno, identificó las distintas características, servicios y productos ofrecidos en cada uno de ellos, y también consideró la percepción que tenían los consumidores respecto a cada uno de ellos. De esta forma, sostuvo que no existía sustitución entre estos tres tipos de centros comerciales.

c.1.3 Mercado de medios de pago: Con respecto al mercado de tarjetas de crédito, identificó en su informe que nos encontrábamos frente a un mercado de dos lados –tal como decíamos que lo señaló el TDLC el año 2005[196]- puesto que el producto servía tanto para los tarjetahabientes como para los establecimientos de comercio afiliados a ellas. En cuanto a las características de las tarjetas de crédito, las distinguió del efectivo y cheques como medios de pago, en razón del mayor costo y riesgo, y de las tarjetas bancarias en virtud de la mejor reputación de éstas y la mayor certeza de pago. Como instrumento de crédito, entendió que el crédito de consumo no era sustituto, en atención a la automaticidad y carácter rotativo del crédito obtenido por medio de la tarjeta, el que incluso posibilitó acceder a créditos de corto plazo sin intereses, y a créditos por un monto mucho menor, los que eran -en todo caso- sin garantías adicionales. La Fiscalía continuó analizando las distintas características y usos de las tarjetas de *retail* tanto como medios de pago como de crédito, para finalizar concluyendo que constituían un mercado relevante por sí mismas.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en este fallo, hizo en principio una declaración bastante importante, que nos adelantó lo que eventualmente sería la importancia de su análisis del mercado relevante: “Más relevante que la participación y poder de mercado que la fusionada alcanzaría en determinadas áreas de negocios consideradas aisladamente, es el riesgo de que se produzca un cambio en el comportamiento de la nueva entidad económica creada por la operación…”.

[196] Ver *Op cit 100*

En el fallo, al hacer el análisis histórico de lo que ha sido la industria del *retail* en Chile, el Tribunal se enfocó en señalar que a la fecha se había consolidado un tipo de empresa llamado "*retail* integrado*"* que englobaba una gran serie de productos y servicios. Por lo tanto, ya no era posible la identificación de distintos mercados relevantes, sino que concluyó que el ámbito de competencia que debía considerarse para analizar la operación consultada, no era el de cada una de las líneas de negocio específicas en las que participan D&S y Falabella, sino muy en particular el de grandes superficies de venta de productos de consumo corriente, y crecientemente también de bienes de consumo durable para el consumidor promedio chileno, y cómo se producía el financiamiento de dicho consumo, al que se le podía otorgar la denominación genérica de "*retail* integrado*"*. En ese sentido, el TDLC identificó dos participantes del *retail* integrado, a saber, Cencosud y Falabella.

Sin embargo, el Tribunal reconoció que entre los distintos segmentos o sub-mercados de una industria dada, podían surgir interdependencias relevantes, no sólo como resultado de relaciones de sustitución o complementariedad por el lado de la demanda, sino también por la relevancia de costos (gastos e inversiones) compartidos entre distintos sub-mercados. Para ello, en una segunda parte, analizó las diferentes áreas de negocios involucradas en la operación y sus principales características.

d.1.1 Mercado de supermercados: En primer lugar en cuanto a los supermercados, el Tribunal continuó en la línea planteada por los intervinientes de la causa de distinguir entre las relaciones supermercado-consumidor y supermercado-proveedores. Así, en cuando a la primera relación, sostuvo que era necesario considerar cuáles formatos de locales de venta minorista eran percibidos por los consumidores como sustitutos relevantes. De esta forma, podemos notar que atendió a un criterio de sustituibilidad de la demanda a fin de

identificar el mercado. En dicho criterio distinguió los tipos de compra que hacían los consumidores –*stock* o de reposición-, y atendió a sus preferencias en atención a que –según encuesta Adimark aportada- ellos valoraban diferentes atributos del establecimiento, entre los que encontrábamos precio, tiempo de traslado, oferta y calidad del producto. Así, excluyó del análisis a los *minimarkets* y otros establecimientos minoritas.

En cuanto a la relación supermercados-proveedores, el Tribunal estimó que, en base a las condiciones en que ofrecían los productos adquiridos, los significativos volúmenes de compra, y las particulares escalas y condiciones logísticas de exhibición y venta de los productos, sólo podían considerarse las grandes cadenas de supermercados al efecto, en virtud de su conjunto peculiar de características. Todas las cuales implicaban que, desde el punto de vista de un proveedor promedio, otros formatos locales de distribución minoritas distaban de ser sustitutos equivalentes.

d.1.2 Mercado de créditos y medios de pago: En segundo lugar, en relación al negocio crediticio, el Tribunal identificó que las tarjetas no bancarias CMR y Presto cumplían tres funciones, a saber, como un medio de acceso al crédito, un medio de pago, y un medio de marketing y fidelización. La distinción la efectuó en razón del grado de sustitución, para distintos consumidores –en atención al estrato socioeconómico- que existía en cada una de ellas con tarjetas de otras casas comerciales o bancarias y/u otros medios de pago como el efectivo o el cheque.

Estimó en definitiva que, en cuanto a la primera de las tres funciones, las tarjetas de *retail* operaban en el mismo mercado por sí mismas, sin otros productos sustitutos. Como medio de pago, señaló que el consumidor se enfrentaba a una amplia gama de alternativas, todas ellas con el mismo uso. Cabe mencionar al respecto, que pareciera que el

Tribunal basó este análisis de la funcionalidad, en el documento aportado a la causa de Galetovic[197], en el que se descartaba la utilización del test del monopolista hipotético en virtud, básicamente, de que el consumidor de estas tarjetas no contaba con la educación o información suficiente como para determinar un cambio de preferencia frente a un aumento en las tasas de interés y/u otros aspectos que hacían a las tarjetas de créditos más engorrosas como servicio. En el mismo estudio, se presentó un análisis econométrico para la determinación del mercado relevante, respecto del cual el Tribunal no se pronunció particularmente en el fallo.

d.1.3 Mercado de centros comerciales: Finalmente el Tribunal analizó el mercado de *malls, power centers* y *strip center,* adhiriendo a las posturas de las consultantes y la FNE, toda vez que estimó que cada uno formaba parte de un mercado diferente, sin ser sustituibles entre sí en razón de sus características, superficie, tipo de tiendas que los componen, y necesidades que pretendían satisfacer de los usuarios, entre otros.

d.2 Poder de mercado: Para determinar el poder de mercado, el Tribunal en su considerando cincuenta y cuatro, describió en este fallo una más acabada metodología para dar con él, señalando que no sólo debía estudiarse la participación estática en un determinado mercado geográfico, sino que una serie de otros elementos, tales como la participación de mercado de empresas actuales y potenciales, su tamaño, su capacidad de influir en los precios del mercado, su 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.

[197] GALETOVIC, A. y SANHUEZA, R. 2007. Un análisis económico de la fusión D&S Falabella En: Rol NC N° 199-07. Resolución N° 24/2008.

Interesante es el análisis que hizo acerca del poder de mercado en virtud de las que llamó “fuentes de poder de mercado”, a saber, una serie de características, comportamientos, e instrumentos que poseen los operadores de *retail* que los hizo acreedores de éste poder. Señaló como tales en primer lugar la posibilidad de desarrollar bases de datos sobre patrones de consumo, lo que se tradujo en estrategias de *marketing* y de fidelización de clientes a medida para distintos consumidores, lo cual podía transformarse en un costo de cambio para ellos, estableciendo que, en la medida que ello ocurra, aumentaba el poder de mercado del *retailer* que los concede.

Otras fuentes de poder de mercado, continuó el Tribunal, eran la posibilidad concreta de desarrollar estrategias de ventas atadas, utilizando distintos segmentos de *retail* bajo control de un mismo operador integrado; la capacidad de beneficiarse de economías de escala y de ámbito; o la capacidad competitiva para expandirse hacia diversos nichos y formatos de competencia.

d.3 Efectos de la operación consultada: Finalmente el Tribunal hizo un análisis extenso de lo que ya adelantaba desde un principio como lo más importante para poder evaluar si aprobar o rechazar la fusión: los efectos unilaterales o coordinados y las eficiencias que podía causar la fusión en el *retail* integrado. En dicho estudio, consideró como particularmente relevante la probabilidad de que se llevaran a cabo dichos efectos, en virtud del hecho público y notorio de que ambas empresas habían sido condenadas anteriormente por diversas prácticas contrarias a la libre competencia, en aquellas situaciones donde se encontraban en una posición de dominio.

Conclusiones de la Resolución

El caso D&S Falabella ha dado origen sin lugar a dudas a una de las sentencias más importantes en cuando a materia de operaciones de

concentración se trata en nuestro país, no sólo porque terminó con un período de tres décadas de aprobación de ellas al rechazar la fusión. Sino que además, sin decirlo explícitamente, y de hecho refiriéndose siempre al "ámbito relevante" de competencia, el Tribunal –innovando por primera vez en este sentido- definió al mercado relevante como aquel comprendido por el *retail* integrado, en vez de definir diversos mercados relevantes particulares en atención a los productos y áreas de servicios ofrecidas por D&S y Falabella, tal como lo habían hecho los intervinientes en el caso. El TDLC basó su argumento en la importante interrelación e independencia de las diversas ofertas desarrolladas por el *retail*, a fin de considerar en su conjunto las economías de escala, sinergias, y otros aspectos relevantes, todo lo cual derivaría en estrategias de comercialización y competencia que no podrían ser contrastados sin un esfuerzo considerablemente mayor por la otra empresa de *retail* relevante, a saber, Cencosud.

Críticas ha despertado esta forma de definir el mercado relevante por parte del Tribunal, toda vez que se ha argüido que la definición misma de *retail* integrado como mercado relevante fue imprecisa, ya que el Tribunal basó su establecimiento en el modelo de negocios que las empresas se habían dado a sí mismas, lo que hizo asimilar el concepto técnico de "mercado relevante" al que se usa frecuentemente en el ámbito empresarial[198]. El profesor Montt en su texto puntualiza lo que ya adelantábamos en el párrafo anterior, la extraña utilización por parte del TDLC de la frase "ámbito relevante" o "ámbito de competencia", de lo que pareciera concluirse que evitó decir que el mercado relevante consistía en el *retail* integrado[199]. Lo que es particularmente extraño toda vez que en todos los fallos el Tribunal se preocupaba de analizar

[198] MONTT, Paulo. 2010. Operaciones de Concentración en el Sector *Retail*: La experiencia de EE.UU, la UE y Chile En: Libre Competencia y *Retail*. Un Análisis Crítico. Santiago, Chile. Legal Publishing. 269p.
[199] Íbid. 270p.

puntualmente el mercado relevante, como veníamos describiendo en el análisis jurisprudencial hecho hasta el momento.

Otra de las principales críticas dice relación con que los Ministros llegaron a esta conclusión sin explicar del todo la metodología utilizada para ello, en base simplemente a un relato de lo que ha sido el nacimiento y desarrollo de la industria del *retail* en Chile, y a lo que las empresas han catalogado como su "giro" de alguna manera. Dicha conclusión nos hace preguntarnos sobre la verdadera importancia que reviste la definición de un mercado relevante, e incluso el establecimiento del mismo poder de mercado a través de él, para el TDLC. Quizás por la significancia de la operación de concentración analizada, y la cantidad de mercados involucrados e interrelacionados, ésta podría haber sido una gran oportunidad para que el Tribunal desplegara todos los medios y herramientas que tenía a su alcance a fin de poder elaborar una (o varias) definiciones del mercado que permitieran el establecimiento del poder de mercado final.

En el mismo caso del *retail* llama la atención la consideración global del mercado que hizo el Tribunal, cuando en otros muchos casos en los que se encontró frente a empresas que eran proveedoras de múltiples productos y servicios, como VTR/Metrópolis o en el mismo mercado eléctrico encontramos empresas que se dedican no sólo a la generación, sino también distribución, etc., sin embargo el TDLC, apartándose del camino que había optado por seguir hasta la fecha, prefirió su análisis en conjunto. Esta opción puede generar incertidumbre, y atenta contra la seguridad jurídica de lo que pueden esperar futuras empresas que esperan fusionarse, porque debido al avance en la industria, y en la globalización en general, es común encontrarnos frente a entidades económicas –más que empresas propiamente tales- que se dedican a múltiples giros, pero que para efectos de una operación de concentración, quizás cada una debiese considerarse en su mercado particular.

También podría decirse que los jueces parecían no estar tan seguros del camino tomado, en razón de que posteriormente de igual forma consideraron y analizaron los diferentes mercados, los que delimitaron en cuanto a los productos y servicios que los conformaban, como también determinaron los efectos de la operación en cada uno de ellos.

Al hacer el análisis de estos diversos sub-mercados dentro de este *retail* integrado, el Tribunal continuó en su línea cualitativa de definir el mercado en cuestión. Así, atendió a las características del producto, de la demanda, de la oferta, a los usos, el precio, las preferencias de los distintos sujetos, a fin de llegar a una conclusión en cada uno. Aun cuando de los diversos estudios e informes presentados en la causa, se encuentran análisis más econométricos de ciertas materias, como en el mercado de los centros comerciales y de tarjetas presentado por Galetovic y Sanhueza.

En cuanto a la descripción de los submercados identificados en el fallo por el Tribunal, cabe mencionar la definición del mercado que hizo respecto a los supermercados, la que tomó en consideración la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta. Ello en razón de que lo que se trató de determinar era la existencia del poder de compra por parte de los supermercados[200].

El análisis que efectuaron los jueces de la competencia en el caso *sub-lite* se encontraba enfocado más claramente en los efectos que tendrá la operación de concentración, que en el establecimiento del poder de mercado mediante la definición del mercado relevante. En ese sentido, ellos mismos señalaron en el considerando cincuenta y seis que su análisis "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

[200] CERDA, F. El Mercado Relevante como Marco de Referencia para un Análisis En: Libre Competencia y *Retail*. Un Análisis Crítico. Santiago, Chile. Legal Publishing. 19p.

mercados afectados por ella…". Siguiendo la misma línea que se planteó en los primeros considerandos, el Tribunal analizó los efectos de la operación de concentración en el "ámbito relevante" del *retail* integrado, por sobre los efectos que podía tener en los diferentes sub-mercados identificados.

Es en razón precisamente de los efectos que pudiese tener la fusión, la falta de eficiencia de ella, y no el alto poder de mercado, lo que llevó al Tribunal a que por primera vez desde su creación rechazara una operación de concentración.

En cuanto al mercado geográfico relevante, llama la atención en este fallo la división que se hizo de éste en atención al radio de los supermercados, en razón del traslado de 10 minutos en automóvil por parte de los consumidores, planteada por la Fiscalía. Por primera vez nos topamos con una definición del mercado geográfico dependiente del factor tiempo.

Podemos notar también, que el mercado relevante del producto definido por la Fiscalía en el mercado de supermercados, fue más acotado que el señalado por las consultantes. Y que en su análisis discriminó en razón de las características del producto en atención a la superficie.

7. <u>Resolución N° 31- 9 Diciembre 2009 – Anagra S.A y Soquimich Comercial S.A – Aprobada.</u>

a. La operación consultada: El caso trató sobre la consulta de dos empresas importadoras y comercializadoras de fertilizantes –Anagra y Soquimich- que pasarían a constituir una sola en una fusión por absorción de la primera por parte de Soquimich.

b. Las consultantes:

b.1 Mercado relevante: Estimaron que el mercado relevante del producto era el que comprendía la distribución y venta de fertilizantes para uso agrícola, fueran importados o producidos en Chile y, dentro de ese mercado, distinguieron entre los mercados de importación de fertilizantes, el mercado de venta mayorista de fertilizantes y, el mercado de venta minorista de fertilizantes. A mayor abundamiento, Anagra en cuanto al mercado del producto distinguió entre tres tipos de fertilizantes, a saber, nitrogenados, fosfatados y potásicos, precisando que en Chile sólo se producían potásicos, y que los demás se importaban en un 100%. No obstante ello, sostuvo que se analizaría el mercado de fertilizantes como si fuese uno solo porque todos los segmentos o tipos de fertilizantes tendrían características comunes, y porque las participaciones de las partes no eran muy diferentes si se consideraba un mercado global.

b.2 Barreras a la entrada: Luego indicaron que era un mercado que no presentaba barreras a la entrada, atendido que no habían costos hundidos o inversiones específicas a la actividad. Agregó en ese sentido que el tiempo de entrada era breve y de 60 días máximo en atención a que correspondía sólo al lapso que demoraba una importación. Por todo lo anterior sostuvo que existía relevante competencia potencial.

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante: La FNE por su parte, volvió a analizar la operación de conformidad a los criterios establecidos en su Guía Interna, definiendo tres mercados relevantes del producto diferentes, a saber, la importación de fertilizantes granulados para el abastecimiento del mercado nacional; la importación de fertilizantes fosfatados para el abastecimiento del mercado nacional y; la importación y producción de fertilizantes granulados potásicos para el abastecimiento del mercado nacional.

Podemos notar entonces que el mercado relevante definido por la FNE es más amplio que el definido por las consultantes, toda vez que éstas excluyeron a la urea industrial, además de distinguir entre mercado mayorista y minorista.

c.2 Concentración del mercado: Una vez definido el mercado la Fiscalía analizó los grados de concentración utilizando el índice HHI, las barreras a la entrada –entre las cuales identificó costos hundidos, costos de cambio, tiempo de entrada considerable, entre otros-, para finalizar considerando los riesgos de coordinación entre competidores, y los riegos unilaterales, que se veían aumentados peligrosamente por la operación.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: El Tribunal comenzó su análisis del mercado relevante en este fallo describiendo en profundidad los fertilizantes y los países que los producen, identificando si Chile se encontraba dentro de ellos o se constituía como un importador. Continuó describiendo las características y propiedades de los fertilizantes. De esta forma, en primer lugar según el uso, distinguió entre fertilizantes solubles y granulados, estableciendo que pertenecían a mercados diferentes en atención a que no los consideró sustitutos, en razón de que diferían, a su juicio, en su utilización en distintos cultivos, precios, condiciones de importación y modos de aplicación. Describió a su vez que tanto los fertilizantes nitrogenados, los fosfatados y el potasio tenían funciones distintas para con las plantas y que se utilizaban en etapas diferentes del cultivo, por los que los consideró como tres mercados de producto separados.

Luego el TDLC pretendió determinar, debido a que dentro de cada categoría de fertilizantes existían diversas fórmulas o composiciones, si los distintos productos de cada categoría formaban parte o no de un mismo mercado relevante. Para ello, en virtud de que no contaba con suficientes

datos econométricos que le permitieran establecer la elasticidad precio cruzada de la demanda, optó por la utilización del Test de Correlación de Precios de Stigler y Sherwin, lo que le permitía descartar que dos productos pertenecieran a un mismo mercado, en atención a una serie de precios sobre la cual fue utilizado.

Concluyó señalando que los mercados relevantes del producto y geográfico para el caso *sub-lite* eran el de la comercialización de fertilizantes granulados nitrogenados; la comercialización de fertilizantes granulados potásicos y; la comercialización de fertilizantes granulados fosfatados en todo el territorio nacional[201].

d.2 Barreras a la entrada: El Tribunal caracterizó a cada uno de los mercados relevantes identificados, y en ellos señaló las participaciones e importancia en el mercado de las empresas consultantes en cada uno de los mercados relevantes. Posteriormente describió las condiciones de ingreso –en el que consideró el factor tiempo-, costos hundidos, economías de escala, costos de cambio, inversión, entre otros elementos que constituían barreras a la entrada.

d.3 Riesgos y efectos de la fusión: Finalmente, señaló los riesgos tanto unilaterales como coordinados, y las eficiencias asociadas a la concentración.

En virtud de todo lo señalado anteriormente, el Tribunal estuvo por aprobar la fusión estableciendo sin embargo medidas de mitigación que debían cumplirse por las consultantes.

Conclusiones de la Resolución

[201] Analizando el mercado geográfico, el Tribunal identificó que los fertilizantes eran principalmente utilizados en el centro y sur de Chile, que sostuvo era la zona agrícola más intensiva, pero como el producto se comercializaba en todo el territorio nacional, optó por ampliarlo a este último.

En primer lugar debemos destacar esta resolución del Tribunal toda vez que, en un tema tan complejo y específico como el que se trató aquí, acerca de productos fertilizantes, dedicó parte extensa de sus considerandos al análisis del mercado relevante, utilizando estudios, informes, gráficos y variadas herramientas al respecto.

Interesante es en esta resolución la utilización que se hizo de un test de correlación de precios, por primera vez en una operación de concentración[202], por parte del Tribunal para definir el mercado relevante. Si bien el test utilizado data de 1985, y hoy en día encontramos herramientas econométricas más precisas, tal como señalamos en el segundo capítulo de este trabajo, no deja de ser importante el análisis efectuado por el Tribunal. Entendemos también que dicha aplicación dice relación con las ventajas del test, en razón que sólo utiliza precios –los que son de fácil acceso-, además de ser más rápida y fácil de comprender. El mismo Tribunal reconoció en el fallo que si bien el test le permitía saber si dos productos pertenecen o no a un mismo mercado, no permitió la identificación de si son o no sustitutos entre sí, lo que es una de las desventajas del test.

El TDLC aun cuando no se apartó completamente del ya típico estudio cualitativo, basado en características del producto, usos y funciones, podemos notar sin embargo que avanzó hacia un estudio que revistió caracteres más cuantitativos. Cabe destacar que de esta manera, hizo referencia a su intención de utilizar la elasticidad precio cruzada de la demanda, aun cuando no lo haya hecho por falta de información y datos para ello.

[202] Este test ha sido utilizado por el Tribunal en otros casos de libre competencia, dentro de los cuales podemos citar la Resolución N° 63 del año 2008 – Rol C-103-06 (El caso de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella por abuso de posición dominante en el llamado caso "Guerra del plasma") o en la Resolución N° 90 del año 2009 – Rol C-165-08 (Caso en que la FNE presentó un requerimiento en contra de la Compañía Chilena del Fósforo por abuso de posición dominante).

8. Resolución N° 34 – 26 Mayo 2011- Copec S.A y Terpel S.A Colombia.

a. El caso trató acerca de la consulta de Copec S.A producto de los efectos que podría tener en Chile la compra de acciones de Terpel Colombia. Si bien no fue una operación de concentración respecto de dos empresas en Chile, Copec lo sometió a consulta del Tribunal en tanto Terpel tenía filial en Chile a través de su empresa Terpel Chile, también en el rubro de los combustibles.

b. Las consultantes:

   b.1 Mercado relevante: Por una parte señalaron que el mercado chileno se dividía en las etapas de refinación e importación de productos derivados del petróleo, de almacenamiento primario, la etapa de distribución mayorista y la comercialización de combustibles.

c. Fiscalía Nacional Económica:

   c.1 Mercado relevante: La Fiscalía, en los antecedentes aportados a esta causa, continuó efectuando su análisis de operaciones de concentración en atención a la Guía que para ello había elaborado. Y así, señaló en su informe como mercado relevante del producto el de distribución y comercialización de gas natural, lubricantes y de combustibles líquidos (gasolina, diésel, kerosene, todos como parte de un mismo mercado), distinguiendo respecto de éste último la distribución directa a clientes industriales y a la venta de consumidores finales mediante estaciones de servicio. La distinción la elaboró principalmente en atención a que los clientes industriales se comportaban de una manera distinta al consumidor particular, requiriendo, además, de una infraestructura que tenía otras características para realizar las compras de combustibles.

Posteriormente hizo un estudio de este mercado de distribución, refiriéndose a sus características, usos y funciones, excluyendo de éste mercado al gas natural comprimido, en razón de que, a juicio de la Fiscalía, no había logrado un grado aceptable de penetración en el país, por haber pocas estaciones de distribución de este en Chile.

Cabe mencionar que la Fiscalía identificó también al mercado de venta de lubricantes, el que si bien se vio afectado por la adquisición de Terpel por parte de Copec, no se consideró en el análisis, toda vez que existía una amplia gama de distribuidores de dicho producto.

c.1.1 Mercado geográfico: Luego, continuando con el análisis del mercado de distribución, la FNE en su informe realizó una precisión respecto de la demanda minorista, al identificarla como local, debido a que las posibilidades de sustitución entre estaciones de servicio se encontraban totalmente limitadas geográficamente, por lo que argumentó que el mercado relevante se debía identificar en atención al área de influencia de la estación de servicio.

c.2 Riesgos de la operación: Finalmente se refirió a los riesgos competitivos derivados de los indicadores de concentración y difíciles condiciones de entrada, respecto de lo cual sostuvo que el principal era el asociado a un abuso unilateral en la distribución minorista y a la coordinación entre los actores que permanecieran en el mercado.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: El Tribunal en el fallo comenzó sus considerandos con el análisis, el que señaló que sería sucinto, de los mercados y sub mercados que se encontraban relacionados, o que pudiesen verse afectados por la operación, los que eran el de refinación e importación de combustibles líquidos; su transporte y almacenamiento y; la distribución mayorista por una parte, y minorista por la otra de tales carburantes.

Finalmente también hizo un análisis acerca de los mercados de venta de lubricantes y gas natural, pero respecto al cual reconoció desde un inicio que no presentaban mayor relevancia para el asunto consultado.

d.2 Concentración del mercado, barreras a la entrada y efectos de la operación: Posteriormente analizó las participaciones de mercado de las empresas que lo componen en cada uno de ellos, las barreras a la entrada, riesgos y eficiencias de la operación, siguiendo la estructura usual de análisis. Para medir el grado de concentración de los mercados utilizó el índice HHI y el C4[203].

d.2.1 Refinación e importación de combustibles líquidos: El TDLC identificó que este mercado, aun cuando carecía de limitaciones normativas, sólo contaba con una empresa, ENAP, que ejecutaba dicha función, lo que atribuyó a la existencia de barreras a la entrada y salida en atención a que era un mercado con economías de escala y con necesidad de inversiones específicas. No obstante lo anterior, estimó que debido a las importaciones que del producto podían realizarse, ellas constituían una limitación al poder de mercado de ENAP.

d.2.2 Transporte y almacenamiento de combustibles líquidos: Luego de analizar los tipos de transporte en el país, el Tribunal identificó que si bien un segmento del mercado de transporte era dominado principalmente por ENAP, era posible la entrada de otros transportistas. Respecto al almacenamiento, tampoco consideró alarmante su concentración, toda vez que cabía tener presente que las empresas que no contaba con dicha capacidad, podían arrendarla.

d.2.3 Distribución mayorista de combustibles líquidos: El TDLC señaló que existían condiciones desfavorables a la entrada, principalmente por la

[203] Ver *Op Cit*. 78

existencia de instalaciones esenciales[204] y costos hundidos de relevancia, que desincentivaban la entrada de nuevos competidores efectivos. En virtud de lo anterior, estimó que este mercado no era desafiable por nuevos competidores adicionales. Cabe mencionar al respecto que el Tribunal concluyó que el elevado grado de concentración en la distribución mayorista también se trasladaba al mercado de distribución minorista, debido a la integración vertical de los operadores mayoristas con locales de venta minorista.

Conclusiones de la Resolución

Respecto a este caso en particular, llama la atención la falta de cuestionamiento acerca del mercado relevante por parte del Tribunal. Si bien entendemos que fue una consulta respecto a repercusiones en el mercado chileno de una operación en Colombia, el Tribunal no efectuó un análisis acabado acerca de la sustituibilidad (o falta de ella) entre el combustible distribuido por Copec y otros, en tanto productos, sino que definió al mercado relevante meramente en cuanto a su estructura, a saber, importación, transporte y almacenamiento, y distribución mayorista y minorista. En todo caso, igualmente se refirió al mercado de ventas de lubricantes y gas natural, los que consideró aun cuando fuesen catalogados de menor relevancia en la implicación de la operación. Notamos que el análisis del TDLC se basó fundamentalmente en el informe realizado por la FNE.

[204] "En su artículo sobre la doctrina de las instalaciones esenciales Lipsky y Sidak sostienen que este concepto resulta aplicable solamente para casos en los cuales el activo involucrado tiene las características económicas de un monopolio natural y que su aplicación solo resulta efectiva en los casos en los cuales la instalación en cuestión es compartida por varios competidores, tiene capacidad excedente y los ingresantes al mercado solicitan el acceso en las mismas condiciones que las empresas ya establecidas." *Op* Cit. COLOMA, G. 2003. Defensa de la Competencia. 174p.

En nuestra opinión, interesante quizás habría sido que el Tribunal analizara, a efectos de la demanda de distribución minorista, las preferencias de los consumidores en la sustituibilidad de la demanda, a efectos de determinar el mercado relevante, en relación a, por ejemplo, las diversas características que presentan las estaciones de servicios, siendo que algunas de ellas cuentan con grandes locales de comida y servicios. O cómo se presenta el mercado en carreteras, cuando la demanda por combustible pareciera volverse mucho más inelástica. Sin embargo, el mismo Tribunal reconoció en sus conclusiones, que debido a las medidas de mitigación comprometidas, no fue necesario realizar un análisis de la extensión y profundidad que se habría requerido en caso contrario. Cabe destacar a propósito del análisis de mercado, el rol que el TDLC le otorgó a los efectos de red en la definición del mercado relevante a propósito de la distribución de combustible líquido mayorista y minorista.

Por su parte, la Fiscalía tampoco dio cuenta de criterios, test o herramientas en general de las que se haya valido a fin de determinar el mercado relevante definido. Su análisis pareció centrarse en las participaciones de mercado directamente. Si bien pretendió hacer un análisis más acabado del mercado relevante de los clientes industriales, en atención a que, por ejemplo, en sectores como la aviación y el transporte marino no era posible la sustitución de combustibles líquidos, señaló en su informe que la falta de información disponible, se lo impedía.

9. Resolución N° 37 – 21 Septiembre 2011 – LAN Airlines S.A y TAM Linhas Aéreas S.A – Aprobada[205].

[205] Es importante mencionar que el análisis de este caso deberá hacerse más sucinto de lo que se quisiera toda vez que la mayoría de informes presentados por las partes de la operación, han sido acompañados confidencialmente a la causa.

a. La operación consultada: La consulta que fue iniciada por CONADECUS[206] trató sobre la operación de concentración que quería llevarse a cabo entre las empresas de aerolíneas LAN Airlines S.A y TAM Linhas Aéreas S.A.

b. Las partes de la operación:

b.1 Mercado relevante: Las empresas señalaron que el mercado relevante debía analizarse desde cada par de ciudades de origen y destino en que se producía una superposición de las operaciones de las empresas que pretendían fusionarse, siguiendo lo que se había indicado en fallos e informes en Estados Unidos y Europa. Así entonces, aseguraron que el único problema de la fusión podía darse en las rutas Santiago – Sao Paulo, y en menor magnitud, Santiago – Rio de Janeiro, en virtud de que serían las únicas en que se producía una superposición de ambas redes de rutas, toda vez que en los demás destinos de sus respectivas redes, éstos serían complementarios.

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante: En su informe, la Fiscalía comenzó recordando la postura jurisprudencial nacional e internacional respecto al mercado relevante, el que según su opinión debía ser definido como la combinación de un par de ciudades origen y destino[207]. De esta forma, cualquier combinación de ciudades corresponde a una ruta y a un mercado relevante distinto.

Sostuvo que en cada ruta se debía considerar, además del transporte aéreo mediante vuelos directos sin escala, la factibilidad de sustitución a través de vuelos indirectos y/o viajes a través de otros medios de transporte.

[206] Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile.
[207] “Pares de ciudades origen-destino “es el nombre que se le da en el rubro a los puntos de inicio y de fin del viaje en avión.

El grado de sustituibilidad estaría determinado por las características específicas de cada opción, tales como tiempos de viaje, precio, nivel de comodidad, nivel de flexibilidad, entre otros.

Posteriormente indicó que el mercado relevante correspondía a los vuelos directos sin escala entre ciudades punto a punto, y no se consideró como parte de él los vuelos con escalas o paradas intermedias, en atención a que en ese tipo de viajes, el tiempo de la parada podía significar un tiempo de relevancia en el total de duración del viaje. Tampoco consideró los vuelos *chárter* sino sólo los regulares.

A mayor abundamiento, en su análisis distinguió entre rutas de corta distancia, y rutas de larga distancia, señalando las características y participación de ambas empresas en cada una. En atención a las rutas de larga distancia, la Fiscalía adhirió a lo establecido por la Comisión Europea, a saber, que los vuelos con una parada indirecta constituían sustitutos de los vuelos directos en estas rutas, en la medida que la conexión se realizara dentro del mismo día y no representara un incremento significativo respecto del total del viaje. En virtud de lo anterior, la FNE identificó, al igual que la Comisión, dos tipos de demandas diversas, aquella que era sensible al tiempo de viaje –en general los pasajeros “de negocios” cuya demanda suele ser más inelástica-, y aquella que no. Consideró también en su análisis a los viajes de larga distancia con escala como sustitutos imperfectos de los que se efectúan en forma directa, y sostuvo que el grado de sustitución dependería del tipo de viaje de que se trate y de las características de los vuelos directos e indirectos. En general, ambos tipos de viajes podían ser considerados como buenos sustitutos para aquellos viajeros más sensibles al precio.

Cabe mencionar que la Fiscalía descartó la existencia de sustitución mediante otros medios de transporte toda vez que a su juicio, en las rutas bajo análisis, el largo trayecto no hacía viable para los consumidores optar

por alternativas terrestres equivalentes en cuanto a precio y calidad, debido fundamentalmente a la disponibilidad del servicio y al tiempo de viaje.

c.1.1 Mercado de transporte de cargas: En otro orden de cosas, la Fiscalía también se hizo cargo en su informe del transporte de carga, según el cual señaló que se debía definir unidireccionalmente, ya que debía tenerse presente la carga de importación, puesto que difería totalmente de la carga de exportación, en cuanto a composición, valor, volumen y características de la demanda. En ese sentido la sustitución de los distintos medios de transporte dependía de las características particulares del producto, de cada medio de transporte y de cada cliente. Consideró como mercado relevante los viajes directos e indirectos puesto que tanto en rutas de corta y larga distancia la carga podía ser transportada sin que ello fuese considerado como un servicio de menor calidad por parte del consumidor. Interesante es de señalar que en este mercado relevante, la Fiscalía consideró en cuanto al mercado geográfico su determinación en un enfoque país a país, y en el caso de Europa y Norteamérica un enfoque de continente, sin evaluación del país específico de origen o destino.

c.2 Concentración del mercado: Para finalizar, la FNE analizó el grado de concentración en el mercado relevante, utilizando para ello el índice HHI, también determinó las condiciones de entrada al mercado de transporte aéreo. En cuanto a las barreras a la entrada, cabe destacar que en este mercado en particular se identificaron la existencia de los llamados *hubs*[208], los que a juicio de la FNE otorgan ventajas competitivas que elevan el poder de mercado de las aerolíneas. Se refirió también a los riesgos para la

[208] Hub and Spoke: Corresponde a un sistema de conexiones entre los distintos puntos que sirve una red de cobertura de una aerolínea en el cual éstas se organizan como rayos de una rueda *(spokes)* alrededor de un núcleo *(hub)* que sirve como acumulador de pasajeros, con el fin de reunir la densidad crítica para hacer rentables las conexiones a destino.

competencia que podría conllevar la operación en tanto abusos unilaterales, coordinados, y por último las eficiencias.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: El Tribunal comenzó la parte considerativa del fallo describiendo la industria y estructura de los mercados relacionados con la operación. Así, describió a las empresas involucradas, en cuanto a su giro y actividades, lo que le permitió sostener que la industria involucrada era una de redes[209], por lo que la definición del mercado era más compleja que una mera enumeración de las rutas que eran cubiertas por las firmas.

A mayor abundamiento, el Tribunal en su análisis estimó que, en general, el mercado relevante del producto se debía suscribir a cada par de origen y destino, puesto que la mayoría de los consumidores no podían sustituir un destino por otro.

No obstante ello, estimó además que éste se encontraba condicionado, como decíamos en el párrafo anterior, por efectos de red, los que adquirían distintos grados de importancia según cuál era el tipo de consumidor, a saber, si era más sensible al tiempo, por un lado, o al precio, por otro. Así, lo que pareció importarle al Tribunal en el caso en cuestión era la competencia en la conectividad aérea de Chile, en atención a que, por las características de la demanda en aquellos tipos de consumidores sensibles al tiempo, ellos requerían de mayor oferta, conexiones y vuelos a fin de satisfacer sus necesidades.

d.1.1 Mercado de transporte de cargas: En cuanto al transporte de carga, el Tribunal estimó que los mercados relevantes para el análisis debían tomarse entre pares de países de origen y destino, más que entre ciudades específicas. Esto en virtud de que por el lado de la demanda,

209

los servicios demandados eran de este tipo, y por el lado de la oferta, las tarifas cobradas eran definidas bajo estas condiciones, sin destino específico dentro del país, toda vez que alcanzado el país de destino final, el transporte terrestre se volvía una alternativa más accesible.

d.1.2 Mercado geográfico: Sin mencionarlo, el mercado relevante geográfico sería el de cada ruta, siendo para efectos de la concentración especialmente importante las rutas Santiago-Sao Paulo y Santiago-Rio de Janeiro. En todo caso, de las medidas de mitigación impuestas, pareciera ser que también fueron consideradas rutas relevantes, Chile-Estados Unidos, Chile-Europa y Sao Paulo-Madrid.

d.2 Barreras a la entrada: En cuanto a las barreras de entrada, identificó dentro de ellas como elementos esenciales a la densidad y extensión de la red –toda vez que como señaló nos encontrábamos frente a una industria de redes-. Es decir, en esta industria la variedad de destinos y horarios otorgaba una ventaja competitiva.

d.3 Competencia potencial: Refiriéndose a la competencia potencial, aclaró también que el tamaño de la aerolínea sí importaba en relación con el tamaño del aeropuerto en donde se tenía el *hub*, pues al ser más grande dejaba menos *slots* libres para los potenciales competidores.

d.4 Riesgos y eficiencias de la operación: Finalmente se dedicó a hacer un estudio acabado de los riesgos unilaterales y coordinados que podrían derivar de la operación, además de las eficiencias.

En virtud de todo lo analizado, es que el Tribunal estuvo por aprobar la operación consultada, estableciendo medidas de mitigación a efectos de resguardar la libre competencia, incluyendo varias medidas de tipo estructural.

Conclusiones de la Resolución

En primer lugar debemos señalar, que para el caso en análisis el Tribunal no dedicó un apartado especial y titulado a objeto de definir el mercado relevante, sino que hizo un análisis de la industria y de las empresas objeto de la operación, haciendo referencias tangenciales al mercado relevante que fue necesario unir a efectos de la exposición de esta tesis.

Es así como el TDLC primero hizo, como decíamos, una descripción de la industria y la estructura de los mercados relacionados con la operación y su evolución, lo que llama la atención puesto que identificó las participaciones de las empresas, incluso antes de definir el mercado relevante.

Es importante destacar que el Tribunal en este caso logró identificar a la industria analizada como una de redes, lo que implicó una serie de consecuencias relevantes en las conclusiones del caso, como la estimación de que fragmentar este tipo de mercados dificultaba la formación de las mismas redes, y también el que los incumbentes se vieran disciplinados por la competencia potencial, como él mismo lo señaló. Es el mismo Tribunal el que indicó en su considerando sesenta y dos que "el que en algunos casos a nivel internacional se opte por un análisis de pares de origen y destino como mercados relevantes afectados por una operación de fusión, no implica que en dichas operaciones no deban también considerarse los efectos de red…". Lo anterior implica que las aerolíneas toman sus decisiones respecto de un par específico de ciudades no sólo considerando el mercado entre origen y destino, sino que también sus implicaciones para la totalidad de sus redes[210].

La Fiscalía por su parte basó el análisis en criterios de sustituibilidad de la demanda en atención a las características de los vuelos, y las preferencias de los consumidores, en relación a las variables, precio, calidad, y principalmente

[210] Así lo consideró el Departamento de Transportes de EE.UU, tal como lo citó el Tribunal en el documento DOT / EC Joint Report "Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approaches" en Resolución N° 37/2011 considerando 62.

tiempo, en las dos rutas que identifica: de larga y corta distancia. En este sentido, notamos que a lo largo de toda la sentencia, tanto las empresas consultadas como la Fiscalía, y el Tribunal, basaron de manera explícita parte importante de sus análisis en criterios de sustitución. En ese sentido, compararon la sustituibilidad de los servicios de aerolíneas prestados en base a la sensibilidad de los consumidores en cuanto a tiempo, calidad, tipos de rutas y otros.

10. Resolución N° 39 – 26 Abril 2012 – Quiñeco S.A y Terpel S.A – Rechazada TDLC / Aprobada Corte Suprema.

a. La operación consultada: Caso se trató sobre la consulta por parte de Terpel Chile S.A relativa a la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Quiñeco S.A de los activos de Petróleos Trasandinos S.A y Operaciones Servicios Terpel Limitada, sociedades de propiedad de Organización Terpel Chile S.A.

La adquisición cobró relevancia en materia de concentraciones toda vez que Quiñeco S.A participaba indirectamente del mercado de combustibles líquidos a través de su filial ENEX S.A, la cual participaba a través de estaciones de servicio de la marca *Shell* Chile que comercializaban y distribuían combustibles, lubricantes y otros negocios anexos o relacionados.

b. Las consultantes:

b.1 Mercado relevante: Distinguieron en cuanto al mercado relevante entre la refinación e importación de combustibles líquidos, el mercado de distribución industrial y, el mercado de distribución minorista, basando su descripción en atención a la Resolución N° 34/2011 del TDLC, la operación Copec/Terpel, que acabamos de estudiar. Señalaron que la operación tendría efectos mayoritariamente en el mercado de distribución y comercialización minorista de combustibles líquidos a través de estaciones

de servicio. Respecto a éste lo identificó como un mercado altamente competitivo, en virtud de sus bajas barreras a la entrada y la salida, transparente y objeto de permanente fiscalización y control, lo que permitía la entrada de competidores y desarrollo de nuevas redes de estaciones de servicio.

Así, mencionaron que las líneas de negocios de las partes eran diversas, por una parte ENEX participaba de la distribución y comercialización de combustibles líquidos, lubricantes y productos químicos, asfaltos y tiendas de conveniencia; mientras que Terpel participaba de la distribución y comercialización de combustibles líquidos, gas natural comprimido, lubricantes y tiendas de conveniencia.

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante: La Fiscalía Nacional Económica, en su informe acompañado a la causa, identificó como mercados relevantes tanto el de almacenamiento de combustibles líquidos como el de distribución de combustibles líquidos a clientes industriales y, finalmente, el mercado de la distribución minorista de combustibles líquidos a través de estaciones de servicios. Sin embargo, también se refirió en su informe al mercado de importación de combustibles líquidos y al de transporte de éstos.

c.1.1 Mercado geográfico: En cuanto al mercado relevante geográfico, refiriéndose a la distribución minorista de combustibles líquidos, la Fiscalía señaló que se encuentra determinado por todas las comunas del país en que ENEX y Terpel tenían estaciones de servicio, considerando a la ciudad de Santiago como una gran comuna en su totalidad. Es en ciertas comunas respecto de las cuales la FNE realizó el análisis, discriminando según cuáles de ellas presentaban un HHI superior a 500 puntos. A mayor abundamiento, el organismo identificó algunas comunas en las que señaló se mostraban comportamientos asimétricos en el

traspaso de las variaciones del precio mayorista de la ENAP al precio de venta al público o precio final.

c.2 Concentración del mercado: Cabe mencionar que en cuanto al mercado de distribución de combustibles líquidos a clientes industriales, la FNE utilizó el índice HHI, indicando que la variación de los grados de concentración sería significativa, toda vez que variaban por sobre los umbrales establecidos en su Guía sobre Operaciones de Concentración.

c.3 Barreras a la entrada: Consideró también una gran cantidad de barreras a la entrada, referidas principalmente a las barreras a la instalación de terminales, plantas de almacenamiento, estaciones de servicio, entre otras, debido a los permisos legales y medioambientales involucrados. Indicó a su vez el aumento de los riesgos de coordinación entre los competidores.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: El Tribunal utilizó el mismo mercado relevante del producto definido en su Resolución N° 34/2011, enfocando su análisis para el caso en cuestión al mercado de distribución de combustibles líquidos industrial, especialmente en su segmento minorista.

d.1.1 Mercado geográfico: Distinguió a su vez los mercados relevantes geográficos, según cada una de aquellas áreas, estableciendo que para el sector industrial era el mercado nacional y que para el minorista, uno acotado más bien a la comuna o localidad. Ésta última distinción la efectuó en atención a que sostuvo que el consumidor tomaba sus decisiones considerando las alternativas que poseían para sustituir el consumo, buscando una estación de servicio sustituta, frente a lo cual consideraba entonces los costos de transporte.

d.2 Poder de mercado: Cabe mencionar en cuanto al fallo, el que las consultantes, en uno de los informes que incorporaron a la causa, hicieron una medición del poder de mercado en atención al –ya estudiado en esta

tesis- Índice de Lerner, para concluir en definitiva que la elasticidad de la demanda podía catalogarse como alta, y que existía por tanto un alto grado de intensidad de competencia –y por lo tanto un bajo poder de mercado-. El Tribunal sin embargo descartó en base a argumentos económicos, la utilización de ésta herramienta, toda vez que consideró que se fundaba en el erróneo supuesto de que la oferta en este caso era completamente elástica, cuestión de la cual el TDLC no estuvo de acuerdo.

El Tribunal también tomó consideración experiencia en derecho comparado en sus considerandos en este fallo, y así podemos notarlo en la parte en que, refiriéndose a un análisis sobre el grado de competencia, puntualizó que era necesario evaluar también, por lo menos, los márgenes existentes en la industria en estudio, pues de otro modo se podía caer en lo que nosotros ya conocemos como la “falacia del celofán”.

d.3 Riesgos y eficiencias de la operación: Finalmente, el Tribunal se refirió a los riesgos de la operación y a las eficiencias que generaba. En ese sentido puso énfasis, al igual que la Fiscalía, en los riesgos de coordinación que se generarían en atención a la estructura del mercado respecto del cual, a su juicio, nos encontrábamos. Así entonces, señaló como características fundamentales del mercado de combustibles líquidos la homogeneidad del producto vendido, la facilidad del monitoreo del acuerdo mediante la publicación de listas de precios o el que no poseían sustitutos cercanos en un plazo razonable. En atención a ello el Tribunal analizó la sustituibilidad del combustible líquido con la energía eléctrica para los automóviles u otras fuentes de energía, frente a lo cual estuvo por descartar la sustituibilidad en atención a los costos de cambio en el corto plazo, que a su juicio incidirían en la capacidad de sustitución.

En virtud de todo lo anterior, y de los riesgos identificados en los efectos que podría tener la operación, particularmente aquellos coordinados, el TDLC decidió rechazarla.

Conclusiones de la Resolución

Por primera vez cobró importancia para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alto poder de mercado que se alcanzaría posterior a la fusión por parte de las consultantes. Si bien basó su definición de mercado relevante en la misma estructura ya definida en el caso Copec/Terpel, acotó su análisis al mercado de distribución y comercialización minorista toda vez que, en su opinión, en ese mercado encontrábamos los riesgos concretos y reales para el proceso competitivo en el aumento de los niveles de concentración en esta industria

No obstante todo, no podemos identificar en el caso de autos un criterio cualitativo, o uno cuantitativo utilizado para determinar el mercado relevante. Únicamente pareciera destacable que el Tribunal descartó la utilización de ciertos criterios econométricos aportados por las consultantes, por considerarlos erróneos, efectuando sólo para tales efectos un análisis en términos más económicos.

Es en virtud de este mercado definido en forma acotada, y la existencia a juicio del TDLC de barreras a la entrada, de escasa sustituibilidad de la oferta, la eliminación de un competidor en áreas del mercado geográfico, y de un competidor potencial en otras áreas, es que estimó nos encontrábamos frente a un mercado que revestía características de alta concentración. Debido a ello estableció que, de permitirse la fusión, se alcanzaría un poder de mercado que generaría en definitiva una posición dominante difícil de regular, lo que generaría altos riesgos de coordinación, por lo que estuvo en rechazar a la operación consultada.

Cabe destacar, en cuanto al análisis realizado por la Fiscalía, el estudio cuantitativo respecto de los precios por localidades en la venta de combustibles líquidos minoristas, a fin de establecer que la diferencia mencionada en

párrafos anteriores, podía ser conclusiva de comportamientos riesgosos de las empresas consultantes.

Resolución de la Corte Suprema

Interesante es analizar el fallo de la Corte Suprema en este caso, debido a que no es un tribunal especializado en materia de libre competencia. No obstante ello, definió al mercado relevante, y en su considerando décimo sexto, señaló que en el caso de autos, este se encontraba compuesto por el mercado de distribución de combustibles líquidos en los segmentos industriales y minoristas, al igual que lo referido en el fallo del TDLC objeto de la reclamación. Tal como fuese en el caso reclamado, ni los recurrentes, ni la misma Suprema se cuestionaron dicha definición.

Sin embargo, al hacer el análisis de eficiencia en los precios, la Corte volvió a distinguir en su considerando vigésimo quinto a los mercados relevantes afectados por la operación, y se refirió al estudio de eficiencias tanto en la importación de combustibles, como en el almacenamiento, el transporte y marketing, siguiendo la línea de lo establecido por la Fiscalía en su informe.

Conclusiones Finales

Poco se distingue la resolución sobre este caso respecto del ya analizado fallo Copec/Terpel, respecto de la definición del mercado relevante. En ese sentido, todo lo ya relatado en párrafos anteriores en cuanto al análisis de dicho fallo, es completamente aplicable al caso *sub-lite*, y de manera aún más enérgica toda vez que, de acuerdo a la operación de concentración presentada, la materia atendía particularmente al mercado de distribución minorista.

Por último, más allá de que el mercado relevante no fue objeto particular de discusión para el caso en cuestión, y que todos los actores estuvieron más o menos contesten en su definición, llama la atención el desorden que se produjo

en cuanto a este toda vez que, si bien se limita el mercado de combustibles, al de distribución industrial y minorista, tanto el TDLC como la Corte posteriormente, involucraron otras etapas de la estructura del mercado de combustibles al analizar riesgos o eficiencias de la fusión, a saber, el almacenamiento, transporte y otros. Es en esos análisis en los que, por ejemplo, involucraron conceptos de sustituibilidad, alterando el orden normal del proceso de determinación del mercado relevante, en cuanto el análisis de sustituibilidad de la demanda, tal como hemos explicado a lo largo de esta tesis, debe efectuarse (al menos así sucede normalmente) en éste.

11. Resolución N° 43 – 12 diciembre 2012- SMU S.A y Supermercados del Sur S.A – Aprobada.

a. La operación consultada: La causa se generó a propósito de la consulta por SMU S.A de la fusión entre la sociedad SMU S.A y Supermercados del Sur S.A.

b. Las consultantes:

   b.1 Mercado relevante: Describieron dos mercados relevantes para efectos de la consulta, el primero de ellos referido al mercado de distribución de aguas abajo minorista y mayorista, y el segundo de ellos el mercado aguas arriba de aprovisionamiento mayorista. Dentro de ellos, particularizaron el mercado relevante de distribución minorista, señalando que correspondía a la comercialización de abarrotes y bienes de consumo masivo general al detalle, comprendiendo entonces a supermercados, tiendas de conveniencia, almacenes, distribuidores mayoristas, servicios de mercadeo vía *e-commerce* y ferias libres. A mayor abundamiento, analizaron la sustituibilidad de la demanda, y concluyeron haciendo una distinción, en tanto los almacenes, *minimarkets*, ferias, farmacias y otros centros de distribución eran considerados sustitutos perfectos para las compras de

reposición y de urgencia, pero sin embargo serían imperfectos para las compras de abastecimiento de los bienes y servicios.

b.1.1 Mercado geográfico: El mercado geográfico de ambos fue identificado como el de Chile en términos generales, pero reconocieron la precisión que había efectuado el Tribunal al respecto en cuanto a señalar que los límites venían dados por la distancia que para el consumidor resultaba razonable desplazarse, a fin de realizar compras de ese tipo.

Finalizaron su exposición refiriéndose al mercado de aprovisionamiento mayorista citando al Tribunal, definiéndolo como que "(…) es posible afirmar que existe un mercado de aprovisionamiento mayorista de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, en el que participan, por el lado de la oferta, los proveedores, y por el lado de la demanda, los minoristas"

c. Fiscalía Nacional Económica:

c.1 Mercado relevante: En su informe, la Fiscalía Nacional Económica distinguió, nuevamente y sin novedad respecto de informes pasados –como en D&S/Falabella-, entre el mercado relevante de aprovisionamiento mayorista, y el de distribución minorista. Respecto al primero señaló que correspondía a los supermercados de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar, con un alcance geográfico que tendía a ser nacional, sin perjuicio de considerar que podía ser regional o local en relación con determinados productos que, por sus características, se comercializaban sólo en dichos ámbitos.

Por otro lado, y refiriéndose a la distribución minorista –mirando por ello entonces a los consumidores directamente-, identificó al mercado como el aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, por parte de tiendas de superficie especialmente diseñada al efecto, denominadas supermercados, de

productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales.

c.1.1 Mercado geográfico: En cuanto al mercado geográfico, su definición fue predominantemente local, y precisó al respecto que en la Región Metropolitana se definiría a través de isócronas[212] de 10 minutos, lo que fue más acotado que lo que eventualmente estimaría posteriormente el Tribunal para el caso.

c.2 Efectos de la operación consultada: La FNE hizo un estudio empírico interesante en cuanto a los efectos de la fusión, de carácter más econométrico, en virtud de un análisis de precios por localidad, que la llevó a concluir que la operación entre ambas cadenas implicaría un aumento de los precios cobrados a los consumidores finales en los locales de SMU donde se encontraba compitiendo con Supermercados del Sur.

d. TDLC:

d.1 Mercado relevante: El Tribunal en este fallo comenzó, en lo que para estos efectos nos convoca, haciendo una descripción de la evolución de la industria supermercadista en Chile. Cuando definió el mercado relevante, lo hizo en los mismos términos que los señalados por la FNE en su informe. En cuanto al mercado geográfico en la distribución minorista, amplió su definición al delimitarlo por las isócronas de viajes en automóvil que van entre los 5 a 15 minutos.

Consideró también otros mercados relacionados al supermercadista como las cadenas de tiendas de conveniencia de menor tamaño ubicadas en lugares estratégicos y con amplios horarios de servicios, negocios de compras en línea con despachos a domicilio y cadenas mayoristas, toda

[212] Se utilizan en el estudio de marketing y publicidad. Y pueden ser definidas como: “Las curvas isócronas son aquellas que reúnen los lugares que permiten acceder en un tiempo determinado a un punto de venta.” RABIT, M. 2005. Les mots-clés du marketing - Espagnol. Editions Bréa. París. 109p.

vez que la empresa fusionada era propietaria de Ok Market, Telemercados, Dipac y Comer, empresas ligadas a dichos ámbitos respectivamente.

Excluyó del análisis a los almacenes, en virtud del ya conocido argumento de que no podían revestir la calidad de "*one stop shopping"*, toda vez que lograban encontrarse en ellos una gama reducida de productos, característica incompatible con los supermercados como para considerarlos sus competidores.

Consideró también como particularmente importante el que SMU formaba parte del *retail* integrado en virtud de su participación en tiendas al mejoramiento del hogar como Construmart, La Polar, o de bancos como Corpbanca.

Importante es señalar que el Tribunal en este fallo dedicó un apartado especial al análisis de la competencia en el mercado relevante, en el que se hizo cargo, por ejemplo, de uno de los informes econométricos respecto a la concentración del mercado alimenticio presentado por las consultantes.

d.2 Barreras a la entrada, riesgos y eficiencias de la operación: Posteriormente, identificó fuertes barreras a la entrada del mercado analizado, como por ejemplo la falta de terrenos disponibles en los sectores de mayor densidad, las que hacían muy difícil la entrada de otros operadores, produciendo que la competencia potencial fuese elemento poco probable a considerar en favor de la operación objeto de la consulta. Finalizó su análisis refiriéndose a los riesgos unilaterales, coordinados, y a las eficiencias que podían derivarse de la fusión.

Atendido todo lo anterior, es que el Tribunal declaró la aprobación de la operación de concentración consultada, estableciendo medidas de mitigación.

Conclusiones de la Resolución

En primer lugar podemos señalar respecto del fallo analizado, que en cuanto a la definición del mercado relevante, ésta se limitó a hacerse en los mismos términos de casos anteriores (particularmente en D&S/Falabella[213]). Por lo que nos remitiremos a lo señalado respeto a supermercados en aquel fallo.

En relación al mercado relevante planteado por las consultantes, cabe resaltar la distinción que hicieron entre la sustituibilidad perfecta e imperfecta para referirse a almacenes, *minimarkets* y otros, la que fue realizada en base a un análisis de tipo cualitativo, toda vez que consideraron las características de dichos servicios al consumidor estándar, como la cercanía y rapidez.

En virtud del análisis del mercado realizado, las participaciones en él de las empresas que pretendían fusionarse, el que SMU formara parte del *retail* integrado, con todas las consecuencias que de ello derivan[214], además de las considerables barreras a la entrada, y por consiguiente la falta de competidores potenciales, llevaron a la conclusión al Tribunal de que la operación de concentración propuesta encaminaría a las consultantes a alcanzar un poder de mercado de tal grado, que sería difícil de contrastar. Este poder de mercado, en atención a estudios que se presentaron en la causa que analizaron los precios –a través de modelos econométricos- podía volcarse en definitiva en un aumento de ellos en aquellas localidades donde ambos competían.

Sin embargo, el TDLC continuó con su línea de no estimar que el poder de mercado alcanzado por sí mismo era suficiente para desechar una fusión,

[213] Pero también en otras resoluciones, como la N°720/2004; N°31/2005; N°65/2008; N° 33/2011; N° 35/2011, si quiere realizarse un estudio más acabado sobre la industria supermercadista, lo que escapa al objeto de este trabajo.

[214] Consecuencias que fueron analizadas a apropósito de la Resolución N°24/2008 en la fusión D&S/Falabella, como por ejemplo las bases de clientes que llevan a estrategias de marketing y de fidelización, entre otros.

sino que estableció las medidas de mitigación pertinentes a fin de asegurar al mercado frente a la aprobación de ésta.

III.3 Conclusiones del Análisis Jurisprudencial

Si bien en los inicios de la Comisión Resolutiva, entre los años 1960 y principios de los años 80'[215], predominaba una visión de carácter más bien estructuralista, que se traducía en que varias de las operaciones de concentración presentadas fuesen rechazadas[216], aun cuando las participaciones en el mercado fueran bajas, en virtud del temor general que existía de que se produjera una colusión entre las entidades que iban a quedar formando parte del mercado, como se puede notar de las resoluciones analizadas en el inicio de este capítulo, esa visión fue variando. Desde ahí, tal como es efectivo apreciar en el análisis jurisprudencial realizado en estas páginas, se produjo en los hechos una evolución de la Comisión hacia una posición de aprobación más general de las fusiones, mirando de forma más puntual a las eficiencias que se podían producir en el mercado, caso a caso, que a los riesgos de la concentración del poder de mercado que se lograba alcanzar en éste.

Respecto a la definición del mercado relevante, si bien comienza tibiamente a delinear sus conceptos y límites, salta a la vista lo que pareciera ser una falta de argumentos económicos precisos y de terminología del derecho de la libre competencia en los análisis contenidos en sus resoluciones.

Quizás la composición de la Comisión puede darnos alguna respuesta frente a este escaso desarrollo, toda vez que, tenida ésta a la vista, podría señalarse

[215] DOMPER, M. y TARZIJÁN, J. Operaciones de Concentración Horizontal. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA y CENTRO DE LIBRE COMPETENCIA UC. 2011. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Thomson Reuters. Santiago, Chile. 269p

[216] A propósito de los porcentajes y estadísticas de dicha afirmación, puede verse PAREDES, R. Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile. 1995. Centro de Estudios Públicos. 237p. Así por ejemplo ciertas resoluciones no transcritas en esta tesis como la Resolución N°73 de año 1980 que rechazó el proyecto de fusión entre Cementos Bío-Bío y Cemento Cerro Blanco de Polpaico o la Resolución N°76 a propósito de la Consulta de Sociedad Aceite y Alcoholes Patria S.A., donde se ordenó terminar con el mandato de administración entre las empresas por vulnerar la libre competencia.

que la razón es fundamentalmente que las personas integrantes carecían en general de *expertise* económico específico en materias de libre competencia. En efecto, tal como señalamos en la parte acerca de la regulación chilena, y que es atingente recordar, el artículo 16 del DL 211 –antes de su modificación en el año 2003- establecía que la Comisión Resolutiva se encontraba integrada por:

a) Un Ministro de la Corte Suprema, designado por este Tribunal, que la presidirá;
b) Un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción;
c) Un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Hacienda;
d) Un Decano de una Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de una Universidad con sede en Santiago, y
e) Un Decano de una Facultad de Ciencias Económicas de una Universidad con sede en Santiago.

Siendo éste último miembro el único que, en principio, fue considerado por el legislador para dar un punto de vista en términos más económicos a la resolución de los casos de libre competencia en nuestro país.

En cuanto al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuya labor comienza precisamente con la operación de concentración entre VTR y Metrópolis el año 2004, presenta en sus fallos una evolución clara, y que se debe destacar, en cuanto a la importancia en la determinación del mercado relevante. Sus fallos presentan un avance paulatino año tras año, profundizando en terminología económica y jurídica, hasta transformarse en una parte imprescindible del análisis de cada una de éstas operaciones.

Según pudimos apreciar en los casos expuestos en este último capítulo, el análisis que el Tribunal sostiene a lo largo del tiempo es más bien de tipo

cualitativo, atendiendo principalmente a las particularidades de los servicios y productos ofrecidos, y con ello a las características específicas de la demanda y de la oferta, requeridos para definir el mercado relevante.

No obstante lo anterior, debe mencionarse que, aun cuando el mercado relevante forme parte importante en sus resoluciones, el TDLC tiende de todas formas a concentrarse de manera general más en los efectos de la operación de concentración, que en la importancia del establecimiento de un mayor o menor poder de mercado a través del establecimiento de los productos que se encuentran –o no- dentro de este mercado relevante. En ese sentido, el Tribunal tiene claridad en cuanto a que un alto poder de mercado no significa *per se* un abuso de ello que sea sancionable, por lo que no necesariamente se alarma en los casos de consultas que involucran altos índices de concentración, toda vez que descansa en las medidas de mitigación, las que son muy importantes para resguardar la libre competencia en el país. Como veíamos, casos excepcionales a esto han sido D&S/Falabella y Terpel/Shell en los que el poder de mercado alcanzado por la operación sí fue fundamental para que el Tribunal las rechazara, toda vez que a su juicio no iba a ser posible que se generaran presiones competitivas que pudiesen regularlas.

El Tribunal opta por seguir un camino que signifique un análisis global de las operaciones de concentración. Es por ello que junto a la determinación del mercado de referencia, y el análisis de las cuotas de mercado, a efectos de medir la concentración y el poder de mercado, realiza también un análisis acerca de las barreras a la entrada y la competencia potencial que le permiten sacar conclusiones respecto de las características del mercado, y en ocasiones, respecto a su desafiabilidad. Así las cosas, puede decirse que los jueces de la libre competencia en Chile hacen suya también las conclusiones de la Corte Suprema en Estados Unidos que dicen relación con que el establecimiento del

poder de mercado a partir del examen de las cuotas de mercado no es suficiente toda vez que es necesario comprobar su durabilidad en el tiempo[217].

Es de esta forma como entonces el análisis del poder de mercado en nuestro país en los casos de operaciones de concentración, se hace no sólo en base a las cuotas de participación del mercado por parte de las empresas objeto de la consulta, sino que éste siempre es completado por el análisis de barreras de entrada y/o existencia de competencia potencial, que permiten tanto a la FNE como al Tribunal estimar si dicho poder se ve reforzado o es por el contrario desafiable por otras firmas y/u otros actores del mercado.

Sin embargo, en cuanto a la profundidad del examen propiamente tal, salta a la vista que si bien existe una parte importante de estudios y análisis acerca del mercado relevante, en muchos casos lo debatido no dice relación con la pertenencia o no de un producto u otro dentro de éste, sino más en relación a las características que presenta el mercado analizado. No obstante lo anterior, de todos los fallos analizados podemos notar como paulatinamente se ha ido incrementando la preocupación de los distintos intervinientes en dar con dicha definición, y así se acompañan cada vez más –como salta a la vista en los expedientes- diversos informes económicos que dan cuenta del mercado relevante, y sus características.

Cabe mencionar que muchas veces, debido a la falta de información y datos con los que cuenta el Tribunal, éste mismo reconoce que le es imposible hacer una determinación acabada del mercado relevante. Es por ello, que en la mayoría de los casos, pareciera ser que es una definición más bien intuitiva, dando la impresión que desde el inicio de la consulta, ya se sabía cuál era el

[217] Así por ejemplo United States v. Microsoft Corp. 2001 “a firm cannot posses monopoly power in market unless that market is also protected by significant barries to entry”. “Una empresa no puede tener poder de mercado monopólico a menos que el mercado este protegido por barreras a la entrada de significancia”. Traductor del autor.

mercado frente al que nos encontrábamos, tratando de respaldarlo con posterioridad en el análisis de características, precios, usos y preferencias de los consumidores para ello. Creo que puede ser precisamente esa una de las principales razones por las cuales el TDLC opta frecuentemente por la realización de un estudio más cualitativo que cuantitativo del mercado relevante. Podríamos inclusive señalar que a veces da la impresión de que, por no contar con los datos cualitativos, el Tribunal tiende a adoptar una posición más restrictiva, para poner a prueba el caso. Así por ejemplo puede apreciarse en el caso Anagra/Soquimich en el que el TDLC se refirió exclusivamente al mercado de fertilizantes.

Puede entenderse en muchos casos las posturas de la Comisión Resolutiva y del TDLC en no adentrarse en la discusión sobre la determinación de los límites del mercado relevante, toda vez que, suele suceder que nos encontramos frente a un mercado con pocas o inexistentes barreras a la entrada, lo que convierte al mercado en uno desafiable, en términos de la existencia potencial de competidores. La razón de ello, como se mencionaba anteriormente, es precisamente la importancia que revisten las medidas de mitigación.

Finalmente, cabe decir que es importante entender y dar cuenta del criterio seguido por la Comisión o el Tribunal, porque ello nos entrega información fundamental acerca de la importancia que revestirá la definición del mercado relevante, toda vez que en atención a ello será significativo o no para los jueces de la competencia el poder de mercado alcanzado por la fusión. En efecto, de seguir un criterio más estructuralista, la definición del mercado relevante cobra mucha más significancia en el análisis, en virtud de que el Tribunal tendrá a la vista cuánto poder de mercado se generará entre las empresas que pretenden hacer la operación, puesto que de alcanzar un alto poder, que no sea a juicio

del Tribunal contrarrestable con medidas de mitigación u otros factores, la fusión será en definitiva rechazada.

Por otro lado, de seguir un enfoque más centrado en las eficiencias de la operación, entonces el poder de mercado alcanzado –sin que pierda totalmente importancia- tendrá menor peso al analizar si aprobar o no la fusión. En virtud de ello, la definición del mercado relevante disminuye también en su trascendencia dentro del análisis.

Respecto a la falta de utilización del test del monopolista hipotético en los casos analizados, llama profundamente la atención que tanto la FNE, como la doctrina, e incluso algunos Ministros[218] que han pasado por el Tribunal se refieran a este test para definir el mercado relevante, sin embargo, siempre que nos encontramos ante un caso de operación de concentración, cuesta verlo llevarse a la práctica[219]. Destacamos con todo el uso en algunos casos de ciertas herramientas de corte más econométrico, como por ejemplo el test de correlación de precios en la operación de concentración de Anagra/Soquimich.

III.4 La Mirada y Evolución de la Fiscalía Nacional Económica.

En base a todo lo analizado anteriormente, tanto en los casos llevados ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como la selección que se ha hecho de operaciones llevadas frente a la Comisión Resolutiva, es que puede realizarse este apartado con miras a dedicarle algunas palabras a lo que ha sido la posición de la Fiscalía Nacional Económica respecto al mercado relevante en las operaciones de concentración en Chile. Sin embargo, estimando que ello no es suficiente para dar con una visión completa de lo

[218] Op Cit. DOMPER, M. y TARZIJÁN, J. 275p.
[219] En todo caso, es difícil en virtud de la reserva que tienen, acceder a los informes económicos presentados en las causas, donde se podría ver la utilización de este test

sucedido, es que además en este apartado se traerán a colación informes realizados por la Fiscalía respecto de operaciones en las que se llegó a acuerdo, y que son interesantes de analizar en atención al estudio realizado en ellos.

En primer lugar, puede comenzarse diciendo que, según todo lo estudiado, es factible afirmar que la Fiscalía Nacional Económica, en los diversos casos judiciales y extrajudiciales en los que ha tomado participación en tanto organismo de defensa de la libre competencia, se ha inclinado en general por efectuar un análisis cualitativo del mercado relevante.

En efecto, han sido criterios en base a las características físicas, usos y funcionalidad de los diversos productos y servicios, los que lideran sus conclusiones al respecto. Así por ejemplo podemos notar en el caso Iberoamerican/GLR en el que distinguió a las frecuencias AM y FM en atención a las características más ventajosas de éstas, y su llegada a un mayor número de radioescuchas en virtud de las preferencias manifestadas. Con mayor claridad podemos notarlo en el asunto ING/Bansander, en el cual diferenció los servicios prestados por la AFP en razón de la elección obligatoria o voluntaria por parte de los trabajadores; o en D&S/Falabella al separar a los malls, *power center*, y *strip center*, toda vez que se diferenciaban en la cantidad de tiendas, productos ofrecidos en cada una, y además en la percepción de los consumidores respecto a cada uno. Misma metodología fue utilizada en el caso Anagra/Soquimich a fin de diferenciar los diversos fertilizantes, principalmente en cuanto a su funcionalidad, lo que le permitió distinguir entre el nitrógeno, el potasio y el fósforo porque -sólo para efectos de ejemplificar el punto-, el primero servía para el crecimiento, reproducción fuerza y rendimiento de las plantas, mientras que el fósforo para el desarrollo de la semilla, y finalmente el potasio actuaba como un regulador en las plantas que determinaba la calidad de los frutos.

Sin embargo, análisis en términos más económicos también han sido llevados a cabo. Interesante es en ese sentido, por ejemplo, el análisis que hizo la FNE en el caso Soprole/Nestlé[220], aun cuando se hubiese retirado la operación posteriormente por Nestlé, respecto al establecimiento del mercado geográfico de la producción de lácteos, puesto que utilizó técnicas econométricas a fin de identificar si el área relevante es nacional o regional. De esta forma, se basó en test de precios, tanto en el test de correlación propiamente tal, como el de diferenciación o Test Granger, lo que le permitió arribar a la conclusión de que el mercado frente al cual se encontraban en el caso es aquel que cubría el área nacional, a diferencia de lo planteado por las consultantes.

Por otro lado, en el mismo asunto y refiriéndose al estudio del mercado del producto, en específico respecto al mercado de distribución y comercialización de productos lácteos, la Fiscalía, en una integración entre herramientas econométricas y cualitativas, distinguió en primer lugar diversos productos en consideración a sus características físicas, funcionalidades, valor agregado y preferencias por los consumidores. En ese sentido, teniendo a la vista un informe económico aportado, señaló que existían, por ejemplo, diversos tipos de yogur, que presentaban tal tipo de diferencias, que optó por agruparlos en dos categorías por separado.

Posteriormente, y una vez realizada aquella diferenciación cualitativa, la Fiscalía pretendió discriminar dentro de dichas agrupaciones si cada uno de los yogur identificados competía con los demás. Para esto, utilizó el test del monopolista hipotético, estimando las elasticidades de precios propias de cada producto, y las elasticidades cruzadas de los potenciales productos sustitutos. Incluso fue más allá aún y profundizó la utilización de las herramientas

[220] ROL NC 138-06.

econométricas según los tipos de yogur que estaba comparando, así por ejemplo entre el yogur batido y el yogur más cereal, realizó un análisis de pérdida crítica, que es una técnica práctica para medir, mediante el test del monopolista hipotético, si ambos productos pertenecían o no al mismo mercado relevante. La conclusión a la que llegó la FNE entonces, gracias a la utilización de éstos métodos econométricos, es que cada yogur formaba parte de un mercado relevante del producto por sí mismo, separados e independientes entre sí.

Mismos métodos, aunque más limitados por falta de datos, realizó para analizar el mercado de la leche líquida, crema de leche, de los postres, en el que las consultantes señalaron que la fruta era sustituto de sus productos como el Manjarate de Soprole o el Chandelle de Nestlé, frente a lo cual, en una utilización más bien intuitiva del Test SNIPP, que un análisis econométrico propiamente tal, la FNE descartó.

Cabe mencionar al respecto otro de los casos, en que se llegó a acuerdo extra judicial entre la Fiscalía y las empresas, que fue la operación de concentración entre Pfizer y Nestlé[222], en el que la FNE investigó acerca del mercado de fórmulas lácteas infantiles. Identificó dentro de dicho mercado a todas las leches en polvo y líquidas para niños de 0 a 36 meses, respecto del cual caracterizó según los productos con los que se elaboraban, formas de presentación y canales de distribución. También dio cuenta de los distintos productos en atención a las etapas etarias de los bebés que las consumían. Finalmente, señaló que en atención a los compromisos y obligaciones asumidos por las partes de la operación, no se hacía necesario definir con exactitud el mercado relevante, pues el efecto de las medidas de mitigación sería el mismo.

[222] ROL AE 07-13.

Así las cosas, mientras que nos encontramos con casos, como el Nestlé/Soprole, en el que la Fiscalía hizo un análisis detallado y minucioso del mercado relevante, podemos apreciar algunos otros en que pareciera ser más imprecisa, no en cuanto a su definición sino que respecto del proceso para el cual está establecido, e inclusive algunos donde señala expresamente que no es necesario definirlo con exactitud. En efecto, por ejemplo en el caso de los bancos Corpbanca/Itaú[223], en su resolución de archivo, descartó su definición toda vez que, a su juicio, no resultaba necesario para los fines del análisis, dado que la operación no superaba los umbrales establecidos por la Guía, bajo ninguna posible definición del mercado. Si bien no contamos con mayores antecedentes respecto a la investigación, llama la atención la conclusión de la Fiscalía, toda vez que es bastante difícil analizar las participaciones de mercado de una empresa, sin que antes se hubiese definido el mercado relevante donde van a medirse. ¿Cómo estimar entonces que no superaban los umbrales de la Guía? No obstante lo anterior, en su informe de investigación, la Fiscalía distinguió entre la Banca de Personas, la Banca Comercial (y dentro de ella la correspondiente a pequeñas, medianas y grandes empresas), además de identificar los distintos productos y servicios ofrecidos. Casos como el relatado recientemente, y Pfizer/Nestlé nos recuerdan también las decisiones tomadas por el TDLC en ciertas operaciones de concentración donde descansó también en las medidas de mitigación, no centrando su análisis en profundidad en el mercado relevante a fin de dar con el poder de mercado.

También existen casos en que la definición del mercado relevante efectuada por la Fiscalía atendió a criterios más cercanos a los de la Comisión Europea, a saber, el de sustituibilidad de la demanda (y también de la oferta). En efecto, en el acuerdo suscrito entre la FNE y Contitech Chile S.A y Veyance Technologies

[223] ROL F23-2013.

Chile Limitada[224], del año 2015, respecto a las correas como medio de transporte de mineral, distinguió al mercado de correas de tela o textil y al mercado de cable de acero, en base a que no existía sustituibilidad de la demanda principalmente por estar enfocadas a distintas aplicaciones en virtud de su resistencia, como característica física. Podemos notar que el análisis de la Fiscalía se basó principalmente en uno del tipo cualitativo.

Otro estudio más cualitativo podemos apreciarlo en el análisis que hizo la Fiscalía a propósito de la operación de concentración entre Laboratorios Andrómaco con Laboratorios Grünenthal[225], en el que, por ejemplo, distinguió entre anestésicos locales tópicos según sus principios activos, como Versatis y Dimecaína, en razón de su uso terapéutico. De esta manera, señaló la Fiscalía, el primero de ellos que consistía en un parche, era generalmente utilizado para el alivio sintomático de dolores, mientras que el segundo, en forma de gel o crema era utilizado en procedimientos médicos ambulatorios, en procesos dolorosos en la mucosa oral, lo que a su juicio, los hacía formar parte de mercados relevantes diferentes.

En cuanto al mercado geográfico relevante, cabe destacar la innovación por parte de la Fiscalía en los casos respecto a supermercados, en virtud de que basó su establecimiento en razón del área comprendida dentro de los 10 minutos de traslado en automóvil desde cada uno de los locales de supermercados analizados, basándose en isócronas. Dicho análisis es novedoso y da cuenta de los estudios ingeniosos que realiza la FNE a fin de poder establecer lo más precisamente posible el mercado relevante en la operación de concentración objeto de estudio.

[224] ROL AE 11-15.
[225] ROL F20-13.

CONCLUSIONES

Tal como se ha mencionado ya en reiteradas ocasiones a lo largo de estas páginas, la definición del mercado relevante y los métodos para su establecimiento han estado lejos de ser una cuestión pacífica en el derecho de la libre competencia en el mundo. Tanto en Estados Unidos como en la Comunidad Europea y en Chile -que es lo que nos compete- el asunto es ardua y profundamente discutido tanto en doctrina como en jurisprudencia.

Cabe entonces hacernos la pregunta de rigor ¿es el mercado relevante necesario a fin de establecer el poder de mercado de una empresa? Y en particular, ¿es necesario para determinar el poder de mercado que tendrán las empresas que pretenden efectuar una operación de concentración?

Luego de todo lo analizado a lo largo de estas hojas, pareciera ser que todavía la respuesta es sí. El punto es que esa afirmación va de la mano de ciertas precauciones. Y es que no podemos hacer oídos sordos a todo lo que nos plantean los diversos autores y jueces acerca de las prevenciones que hay que tomar al respecto.

Es verdad que en la práctica no logra contarse con toda la información suficiente que permita desarrollar con exactitud los métodos planteados, particularmente los cuantitativos. En nuestro país, el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia reconoce en varios de los casos expuestos en el análisis jurisprudencial de este trabajo, que carecía de la información necesaria para calcular, por ejemplo, las elasticidades de la demanda o de la oferta. Es por ello que podemos apreciar que en muchos de los fallos el Tribunal pareciera

ubicarse dentro de un mercado establecido más intuitivamente, que basa en argumentos económicos o cualitativos, aun cuando éste último análisis predomina en sus fundamentos.

En cuanto a la definición de mercado propiamente tal, de lo expuesto en la segunda parte de este trabajo, es claro que tanto el ya conocido test del monopolista hipotético, como todos los demás métodos de corte econométrico elaborados para dar con aquella definición, están sujetos a errores que pueden derivar en lesiones a la competencia en un país. En ese sentido, ninguna de las fórmulas, ni aun la más económica, es perfecta por sí misma.

Sin embargo, la atracción por tal procedimiento, como lo señala el profesor Kaplow, se debe al desarrollo y establecimiento a lo largo del globo de la creencia de que elegir el mercado relevante es menos difícil que examinar el poder de mercado directamente[226]. Y es que quizás en ello radica todo el problema, toda vez que siguiendo esa misma línea podemos válidamente cuestionarnos acerca de la finalidad de la definición del mercado relevante ¿es verdaderamente una herramienta sólo para dar con el poder de mercado? Porque en cuanto a las operaciones de concentración, da la impresión de que el establecimiento del poder de mercado no es determinante en sí, y esto en razón de que existe la posibilidad de establecer medidas de mitigación que serán de vital trascendencia para que no se produzcan lesiones a la libre competencia.

¿Por qué el mercado relevante es importante entonces? La respuesta a esta pregunta viene dada, creemos, por algo que pudiese ser un tanto obvio, y que quizás por eso omitido en los textos y fallos: porque necesitamos ubicarnos en el mercado respecto del cual se efectuará el análisis de la operación. Eso en tanto debemos saber qué mercados se verán afectados, y en qué medida, no tanto por el poder de mercado, sino por los diversos efectos que podrá tener la

[226] Op Cit. KAPLOW, L. 507p.

fusión. En ese sentido, George Werden, en un *paper*[227] que pretende responder a Kaplow, plantea que la definición del mercado separa a las fuerzas activas de la competencia, de aquellas que se encuentran en el fondo. En efecto, Werden apunta a que las cortes estadounidenses con frecuencia usan esta definición para saber dónde el daño a la competencia podría ocurrir.

Por otra parte, es necesario recalcar que la definición del mercado sigue siendo esencial en la valoración del poder de mercado aun cuando las cuotas de mercado no sean utilizadas. La misma Corte Suprema estadounidense reconoce que "una muy alta cuota de mercado no establece la existencia de poder de mercado" por sí misma en atención a que la durabilidad del control sobre el precio es crucial[228]. Es por eso que para saber acerca de la existencia de poder de mercado de una empresa, la definición del mercado relevante puede ser necesaria, pero nunca suficiente, en tanto deberá realizarse un análisis global de otros factores imprescindibles tales como las barreras a la entrada o la competencia potencial.

Y ese es precisamente el camino que han optado seguir las nuevas Guías de operaciones de concentración estadounidenses, y que también se manifiesta en nuestro país en la última versión publicada por la Fiscalía.

Es por todo lo anterior que si bien creo que el camino a seguir adoptado en las directrices del 2012 por la Fiscalía Nacional Económica, en orden a centrarse en los efectos competitivos unilaterales o coordinados de la operación de concentración, sin dejar de lado la definición del mercado, es correcta; creo también que es fundamental que en nuestro país se siga avanzando al respecto en todo sentido. Y eso es una tarea que nos compete a todos, tanto al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como a la Fiscalía por un lado, a efecto de

---

[227] WERDEN, G. 2012. Why (ever) define markets? An Answer to Professor Kaplow. [en línea] http://ssrn.com/abstract=2004655 [consulta: 02 marzo 2015].
[228] *Reazin v. Blue Cross & Blue Shield of Kan* En: Íbid. 3p.

profundizar sus análisis cualitativos con el desarrollo y cálculo de definiciones de mercado más econométricas; como a las partes consultantes, por el otro, en proveer de toda la información necesaria para que ello ocurra; y finalmente a la doctrina económica y de derecho a fin de analizar, criticar y dar soluciones y otros puntos de vista a los fallos del Tribunal y posturas de la FNE, algo de lo que en general carecemos en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA. 2009. Panorama de la Competencia en Andalucía. Consejería de Economía y Hacienda. Sevilla, España.
2. AGÜERO, F. y DÍAZ, Ma. 2006. “Las claves de la Guía de Fusiones”. Diario Financiero. Santiago, Chile. 3 nov. Año XIX. N°4.510.
3. AREEDA, Phillip y HOVEKAMP, Herbert. Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application. 3ª ed. Aspen Publishers, 2009, vol. IV
4. BAKER, J. 2007. Market Definition: An Analytical Overview. 74 Antitrust Law Journal No.1. American Bar Association.
5. BERNEDO, P. 2013. Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010. Chile. Ed Fiscalía Nacional Económica.
6. CARAVIA, F. y ROJAS, F. 2010. Fusión D&S con Alvi: Cómo Impacta esta Operación en los Precios de D&S. Fiscalía Nacional Económica. Santiago, Chile.
7. CARLTON, Dennis. 2010. Revising The Horizontal Merger Guidelines. Jorunal of Competition Law of Economics. Universidad de Oxford. [en línea] http://jcle.oxfordjournals.org/content/6/3/619 [consulta: 02 marzo 2015].
8. CARMONA, Pedro. 2010. Preferencias dependientes y determinación del mercado relevante, Revista de Derecho y Humanidades Vol.2(16). Santiago, Chile.

9. CAVIEDES P. CRISTÓBAL. Sistemas de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado. Tesis de Magíster. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2012
10. CERDA, F. El Mercado Relevante como Marco de Referencia para un Análisis En: Libre Competencia y *Retail*. Un Análisis Crítico. Santiago, Chile. Legal Publishing.
11. CHANG, H., EVANS, D., y SCHMALENSEE, R. 2011. Documento de Referencia sobre Definición de Mercado Relevante. Comisión Federal de Competencia de México.
12. CHANG, Howard H., EVANS, David S., and SCHMALENSEE, Richard. Market Definition. Assessment of the Relevant Market Competition Matters. Prepared for the Federal Competition Comission of Mexico. 2011
13. COLOMA, G. 2003. Defensa de la Competencia. Buenos Aires. Ciudad Argentina.
14. COMISIÓN EUROPEA. 1989. Council Regulation (ECC) N° 4064/89 of December 1989 on the control of concentrations between undertakings. [en línea] <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>. [consulta: 04 marzo 2015]
15. COMISION EUROPEA. 1997. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia 327/03.
16. COMISION EUROPEA. 2004. Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. 2004/C 31/03.
17. DALKIR, S. y FREDERICK, W. 1997. Prices, Market Definition, and the Effects of Merger: Staples-Office Depot. En: KWOKA, J. y WHITE, L. The Antitrust Revolution. Oxford.

18. DOMPER, M. y TARZIJÁN, J. Operaciones de Concentración Horizontal. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA y CENTRO DE LIBRE COMPETENCIA UC. 2011. Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Thomson Reuters. Santiago, Chile.
19. ENCIPLOPEDIA DE ECONOMÍA [en línea] <http://www.economia48.com> [consulta: 11 mayo 2015]
20. EVANS, D. 2009. Two-Sided Market Definition. ABA Section of Antitrust Law, MARKET DEFINITION IN ANTITRUST: THEORY AND CASE STUDIES, Forthcoming. Chicago. [en línea] http://ssrn.com/abstract=1396751 [consulta: 02 marzo 2015]
21. EVANS, D. y SCHMALENSEE, R. 2012. Market Definition and Merger Analysis for Multi-sided Platforms. [en línea] https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/MSP11-13-2012.pdf [consulta: 02 marzo 2015].
22. FARREL, J. y SHAPIRO, C. 2010. Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic alternatuve to Market Definition. The B.E Journal of Theoretical Economics. Policies and Perspectives. Universidad de California. Berckley. Vol. 10, Issue 1. Article 9.
23. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2006. Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales.
24. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. [en línea] http://www.fne.gob.cl. [consulta: 02 marzo 2015].
25. GAJARDO, P. y RODRÍGUEZ, S. 2007. Funcionamiento del Mercado Tarjetas de Crédito y Debate sobre Tarifas de Intercambio. Revista Economía Chilena. 10(3).
26. GONZALEZ., A. 1999. El abuso de posición dominante en el derecho comunitario y español (artículo 86 del tratado C.E y artículo 6 de la

Ley de defensa de la competencia): Introducción. En: DYKINSON, E. Derecho de la competencia europeo y español. Curso de iniciación.

27. HELLEMANS, F. 1993. Substantive Appraisal of Horizontal Mergers under EEC Regulation 4064/89: An Inquiry into the Comission's First Year Decisions. Northwestern Journal of International Law & Business. Universidad de Leuven. Bélgica. Vol. 13.
28. HOGAN, T. 1997. FTC v. Staples, Inc. [en línea] http://www.law.berkeley.edu/faculty/rubinfeldd/Antitrust/FTC%20v%20Staples%20etd.pdf. [consulta: 02 marzo 2015]
29. JIMENEZ L, F. y CAÑIZARES, E. 2005. Dificultades para la Definición del Mercado Relevante. En: SEGUNDO SEMINARIO de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino. 18 de octubre de 2005. Madrid, España.
30. KAPLOW, L. 2010. Why (Ever) Define Markets? Harvard Law Review. Vol. 124 No. 2.
31. KRUGMAN, P y WELLS, R. 2006. Introducción a la economía: microeconomía.Ed Reverté.
32. LEIVA, S. y PRADO J. 2005. El Mercado Relevante en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. [en línea] <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/107553> [consulta: 02 marzo 2015]
33. MANKIW, G. Principios de economía. 6ta ed. Cengage Learning. [en línea] http://es.slideshare.net/garamar/principios-de-economia-6ta-edicion-mankiw
34. MONTT, Paulo. 2010. Operaciones de Concentración en el Sector *Retail*: La experiencia de EE.UU, la UE y Chile En: Libre Competencia y *Retail*. Un Análisis Crítico. Santiago, Chile. Legal Publishing
35. MOREL, J. 2003. Lecciones del caso Santiago-Santander sobre Concentración Bancaria. Estudios Públicos, (91). Santiago, Chile.

36. PAREDES, R. 1995. Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile. Centro de Estudios Públicos
37. PLEATSIKAS, C. y TEECE, D. 2001. The Analysis of Market Definition and Market power in the Context of Rapid Innovation. International Journal of Industrial Organization. [en línea] http://www.pleatsikas.com/publications/IJIO.pdf. [consulta: 02 marzo 2015]
38. POSNER, R. y LANDES, W. 1980. Market Power in Antitrust Cases. 94 Harvard Law Review. University of Chicago Law School. [en línea] http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles [consulta: 02 marzo 2015]
39. RABIT, M. 2005. Les mots-clés du marketing - Espagnol. Editions Bréa. París.
40. RIDYARD, Derek. 2004. The Comission's new horizontal merger guidelines – an economic commentary. RBB Economics. The Global Competition Law Centre Working Papers Series. Colege of Europe. Bélgica. [en línea] http://www.gclc.coleurop.be.
41. SABBATINI, P. 2000. The Concept of Market and Antitrust. [en línea] http://ssrn.com/abstract=182468 [consulta: 02 marzo 2015].
42. SABBATINI, P. 2001. The Cellophane and Merger Guidelines Fallacies Again. Roma. [en línea] http://ssrn.com/abstract=271113. [consulta: 02 marzo 2015].
43. SHAPIRO, C. The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years.
44. STIGLER, G. y SHERWIN, R. 1985. The Extent of the Market. Jorunal of Law and Economics. Vol. 28. N°3.
45. STOCK, J y WATSON, M. 2008. Introduction to Econometrics. 2° ed. Pearson Addison Wesley.

46. STONE, J. y WRIGHT, J. 2011. The Sounds of One Hand Clapping: The 2010 Merger Guidelines and the Challenge of Judicial Adoption. George Mason Law & Economics Research Paper No. 11-05; Review of Industrial Organization, Forthcoming. [en línea] http://ssrn.com/abstract=1744299. [consulta: 02 marzo 2015]
47. U.S. Department of Justice and Federal Trade Comission. 2006. Commentary on the Horizontal Merger Guidelines. [en línea] http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.pdf
48. US. Department of Justice and Federal Trade Comission. 1982. Horizontal Merger Guidelines.
49. US. Department of Justice and Federal Trade Comission. 1992. Horizontal Merger Guidelines.
50. US. Department of Justice and Federal Trade Comission. 2010. Horizontal Merger Guidelines.
51. VAN DER BERGH, R.,(1996) *Modern Industrial Organisation versus Old-fashioned European* Competition Law, *European Competition Law Review*, Vol. 17, nº 2
52. VAN DAMME, E. LAROUCHE, P. y MÜLLER, W., Abuse of a Dominant Position: Cases and Experiments (August 2006). TILEC Discussion Paper No. 2006-020. [en línea] SSRN:http://ssrn.com/abstract=925626 [consulta: 02 marzo 2015]
53. WAELBROECK, Michel y FRIGNANI, Aldo. 1998. Derecho Europeo de la Competencia. Versión española por Ignacio Sáenz-Cotabarría y Marta Morales Isasi. Barcelona. Bosch. Tomo I.
54. WERDEN, G. 1992. The History of Antitrust Market Delineation. 76 Marquette Lae Review. [en línea] http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol76/iss1/4 [consulta: 02 marzo 2015]

55. WERDEN, G. 2012. Why (ever) define markets? An Answer to Professor Kaplow. [en línea] http://ssrn.com/abstract=2004655 [consulta: 02 marzo 2015].

56. WERDEN, G. y FROEB, L. 1993. Correlation, Causality, and All that Jazz: The Inherent Shortcommings of Price Test for antitrust Market Delineation. Review of Industrial Organization. Kluwer Academic Publishers.

57. WERDEN, G. y FROEB, L. 2006. Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers. Handbook of Antitrust Economics. [en línea] http://ssrn.com/abstract=927913. [consulta: 02 marzo 2015].

58. WRIGHT, J. 2010. Comment on the Proposed Update on the Horizontal Merger Guidelines. Accounting for Out-of-Market-Efficiencies. George Mason University School of Law. [en línea] http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_comments/horizontal-merger-guidelines-review-project-proposed-new-horizontal-merger-guidelines-548050-00008/548050-00008.pdf. [consulta: 02 marzo 2015]

ANEXO

Sentencias

a. Comisión Europea
   1. Sentencia *Euroemballage and Continental Can c. Comission*. 1971
   2. Sentencia *United Brands*. 1979
   3. Sentencia Renault vs. Volvo. 1990
   4. Sentencia Michelin c. Comisión. 1983.
   5. Sentencia *Redland*, AAH *Holdings* y *British Coal Corporation.*1987
   6. Sentencia *Napier Brown British Sugar.*1988
   7. Sentencia Nestlé/Perrier 1992

b. Estados Unidos
   1. *Standard Oil Trust* .1882
   2. *United States v. E.I du Pont de Nemours & Co.*1956
   3. *United States v. Aluminium Co. of America.*1964
   4. *United States v. Grinnell Corp.* 1966
   5. *Brown Shoe Co. v United States.* 1966
   6. *Eastman Kodak Co*. v. *Image Technical Serves*, *Inc.* 1992
   7. B*lue Cross & Blue Shield United of Wisconsin v. Marshfield Clinic*.1995
   8. FTC v. Staples, Inc. 1997
   9. *Victus Ltd* v. *Collezione Europa U.S.A Inc.* 1998
   10. *Whole Foods and Wild Oats.* 2007

c. Chile

c.1 Comisión Resolutiva

1. Resolución N° 7 – 23 Octubre 1974
2. Resolución N° 39 – 21 Diciembre 1977
3. Resolución N° 86 - 22 Octubre 1980
4. Resolución N° 445 – 10 Agosto 1995
5. Resolución N° 639 – 23 Enero 2002
6. Resolución N° 667 – 30 Octubre 2002

c.2 Comisión Preventiva Central

1. Resolución N° 1048 – 30 Octubre 1998 CPC

c.3 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

1. Resolución N° 1 – 25 Octubre 2004
2. Resolución N° 2 – 4 Enero 2005
3. Resolución N° 20 – 27 Julio 2007
4. Resolución N° 22 – 19 Octubre 2007
5. Resolución N° 23 – 4 Enero 2008
6. Resolución N° 31- 9 Diciembre 2009
7. Resolución N° 34 – 26 Mayo 2011
8. Resolución N° 37 – 21 Septiembre 2011
9. Resolución N° 39 – 26 Abril 2012
10. Resolución N° 43 – 12 diciembre 2012

<u>Acuerdos Extrajudiciales</u>

1. ROL AE 07-13.
2. ROL AE 11-15.

<u>Informes de Archivo de la Fiscalía Nacional Económica</u>

1. ROL F23-2013.

2. ROL F20-13.

<u>Tratados/Normas/Reglamentos/Comunicaciones/Guías</u>

a. Comisión Europea
    1. Tratado de Roma. 1957
    2. Tratado de la Unión Europea. 1993
    3. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2010
    4. *Merger Regulation* N° 4064/89. 1989
    5. Regulación N° 2367/90. 1990
    6. Comunicación N° 372/03. 1997
    7. Reglamento N° 139/2004. 2004

b. Estados Unidos
    1. *Sherman Act .* 1890
    2. *Clayton Act*.1914
    3. *Hart Scott Rodino.* 1976
    4. *Horizontal Merguer Guidelines.* 1982
    5. *Horizontal Merguer Guidelines.* 1984
    6. *Horizontal Merguer Guidelines.* 1992
    7. *Horizontal Merguer Guidelines.* 2010

c. Chile
    1. DL N° 211. 1973
    2. DL N°211. 2005
    3. Ley N° 13.305. 1959
    4. Ley 19.911. 2004
    5. Auto Acordado N° 12. 2009. TDLC
    6. Guía de operaciones de concentración. 2006
    7. Guía de operaciones de concentración. 2012