



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO

FACULTAD DE DERECHO Y

CIENCIAS SOCIALES

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

# Aproximaciones a la definición de mercado relevante.

Análisis y propuestas a partir de estudios jurisprudenciales y  
doctrinales.

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

GONZALO PABLO CAMPOS MEDINA

PROFESOR GUÍA:

CRÍSPULO MARMOLEJO GONZÁLEZ

Valparaíso – Chile

2016

*A mi familia, por el incondicional apoyo;*

*A Camilo, Alejandro, Javiera y Victoria,  
por las grandes alegrías de estos 5 años;*

*A mis profesores, con especial aprecio a*

*Críspulo Marmolejo, Pamela Prado e*

*Inés Robles, por sus consejos y enseñanzas.*

*Mi queja es que esta batalla de la definición de mercado, que es peleada miles de veces en todas las demandas antitrust, ha recibido muy poca atención de los economistas. Excepto alguna relación puntual con la elasticidad cruzada de la demanda y de la oferta, la delimitación de los mercados ha permanecido como un área inexplorada de la investigación económica”*

George J. Stigler.

*“No hay enigmas, si un problema puede plantearse, es que puede resolverse”.*

Ludwig Wittgenstein.

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: EL MERCADO RELEVANTE. MARCO TEORICO</b>	
<b>I. Cuestiones preliminares.....</b>	<b>8</b>
1. La Competencia, el Derecho de la Competencia y el sistema chileno de defensa de la Libre Competencia.	
A) La Competencia.....	8
a) Mercado y competencia.....	8
b) Competencia perfecta, competencia imperfecta y competencia monopolística.....	10
c) Los beneficios de la competencia y la necesidad de protegerla.....	11
B) El Derecho de la Competencia.....	14
C) El sistema chileno de defensa de la Libre Competencia.....	17
<b>II. Concepto: ¿Qué es el mercado relevante?.....</b>	<b>20</b>
1. El rol de la definición de mercado relevante.....	21
2. Conceptos clave en la definición de mercado.....	22
A) Mercado del producto y mercado geográfico.....	22
a) Dimensiones del Mercado Relevante.....	23
B) Substitución de la demanda y la oferta.....	25
C) Diferenciación de producto.....	26
3. El mercado de producto y sustitución de la demanda.....	27
A) El rol de los sustitutos.....	28
a) Elasticidad precio de la demanda.....	28
b) Elasticidad precio cruzada de la demanda.....	29
c) Consumidor marginal.....	29
B) Evaluación práctica de posibilidades de sustitución.....	30
a) Intercambiabilidad y equivalencia funcional.....	31
b) Registros de la empresa.....	32
c) Encuestas a clientes.....	34
d) Estimación de elasticidad.....	34
e) Experimentos naturales.....	36
f) Estudios de precios como herramienta cuantitativa.....	37
f.1) Análisis de correlación.....	38
f.1.1 Caso: Análisis de la Comisión Europea en Nestlé/Perrier.....	41
f.2) Análisis de cointegración.....	42
f.2.1 Aplicación práctica: el análisis de la Competition Commission británica en Nutreco.....	43

f.3) Análisis de causalidad.....	44
f.3.1 Aplicación práctica: definición de mercado geográfico en la industria de la gasolina en Estados Unidos.....	44
g) Otros factores a considerar.....	45
C) Métodos formales para analizar el mercado relevante.....	45
a) Test del Monopolista hipotético.....	45
D) La sustitución por el lado de la demanda en la práctica.....	50
4. Mercado de productos: Substitución de la oferta.....	50
A) Substitución por el lado de la oferta.....	50
B) Evaluación práctica de la sustitución por el lado de la oferta.....	52
C) Substitución por el lado de la oferta y análisis del mercado relevante.....	52
5. Definición de mercado geográfico.....	53
A) Temas específicos para la definición de mercado geográfico. ....	54
a) Costos de transportación del lado del oferente.....	54
b) Impuestos de importación y tarifas.....	54
B) Problemas prácticos de medición.....	55
6. Otras herramientas.....	56
A) Precedentes.....	56
B) Evidencia de tipo cualitativo.....	57
C) Otras herramientas cuantitativas.....	57
a) Análisis de eventos.....	57
III. Experiencias extranjeras en torno al mercado relevante.....	58
1. Comunidad Europea.....	58
A) Tratado de la Unión Europea.....	59
B) Comunicación 372/03.....	63
a) La sustituibilidad de la demanda en el marco Europeo.....	66
b) La sustituibilidad de la oferta el marco Europeo.....	67
c) Competencia potencial en el marco europeo.....	69
d) Definición de Mercado del producto en el marco europeo.....	70
e) Definición de Mercado geográfico en el marco europeo.....	73
2. Estados Unidos.....	77
A) Ley Sherman (1890 modificada posteriormente).....	79
B) Ley Clayton (1914 modificada posteriormente).....	80
C) Federal Trade Commission Act (1914, modificada posteriormente).....	80
D) U.S Department of Justice and FTC Horizontal Merger Guidelines 2010.....	85
a) Definición de Mercado, Medida y Concentración.....	86
b) Definición de Mercado del Producto.....	90

c) Definición de Mercado Geográfico.....	91
d) Identificación de las firmas que participan en el mercado relevante.....	92
e) Cálculo de las Cuotas de Mercado.....	92
IV. Críticas a la definición de mercado relevante.....	93
1. Límites del test del monopolista hipotético.....	94
A) La falacia del celofán.....	94
B) Otras variables de competencia.....	95
2. Arbitrariedad en la definición de sustituibilidad.....	95
3. Las críticas de Kaplow.....	96
4. Casos con pruebas directas.....	100

## CAPÍTULO SEGUNDO: EL MERCADO RELEVANTE EN CHILE Y SU NECESIDAD

I. ¿Existe en Chile una definición común de Mercado Relevante?.....	102
1. El concepto y el marco de estudio.....	102
2. Marco normativo y régimen actual.....	104
A) El contexto de las operaciones de concentración: ¿Referencia legal?.....	104
B) El mercado relevante en la guía de operaciones de concentración del 2012 y el Auto Acordado 12/2009.....	106
3. Análisis Jurisprudencial.....	109
A) Etapas y casos relevantes.....	109
a) Etapa Preliminar: 1974-1995.....	110
b) Primera etapa de transición: 1995-1999.....	112
c) Segunda etapa de transición año 2000 hasta término de la Comisión Resolutiva por creación del Tribunal de la Libre Competencia.....	113
d) Etapa actual.....	114
B) El mercado relevante en la jurisprudencia del TDLC para los casos de operaciones de concentración.....	114
a) Mercado Relevante en casos de operaciones de concentración.....	115

## CAPÍTULO TERCERO: EL MERCADO RELEVANTE EN CASOS DE COLUSIÓN: ¿SIEMPRE REQUIERE SER DEFINIDO?

I. La Colusión.....	119
---------------------	-----

1. Consideraciones generales.....	119
A) Concepto y marco normativo.....	119
B) Regla de interpretación y su vínculo con el análisis de mercado.....	122
C) Estándar probatorio.....	127
a) Implicancias de un estándar probatorio rígido.....	128
II. Análisis jurisprudencial del TDLC y la Corte Suprema en casos de Colusión.	
1. Jurisprudencia: El estándar probatorio, mercado relevante y la regla de interpretación aplicable.....	129
A) Primera etapa: Criterios rígidos.....	129
B) Etapa intermedia: La tesis de la aptitud del acuerdo y flexibilización de criterios.....	135
C) Tercera etapa: Acercamiento a la regla per se.....	142
2. Conclusiones preliminares de la investigación jurisprudencial.....	159

#### CAPÍTULO CUARTO: PROPUESTAS Y POSIBLES SOLUCIONES

I. Criterios para la delimitación del mercado relevante en Colusiones.....	162
1. Colusión con prueba directa y la adopción de un criterio “estricto” de la regla per se....	162
2. Carteles duros con prueba indiciaria y la adopción de un criterio “flexible” de la regla per se.....	166
3. Otros acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores, y el criterio adecuado.....	167
II. Propuestas generales en torno a las limitaciones del mercado relevante	
1. Propuestas y reflexiones sobre las limitaciones del mecanismo.....	168

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>172</b>
--------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>176</b>
--------------------------	------------

## INTRODUCCIÓN

Un paso casi ineludible en el contexto de la evaluación de presuntas prácticas anticompetitivas, tanto en Chile como en las jurisdicciones extranjeras, ha sido la determinación de cuál es el mercado relevante en el que dichas conductas se desarrolla. Esto implica analizar, entre otros factores, la existencia de productos o servicios sustitutos, así como el ámbito geográfico comprendido por el mercado, definiendo el espacio de competencia efectiva que corresponda. Su importancia y necesidad ha sido destacada por las autoridades de competencia en razón de sus múltiples beneficios para el sistema. Las implicaciones potenciales de la definición de mercado son significativas. Una vez definido el mercado, se lleva a cabo un análisis estructural que puede llegar a condicionar el resto de la apreciación desde la perspectiva de la competencia. En específico, el mercado relevante se utiliza como marco de referencia para cuantificar las cuotas de mercado de la empresa objeto de investigación y de sus competidores que, en ocasiones, son utilizadas como base para establecer fuertes presunciones sobre la existencia de dominio. Son estas razones, las que han hecho que tanto las autoridades de competencia, como la doctrina destaquen su rol en el sistema.

En esta investigación se asumirá el encargo de responder a la interrogante, propuesta en los siguientes términos: ¿Es imprescindible la definición del mercado relevante? Frente a la interrogante, se asumirá el cometido de analizar exhaustivamente este mecanismo, las razones que confirman y/o matizan su tradicional importancia, la determinación de las hipótesis en que se verifican, como también la formulación de diversas propuestas según sea el caso, que permitan equilibrar de manera adecuada los beneficios, riesgos y costos, asociados al bien jurídico protegido, a saber: la promoción y protección de la libre competencia en Chile.

# CAPÍTULO PRIMERO: EL MERCADO RELEVANTE. MARCO TEORICO

## I. Cuestiones preliminares.

Antes de emprender la tarea de realizar una investigación de las características y objetivos anunciados, es menester establecer los presupuestos básicos, que proporcionan el contexto en que este análisis cobra relevancia.

### 1. La Competencia, el Derecho de la competencia y el sistema chileno de defensa de la libre competencia.

#### A) La Competencia.

##### a) Mercado y competencia.

Lo primero que conviene que precisar es que cuando hablamos de competencia, lo estamos haciendo para estos efectos, en referencia a aquella que se desarrolla en el mercado. PINDICK y RUBINFELD, definen el mercado como: “Conjunto de compradores y vendedores que a través de sus interacciones reales o potenciales determinan el precio de un producto o de un conjunto de productos”<sup>1</sup>.

En este punto podría hacerse una distinción, pues hay que distinguir dos sentidos del término mercado: en primer lugar, tenemos al mercado como un *pattern of exchange* (modalidad de intercambio) entre los diferentes individuos y luego tenemos al mercado como un sistema social<sup>2</sup>. Este sistema social está integrado por una máquina para la producción de riqueza y una máquina para la organización social. El primero, podría entenderse el mercado como asignador de recursos, mientras que el mercado como sistema social es el equivalente de la economía de mercado en su conjunto.

---

<sup>1</sup> PINDYCK, Robert & RUBINFELD, Daniel: *Microeconomía*, Trad. Esther Rabasco y Luis Toharia, Pearson Prentice Hall, Séptima Edición, 2009 p. 8.

<sup>2</sup> BIANCHI, Patricio: *Construir el mercado*, Trad. Fabio Boscherini, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 1997, pp. 34-35.

Si la economía de mercado, además de incluir un mecanismo de producción de riquezas, incluye también una organización social, es importante preguntarse cuáles vendrían a ser las características de esta última. Ahora bien, del mercado no solo se desprende un proceso de intercambio y la existencia de una pluralidad de contratos, sino que también implica ciertas normas de convivencia y sanciones ante el incumplimiento de aquellas. Esto surge de una necesidad importante, a saber, la de garantizar el funcionamiento de los mercados a través de un *institutional building* orientado a crear condiciones básicas<sup>3</sup> para lograr este objetivo. Dentro de este diseño institucional, se encuentra indudablemente la protección de la competencia en los diferentes mercados.

El concepto de competencia no es una tarea fácil. Como indica FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, el concepto y las ideas sobre el tema han ido cambiando con el transcurso del tiempo<sup>4</sup>. Los economistas del siglo XVIII tenían una visión bastante idílica de la competencia, pues creían que aquella era natural y que para su existencia bastaba con quitar las restricciones estatales a la libertad<sup>5</sup>. De hecho, estos autores planteaban sus teorías a partir del óptimo al que denominaban “libre competencia”<sup>6</sup>. Por su parte, durante el siglo XX el enfoque cambió radicalmente con lo planteado de manera paralela por Joan ROBINSON y Edward CHAMBERLIN, quienes cuestionaron la postura clásica y decidieron realizar un análisis dramáticamente más realista del mercado<sup>7</sup>. De su análisis es que surgieron los conceptos de «competencia perfecta», «competencia imperfecta» y «competencia monopolística»<sup>8</sup>.

La teoría clásica tiene un gran problema, pues “asume que los recursos están dados y que los agentes tienen conocimiento de ello”<sup>9</sup>. Sin embargo, como se concibe

---

<sup>3</sup> BIANCHI, Patricio, op. cit., pp. 15-16.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel: *La Competencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 67.

<sup>5</sup> *Ibíd.* p. 31.

<sup>6</sup> MATURANA, Pía: *Las marcas propias en marco del Derecho de la competencia. Análisis y propuestas*, extracto de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Estudio, Valparaíso, 2003, p. 27.

<sup>7</sup> SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, William; PÉREZ ENRRI, Daniel: *Economía*, McGraw-Hill, Buenos Aires, 2003, p. 171.

<sup>8</sup> GUERRERO BECAR, José Luis; BOFILL GENSCHE, Álvaro: *Acerca del concepto constitucional y legal de competencia*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVI, Valparaíso, 1995, pp. 194-195 Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/304/280> [última consulta: Agosto de 2016].

<sup>9</sup> MARQUÉS, Gustavo: *Las asignaturas pendientes del liberalismo económico*, p.2. Disponible en <http://www.revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/viewFile/14680/15012> [actualizado, Agosto 2016].

actualmente, ni el mercado ni la competencia son perfectos, por lo que para defender ambos, lo más útil es hacerlo bajo condiciones realistas. Este enfoque permite corregir sus fallas y proteger sus virtudes.

Hoy, la competencia puede entenderse bajo los conceptos de tensión y rivalidad<sup>10</sup>. Para que exista tensión, el empresario debe sentir preocupación por el hecho de que sus clientes puedan dejar de consumir sus productos y servicios. Implica, ante todo, un aspecto psicológico.

La competencia también podría conceptualizarse como la “participación en el mercado de productores que luchan por la venta de sus productos”<sup>11</sup>, o como la “permanente creación y destrucción de ventajas monopolísticas por la variación del precio o la calidad del producto”<sup>12</sup>. Se puede ver, como estos dos conceptos abordan un mismo fenómeno, pero desde distintas perspectivas. Con todo, ambas nociones se complementan de manera que la primera constituye la causa de la segunda, y ésta última, su consecuencia en el plano de la oferta.

Esta dimensión dinámica de la competencia se encuentra estrechamente vinculada a las variaciones, tanto en el precio, como en la calidad del producto. Dentro de estos otros factores podríamos considerar la atención al cliente, la publicidad y la fidelización a ciertas marcas.

b) Competencia perfecta, competencia imperfecta y competencia monopolística.

He expresado con anterioridad, que durante el siglo XX el paradigma sobre la competencia cambió y el análisis de los mercados comenzó a realizarse con una base más realista. En esto fueron esenciales los economistas Joan ROBINSON y Edward CHAMBERLIN, quienes desarrollaron la teoría de la competencia imperfecta en los años 30`. A partir de esta teoría, surgieron tres conceptos claves y de completa aplicación hasta la actualidad:

---

<sup>10</sup> MARQUÉS, Gustavo, op. cit., p. 53.

<sup>11</sup> GUERRERO, Becar & BOFILL, Gensch, op. cit., p. 194.

<sup>12</sup> TOBAR, Javier: *Exposición sobre Derecho de la Competencia*, Cátedra de Derecho Económico, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012.

❖ Competencia perfecta.

Es el sinónimo de lo que los autores clásicos denominaban «libre competencia»<sup>13</sup>. Un mercado con competencia perfecta es aquel en que ninguna empresa puede influir en el precio de mercado. Independientemente de cuanto produzcan, los oferentes venderán todo al precio de mercado. No tienen motivos para vender a menor precio, pero tampoco pueden hacerlo a un precio mayor (pues nadie les compraría)<sup>14</sup>.

❖ Competencia imperfecta<sup>15</sup>.

Un mercado imperfectamente competitivo es el que permite que los oferentes puedan controlar, en alguna medida, el precio de su producto. El margen de maniobra variará de una industria a otra y dependerá del grado de imperfección de la competencia o del grado de poder de mercado con el que cuenten las empresas.

Dentro de esta categoría se incluyen el monopolio, el oligopolio y la competencia monopolística.

❖ Competencia monopolística<sup>16</sup>.

Es un tipo de competencia imperfecta. Trata de la situación en que un gran número de oferentes producen bienes diferenciados. Se asemejan a la competencia perfecta porque hay múltiples vendedores y ninguno tiene una gran cuota de mercado, pero se diferencia de ella porque los bienes no son idénticos, sino que varían características importantes de aquellos.

c) Los beneficios de la competencia y la necesidad de protegerla.

Beneficios económicos de la competencia:

1.- Con mayores grados de competencia, se alcanza una mayor eficiencia en la producción y, por ende, se generan más riquezas.

---

<sup>13</sup> GUERRERO, Becar & BOFILL, Gensch, op. cit., p. 194.

<sup>14</sup> SAMUELSON, op. cit., p. 168.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, pp. 168-169.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 170.

El problema económico plantea que a necesidades ilimitadas de los individuos, existen recursos escasos. De este dilema surge la importancia de la eficiencia. En este ámbito, se define como la “utilización de los recursos de la sociedad de la manera más eficaz posible para satisfacer las necesidades y los deseos de los individuos”<sup>17</sup>.

La competencia genera eficiencia en los mercados, repercutiendo en mayores cuotas de bienestar social. Esto se produce por la maximización del bienestar de cada uno de los actores de un mercado. Según la tesis de la «mano invisible» de Adam SMITH “todo individuo, al buscar egoístamente sólo su propio bien personal, es llevado, como si fuera dirigido por una mano invisible, a lograr lo mejor para todos”<sup>18</sup>. Bajo este principio, las intervenciones del Estado, por regla general, son perjudiciales. La idea de SMITH, presupone de manera teórica un mercado perfectamente competitivo y sin fallas. Por ello, mientras más replicables sean esas condiciones mayor será también la eficiencia.

2.- Otro beneficio de la competencia es la redistribución de los ingresos.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ denomina a este efecto como el beneficio social y más típico de la competencia<sup>19</sup>. Este autor, indica que no es sino la rivalidad la que obliga a los empresarios a distribuir con los consumidores los beneficios de los progresos en la producción. Si no existiera competencia, el empresario podría reducir costos y sencillamente aumentar sus ganancias, sin disminuir los precios.

Esto opera de manera simple: cuando existen altos grados de competencia, el empresario va reduciendo costes, pero también reduciendo precios o aumentando la calidad de la producción. Es un efecto de redistribución, porque así se traspasan beneficios desde los empresarios a los consumidores, los que también son, mayoritariamente, trabajadores.

Esto se relaciona con dos tópicos interesantes<sup>20</sup>:

---

<sup>17</sup> SAMUELSON, op. cit., p. 6.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 33.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, op. cit., p. 55.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, pp. 56-57.

- Que la competencia actúe como redistribución de los ingresos ayuda a que determinados bienes y servicios puedan comenzar a ser consumidos por capas de la población de menor renta. Por ejemplo, esto ocurre con los viajes en avión.
- Además, cuando los bienes y servicios que consumen los trabajadores bajan de precio, aumenta el salario real de éstos. Hay que recordar que el salario real es el salario monetario dividido por el costo de la vida<sup>21</sup>, es decir, en el fondo, representa el poder adquisitivo del salario del trabajador.

3.- En tercer lugar, la existencia de altos grados de competencia fomenta la innovación y, por ende, el desarrollo.

Si existe competencia, el empresario buscará innovar en las técnicas de producción para mejorar la calidad del producto, mejorar su presentación, producir más a menores costos, etc. Además, la competencia llama a la innovación en el sentido de que el productor busca, sencillamente, la creación de nuevos productos. En esta dirección, la competencia tiene el sentido que le entregó en alguna época el liberalismo austríaco. Ella viene a ser un “proceso de descubrimiento como de generación de recursos antes inexistentes, que no pueden ser obtenidos sin su ayuda”<sup>22</sup>.

4.- La existencia de competencia en los mercados aumenta la confianza de los consumidores.

Considerando que el mercado está constituido, en principio, por una serie de intercambios entre los distintos agentes, la confianza constituye una parte fundamental de aquel. El origen de la eficiencia se encuentra en esta reiteración de intercambios que está basada en la confianza y en la que los individuos aceptan complementar sus diferentes especializaciones<sup>23</sup>.

El aumento de confianza que se da con la competencia es particularmente visible en los consumidores. En efecto, si el consumidor sabe o espera razonablemente que el precio esté fijado por las leyes de un mercado sin distorsiones, aquel se siente o se puede sentir

---

<sup>21</sup> SAMUELSON, op. cit., p. 232.

<sup>22</sup> MARQUÉS, op. cit., pp. 4-5.

<sup>23</sup> BIANCHI, op. cit., p. 39.

más tranquilo, ya que el margen de ganancia que obtendrá el empresario será uno razonable y no uno excesivamente mayor. Sin embargo, cuando se afecta la libre competencia, la confianza del consumidor se ve rota. Esto se ha hecho especialmente notorio en nuestro país ante los casos de carteles investigados en los últimos años.

#### 5.- Control de la inflación.

Finalmente, como la competencia ayuda a que los precios no tengan alzas injustificadas o, incluso, se reduzcan, también ayuda a lograr uno de los objetivos macroeconómicos: la estabilidad de la moneda mediante el control de la inflación.

### **B) El Derecho de la competencia.**

La defensa de la competencia, a través del Derecho puede entenderse como “una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es el control del ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí”<sup>24</sup>.

Siguiendo a SAMUELSON, esto consiste en “leyes que prohíben determinados tipos de conducta (como la fijación colusoria de precios) o impiden determinadas estructuras del mercado (como los monopolios puros y los oligopolios muy concentrados)”<sup>25</sup>.

El nacimiento del moderno Derecho de la competencia se remite a la dictación en Estados Unidos, de la *Sherman Act* en 1890. Su justificación se encontraba en dar solución a los altos niveles de concentración que se estaban generando por el proceso de liberalización dado en el siglo XIX, lo que generaba efectos negativos para la economía de la época<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> SAMUELSON, op. cit., p. 195.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, pp. 349-361.

<sup>26</sup> GARATE MAUDIER, Óscar: *Marco constitucional del Derecho de la Libre Competencia*, p.2. Disponible en [http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/09/Oscar-Garate\\_1252890515.pdf](http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/09/Oscar-Garate_1252890515.pdf) [actualizado, Agosto 2016].

En el seno de la defensa de la competencia coexisten dos políticas distintas<sup>27</sup>:

a) Políticas de comportamiento.

Consiste en una serie de procedimientos de tipo jurisdiccional, por medio de los cuales se sancionan acciones llevadas por algún agente económico que ha violentado las normas competitivas. En este sistema, las conductas suelen tipificarse en leyes de defensa de la competencia, sea de manera taxativa o abierta. Opera ex post y sanciona conductas.

b) Política estructural.

Es un modelo de defensa de la libre competencia que opera antes de que se produzcan los atentados y consiste en el uso de medidas que influyen sobre el número y el tipo de empresas que operan en los mercados, es decir, apunta a la estructura de estos últimos. Opera ex ante y su objetivo es prevenir la concentración del mercado.

### **Restricciones competitivas<sup>28</sup>.**

Una restricción competitiva es aquel hecho, acto y estructura que, consciente o inconscientemente, tenga o pueda tener por efecto restringir, alterar, falsear, eliminar o terminar la competencia en el mercado. Es el elemento central de regulación en las leyes de competencia.

Se clasifican según las dos políticas que ya he mencionado:

a) Restricciones competitivas por comportamiento.

Dentro de ellas tenemos los acuerdos entre empresas, los abusos de posición dominante, los actos de autoridad y los actos de competencia desleal. Brevemente me referiré a los más importantes, vale decir, a los acuerdos y al abuso de posición dominante:

1.- Los acuerdos entre empresas pueden definirse como “toda concurrencia de voluntad expresa o tácita cuyo objeto sea el de producir en el mercado condiciones diferentes de las que se darían en situación de competencia eficiente”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> TOBAR, op. cit., p.9.

<sup>28</sup> Basado en TOBAR, op. cit.

Los acuerdos pueden ser horizontales o verticales. Son acuerdos horizontales los que acuerdan empresas que están en el mismo nivel de la cadena productiva. Pueden ser de precio, repartos de cuotas, repartos de mercado u otras conductas.

En cambio, serán acuerdos verticales los que se producen entre empresas que están en distintas fases de la cadena productiva. Pueden ser de distribución exclusiva, restricciones territoriales, franquicias y licencias u otras restricciones.

En este punto es muy importante el concepto de cartel o colusión, que si bien será precisado con mayor precisión con posterioridad, conviene adelantar, que se trata de aquella situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas, con el objeto de influir sobre los precios, niveles de producción o reparto de mercado.

Adam SMITH se refirió de dura manera a estas conductas indicando que cuando los empresarios se reúnen, incluso cuando parece que lo hacen para divertirse, el resultado es una conspiración contra los consumidores<sup>30</sup>.

## 2.- Abuso de posición dominante.

Es, junto a los acuerdos, la otra gran práctica que comúnmente persiguen las leyes de defensa de la competencia. Requiere de dos elementos para su configuración:

- Una empresa debe gozar de una posición de dominio en un mercado relevante, es decir, debe poder actuar de manera independiente a sus competidores.
- Esta empresa debe realizar una explotación abusiva de tal posición.

Para analizar una conducta de este tipo se debe fijar, en primer lugar, el mercado relevante. En esto confluye, como veremos, un criterio geográfico, un criterio temporal (la observación debe circunscribirse a un lapso determinado) y el tipo de producto<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> MATORANA VÁSQUEZ, Pía, Apuntes de Derecho de la competencia, Extracto de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Las marcas propias en marco del Derecho de la competencia. Estudio, análisis y propuestas, Valparaíso, 2003, p.40. Disponible en <http://www.profesores.ucv.cl/joseluisguerrero/documentos/materialdeapoyo/apuntes%20derecho%20competencia%20memoria%20pa%20matorana.pdf> [última consulta: 25 de febrero de 2013].

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, op. cit., p. 106.

<sup>31</sup> MATORANA VÁSQUEZ, op. cit., pp. 43-44.

En la evaluación de una conducta que supuestamente constituya un abuso de posición de dominio, también tiene especial relevancia el análisis de las decisiones que tienen los agentes dominantes. Mientras más cercanas sean ellas a las que tendría un operador monopolístico, más sospechosas serán de constituir una conducta abusiva.

Además, se debe evaluar en estos casos la estructura de mercado. Ella estará determinada por el número de agentes, la participación de cada uno y el grado de concentración del mercado.

Algunos ejemplos de conductas abusivas son la discriminación, la negativa injustificada de venta, los contratos subordinados y los precios predatorios.

#### b) Restricciones competitivas por estructura.

En cambio, aquí hablamos de las operaciones de concentración entre empresas. Este punto también será visto en los títulos siguientes con mayor profundidad, ya que tradicionalmente han constituido casos, en que la definición de mercado relevante ha cobrado importancia.

### **C) El sistema chileno de libre competencia.**

En Chile, el Decreto Ley N° 211<sup>32</sup>, constituye la piedra angular en el sistema de libre competencia. A diferencia de la regulación previa<sup>33</sup>, que sólo sancionaba algunas conductas que restringían efectivamente la libre competencia, esta normativa sanciona aquellas conductas que tengan la capacidad de producir daño o entorpecer la libre competencia<sup>34</sup>. En su artículo 1° señala que su objeto “es promover y defender la libre competencia en los mercados”; lo cual debe concebirse como una tarea fundamental del Estado en materia económica, no sólo porque se trata de un principio consagrado en la Constitución Política de la República, sino porque la competencia constituye un incentivo permanente para la creatividad, innovación y la eficiencia en la asignación de recursos de la sociedad para

---

<sup>32</sup>D.F.L. N°1 de 2005. Texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L N° 211 de 1973. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

<sup>33</sup> En 1952 se dictó la ley N° 13.305/1959, que contemplaba Título sobre Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial, no obstante, es con el D.L. N° 211 de 1973, que se crea un sistema de defensa de la competencia propiamente tal.

<sup>34</sup>GÁRATE MAUDIER, Óscar: *Marco constitucional del Derecho de la Libre Competencia*, pp. 4-5.

aproximarse al sistema de libre competencia. Se trata de un objetivo amplio, ya que no sólo mandata a los órganos de defensa de la competencia a velar porque no se cometan ilícitos anticompetitivos, sino también les impone la responsabilidad de promover activamente la libre competencia en los mercados, cuya competencia recae en la Fiscalía Nacional Económica.

Con todo, resulta menester tener en cuenta que como señala Felipe Irrázabal, “en el caso chileno, la defensa de la libre competencia tiene una marcada orientación hacia la eficiencia total en los mercados. Esto marca una diferencia con otros sistemas de defensa de competencia, que hacen expresa mención a la maximización del bienestar de los consumidores. En nuestro caso, la defensa de la libre competencia persigue alcanzar la máxima eficiencia, o lo que los economistas entienden como «el excedente total». Entonces, su objeto, es promover que el ambiente sea el más adecuado para que los beneficios que los agentes económicos reciben del intercambio en una economía de libre mercado sean los máximos posibles. Por cierto, lo anterior está en armonía con el bienestar del consumidor, por cuanto en una economía eficiente los consumidores tienen acceso a una mayor oferta de bienes, de mejor calidad y a un menor costo”<sup>35</sup>.

El legislador ha optado por una tipificación abierta, el Art. 3 del D.L. N°211 define el ilícito como “cualquier hecho, acto o convención que prevenga, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir estos efectos”, seguida de una mención a título ejemplar de aquellas conductas más recurrentes en la doctrina. De esta forma, cualquier acción potencialmente puede ser anticompetitiva, en la medida que produzca efectos sobre los mercados afectados o que pueda llegar a producir tales efectos. Por tanto no se requiere una real afectación a la competencia.

Originalmente, el DL N° 211 creó una estructura orgánica antimonopolios conformada por la Comisión Resolutiva Antimonopolios, por comisiones preventivas de carácter regional y central, además de una Fiscalía Nacional Económica (FNE).

La Comisión Resolutiva tenía el carácter de ente jurisdiccional dentro de este círculo, mientras que las comisiones preventivas tenían el de órganos administrativos,

---

<sup>35</sup> FISCALIA NACIONAL ECONOMICA: *El Sistema chileno de Defensa de la Libre Competencia*, 2011. Disponible en: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO\\_0001\\_2010.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf)

pudiendo absolver consultas y emitir opiniones en materias de defensa de la libre competencia<sup>36</sup>. En teoría eran órganos independientes, pero la verdad es que esta independencia no estaba configurada jurídicamente de la manera más apropiada.

Esta institucionalidad cambió en el año 2004 con la dictación de la Ley N° 19.911. Las diferentes comisiones fueron reemplazadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), al que se le entregó un mayor grado de independencia, con lo que se crearon condiciones apropiadas para su imparcialidad, entre ellas la de profundizar la separación de funciones con la FNE<sup>37</sup>. Su función es la de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. Se trata de un tribunal y no de un órgano administrativo, lo que tiene como ventaja que no está preocupado de desarrollar las políticas del gobierno de turno, sino que sencillamente de aplicar la ley y administrar justicia<sup>38</sup>. Además, está sujeto a la supervigilancia de la Corte Suprema. Está compuesto por:

- Un abogado designado por el Presidente de la República, seleccionado de una lista confeccionada por la Corte Suprema
- Un abogado designado por el Banco Central
- Un abogado designado por el Presidente de la República, previa terna del Banco Central
- Un economista designado por el Banco Central
- Un economista designado por el Presidente de la República, previa terna del Banco Central
- Además, el TDLC contará con dos ministros suplentes, abogado y economista, respectivamente.

Además, es muy importante indicar que las resoluciones del TDLC son reclamables ante la Corte Suprema, en los casos y formas determinados por el DL N° 211.

---

<sup>36</sup> MENCHACA, Tomás, *Evolución del antiguo al nuevo sistema*, en *Anales Derecho UC 2*, Legis, Santiago, 2007, p. 8.

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> MENCHACA, *op. cit.*, p. 9.

Por otro lado, el segundo gran interviniente en el sistema es la FNE, un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Está sometida a la supervigilancia del Presidente de la República y la dirección del servicio corresponde al Fiscal Nacional Económico. Es el órgano encargado de defender y promover la competencia en los diferentes mercados actuando en representación del interés público. Es el órgano que investiga y puede iniciar requerimientos ante el TDLC<sup>39</sup>.

Formulado este marco de referencia, podemos entrar al estudio que nos convoca.

## **II. Concepto: ¿Qué es el Mercado Relevante?**

Como ya se ha indicado, un paso previo a cualquier actuación en el campo del Derecho de la Competencia, encaminada a valorar el grado de afectación de una determinada conducta, es la definición del mercado relevante –mercado de referencia– tanto geográfico como de producto. En efecto, en materias tales como el abuso de posición de dominio o el control de concentraciones, la definición del mercado constituye, muchas veces, el fundamento sobre el cual se apoya el examen de legalidad de la práctica en cuestión. Esto es así, no porque la definición de mercado sea un fin en sí mismo, sino porque generalmente, tanto en la práctica, la jurisprudencia y la doctrina se ha admitido que dicha definición provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no capacidad de atentar contra la competencia o perjudicar a los consumidores.

De ahí que, en la medida en que los intentos que se han llevado a cabo para una evaluación directa del poder de mercado suelen ser disímiles y también poco prácticos desde el punto de vista de su aplicación por jueces y autoridades de competencia, la definición de mercado relevante seguirá siendo la cuestión crítica en los temas antimonopolio y, en última instancia, marcará el resultado final del caso.

---

<sup>39</sup> Sus facultades están establecidas principalmente en el Título III, artículo 39, del D.L. 211

## 1. El rol de la definición de mercado relevante.

La definición del mercado relevante ha jugado un rol esencial en la aplicación tradicional del derecho de la competencia<sup>40</sup>. Como se señaló con anterioridad, cuando se valora si una determinada conducta es abusiva se comienza definiendo el mercado relevante y evaluando la posición de la empresa en dicho mercado<sup>41</sup>. WERDEN afirma que “el mercado relevante sirve al propósito analítico de identificar la competencia efectiva o el escenario donde esta se realiza”<sup>42</sup>. Dicho de otra manera, el análisis de una conducta restrictiva de la competencia requiere previamente determinar cuál es el contexto competitivo al que se enfrenta la empresa objeto de investigación. Esto supone identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo, y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos son suficientemente homogéneas y diferentes de las de otras áreas geográficas próximas. Las implicaciones potenciales de la definición de mercado son significativas. Una vez definido el mercado, se lleva a cabo un análisis estructural que puede llegar a condicionar el resto de la apreciación desde la perspectiva de la competencia. Concretamente, el mercado relevante se utiliza como marco de referencia para cuantificar las cuotas de mercado de la empresa objeto de

---

<sup>40</sup> Como ejemplo de una referencia expresa a esta importancia, puede leerse la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición del mercado relevante, que reconoce “[l]a definición de mercado de referencia tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica tiene una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia.” COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, Diario Oficial, No. C372, 1997, párrafo 4.

<sup>41</sup> Por ejemplo, para determinar si la conducta de un operador es constitutiva de abuso de posición de dominio, las autoridades deben, en primer lugar, evaluar si el operador es dominante en un mercado correctamente definido. De acuerdo con el análisis del derecho de la competencia comunitario realizado por FAULL y NIKPAY: “Para determinar la existencia de una posición de dominio resulta necesario, en primer lugar, identificar el mercado relevante de producto y geográfico. El dominio sólo puede ser evaluado con respecto a una categoría concreta de productos dentro de un área geográfica específica.” FAULL, J. & A. NIKPAY: *The EC Law of Competition*, Nueva York: Oxford University Press, 1999, p. 125. Traducción del texto original en inglés. De forma similar, y atendiendo a las Directrices elaboradas por la Comisión Europea, el análisis de los efectos sobre la competencia de un acuerdo o una operación de concentración parte, por lo general, de la definición del mercado o mercados relevantes afectados por dicho acuerdo o concentración. COMISIÓN EUROPEA: *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas*, Diario Oficial, No. C31, 2004a, párrafo 10. COMISIÓN EUROPEA: *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, Diario Oficial, No. C101, 2004b, párrafo 27.

<sup>42</sup> WERDEN, Gregory : “Why (ever) define markets. An answer to professor Kaplow”, 2012 Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2004655](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655)

investigación y de sus competidores que, en ocasiones, son utilizadas como base para establecer fuertes presunciones sobre la existencia de dominio. De esta forma, cuanto más restrictiva sea la definición del mercado, mayor será la cuota de la empresa y más, fuerte la presunción de dominio. A mayor abundamiento, la definición de mercado relevante, también permite determinar los actores que operan en un mercado determinado analizar las presiones competitivas que ejercen unos sobre otros; entrega información a los actores del mercado para que evalúen<sup>43</sup>.

En definitiva, la definición del mercado relevante es un instrumento que se utiliza para comprender el contexto en el que se desarrolla la rivalidad competitiva entre las empresas y, cuando menos, sirve para realizar una primera aproximación sobre el posible dominio de la empresa objeto de investigación.

## **2. Conceptos clave de la definición de mercado**

El resto de este trabajo describe los enfoques prácticos para evaluar la definición de un mercado. Aquí se presentan algunos conceptos fundamentales.

### **A) Mercado del producto y mercado geográfico.**

Las restricciones o presiones competitivas son el conjunto de fuerzas de mercado que tienden a hacer que los oferentes mantengan sus precios en o cerca de los niveles competitivos y, por lo tanto, mantener sus ganancias solo lo suficientemente altas para generar una tasa de rendimiento normal. El mercado de producto se refiere al conjunto de productos que sirven para restringir el comportamiento del oferente del producto en consideración. El mercado geográfico se refiere a la ubicación de los oferentes de esos productos, o bien a la zona en la que las condiciones de competencia en la prestación de dichos productos son lo suficientemente homogéneas y diferenciadas de las zonas geográficas más próximas<sup>44</sup>. Por ejemplo, si el asunto involucra zapatos, la pregunta sobre

---

<sup>43</sup> CERDA, Felipe: *El mercado relevante como marco de referencia para un análisis de competencia: experiencia nacional y comparada en el sector supermercados*, en: Montt, Pablo y Nehme, Nicole (edit.), *Libre Competencia y Retail. Un análisis crítico*, Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing, p. 10.

<sup>44</sup> Algunas autoridades de competencia contemplan una tercera dimensión del mercado relevante: el mercado temporal o momento del tiempo en que se produce el intercambio de los bienes o servicios incluidos dentro del mercado de producto. Algunos ejemplos de situaciones en las que puede resultar conveniente definir

el mercado de producto podría ser si la oferta de los mocasines para hombres restringe el precio de los zapatos de agujetas para hombres, mientras que la pregunta sobre mercado geográfico podría ser si la oferta de mocasines de China restringe el comportamiento de los oferentes mexicanos de mocasines.

Tanto el mercado del producto y el mercado geográfico, suelen considerarse como las dos dimensiones del mercado relevante, sin embargo en ciertos casos, como bien remarca Tomás MENCHACA, será necesario evaluar el mercado relevante temporal<sup>45</sup>. Así por ejemplo –señala Menchaca– “un productor de naranjas que abastece el mercado entre los meses de mayo y septiembre no es competidor de un importador que lo abastece entre noviembre y marzo”<sup>46</sup>.

a) Dimensiones del mercado relevante.

Por lo general, las autoridades de competencia suelen considerar dos dimensiones dentro del mercado relevante: el mercado de producto, o conjunto de productos que –de acuerdo con lo que hemos visto– forma parte del mercado relevante; y el mercado geográfico, o zona en la que las condiciones de competencia en la prestación de dichos productos son lo suficientemente homogéneas y diferenciadas de las zonas geográficas más próximas<sup>47</sup>. Típicamente, los economistas han relacionado el poder de mercado –y su uso – con la capacidad para incrementar los precios por encima del nivel competitivo. Que la empresa disfrute de esa capacidad dependerá de si enfrenta o no presiones competitivas que disciplinen su comportamiento. El objeto de la definición del mercado relevante consiste precisamente en identificar estas presiones competitivas que, fundamentalmente, pueden provenir de dos fuentes:

❖ Sustituibilidad de la demanda.

---

mercados temporales incluyen, por ejemplo, los momentos de demanda “valle” y “pico” en servicios como transporte, electricidad o telecomunicaciones. OFFICE OF FAIR TRADING, 2004, párrafo 5.1-5.3.

<sup>45</sup> MENCHACA, Tomás: *Derecho de la libre competencia conceptos analíticos fundamentales*, presentación TDLC, 2013, p. 22.

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> Algunas autoridades de competencia contemplan una tercera dimensión del mercado relevante: el mercado temporal o momento del tiempo en que se produce el intercambio de los bienes o servicios incluidos dentro del mercado de producto. Algunos ejemplos de situaciones en las que puede resultar conveniente definir mercados temporales incluyen, por ejemplo, los momentos de demanda “valle” y “pico” en servicios como transporte, electricidad o telecomunicaciones. OFFICE OF FAIR TRADING: *Competition Law Guideline: Market Definition*, 2004, párrafo 5.1-5.3. Disponible en <http://www.offt.gov.uk/>, [actualizado, Agosto 2016],

La presión competitiva más inmediata que enfrenta una empresa puede venir dada por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en precios de su producto, sus clientes decidan redirigir el consumo hacia otros productos o servicios que consideran sustitutivos, ya sea por razones de sus características técnicas, precios o, en definitiva, su capacidad para satisfacer una determinada necesidad de forma equiparable.

❖ Sustituibilidad de la oferta.

El comportamiento de una empresa se puede ver asimismo disciplinado por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en precios, otras empresas decidan comenzar a competir con ella suministrando uno o varios de esos bienes o servicios que el consumidor considera sustitutivos. Tradicionalmente, el «concepto de mercado» se ha ligado principalmente a la sustituibilidad de la demanda, mientras que la sustituibilidad de la oferta se ha relacionado en mayor medida con la amenaza de «entrada al mercado» de nuevos competidores. Por este motivo, generalmente los mercados se han definido con base en consideraciones de sustituibilidad de la demanda, mientras que la respuesta desde el lado de la oferta se ha considerado en una fase posterior del análisis, al valorar la existencia de barreras de entrada y competencia potencial<sup>48</sup>.

A pesar de ello, se contempla también la posibilidad de tener en cuenta la sustituibilidad de la oferta para definir mercados<sup>49</sup>. Para ello, debe representar una disciplina competitiva similar a la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia e inmediatez. En la

---

<sup>48</sup> Así por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición del mercado relevante establece que “la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto”. COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, Diario Oficial, No. C372, 1997, párrafo 7. De forma similar, la Office of Fair Trading británica considera que “estos productos sustitutivos constituyen las restricciones competitivas más inmediatas para el comportamiento del operador que suministra el producto en cuestión”. OFFICE OF FAIR TRADING, op.cit., párrafo 2.5. Finalmente, las directrices utilizadas en los Estados Unidos por las autoridades de competencia son más contundentes al afirmar que “[l]a definición de mercado se centra exclusivamente en factores de sustituibilidad de la demanda – estos es, posible respuesta de los consumidores”. FEDERAL TRADE COMMISSION – US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, sección 1.0.

<sup>49</sup> Las razones por las que puede ser adecuado tomar en consideración la sustituibilidad de la oferta en el análisis de definición de mercado son diversas e incluyen: (1) el hecho de que un análisis basado estrictamente en consideraciones de demanda puede dar lugar a definiciones de mercado que carecen de sentido (por ejemplo, un consumidor no considerará los zapatos de la talla 42 sustitutivos de los de la talla 40, por lo que – desde el punto de vista de la demanda – existiría un mercado distinto para los zapatos de distintas tallas; y (2) el riesgo de definir mercados excesivamente estrechos en aquellos casos en que el análisis de las autoridades otorga una importancia crucial a la magnitud de las cuotas de mercado.

práctica, se requiere que las empresas candidatas a la entrada puedan comenzar a suministrar uno o varios de los productos o servicios que el consumidor considera sustitutivos en el corto plazo y sin incurrir en costes significativos.<sup>50</sup> Esto puede suceder con productos para los que el proceso productivo, la tecnología y, en su caso, la imagen de marca y la red de distribución son similares. Por ejemplo, en prendas de vestir, las masculinas y las femeninas no son sustitutivas desde el punto de vista de la demanda, pero el productor de, por ejemplo, ropa masculina podría disponer de los activos necesarios (tecnología, imagen, red de distribución, etc.) para, en un momento determinado, comenzar a ofrecer ropa femenina de forma más o menos inmediata.

En resumen, el mercado relevante comprende todos aquellos bienes o servicios considerados sustitutivos desde el punto de vista de la demanda, y bajo determinadas circunstancias, el mercado podría ampliarse atendiendo a consideraciones de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta<sup>51</sup>.

### **B) Substitución de la demanda y la oferta.**

La forma más directa en la que se restringe el comportamiento de los precios es con la sustitución por el lado de la demanda: la capacidad de los consumidores de recurrir a otros productos si el oferente del producto de interés incrementa sus precios. Entre más alternativas buenas tengan los consumidores, más difícil será que el oferente del producto de interés eleve sus precios por encima de niveles competitivos. La sustitución por el lado de la demanda normalmente se extiende más allá de productos físicamente idénticos para incluir productos a los que los consumidores recurrirían si los precios cambiaran. Si los consumidores recurren a la cerveza clara como respuesta a un pequeño incremento en el

---

<sup>50</sup> COMISION EUROPA, op.cit., párrafo 20.

<sup>51</sup> Existen 2 opciones para ampliar la definición de mercado atendiendo a criterios de sustituibilidad de la oferta. La primera consiste en tomar en cuenta para el cálculo de las cuotas de mercado exclusivamente la capacidad de producción que podría llegar a trasladarse de forma rápida y sin incurrir en costes significativos al suministro de bienes o servicios que el consumidor considera sustitutivos. La segunda implica “agregar mercados”, esto es, considerar parte del mismo mercado 2 productos que no son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda pero se encuentran vinculados por una estrecha relación de sustituibilidad de la oferta. Por lo general, la agregación de mercados sólo se considera en aquellos casos en que la sustituibilidad de la oferta es “casi universal”, lo que requiere que la práctica totalidad de productores del bien candidato a ser incluido en el mercado relevante sean capaces de trasladar la mayor parte de su producción de forma rápida y sin incurrir en costes significativos. FEDERAL TRADE COMMISSION - US DEPARTMENT OF JUSTICE, 1992,op.cit, sección 1.321.

precio de la cerveza oscura, el mercado de producto incluiría a los dos, generalmente. Como veíamos, en ciertos contextos, la sustitución de la oferta puede ser importante. Esto sucede cuando las empresas que no venden actualmente un producto (u operan en la misma área geográfica) al cual los consumidores recurrirían como respuesta a un cambio de precio de una compañía que ofrece el producto de interés, pueden cambiar rápidamente y ofrecer el producto en cuestión. Por ejemplo, un caso reciente en la Unión Europea (UE) involucró el papel utilizado en publicaciones<sup>52</sup>. Los compradores no cambian sus preferencias por distintas calidades de papel como respuesta a cambios en el precio, así que estos productos no están relacionados por sustitución de demanda. Sin embargo, la Comisión consideró que los oferentes podrían cambiar sus mezclas de papel fácilmente si los precios cambiaran, esta posibilidad servía como una restricción competitiva, así que determinaron que el mercado relevante del producto consistía de todas las calidades de papel utilizado en publicaciones. En general, la autoridad de competencia de la UE incluye en el mercado relevante aquellos productos que pueden rápidamente (en menos de un año) y fácilmente (sin incurrir en costos hundidos significativos) ser substituidos en la oferta de productos relacionados con el producto de interés por la sustitución de la demanda<sup>53</sup>. Como se discute más adelante, las autoridades de Estados Unidos tienen un enfoque distinto respecto a la sustitución de la oferta, pero es funcionalmente similar. Otros factores pueden afectar las restricciones de un competidor, incluida la capacidad de los grandes productores para resistir alzas en precios y barreras a la entrada que impiden que nuevos competidores entren a un mercado a pesar de la existencia de precios por encima de niveles competitivos durante mucho tiempo. Es analíticamente más sólido considerar estos factores adicionales en una segunda etapa de la investigación, después de haber definido el producto relevante y el mercado geográfico.

### **C) Diferenciación de producto.**

Rara vez los productores ofrecen productos que son perfectos substitutos entre sí. Esto es, sus productos están generalmente diferenciados. Los productos pueden tener diferentes características y atributos, por ejemplo, pueden ser proveídos en distintas ubicaciones, o variar en su calidad. La mayoría de las dificultades prácticas de la definición de mercado se

---

<sup>52</sup>OFFICE OF FAIR TRADING, op.cit., Sección 3.14.

<sup>53</sup> Ibíd, Secciones 3.12-3.18

derivan del hecho de que uno tiene que valorar si los consumidores ven los productos como sustitutos lo suficientemente cercanos para restringir los precios de cada uno. En el análisis de un asunto relacionado con cerveza, uno tiene que preguntarse si la cerveza clara compite con la oscura, así como preguntarse si la cerveza para el mercado masivo compite con cerveza importada de alta calidad, si existen vinos que son sustitutos de la cerveza, y si existen bebidas sin alcohol que son sustitutos de la cerveza.

### **3. El mercado de producto y sustitución de la demanda.**

Como se señaló con anterioridad, la evaluación del mercado relevante siempre comienza determinando los productos de los oferentes que son foco de la investigación. Para las prácticas anticompetitivas eso involucra los productos de la empresa o las empresas que pueden estar involucradas en tales prácticas.

El mercado relevante, por el lado de la demanda, consiste de todos los productos que pudieran restringir la capacidad de los oferentes de causar daño a los consumidores. Los oferentes pueden causar daño en diversas dimensiones de la competencia: al aumentar precios, reducir la calidad de un producto, bajar la calidad de sus servicios, reducir inversión en innovación, etc. Del mismo modo, los consumidores pueden recurrir a otros productos por cualquiera de estas razones.

Usualmente ha sido conveniente en el análisis de mercado relevante actuar como si la única dimensión relevante para la competencia fuera el precio. Entonces, uno se preguntaría a qué otros productos recurrirían los consumidores si los oferentes incrementaran sus precios en una cantidad pequeña pero significativa. Este enfoque en los precios es útil e importante. En la práctica, otras dimensiones pueden ser importantes y examinar todas ellas bajo la rúbrica del precio puede obscurecer las dinámicas actuales de la competencia y llevar a errores en cualquier dirección. Sin embargo, por simplificar, mucha de la discusión subsecuente se centra en los precios.

#### **A) El rol de los sustitutos.**

Dos productos son sustitutos cuando un incremento en el precio de uno de los productos resulta en que los consumidores cambien su demanda hacia el otro producto.

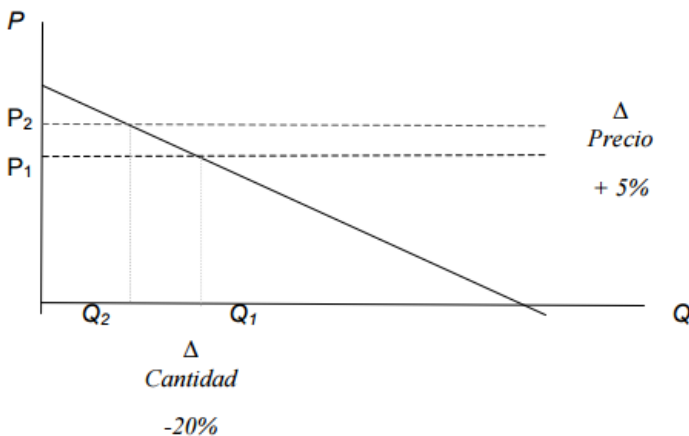
Generalmente, la capacidad de las empresas de incrementar el precio de sus productos es menor cuando existen mejores sustitutos a los que los consumidores pueden recurrir.

a) Elasticidad precio de la demanda.

Para un producto particular, el grado de sustitución que enfrenta una empresa se refleja en la «elasticidad precio de la demanda» que la empresa enfrenta. La elasticidad de la demanda mide el porcentaje de reducción en la cantidad demandada que resultaría de un incremento de uno por ciento en el precio. Por ejemplo, una elasticidad de la demanda de 2 significa que si el precio se incrementa en 1 por ciento la cantidad vendida se reduce en 2 por ciento.

Como se discutirá más adelante, esta elasticidad puede ser medida al llevar a cabo estudios estadísticos o al inferirse a partir de otras acciones de la empresa. La figura 1 muestra la curva de demanda de un producto específico de una empresa en particular. El eje vertical muestra los precios que se pueden cobrar. El eje horizontal muestra las cantidades que pueden ser vendidas. La curva por sí misma muestra las cantidades que los consumidores comprarían en total a cada precio. La línea tiene una pendiente negativa debido a que a precios menores los consumidores comprarían más. En cualquier punto la pendiente de la curva mide aproximadamente la elasticidad de la demanda, entre más plana sea la curva, más consumidores cambiarían de producto ante incrementos en el precio.

**Figura 1**



b) Elasticidad precio cruzada de la demanda.

El grado de sustitución entre dos productos es medido por la «elasticidad precio cruzada de la demanda». La elasticidad precio cruzada de la demanda del producto A con respecto al precio del producto B mide el porcentaje de incremento en las compras del producto A como resultado de un incremento de 1 por ciento en el precio del producto B. (Las elasticidades cruzadas son positivas para sustitutos y negativas para complementos). Una elasticidad cruzada de 0.5 significa que un 1 por ciento de incremento en el precio del producto B resulta en un incremento de medio punto porcentual en las compras del producto A. La elasticidad precio de la demanda de cualquier producto depende de las elasticidades cruzadas de la demanda con respecto a los precios de todos los otros productos que los consumidores considerarían. Es posible medir estas elasticidades cruzadas a partir de estudios estadísticos, como mencionaremos más adelante.

c) Consumidor marginal.

La pregunta básica que motiva el análisis del mercado relevante es saber si suficientes consumidores cambiarían a productos sustitutos como respuesta a un incremento en el precio de un oferente del producto en consideración de tal forma que hicieran que el incremento en precio no fuera rentable. Los consumidores más propensos a cambiar son «consumidores marginales» quienes ya estaban predispuestos a considerar otros productos por considerarlos buenos sustitutos. Si existen suficientes de estos consumidores, el aumento en precio no sería rentable. La figura 1 (arriba) ilustra este punto al considerar el caso en que todo consumidor compra a lo más una unidad, una aproximación razonable para algunos mercados de bienes durables (por ejemplo: centrales de aire acondicionado o lavadoras). Los consumidores están, en efecto, listados en la curva de demanda en el punto correspondiente a lo más que pagarían por el bien. El diagrama muestra el caso en el que un aumento del 5 por ciento resulta en una reducción del 20 por ciento en la cantidad demandada, como resultado de la presencia de un número significativo de consumidores en el margen entre querer comprar el producto en cuestión en vez de productos sustitutos. Una vez que el precio se incrementa, ellos cambian de producto.

Un error común en el análisis de la definición de mercado es centrarse en lo que el consumidor «típico» o «promedio» haría. El consumidor típico o promedio puede, en realidad, no sustituir productos cuando un oferente incrementa su precio. Ese es el caso

ilustrado en la Figura 1. Pero usualmente no es el consumidor promedio quien determina si un oferente puede ganar a partir de un incremento en el precio. Mientras haya suficientes consumidores «en el margen» entre el producto del oferente y otras alternativas el incremento en el precio no resultará en mayores ganancias.

Cuando existe diferenciación de producto, lo cual es cierto en la mayoría de los mercados del mundo real, pueden haber categorías de consumidores que cambiarían el producto en cuestión de acuerdo con varios niveles de precios o basados en atributos particulares del producto. Dependiendo cuál es el precio, y qué tanto está cambiando, muchos o pocos consumidores pueden cambiar como respuesta a un incremento en el precio. Entender cómo está segmentado el mercado es importante en estos casos. Por ejemplo, los amantes de la cerveza de alta calidad pueden estar más inclinados a cambiar al whisky de alta calidad que a la cerveza del mercado masivo, si el precio de la cerveza de alta calidad se incrementa.

### **B) Evaluación práctica de posibilidades de sustitución.**

Definir el mercado relevante, depende directamente de las elasticidades cruzadas de la demanda entre productos. No obstante resulta difícil, como indica Tomás MENCHACA<sup>54</sup> muchas veces obtener estimados numéricos de estas elasticidades cruzadas porque los datos necesarios no están disponibles, no existe el tiempo necesario para recolectarlos y analizarlos, o por múltiples razones los estadísticos basados en datos disponibles son imprecisos o sesgados. Identificar los sustitutos del lado de la demanda y evaluar su fuerza, en la práctica, requiere considerar muchas fuentes diferentes de información, algunas de las cuales están disponibles y son relevantes en algunos casos, pero no en otros.

#### a) Intercambiabilidad y equivalencia funcional.

Los productos son sustitutos uno del otro cuando los compradores los pueden cambiar y obtener casi los mismos beneficios. Aunque parezca una definición circular, en la práctica se puede observar si los productos realizan las mismas cosas, si las personas los utilizan intercambiamente, y si se obtienen beneficios similares cuando lo hacen. Sabemos que marcas diferentes de ordenadores llevan a cabo funciones similares, también, que las

---

<sup>54</sup> MENCHACA, Tomás, op. cit., p. 26.

personas cambian entre marcas dependiendo del precio y que obtienen beneficios parecidos. Este enfoque intuitivo y crítico es un lugar de comienzo obvio y uno que los tribunales de Estados Unidos y la UE han adoptado<sup>55</sup>. Una advertencia importante es que tal enfoque debe cuidar no identificar sustitutos cuando no son sustitutos a precios competitivos, sino que solo se convierten en sustitutos en presencia de precios elevados que reflejan poder de mercado. A lo anterior se le llama comúnmente la «Falacia del Celofán» por un caso de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el cual se encontró que Dupont, quien era el productor principal de celofán en Estados Unidos, no tenía poder de mercado porque existían productos sustitutos bajo los precios monopólicos prevalecientes<sup>56</sup>.

El enfoque de intercambiabilidad puede identificar adecuadamente el mercado relevante cuando los productos son, más o menos, sustitutos perfectos de cada uno y ningún otro producto es un sustituto cercano que atraería un número suficiente de consumidores marginales si el precio aumentara. En la práctica, los consumidores a menudo perciben diferencias (y llevan a cabo sus decisiones de compra con base en esas diferencias) entre productos que parecen ostensiblemente similares. Hay muchas marcas de agua embotellada químicamente idéntica, pero existen personas que son fieles a una marca u otra. Los bebedores de cerveza son, a menudo, leales a su marca favorita, aunque no distinguen de una marca a otra en una prueba a ciegas. Como resultado, el análisis de intercambiabilidad puede llevar a definir mercados de forma muy amplia o muy estrecha. Por un lado, las personas pueden considerar dos productos que aparentemente son equivalentes funcionales como no sustitutos, usualmente porque para ellos implican diferencias que no son importantes para el analista pero lo son para el consumidor. Por otra parte, las personas pueden considerar dos productos que parecen no intercambiables como sustitutos, a lo mejor uno puede hacer menos cosas que el otro pero a los consumidores nos les parece importante esta «extra funcionalidad». Si el análisis de intercambiabilidad es confiable en un caso particular es una pregunta empírica, pero retomando el ejemplo previo, es posible

---

<sup>55</sup> Para profundizar al respecto, véase: *United States v. du Pont & Co.*, 351 U.S. 377, 1956; *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 1962: *The outer boundaries of a product market are determined by the reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it*. Véase, también: Asunto 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV c. European Commission*, 1978 E.C.R.

<sup>56</sup> *United States v. du Pont & Co.* op. cit.

que los bebedores de cerveza de alta calidad consideren al whisky como un mejor sustituto que la cerveza barata.

b) Registros de la empresa.

Las compañías a menudo siguen a su competencia y, por lo tanto, recogen y reportan información sobre quienes consideran sustitutos. Existen varios tipos de documentos de empresas.

*Análisis de competidores.* Estos análisis describen a quien percibe la compañía como competidor general o en ciertos productos particulares. Estos reportes pueden ir desde emails o memoranda sobre competidores a elaborados estudios de mercado desarrollados internamente o por consultores.

*Informes de pérdidas y ganancias.* La administración algunas veces requiere que los responsables de ventas reporten con qué competidor perdieron una venta y a qué competidor principal les ganaron alguna venta. Estos informes pueden ir desde informes muy detallados hasta informes muy someros. En algunos casos los compradores tienen un proceso formal de licitación. En este caso ya sea la compañía o los clientes tienen información sobre todas las empresas que han hecho propuestas y cuáles han ganado una licitación. Los informes de pérdidas y ganancias proveen la base de la “tasa de desviación” que puede ser utilizada en los análisis de la pérdida crítica, el cual es un enfoque formal a la definición de mercado que discutimos más adelante.

*Estudio de investigación de mercado.* Especialmente para los mercados de consumo, las compañías pueden comisionar estudios sobre comportamiento de compras individuales. Estos puede ir desde entrevistas informales con consumidores (tales como “grupos focales” donde compradores potenciales son entrevistados en un ambiente grupal) hasta análisis estadísticos sofisticados. La compañía, o la consultoría que elaboró los estudios, puede presentar conclusiones sobre productos competitivos.

*Otra información de la compañía.* En el curso normal de los negocios, los ejecutivos comentan en emails y presentaciones sobre la competencia. Estos pueden proporcionar ideas de la propia visión de la compañía sobre el mercado. Las autoridades de competencia

pueden obtener este tipo de información de las compañías que están investigando, también de terceros a través de requerimientos de información, entrevistas formales e informales, visitas de verificación y en fuentes públicas. A las compañías involucradas en una investigación, generalmente, no se les permite ver información confidencial obtenida de competidores o información obtenida de terceros involucrados.

Aunque la información de los archivos de la compañía puede ser extremadamente valiosa, los usuarios deben tener presentes dos cosas. Una es que la información puede no ser confiable en algunos casos. El negocio es para hacer dinero, no para recoger información útil para el análisis del mercado relevante. Las personas de ventas pueden no llenar los informes de pérdidas y ganancias o pueden hacerlo de forma no precisa; los ejecutivos que escriben los emails o informes pueden no tener un conocimiento amplio de la competencia; y la compañía puede no escribir sobre los detalles de la competencia. Otro asunto es que las compañías no necesariamente definen «substitutos» y «mercado» de la misma forma que las autoridades de competencia y los tribunales. Como resultado, su definición puede ser poco incluyente (pueden centrarse sólo en los competidores más importantes aunque existan otras compañías que puedan restringir su capacidad de subir precios) o muy incluyentes (pueden identificar muchas compañías, inclusive aquellas que un futuro cercano no puedan restringir sus precios). Solo porque una compañía se refiera regularmente a, por ejemplo, «el mercado de cerveza de alta calidad» o «el mercado de bebidas alcohólicas» no significa que alguno sea un mercado relevante para los propósitos de la política de competencia. Esto no quiere decir que deba ignorarse cómo las empresas perciben a la competencia. Las autoridades de competencia y los tribunales deben de ser cuidadosos al definir mercados que son muy diferentes de cómo los competidores, que están en la batalla de negocios día a día, perciben el mercado.

c) Encuestas a clientes.

Las autoridades de competencia pueden llevar a cabo entrevistas a consumidores de las partes que están investigando, así como a consumidores de otras empresas bajo el supuesto que (tal vez basada en un análisis de intercambiabilidad) produzcan productos sustitutos. En estas encuestas que pueden llevarse a cabo con cuestionarios o entrevistas personales, puede preguntarse a los consumidores acerca de qué productos substituyen a aquellos que

forman parte de la investigación y qué empresas compiten con la empresa o empresas sujetas a investigación. Este tipo de estudios, están diseñados para ser la base del análisis estadístico preferido, como se discute a continuación.

d) Estimación de elasticidad.

Hicimos notar anteriormente, que tanto la elasticidad precio de la demanda y las elasticidades cruzadas de la demanda son útiles para analizar el mercado relevante. Es posible obtener un cálculo aproximado de la elasticidad precio de la demanda que enfrenta una empresa, lo cual puede proveer al menos algún indicativo de si enfrenta muchos o algunos sustitutos importantes.

Existe una fórmula económica muy conocida que dice que, bajo ciertos supuestos, la elasticidad de la demanda que enfrenta una empresa maximizadora de ganancia es igual a uno dividido por el margen de ganancia incremental<sup>57</sup>. El margen de ganancia incremental es la ganancia adicional que la empresa recibiría por vender una unidad adicional de producto, expresada como la fracción de precio de esa unidad. El margen de ganancia incremental se estima frecuentemente en la práctica utilizando el margen de operación de la empresa (ganancias menos el costo operativo, todo dividido entre la ganancia) de su declaración de ganancias y pérdidas<sup>58</sup>. Si el promedio de ganancia incremental es 20% entonces la elasticidad de la demanda es 5. A mayor elasticidad precio de la demanda, mayores son las posibilidades de sustitutos para los consumidores.

La relación entre elasticidad de la demanda y el margen precio-coste es utilizado en el análisis de pérdida crítica descrito posteriormente. Estimaciones de las elasticidades cruzadas de la demanda pueden ser muy informativas porque miden el grado de sustitución entre varios productos. Uno puede usar estas estimaciones para tener una idea cuales productos son sustitutos más cercanos y cuales son más distantes. Estas estimaciones pueden ser utilizadas para implementar la prueba del monopolista hipotético, como se

---

<sup>57</sup> El margen precio-coste es también conocido como el Índice de Lerner tras Abba Lerner, el economista que lo propuso por primera vez. Para profundizar, véase: CARLTON, Dennis & PERLOFF, Jeffrey: *Modern Industrial Organization*, 4th ed. Boston: Addison Wesley, 2005, p. 93.

<sup>58</sup> Una estimación más precisa considera que los costos aumentarían si hubiera un aumento de la producción y determina el costo incremental por un pequeño aumento de la producción. El margen de beneficio incremental es entonces el ingreso adicional de un pequeño aumento de la producción menos el coste incremental correspondiente, todo dividido por los ingresos adicionales.

discute a continuación. Las estimaciones numéricas de las elasticidades cruzadas de la demanda sólo pueden ser obtenidas en la práctica del análisis estadístico de las decisiones que toma el consumidor entre varios productos. Tal análisis puede emplear datos históricos sobre comportamiento de compras. En algunos mercados de consumo es posible, por ejemplo, obtener información histórica sobre compras hechas de «scanner data» que es capturada por cajas registradoras y otras tecnologías de punto de venta. Es también posible estimar elasticidades de demanda utilizando datos obtenidos al consultar a los consumidores acerca de sus elecciones de productos a través de preguntas hipotéticas bien diseñadas<sup>59</sup>. Algunas compañías, pueden haber contratado a empresas dedicadas a investigación de mercado para llevar a cabo estos estudios, que pueden estar disponibles en los archivos de las compañías, tal como se hizo notar anteriormente.

Aunque estos estudios pueden resultar muy informativos, están usualmente sujetos a algunos retos que los hacen poco confiables en la práctica. Para obtener las estimaciones es generalmente necesario que los analistas estadísticos recurran a varios supuestos. Es importante verificar que los resultados no dependan arbitrariamente de supuestos sin fundamento. Por ejemplo, los resultados pueden diferir dramáticamente en virtud de la forma matemática de la curva de demanda que enfrentan los consumidores que se haya supuesto. Además, los resultados estadísticos son válidos en la medida que la información sobre la cual se basen sea válida; a lo anterior se le llama comúnmente el problema de «basura dentro, basura fuera». Por ejemplo, los consumidores pueden no entender completamente algunas preguntas hipotéticas sobre las conductas de compra, así que sus respuestas pueden no predecir cómo actuarían en situación reales. Otro ejemplo, la información histórica de comportamiento de compra (tal como la que se obtiene de los scanners) puede no reflejar el uso de cupones de descuento lo cual afecta a los precios que en realidad se están aplicando.

---

<sup>59</sup> Los modelos de demanda residual, modelos de elección discreta y análisis conjunto se encuentran entre las principales técnicas para analizar esos datos. Para profundizar, véanse: BERRY, Steven; LEVINSOHN, James & PAKES, Ariel: *Automobile Prices in Market Equilibrium*, *Econometrica* 63, no.4, 1995, pp. 841-890; FROEB, Luke & WERDEN, Gregory: *Residual Demand Estimation for Market Delineation: Complications and Limitations*, *Review of Industrial Organization* 6, no. 1, 1991: 33- 48; NEYO, Aviv: *Logit Models of Demand*, *Journal of Economics & Management Strategy* 9, no. 4, 2000, pp. 513-548; BAKER, Jonathan & RUBINFELD, Daniel: *Empirical Methods in Antitrust Litigation: Review and Critique*, *American Law and Economics Review* 1, no. 1, 1999, pp. 386-435.

e) Experimentos naturales.

En el análisis de competencia el término «experimento natural» se refiere vagamente a situaciones en las cuales los analistas pueden aprender algo acerca de una característica principal económica, tales como los efectos unilaterales de una concentración, a partir de un cambio significativo que haya ocurrido en el mercado o en diferencias significativas a través de varias jurisdicciones. Por ejemplo, en un caso en que el oferente, que es el sujeto de la investigación, ha tenido que cerrar la producción de una planta por un desastre natural que no afectó a otros oferentes en el mercado. Es posible ver qué empresas aumentaron sus ventas como resultado de esta pérdida de producción y determinar, por lo tanto, cuáles proveen substitutos cercanos. Este experimento natural también puede proveer estimados de tasas de desviación, los cuales discutiremos en detalle más adelante.

Uno de los usos más famosos de un experimento casi natural en el análisis de concentraciones es el de la concentración propuesta entre Office Depot y Staples en los Estados Unidos<sup>60</sup>. La autoridad de competencia utilizó evidencia de que los precios eran más altos en mercados locales donde solo existía una de estas “súper tiendas” que en los mercados locales donde las dos operaban, siendo todo lo demás constante. Se utilizó esta comparación para concluir que las tiendas de ventas al por menor locales no eran una restricción importante a los precios y por lo tanto no deberían ser incluidas en el mercado relevante.

f) Estudios de precios como herramienta cuantitativa.

Un enfoque que ha sido utilizado para evaluar si dos productos son substitutos consiste en analizar el grado en el que sus precios se mueven de manera conjunta, utilizando la correlación de precio y los análisis relacionados<sup>61</sup>. Este análisis, también puede ser utilizado

---

<sup>60</sup> Nos referimos a esto como "casi natural", ya que las ubicaciones de las tiendas estaban controladas por las empresas involucradas, no por alguna entidad fuera del mercado. Controlando por las características de las distintas zonas geográficas, sin embargo, los analistas pudieron acercarse a los resultados de un experimento verdaderamente natural. Para profundizar, véase: *Federal Trade Commission v. Staples, Inc. and Office Depot, Inc.*, 970 F. Supp. 1066, 1997.

<sup>61</sup> Pruebas de causalidad de Granger, pruebas de raíces unitarias, cointegración y otras técnicas también se utilizan, además de o en lugar de simples pruebas de correlación de precios. Para profundizar, véanse: ROELLER, Lars-Hendrik & STEHMAN, Oliver: *The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach*, *Review of Industrial Organization* 29: no. 4, 2006, pp.281-304; WERDEN,

para análisis de mercados geográficos. Evidencia de que los precios de ambos productos tienden a moverse juntos sugiere que los productos están en el mismo mercado. Por ejemplo, si un incremento en los costos eleva el precio de un producto, si el segundo producto fuera un buen sustituto, esperaríamos ver un movimiento en la demanda del primer producto al segundo producto, y un aumento correspondiente en el precio del segundo producto. Los proponentes del análisis de correlación de precio argumentan que mientras este enfoque no es definitivo para identificar si dos productos son sustitutos cercanos, es posible llevar a cabo el análisis utilizando información relativamente limitada y provee información útil que es incremental para otros análisis.

Existen otras salvedades importantes al considerar usar la correlación de precios y sus análisis relacionados. Los precios para dos productos pueden, por supuesto, también reflejar factores comunes como los costos de materia prima comercializada en mercados internacionales, aunque no estén en mercados geográficos o de producto similares. Sin poder controlar por todos estos factores comunes relevantes, estas pruebas pueden reflejar correlaciones espurias en los precios.

También es difícil relacionar los resultados cuantitativos de la correlación de precio y análisis relacionados con, por ejemplo, la prueba SSNIP descrita a continuación. Los precios pueden estar correlacionados, pero la pregunta es si la correlación es suficiente. En general, se debe tener sumo cuidado al aplicar la correlación de precios y análisis relacionados.

Dicho lo anterior, se revisara de manera minuciosa su aplicación e implicancias. Como se dijo antes, este tipo de estudios parte de la premisa de que, cuando 2 productos son sustitutos, sus precios deben estar fuertemente interrelacionados. En particular, cabe esperar que un descenso en el precio de un producto se vea acompañado de descensos en el precio de los productos sustitutos, de tal forma que los niveles de precios relativos se mantengan estables<sup>62</sup>. Esta relación encuentra fundamento en la propia naturaleza de la competencia entre productos y empresas. Así, por ejemplo, si los bienes X e Y son

---

Gregory & FROEB, Luke: *Correlation, Causality and All that Jazz: The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Definition*, Review of Industrial Organization 8, no. 3, 1993, pp. 329-353.

<sup>62</sup> HOROWITZ, I: *Market definition in antitrust analysis: a regression-based approach*, Southern Economic Journal, vol. 48, 1981, pp. 6-7.

sustitutivos, un descenso en el precio de X motiva necesariamente que algunos de los consumidores que hasta el momento habían venido consumiendo Y lo sustituyan por X. Esta variación en el nivel de precios relativos (precio de X con respecto a precio de Y) repercute por tanto de forma negativa sobre las ventas de los suministradores de Y, que se verá n obligados a recortar a su vez el precio del bien Y para evitar la pérdida de negocio. Se suelen mencionar 3 técnicas cuantitativas basadas en el estudio de precios: los análisis de correlación, cointegración y causalidad. Pese a que varían en grado de sofisticación y complejidad, el objetivo de todas ellas consiste en contrastar la existencia de una relación de estas características entre el precio de los productos que se considera podrían ser sustitutivos.

#### f.1) Análisis de correlación.

El coeficiente de correlación es un indicador estadístico utilizado para evaluar la existencia de relaciones de tipo lineal entre dos variables, en este caso, la evolución del precio de dos productos. Puede tomar cualquier valor comprendido entre -1 y 1. Utilizando como ejemplo el coeficiente de correlación entre el precio de los bienes X e Y:

- ❖ El signo del coeficiente de correlación indica el tipo de relación existente entre el precio de los dos productos. Cuando el coeficiente de correlación es significativamente mayor que 0, los precios están relacionados positivamente, de tal forma que descensos en el precio de X se ven acompañados normalmente – aunque depende de la magnitud del coeficiente de correlación– de descensos en el precio de Y. Por el contrario, cuando el coeficiente de correlación es significativamente menor que 0, los precios están relacionados de forma negativa, es decir, descensos en el precio de X se ven normalmente seguidos de incrementos en el precio de Y. Finalmente, cuando el coeficiente de correlación es 0 o está próximo a 0, no existe una relación –al menos de tipo lineal– entre los precios de X e Y.
- ❖ La magnitud del coeficiente de correlación proporciona información sobre la intensidad de dicha relación. Cuando el coeficiente de correlación es igual a 1,

existe una relación lineal perfecta entre el precio de X y el precio de Y. Un ejemplo de este tipo de relación sería el siguiente:

Donde  $p_y$  es el precio del bien Y y  $p_x$  es el precio del bien X. Atendiendo a esta relación, una variación de 1 euro en el precio del bien X se vería seguida de una variación del mismo signo de 0,9 euros en el precio del bien Y. Cuando el coeficiente de correlación es igual a -1, existe una relación lineal inversa entre el precio de X y el precio de Y. Por ejemplo:

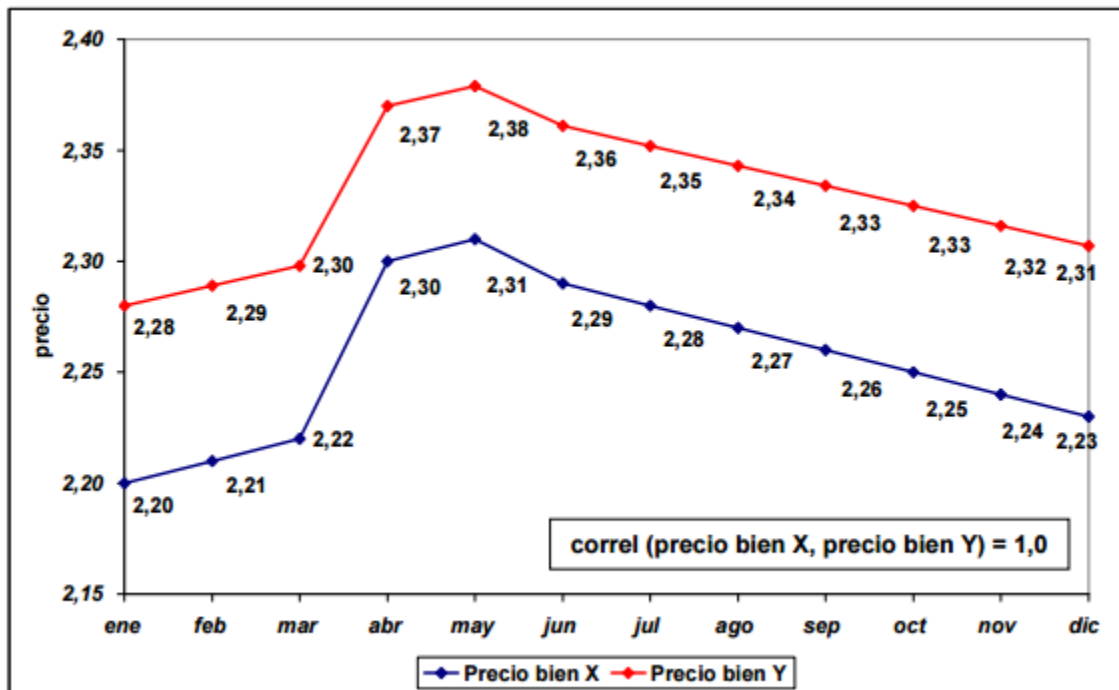
$$p_y = 2,9 - 0,3 \times p_x$$

De acuerdo con esta relación, una variación de 1 euro en el precio del bien X se vería correspondida por una variación de signo contrario de 0,3 euros en el precio del bien Y. Valores intermedios del coeficiente de correlación (entre 0 y 1 y entre 0 y -1) indicarían la existencia de una relación lineal imperfecta, que sería más débil cuanto más se aproxime a 0 el coeficiente de correlación. Atendiendo a las propiedades de este indicador estadístico, una correlación positiva y elevada entre el precio de 2 productos es consistente con que ambos productos sean sustitutivos y, por tanto, formen parte de un mismo mercado relevante. En la práctica, y tal y como ilustra la Figura 2 -donde aparecen representadas dos series de precios perfectamente correlacionadas-, si el coeficiente de correlación es positivo y elevado se observará que los precios de ambos productos siguen una evolución paralela<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Obviamente, las variaciones en el precio de los dos productos no tienen por qué ocurrir en el mismo momento del tiempo. Si existen desfases temporales (por ejemplo, los productores de X responden a variaciones en el precio de Y con 1 semana de retraso), en el gráfico la serie de precios de X se desplazaría a la derecha.

## Series de precios perfectamente correlacionadas



El análisis de correlación es una técnica sencilla que requiere una cantidad relativamente reducida de información. Sin embargo, es también una técnica que presenta serias limitaciones, siendo las más evidentes:

- La correlación entre el precio de dos productos puede ser de naturaleza espúrea. Esto es, los precios de dos productos pueden ser totalmente independientes y, sin embargo, estar correlacionados porque ambos se ven fuertemente influenciados por algún factor externo común. Algunas de las fuentes más frecuentes de correlación espúrea son las siguientes: –Costes comunes: si dos productos utilizan factores de producción comunes, sus precios pueden estar altamente correlacionados incluso si no existe ninguna relación de competencia entre ellos. –Tendencias: si los precios se ven influenciados por una tendencia inflacionista puede observarse una fuerte

correlación positiva incluso cuando los productos pertenecen a mercados diferentes<sup>64</sup>.

- No existe un valor crítico del coeficiente de correlación que permita establecer una frontera clara entre productos que forman parte del mismo mercado y productos que pertenecen a mercados separados. Para valores intermedios (por ejemplo, 0,5), la agrupación de productos en mercados relevantes dependerá del juicio del analista.

#### f.1.1 Caso: Análisis de la Comisión Europea en Nestlé/Perrier<sup>65</sup>.

La Comisión Europea, utilizó el análisis de correlaciones para definir mercados en la industria del agua embotellada en Francia en Nestlé/Perrier. Las cuestiones que se planteaban eran fundamentalmente las siguientes:

- En primer lugar, si el agua embotellada formaba parte de un mercado más amplio para las bebidas refrescantes en general (incluyendo, por ejemplo, las bebidas de cola). El análisis realizado por la Comisión Europea, basado en una evolución de los precios a lo largo de 10 años, mostraba que las correlaciones entre el precio de determinadas bebidas refrescantes y marcas de agua embotellada eran prácticamente nulas y, en algunos casos, incluso negativas.
- En segundo lugar, si dentro de la industria del agua embotellada existían mercados relevantes distintos para el agua de alto y bajo contenido mineral. El análisis realizado por la Comisión Europea evidenció una fuerte correlación positiva (entre 0,85 y 1) entre el precio de las diferentes marcas de agua embotellada. Sobre la base de esta evidencia, la Comisión Europea llegó a la conclusión de que ambos tipos de agua sin gas formaban parte de un mismo mercado relevante.

---

<sup>64</sup> HOROWITZ, I, op. cit., , p. 8,

<sup>65</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Decisión en el Asunto IV/M. 190 Nestlé/Perrier*, Diario Oficial, No. L 356, 1992, párrafo 16.

## f.2) Análisis de cointegración.

El análisis de cointegración, es una técnica econométrica que permite determinar si existe una relación de equilibrio de largo plazo entre 2 variables, en este caso, el precio de los 2 productos que se considera podrían ser sustitutivos. En principio, si dos productos son sustitutivos, esperaríamos que las alteraciones en el nivel de precios relativos fueran transitorias. De esta forma, en el largo plazo observaríamos que el precio relativo converge a un valor que viene determinado por la relación (en este caso, de sustituibilidad) de equilibrio existente entre el precio de ambos productos. Considerando el ejemplo de los bienes X e Y, una posible relación de equilibrio entre sus precios sería una de tipo lineal – similar a la que se trataba de observar a través del coeficiente de correlación– como la siguiente:

$$p_y = a + b \times p_x + \varepsilon$$

Donde  $p_y$  es el precio del bien Y,  $p_x$  es el precio del bien X y  $a$  y  $b$  son respectivamente el término constante y la pendiente de la función lineal.<sup>66</sup> En el ejemplo, para que los productos X e Y fueran considerados sustitutivos el análisis debería mostrar que (1) sus precios están cointegrados, es decir, vinculados por una relación de equilibrio de largo plazo; y (2) la pendiente ( $b$ ) de la función lineal que los relaciona en el largo plazo es positiva, de tal forma que variaciones en el precio de X se ven correspondidas por variaciones del mismo signo en el precio de Y. El análisis de cointegración es una técnica más compleja y sofisticada que el análisis de correlación y requiere una mayor cantidad de información. El análisis de cointegración permite, no obstante, paliar muchas de las limitaciones del análisis de correlación, fundamentalmente:

- Corrige el problema de la correlación espúrea, al centrarse en la relación de equilibrio de largo plazo existente entre las series de precios.

---

<sup>66</sup> e representaría la desviación observada de la relación real entre los precios de X e Y con respecto a la relación teórica de equilibrio. En realidad, el objeto del test de cointegración consiste en determinar si este término de desviación cumple unas determinadas propiedades estadísticas. Para una descripción técnica del análisis de cointegración. Para profundizar al respecto, véase: ENDERS, W.: *Applied Econometric Time Series*, Nueva York: John Wiley & Sons., 1995, capítulo 6.

- Identifica claramente los productos que pertenecen a un mismo mercado dado que las series de precios estarán o no cointegradas.

#### f.2.1 Aplicación práctica: el análisis de la Competition Commission británica en Nutreco<sup>67</sup>.

La *Competition Commission* británica aceptó los resultados del análisis de cointegración como evidencia relevante a la hora de definir mercados en la industria del salmón fresco en Reino Unido. En relación con el mercado de producto, el análisis se centró en la evolución de los precios semanales del salmón escocés y el salmón noruego durante un período de 3 años. El análisis de cointegración, confirmó que el precio relativo del salmón escocés frente al salmón noruego presentaba una tendencia a converger hacia un valor frente a desviaciones temporales. Este resultado era consistente con la existencia de una relación de sustituibilidad entre el salmón escocés y noruego. En relación con el mercado geográfico, el análisis se centró en la evolución de los precios del salmón escocés en Gran Bretaña, Francia y en el resto de Europa durante un periodo de tres años. El análisis econométrico confirmó la existencia una relación de equilibrio entre los precios del salmón escocés en Gran Bretaña y en cada una de las otras regiones consideradas. Los resultados eran, por tanto, consistentes con la existencia de un mercado relevante de dimensión pan-europea.

#### f.3) Análisis de causalidad.

Los análisis de causalidad son técnicas econométricas basadas en los mismos principios que los restantes estudios de precios. El más utilizado es el test de causalidad de Granger<sup>68</sup>. Como se ha visto, cuando dos productos X e Y son sustitutivos, reducciones en el precio de X se verá normalmente acompañadas de reducciones en el precio de Y. El test de causalidad de Granger parte de la premisa de que, por lo general, en la práctica se observará que la reducción en el precio de uno de los bienes precede a la reducción en el

<sup>67</sup> COMPETITION COMMISSION, Nutreco Holding NV and Hydro Seafood GSP Ltd.: A Report on the Proposed Merger, 2000, párrafo 4.116- 4.117. Disponible en <http://www.competitioncommission.org.uk/>, [actualizado, Septiembre 2016].

<sup>68</sup> HOEHN, T., LANGENFELD, M. MESCHI y L. WAVERMAN: *Quantitative techniques in competition analysis*, OFT Research Paper, No. 17, 1999, p. 59. Disponible en <http://www.oft.gov.uk/> [actualizado, Octubre 2016].

precio del otro. Bajo este supuesto, la información sobre la evolución pasada de, por ejemplo, el precio del bien X contribuirá a predecir la evolución del precio del producto Y. En términos funcionales, esta relación podría expresarse de la siguiente forma:

$$p_{yt} = f(p_{xt-1}, p_{xt-2}, \dots)$$

Donde  $p_{yt}$  es el precio del bien Y en un momento del tiempo determinado t,  $p_{xt-1}$  es el precio del bien X en el momento inmediatamente anterior t-1,  $p_{xt-2}$  es el precio del bien X en el momento t-2, etc. Si las observaciones pasadas del precio del bien X contribuyen de forma estadísticamente significativa a explicar el precio del bien Y, el precio del bien X causa en el sentido de Granger al precio del bien Y, que es lo que esperaríamos observar si el bien X formase parte del mismo mercado relevante que el bien Y.

f.3.1 Aplicación práctica: definición de mercado geográfico en la industria de la gasolina en Estados Unidos.

SLADE<sup>69</sup>, utiliza el análisis de causalidad para determinar el ámbito geográfico del mercado de suministro de gasolina en los Estados Unidos. Para ello, parte de información semanal relativa a los precios mayoristas de la gasolina en 2 ciudades de las regiones nordeste, sudeste y oeste de los Estados Unidos para el periodo comprendido entre marzo de 1981 y febrero de 1982. El análisis –llevado a cabo para cada par de ciudades–, muestra una fuerte interrelación entre los precios de ciudades situadas dentro de la zona sudeste y ciertas interrelaciones entre los precios de ciudades situadas en las zonas nordeste y sudeste. La inexistencia de interrelaciones entre los precios de ciudades situadas en las zonas oeste y sudeste sugiere la necesidad de definir distintos mercados relevantes para ambas zonas geográficas.

g) Otros factores a considerar.

Hay varios factores que pueden ayudar en el análisis del mercado relevante. Tales son :

*Costos de transferencia:* Puede ser costoso para los consumidores el cambiarse entre productos ya que toma tiempo aprender sobre un nuevo producto, porque ya han invertido

---

<sup>69</sup> SLADE, M. *Exogeneity tests of market boundaries applied to petroleum products*, The Journal of Industrial Economics, vol. 34, 1986, pp. 291-302.

en productos complementarios que no funcionarán con otro producto, porque tienen puntos de lealtad que perderían con un cambio, y demás. Estos “costos de transferencia” hacen más difícil a los consumidores el cambiar de proveedor cuando los precios se elevan. Cuando los costos de transferencia son bajos es más fácil que otros productos sean sustitutos, mientras que, cuando los costos son altos menos productos son sustitutos.

*Multihoming:* Los consumidores pueden utilizar varios productos que compiten entre sí al mismo tiempo. Este es el caso particular de los negocios que proveen plataformas que ayudan a conectar dos grupos de clientes distintos (ver la discusión sobre “mercados con plataformas multilaterales más adelante). Por ejemplo, muchos consumidores utilizan diferentes métodos de pago. Si el costo de uno de ellos aumenta puede ser relativamente sencillo cambiar a otra forma de pago.

*Regulación y propiedad del gobierno:* En general, las compañías reguladas y las compañías de propiedad estatal no reciben tratamiento especial de la política de competencia. La única excepción surge cuando un regulador u otra entidad de gobierno monitorean activamente y aprueban una práctica que la autoridad de competencia considera anticompetitiva. Los métodos para resolver tales conflictos varían de país a país y, a menudo, de caso en caso.

### **C) Métodos formales para analizar el mercado relevante.**

#### a ) Test del Monopolista hipotético.

Los economistas han desarrollado este enfoque para analizar el mercado relevante con base en la prueba del monopolista hipotético. La prueba comienza con los productos bajo consideración como un mercado candidato y se expande el grupo de productos sustitutos hasta que se llega al punto donde un monopolista puede incrementar sus ganancias sobre estos productos a través de un pequeño pero significativo incremento no transitorio en el precio (SSNIP)<sup>70</sup>. Las pruebas SSNIP son utilizadas de forma más común en las

---

<sup>70</sup> Algunos enfoques que analizan los efectos sobre la competencia de las concentraciones pueden pasar por alto un análisis completo de la definición de mercado. Las Guías sobre concentraciones horizontales de los Estados Unidos señalan que el efecto de una concentración puede ser analizada mediante la evaluación del grado de competencia entre las dos partes concentradas, tal como se refleja en, por ejemplo, los coeficientes de desviación entre las dos partes. Las Guías también señalan el uso de modelos de simulación de

investigaciones sobre concentraciones y de forma menos rutinaria en casos sobre monopolios. Si un monopolista no puede incrementar el precio de forma rentable entonces deben de existir otros productos sustitutos que restrinjan su precio, y estos pueden ser considerados parte del mercado también. La prueba del monopolista hipotético es también llamada a menudo prueba SSNIP por la medición del incremento en el precio utilizada en su cálculo. La cantidad del SSNIP utilizada en la prueba determina qué tan estrechamente se delimitan los límites de un mercado. Un SSNIP más alto resulta en un mercado más amplio porque uno debe de considerar más sustitutos para derrotar un incremento en el precio mayor por parte de un monopolista hipotético.

Las autoridades de competencia tienden a utilizar SSNIPs relativamente bajos de 5 o 10 por ciento en el análisis de concentraciones, lo que resulta en mercados relativamente estrechos. La lógica en general es que los costos sociales de prevenir una buena concentración tienden a ser más bajos que los costos de permitir una mala, ya que prevenir una buena concentración no previene que las empresas lleguen a economías de escala, a través de crecimiento interno, mientras que las malas concentraciones, una vez consumadas, son difíciles de separar. En el caso de monopolización, uno puede argumentar que los costos de errores van en la dirección contraria: puede ser difícil reemplazar los beneficios de una práctica pro competitiva que es prohibida, mientras que las fuerzas de mercado tienden a erosionar los efectos de una práctica anti competitiva que es permitida. Por lo tanto, uno puede considerar deseable, con base en el enfoque de costo error, utilizar SSNIPs más grandes y mercados más amplios en casos monopólicos, así como poner atención a la posibilidad de entrada de competidores significativa que puede ocurrir con el tiempo<sup>71</sup>.

El análisis de pérdida crítica es un método común utilizado para analizar los mercados utilizando la prueba SSNIP. Para el supuesto monopolista hipotético el análisis calcula la pérdida de ventas que resultaría en un incremento del “g” por ciento sin tener un efecto neto

---

concentraciones que no requieren de una definición explícita del mercado de relevante. Para profundizar, véase: las U.S. Horizontal Merger Guidelines, Sección 6.1.

<sup>71</sup> Un punto relacionado es exigir un mayor grado de poder de mercado en los casos de monopolización que en, por ejemplo, los casos de concentración. Para profundizar, véase: KAPLOW, Louis & SHAPIRO, Carl: *Antitrust*, Handbook of Law and Economics, editado por A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (Amsterdam: North Holland), 2007, Vol. 2, Capítulo 15, Sección 2.5.

en las utilidades. Esta pérdida crítica CL puede ser calculada con base en la información sobre el margen de ganancia de la compañía hipotética, que como vimos anteriormente, sirve como un proxy de la elasticidad de la demanda:

$$CL = g/(g+m) \quad (1)$$

En esta fórmula,  $g$  es el pequeño pero significativo incremento en precio considerado, expresado como una fracción (por ejemplo, un 5 % de incremento en el precio implica  $g=.05$ ).  $M$  es el margen precio costo sobre el cambio relevante en producción que resulta del incremento en el precio. Esto puede ser difícil de medir en la práctica porque, tal como se menciona anteriormente, los márgenes contables, que son la información más disponible sobre márgenes, generalmente no corresponde a márgenes económicos para el cambio de producción considerado. Además los márgenes para otras compañías distintas a la considerada pueden no estar disponibles. Si la pérdida actual de ventas que resultaría con base en la sustitución del lado de la oferta y la demanda excede el CL, entonces el incremento en precio no sería rentable y el mercado debería ser ampliado. La pérdida actual puede ser analizada con base en información referente a la elasticidad de demanda residual, elasticidades de precio cruzadas, proxis para éstas con base en la desviación de ventas a productores alternativos, u otra información disponible, como se discutió anteriormente. Un enfoque relacionado que ha sido propuesto pero que es controversial se basa en la suposición discutida anteriormente de que la elasticidad precio de una compañía es el inverso de su margen precio costo. Tomando en cuenta este supuesto, y definiendo una tasa de desviación agregada,  $A$ , que es la fracción de ventas perdidas de un producto dado, cuando se aumenta en  $g$  su precio a otros productos en el mercado candidato, la actual pérdida AL para un monopolista hipotético que lleve a cabo tal incremento en el precio sería igual a:<sup>72</sup>

$$AL = (1-A)/(g/m) \quad (2)$$

---

<sup>72</sup> Para profundizar, Véanse: KATZ, Michael L. & SHAPIRO, Carl: *Critical Loss: Let's Tell the Whole Story*, Antitrust Magazine, 2003; SCHEFFMAN, David T. & SIMONS, Joseph J.: *The State of Critical Loss Analysis: Let's Make Sure We Understand the Whole Story*, The Antitrust Source, 2003; KATZ, Michael L. & SHAPIRO, Carl: *Further Thoughts on Critical Loss*, The Antitrust Source, 2004; O'BRIEN Daniel P. & WICKELGREN, Abraham L.: *The State of Critical Loss Analysis: Reply to Scheffman and Simons*, The Antitrust Source, 2004; FARELL, Joseph & SHAPIRO, Carl: *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, The B.E. Journal of Theoretical Economics 10, no. 1, 2010.

Los partidarios de este enfoque hacen notar que aunque confiar en las estimaciones de márgenes para calcular la elasticidad de la demanda no es necesariamente el único enfoque para estimar la pérdida actual, es un importante punto a considerar. Ellos sostienen que estimaciones alternativas de la pérdida actual que difieran de las estimaciones obtenidas a través de este enfoque deben de ser ignoradas, a menos que se pueda demostrar en el caso considerado que este enfoque simple está sesgado<sup>73</sup>. Otros comentaristas escépticos de este enfoque hacen notar que las medidas disponibles de márgenes de ganancia pueden no corresponder al incremento marginal correcto<sup>74</sup>. También mencionan que este enfoque, en la práctica, funciona en mercados extremadamente estrechos, más estrechos de lo en su opinión es incluso plausible. Por lo menos, esta controversia refuerza la conveniencia de adoptar un enfoque flexible, no dogmático, con respecto a la definición de mercado.

Si para un mercado relevante propuesto y un valor particular de  $g$ , la pérdida para el monopolista hipotético es menor que la pérdida crítica, entonces el incremento en precio es rentable. El analista puede concluir que el mercado relevante actual puede ser más estrecho que el propuesto, pero que ciertamente no puede ser más amplio. De igual forma si la pérdida actual excede la pérdida crítica, entonces el mercado puede ser expandido porque debe haber substitutos de la demanda que no están bajo control de la compañía hipotética. El analista puede entonces repetir la prueba al hacer la presunción de cuál es el substituto más cercano y preguntarse si la pérdida actual del oferente monopolista derivada del nuevo mercado candidato (que incluye el producto adicional) es menor a la pérdida crítica. Este proceso continuará hasta que el analista haya añadido suficientes productos tal que el monopolista hipotético pueda aumentar el precio rentablemente por el SSNIP de  $g$ <sup>75</sup>.

Es a menudo difícil en la práctica implementar la prueba SSNIP de forma rigurosa. Para implementar la prueba del monopolista hipotético de forma rigurosa es necesario construir una empresa que consista de múltiples productos y mida el margen de ganancia de esa empresa así como la substitución de todos sus productos para todos los otros productos

---

<sup>73</sup> FARELL Farrell & SHAPIRO, Carl: *Improving Critical Loss Analysis*, The Antitrust Source, 2008, p. 6.

<sup>74</sup> COATE, Malcolm B. & SIMONS, Joseph J.: *Critical Loss vs. Diversion Analysis: Clearing up the Confusion*, Competition Policy International, 2009, p. 12.

<sup>75</sup> Hemos dejado de lado muchos detalles. Para una discusión adicional sobre la forma de aplicar el análisis de pérdida crítica en la práctica, ver las referencias en la nota al pie 19.

que no se han consolidado en la empresa hipotética. En la práctica es suficientemente difícil obtener medidas precisas de estos parámetros para una sola empresa. Obtenerlos para múltiples empresas y simular el comportamiento de la empresa hipotética es un reto. El resultado de la prueba de monopolista hipotético (que es la ubicación de la frontera del mercado) puede depender del orden de inclusión de productos adicionales a la empresa hipotética dado que los mejores siguientes sustitutos pueden no ser obvios. Por ejemplo, si uno está intentando definir el mercado relevante para automóviles comenzando con un Acura TSX, un sedán de lujo del límite inferior, puede ser razonable considerar un Audi A4 o un Volkswagen Passat como el siguiente mejor sustituto. El escoger el Audi puede traer a sedanes de fabricantes de lujo como BMW y Mercedes Benz y llevar a una definición de mercado de sedanes de lujo, mientras que el escoger el Volkswagen pueden traer a sedanes de Toyota y Nissan y resultar en un mercado relevante de sedanes menos costosos. En muchos casos la prueba del monopolista hipotético puede a lo más proveer un indicio del mercado relevante en vez de determinar una frontera precisa.

En definitiva, el test presenta serios inconvenientes prácticos: se carece de buena información sobre la respuesta de los consumidores a los incrementos en los precios, así que los resultados de la prueba pueden depender de cómo se interpreta información pobre y escasa. También, la prueba se centra en la competencia de precios, aunque la publicidad, el servicio, la innovación, la variedad de productos, y otras dimensiones de competencia puede ser más importantes en algunos casos. Por último, la prueba sólo suele considerar incrementos en la producción de empresas ya presentes en el mercado y, en algunos casos, a las que pueden entrar rápidamente, mientras que en muchas situaciones es, por lo menos importante, considerar empresas cuya entrada podría tomar más tiempo pero tener un impacto competitivo substancial. Por lo tanto, la prueba SSNIP no debe de ser la única herramienta utilizada para el análisis de mercado relevante y debe ser utilizada con cuidado.

#### **D) La sustitución por el lado de la demanda en la práctica.**

En algunas situaciones existen pocas dudas acerca del mercado relevante basado en la sustitución por el lado de la demanda. Esto ocurre cuando hay un grupo de productos

relativamente similares, incluyendo aquellos ofrecidos por la empresa bajo consideración, y para los cuales no hay sustitutos obvios. En otras situaciones, las fronteras del mercado relevante son imprecisas y son objeto de discusión y desacuerdo. Esto sucede cuando existe un continuo de posibilidades de sustitución y cuando los estimados de la fuerza de estos sustitutos son imprecisos y cuestionables. Por ello, como lo reiteraremos en varias ocasiones en este trabajo, cuando la evidencia es ambigua acerca de qué productos incluir en el mercado relevante la mejor práctica es reconocer esta incertidumbre en vez de delimitar una frontera a la fuerza que incluya muchos o muy pocos sustitutos. La sustitución por el lado de la demanda identifica los oferentes de productos en el mercado que pueden restringir el ejercicio de poder de mercado por parte de las empresas bajo consideración. Existen otros dos asuntos que deben ser tomados en consideración cuando se analiza el mercado relevante: la sustitución por el lado de la oferta y el mercado geográfico.

#### **4. Mercado de productos: Sustitución de la oferta.**

##### **A) Sustitución por el lado de la oferta.**

La sustitución por el lado de la demanda ve las elecciones de los consumidores dado el estado actual de la oferta de productos por parte de las empresas en el mercado. Ignora la posibilidad de que un pequeño pero significativo incremento en el precio pueda resultar en la entrada relativamente rápida de compañías al mercado<sup>76</sup>. Existen varias maneras en las que puede suceder la sustitución por el lado de la oferta. La presencia de tales efectos de la sustitución por el lado de la oferta impone una restricción más a la empresa bajo investigación. De igual forma, la ausencia de los efectos de sustitución del lado de la oferta significa que la autoridad de competencia puede ignorar de forma segura el lado de la oferta al analizar el mercado relevante. Las siguientes tres fuentes de sustitución por el lado de la oferta deben de ser consideradas.

---

<sup>76</sup> Además, la importancia competitiva de las empresas más pequeñas que ya están en el mercado relevante definido con base en la sustitución de la demanda puede aumentar como resultado de la expansión de la oferta. Para profundizar al respecto, véase: Análisis sobre el Poder de Mercado.

*Expansión de la oferta a través de cambios de capacidad.* Las empresas pueden producir múltiples productos relacionados. Cuando el precio de un producto en su portafolio se incrementa puede cambiar una línea de producción, o la planta de producción, al producto cuyo precio se incrementó. Los palos de golf para diestros y zurdos no son sustitutos con respecto a la demanda, pero pueden estar en el mismo mercado relevante si los productores de palos de golf pueden producir fácilmente diferentes proporciones de ambos.

*Nuevos entrantes.* Las empresas pueden decidir entrar al mercado como respuesta a un incremento en el precio y pueden hacerlo de forma relativamente rápida y sin incurrir en costos hundidos significativos.

*Reposicionamiento de producto.* En mercados de productos diferenciados las empresas pueden cambiar los atributos de su producto para que el producto se convierta en un sustituto más cercano del producto que incrementó su precio.

Una pregunta crítica de la sustituibilidad del lado de la oferta es qué tan rápido pueden efectuarse estas respuestas. Puede ser que a las empresas les lleve bastante tiempo incrementar su capacidad de servicio o reposicionar sus productos. En este caso el oferente del producto bajo consideración puede incrementar sus precios por suficiente tiempo para hacer que sea rentable. Como resultado, la sustitución del lado de la oferta puede no ser relevante.

Es también importante examinar si hay barreras específicas a la expansión de la oferta. La más importante son las barreras a la entrada que operan en el medio y largo plazo. Puede haber costos hundidos significativos al entrar a un mercado, barreras regulatorias, propiedad intelectual, tarifas, efectos de red, y otros factores que hacen la entrada o los cambios en la capacidad difícil. El análisis de estas barreras, cuando estas existen, es importante pero no es una parte lógica del proceso de definición de mercado.

## **B) Evaluación práctica de la sustitución por el lado de la oferta.**

Existen diferentes fuentes de información para analizar la sustitución por el lado de la oferta.

- Encuestas de productores y consumidores. La autoridad de competencia puede preguntar a los oferentes sobre la posibilidad de expandir su capacidad, nuevos entrantes, y reposicionamiento de producto. Los oferentes pueden ser rivales de la empresa bajo consideración y pueden adoptar un comportamiento estratégico al responder estas preguntas. Los consumidores pueden tener información útil acerca del margen de los oferentes para cambiar la capacidad, entrar o reposicionarse.
- Estudios históricos/Experimentos naturales. La historia de la industria puede proveer información. Cambios pasados de capacidad, entradas, o reposicionamiento de productos sugieren que éstos son posibles dentro del contexto de la industria. De igual forma, la ausencia histórica de éstos puede causar duda sobre las teorías de sustituibilidad por el lado de la oferta. Esto es particularmente cierto si han existido experimentos naturales. Si un productor en el mercado relevante ha aumentado los precios considerablemente en el pasado y eso no provocó respuestas por el lado de la oferta esto sugiere que es difícil que sucedan tales respuestas.

### **C) Substitución por el lado de la oferta y análisis del mercado relevante.**

Como se mencionó anteriormente, hay una diferencia formal del trato de Estados Unidos y Europa con respecto a la sustitución por el lado de la demanda. Por ejemplo, supongamos que los únicos productores de palos de golf para zurdos proponen llevar a cabo una concentración, y que los productores de palos de golf para diestros pueden rápidamente y sin incurrir en costos hundidos cambiar y fabricar palos de golf para zurdos. En Estados Unidos, de todas formas, solamente la sustitución por el lado de la demanda se considera al definir un mercado relevante para el análisis de concentraciones<sup>77</sup>, por lo que el mercado relevante en este caso sería los palos de gol para zurdos. Pero las autoridades de Estados Unidos considerarían a empresas que se han comprometido a entrar como participantes en el mercado relevante, así como empresas que no son productores en el mercado pero que “podrían proveer respuestas muy rápidas del lado de oferta con impacto directo competitivo en el evento de un SSNIP, sin incurrir en costos hundidos significativos”<sup>78</sup>.Entonces en el caso de los palos de golf, los productores de palos de golf

<sup>77</sup>FEDERAL TRADE COMMISSION- US DEPARTMENT OF JUSTICE, op. cit., Sección 4.

<sup>78</sup> Ibíd., Sección 5.1.

para diestros serían considerados como participantes en el mercado de palos de golf para zurdos. El enfoque europeo parece conceptualmente más natural, pero ambos llevan a la misma conclusión con respecto a las restricciones competitivas. Tal como se menciona anteriormente, la sustitución de la oferta de largo plazo, que principalmente involucra nuevos entrantes y/o la sustitución de productos implica costos hundidos significativos, es considerada de manera más apropiada por la vía de análisis de barreras a la entrada.

## **5. Definición de mercado geográfico.**

En muchos mercados, la ubicación de los oferentes afecta si actúa como una presión competitiva al poder de mercado de la empresa bajo consideración y, por lo tanto, si debe de ser incluida dentro del mercado relevante. El mercado geográfico relevante puede ser mundial. Puede que no importe a los consumidores donde se ubique el oferente de un sitio de internet, por ejemplo, ya que todos los consumidores pueden acceder al sitio a través del internet<sup>79</sup>. Alternativamente, el mercado relevante puede ser regional o local. Al menos del lado de la demanda, solo hospitales cercanos son relevantes para casos de emergencias médicas. Los mismos principios generales aplican a la definición de mercado geográfico que a la definición de mercado de producto. Algunos temas importantes surgen al evaluar el alcance del mercado geográfico. Al definir el mercado geográfico relevante, es generalmente apropiado considerar la sustitución tanto del lado de la demanda como de la oferta.

### **A) Temas específicos para la definición de mercado geográfico.**

Los costos de transportación son una consideración adicional para la definición de mercado geográfico. Para los oferentes extranjeros, consideraciones relacionadas con éstas son las tarifas y otras barreras a la importación.

#### **a) Costos de transportación para el consumidor.**

Los consumidores pueden incurrir en costos de llegar a un proveedor especialmente para bienes y servicios que se compran en una ubicación física. Estos costos pueden incluir el tiempo que le lleva al consumidor viajar a una ubicación en lugar de a otra, así como

---

<sup>79</sup> Puede, por supuesto, importarle mucho a los anunciantes.

cualquier otro gasto no relacionado con costos monetarios. Generalmente, las ubicaciones que son más cercanas al consumidor son substitutos más cercanos porque minimizan los costos de transportación; ubicaciones muy lejanas pueden no suponer una presión competitiva si los costos de transportación son prohibitivos.

b) Costos de transportación del lado del oferente.

Los oferentes también tienen que enviar bienes a los consumidores directamente o a distribuidores locales, incurriendo también ellos en costos al llevar a cabo esto. Estos costos son importantes al evaluar la substitución por el lado de la demanda cuando los consumidores tienen que asumir los costos de transportación. Estos costos son relevantes al analizar la substitución por el lado de la oferta porque entre más altos sean estos costos menor es la capacidad de un productor de hacer una oferta competitiva en cualquier área local.

c) Impuestos de importación y tarifas.

En algunos casos los mercados geográficos pueden incluir oferentes en otros países o posiblemente el mundo entero. Pueden existir cuotas u otras restricciones a la importación de varios bienes o servicios. Además, puede haber tarifas (impuestos a la importación) que, como los costos de transportación, pueden limitar la capacidad de competencia de un oferente. En algunos casos, los exportadores de otros países pueden estar en desventaja gracias a restricciones a la exportación o impuestos a la exportación impuestos por sus gobiernos domésticos.

**B) Problemas prácticos de medición.**

En general, los mismos enfoques descritos anteriormente para la definición de mercado de producto pueden ser aplicados a la definición de mercado geográfico. Nosotros usamos la prueba de monopolista hipotético y preguntamos, por ejemplo, si como respuesta a un incremento pequeño pero significativo en el precio de los productos de una ciudad cualquiera, los consumidores cambiarían a productos vendidos por otros oferentes en otras

ciudades<sup>80</sup>. Ciertamente, algunos han sugerido que la ubicación sea considerada como una característica del producto<sup>81</sup>.

Vale la pena que se mencione un enfoque adicional a la definición de mercado geográfico relevante que no es utilizada generalmente en la definición de mercado de producto. Este enfoque se basa en información sobre flujos de comercio a través de regiones geográficas. A este enfoque se le conoce comúnmente como la prueba *Elzinga-Hogarty*, por los economistas que la propusieron<sup>82</sup>. La prueba *Elzinga – Hogarty* se basa en dos medidas. La primera es la proporción de ventas a los consumidores dentro de un mercado geográfico candidato por parte de los oferentes dentro de un mercado geográfico: un mercado geográfico relevante debe de tener «poco de fuera» (*Little from outside* LIFO por sus siglas en inglés). La segunda es la proporción de ventas por parte de los oferentes dentro del mercado geográfico candidato que se hicieron a consumidores dentro de ese mercado geográfico: un mercado geográfico relevante debe de tener «poco hacia fuera desde dentro» (*Little out from inside* LOFI por sus siglas en inglés). La prueba *Elzinga – Hogarty* identifica el mercado geográfico con base en la región más pequeña para la cual la mayoría de las ventas a los consumidores provienen de empresas dentro de la región y la mayoría de las ventas de las empresas dentro de la región son hechas a consumidores dentro de la región. Un límite de 90 por ciento se utiliza comúnmente al referirse a la «mayoría» pero se sugiere un límite de 75 por ciento.

La prueba *Elzinga – Hogarty* merece consideración como método para la definición de mercados geográficos, ya que ha sido y sigue siendo utilizada en la práctica, sin embargo existen ciertos puntos a considerar relativos a la prueba *Elzinga – Hogarty*. Una preocupación general es que el límite numérico utilizado en la prueba no está directamente relacionado con la prueba del monopolista hipotético. Además, existen varias

---

<sup>80</sup> Todo ello puede incluir potencialmente la utilización de empresas que enviarían los productos entre las ciudades, en el supuesto de que las respuestas del lado de la oferta de oferentes rápidos fueran considerados como parte del análisis de la definición del mercado.

<sup>81</sup> CARLTON, Dennis: *Market Definition: Use and Abuse*, Competition Policy International 3, no. 1, 2007, p. 15.

<sup>82</sup> ELZINGA, Kenneth & HOGARTY, Thomas: *The Problem of Geographic Market Definition in Antimerger Suits*, Antitrust Bulletin 18, no.45, 1973; ELZINGA, Kenneth & HOGARTY, Thomas.: *The Problem of Geographic Market Definition Revisited: The Case of Coal*, Antitrust Bulletin 23,no. 1, 1978. Para profundizar al respecto, véase: SPILLER, Pablo T. & HUANG, Cliff J.: *On the Extent of the Market: Wholesale Gasoline in the Northeastern United States*, The Journal of Industrial Economics 35, no. 2, 1986, pp. 131-145.

preocupaciones de que la prueba pueda sobrestimar o subestimar el mercado geográfico. Primero, puede subestimar el mercado geográfico si los consumidores típicamente compran a empresas dentro de un área geográfica cualquiera a precios actuales pero cambiarían rápidamente como respuesta a un incremento en el precio. Segundo, la prueba *Elzinga – Hogarty* puede sobrestimar el mercado geográfico. Por ejemplo, si un subconjunto de consumidores en un área geográfica tiene una preferencia clara por productos vendidos por oferentes fuera del área y bajo ninguna circunstancia compraría a productores locales, la prueba *Elzinga – Hogarty* puede encontrar que el área no es un mercado geográfico, a pesar que otros consumidores no están dispuestos a comprar fuera del área geográfica. Además, si las empresas dentro de un mercado geográfico candidato tienen ventas significativas fuera de la región, las empresas dentro de la región pueden no restringir el precio de las empresas dentro de la región para los consumidores dentro de la región.

## **6. Otras herramientas.**

### **A) Precedentes.**

Una práctica muy habitual a la hora de definir mercados, consiste en acudir a algún precedente de la propia jurisdicción o de otras jurisdicciones. No cabe duda de que, en vista de que la legislación vigente exige definir el mercado relevante, se trata de una alternativa que permite ahorrar esfuerzos en un contexto de recursos limitados. Sin embargo, resulta preciso tener en cuenta que este enfoque plantea serias debilidades:

- ❖ Los mercados cambian como consecuencia de variaciones normativas, por la aparición de nuevos productos, por cambios en los gustos de los consumidores, etc. De esta forma, lo que podía ser correcto en situaciones pasadas no necesariamente es aplicable en el presente.
- ❖ Lo mismo sucede cuando se recurre a lo decidido en otras jurisdicciones. En cada mercado geográfico la normativa puede ser diferente, lo mismo que los hábitos de consumo o el contexto institucional, de forma que cada mercado debe analizarse en sus propios méritos.

## **B) Evidencia de tipo cualitativo.**

Otro de los recursos más utilizados consiste en fundamentar la definición de mercado sobre argumentaciones lógicas basadas en, por ejemplo, el análisis de las características técnicas o precio de los productos o el marco normativo existente en distintas áreas geográficas. Este recurso puede llegar a ser útil para decidir sobre cuestiones puntuales. Por ejemplo, en el caso de la prestación de servicios en régimen de monopolio por parte de una concesión pública, la competencia se produce es el en momento de la concesión (*bidding market*). Si se observa que las condiciones de la concesión son sustancialmente diferentes entre Estados miembros, o que se requiere que los concursantes sean empresas nacionales, podría concluirse que el ámbito geográfico del mercado es nacional. Sin embargo, este tipo de análisis es en la mayor parte de los casos insuficiente para establecer un juicio objetivo sobre la dimensión precisa del mercado relevante. Pensemos, por ejemplo, en el caso de las bebidas refrescantes. Todas ellas cumplen la función de satisfacer la sed del consumidor y, en mayor o menor medida tienen características físicas y precios similares pero ¿es eso suficiente para poder concluir que todas las bebidas refrescantes forman parte del mismo mercado?

## **C) Otras herramientas cuantitativas.**

### a) Análisis de eventos.

Esta técnica aprovecha la existencia de cambios en las condiciones de mercado para inferir si un determinado producto supone una restricción competitiva para otro. Algunos de los cambios que pueden ser utilizados para realizar un análisis de estas características son los siguientes:

- Cambios en las condiciones de competencia a lo largo del tiempo.

El análisis de los efectos de la aparición de una perturbación que afecte a los precios de un producto sobre las cantidades demandadas de ese producto y los productos que se considera podrían ser sus sustitutivos puede proporcionar información valiosa sobre la respuesta del consumidor ante incrementos en precios. Por lo general, las únicas perturbaciones que pueden ser utilizados para el análisis de eventos son aquellas que tienen

que ver con las condiciones de oferta como, por ejemplo, variaciones en el precio de factores productivos, fluctuaciones de tipo de cambio, modificaciones en el entorno regulatorio o alteraciones del régimen fiscal aplicable<sup>83</sup>.

Otra fuente de información para determinar si un determinado producto constituye una restricción competitiva para otro es el análisis de los precios en zonas geográficas donde se observan diferencias en las condiciones de competencia<sup>84</sup>.

### **III. Experiencias extranjeras en torno al mercado relevante.**

#### **1. Comunidad Europea.**

Con la creación de la Comunidad Europea y la apertura de su mercado interior o único a partir del 1 de enero de 1993, múltiples barreras de entrada a los 12 mercados nacionales originales integrados en el mercado común desaparecen, dando la posibilidad a las empresas de expandir sus actividades a un mercado europeo único de grandes proporciones geográficas y económicas. Es así que se hace necesario establecer una normativa que regule y proteja la libre competencia dentro del mercado europeo, la que se encuentra establecida en los artículos 81 y siguientes del Tratado de la Unión Europea (antes establecido en los artículos 85 y siguientes del Tratado de Roma de 1957) y en los numerosos reglamentos y comunicaciones publicados hasta la fecha.

#### **A) Tratado de la Unión Europea.**

Como señalamos previamente en el Título VI, el Capítulo 1 del Tratado de la Unión Europea contempla las normas sobre competencia, estableciéndose las bases de lo que será

---

<sup>83</sup> Por el contrario, las perturbaciones que dan lugar a cambios en las condiciones (o desplazamientos en la curva) de demanda, como variaciones en la renta disponible o modificaciones en las preferencias de los consumidores, pueden dar lugar a variaciones de las cantidades demandadas que nada tienen que ver con la reacción de los consumidores ante cambios en los precios relativos. HOFER, P., P. SMITH & L. WU: *Quantitative techniques in competition policy analysis*, en Global Competition Review Eds., The Asia Pacific Antitrust & Trade Review 2005, 2005 p. 14.

<sup>84</sup> La Federal Trade Commission estadounidense utilizó la evidencia obtenida de un análisis de estas características en la fusión entre las cadenas de grandes superficies de material de oficina Office Depot y Staples. Para una descripción detallada del estudio realizado por la Federal Trade Commission, véase: BAKER, J.: *Econometric analysis in FTC v. Staples*, Journal of Public Policy and Marketing, vol. 18, 1999.

la normativa sobre competencia que va a regir e inspirar a la Unión Europea. Los artículos 81 y 82 establecen los principios fundamentales:

“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”<sup>85</sup>.

“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”<sup>86</sup>.

Como se puede apreciar, en lo fundamental se pueden establecer los fines perseguidos por la Comunidad Europea en materia de comercio, así como las prácticas que se encuentran prohibidas, pero sin que se mencione el concepto de mercado relevante, a tomar en cuenta para la determinación de los casos que vayan en contra de los principios de libre competencia establecidos. Es por esto que el artículo 83 dispone que:

---

<sup>85</sup> Artículo 81, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Roma, Italia, 1957.

<sup>86</sup> Artículo 82, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, op. cit.

“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”<sup>87</sup>.

Por otro lado, el actual tratado de la Unión Europea, contempla un conjunto de instituciones necesarias para alcanzar los fines y garantizar la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario: el Consejo, el Parlamento, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas. Dentro de estas instituciones, la más importante en relación a nuestro tema, es la Comisión Europea, ya que es la que debe velar por el funcionamiento y desarrollo del mercado común. Así se señala en el artículo 211 del Tratado que la Comisión:

- -“velará por la aplicación de las disposiciones del presente tratado, así como por las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de este mismo tratado,”
- - “formulará recomendaciones o emitirá dictámenes respecto de las materias comprendidas en el presente Tratado, si éste expresamente lo prevé o si la Comisión lo estima necesario”,
- - “dispondrá de un poder de decisión propio y participará en la formación de los actos del Consejo y del Parlamento Europeo en las condiciones previstas en el presente Tratado”,
- - “ejercerá las competencias que el Consejo le atribuya para la ejecución de las normas por él establecidas”<sup>88</sup>.

Asimismo en el artículo 85 se dispone que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84, la Comisión velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 y 82. A instancia de un Estado miembro o de oficio, y en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, que le prestarán su asistencia, la Comisión investigará los casos de supuesta infracción de los

---

<sup>87</sup> Artículo 83, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, op. cit.

<sup>88</sup> Artículo 211, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, op. cit.

principios antes mencionados. Si comprobare la existencia de una infracción, propondrá las medidas adecuadas para poner término a ella”<sup>89</sup>.

Para el cumplimiento de su misión, la Comisión adoptará reglamentos y directivas, tomará decisiones y formulará recomendaciones o emitirá dictámenes, en las condiciones previstas en el Tratado Europeo.

Con fecha 9 de diciembre de 1997, la Comisión publicó la Comunicación C372/03, relativa a la definición de mercado de referencia (mercado relevante) a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Aun cuando esta es la primera comunicación oficial, hecha en la Comunidad Europea, que busca tratar el tema de manera profunda a objeto de orientar sobre la forma en que la Comisión aplica el concepto de mercado relevante, al aplicar la normativa comunitaria de competencia, la conciencia comunitaria sobre la importancia de la definición de mercado no es, ni mucho menos, una cuestión reciente. Ya desde antiguo, en la sentencia, «*Europemballage and Continental Can c. Comisión*»<sup>90</sup>, se ha constatado que:

“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).

Esto es así porque una posición dominante no puede existir en abstracto, sino que tiene que estar relacionada con el suministro de determinadas mercancías o servicios.

Poco después, encontramos en los pronunciamientos de la Comisión una delimitación más precisa del concepto, como la ofrecida en la Decisión *ECS/AKZO*<sup>91</sup>, cuando se afirma que:

“El mercado relevante constituye el área de negocio en la que se tiene que juzgar el poder económico de la empresa en cuestión con el de sus competidores” (Párrafo nº 62).

---

<sup>89</sup> Artículo 85, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (1957), op. cit.

<sup>90</sup> Sentencia del TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea), 21 de febrero de 1973

<sup>91</sup> Decisión 85/609/EEC de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985.

En esta Decisión, se crean además algunas consideraciones interesantes en torno a la finalidad de la definición de mercado en el derecho comunitario de la competencia. Se afirma que:

“En el contexto del artículo 86, el objetivo de la delimitación del mercado es definir un área de comercio en la que evaluar las condiciones de la competencia y el poder de mercado de la empresa dominante” (Párrafo N°64).

No es por tanto exagerado afirmar que “*una decisión puede ser anulada si el análisis (la definición de mercado relevante) es incorrecto*”<sup>92</sup>, y que, desde luego, la falta de seguridad jurídica en este ámbito estaba alcanzando cotas insostenibles:

“En el actual estado del derecho comunitario de competencia, la cuestión de la definición de mercado relevante ha ido degenerándose hasta llegar a dar la impresión de ser una serie de maniobras ad hoc para llegar a un resultado predeterminado”<sup>93</sup>.

A todas estas cuestiones viene a dar respuesta la Comisión Europea a través de la citada Comunicación, cuya finalidad (Párrafos 1 a 5) es precisamente orientar sobre la forma en que dicho órgano aplicará los conceptos de mercado de producto de referencia y mercado geográfico de referencia al emplear la normativa comunitaria de competencia, en particular los Reglamentos N° 17 (aplicación de los Artículos 81 y 82)<sup>94</sup> y N° 4064/89 (control de concentraciones)<sup>95</sup> del Consejo, y sus equivalentes, en sectores tales como transportes, siderurgia y agricultura. Su objetivo es determinar, de forma sistemática, las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. Lo que se persigue, con la definición de mercado, no es otra cosa que identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas, que puedan limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva.

---

<sup>92</sup> BELLAMY, C. y CHILD, G.: *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Edición española a cargo de Enric Picañol, Madrid, Ed. Civitas, 1992, p. 130.

<sup>93</sup> VAN DER BERGH, R.: *Modern Industrial Organisation versus Old-fashioned European Competition Law*, European Competition Law Review, Vol. 17, n° 2, 1996, p. 7.

<sup>94</sup> Primer Reglamento de aplicación de los Artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, *D.O.C.E.* (*Diario Oficial de la Comunidad Europea*) L 13/204, de 21 de febrero de 1962; Reformado por el Reglamento CEE N° 1216/99, del Consejo, de 10 de junio de 1999 (*D.O.C.E.* L148/5, de 15 de junio de 1999).

<sup>95</sup> Reglamento CEE n° 4064/89, del Consejo de 21 de diciembre de 1989, *D.O.C.E.* L395/1, de 23 de diciembre de 1989.

**B) Comunicación 372/03<sup>96</sup>.**

Se establece en su párrafo segundo que:

“La definición de mercado permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la política de competencia. El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva. Desde esta perspectiva, la definición permite, en particular, calcular las cuotas de mercado, que aportan una información significativa con respecto al poder de mercado para la apreciación de una posición dominante o para la aplicación del artículo 85” (actual artículo 81).

Luego, en los párrafos terceros y siguientes de la comunicación, se establece que el concepto de mercado de referencia es distinto del concepto de mercado que se utiliza en otros contextos, como por ejemplo, el área en que una empresa vende sus productos, o en un sentido más amplio, al sector o industria al cual pertenece. A su vez se señala, que una claridad en el concepto de mercado relevante da mayor transparencia a la política de la Comisión en el área de la competencia y también permite a las empresas, al hacer públicos los procedimientos que se siguen para determinar el mercado e indicar los criterios y los medios de prueba, tener todas las herramientas y antecedentes necesarios para obtener una defensa de sus intereses, facilitándoles el procedimiento para actuar en un caso concreto, como ser la adquisición, creación, participación o celebración de determinados acuerdos.

En su párrafo séptimo se define el mercado de producto de la siguiente manera:

“El mercado de 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”.

---

<sup>96</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, op. cit.

El mercado geográfico en los siguientes términos:

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

Por consiguiente, el mercado relevante, para evaluar el fondo de un asunto de competencia, se establece mediante la combinación del mercado de producto y del mercado geográfico.

Estas definiciones, a su vez, establecen unos principios legales muy generales. En cuanto al mercado de producto, se constituye únicamente que éste comprende los productos sustitutivos en la demanda, y que la sustitución se determina con arreglo a las características del producto, su uso y su precio. En cuanto al mercado geográfico, se hace referencia a la homogeneidad de las condiciones de competencia, y los textos legislativos indican una lista no exhaustiva de criterios a tener en cuenta, como la distribución de cuotas de mercado en distintas áreas, los niveles de precios comparativos o la existencia de barreras de entrada.

Son definiciones esencialmente abiertas, que por sí mismas ofrecen muy pocas indicaciones sobre el concepto de mercado relevante y, sobre todo, sobre los criterios y la evidencia en que debe basarse la Comisión para definir mercados en la práctica.

La Comisión ha tenido un amplio margen para desarrollar estas definiciones en su práctica decisonal y darles un valor operativo. El significado de términos como «condiciones de competencia», la definición de qué constituye una barrera a la entrada y qué no lo es, la forma en que se deben realizar las comparaciones internacionales de precios para medir sus diferencias y a partir de qué magnitud estas diferencias son significativas, son cuestiones esenciales a la hora de definir el mercado relevante en un asunto concreto. Lo mismo puede decirse en relación a la dimensión producto de mercado, aunque la definición parezca más concreta, en la práctica, establecer la medida en que dos productos

son sustitutivos desde un punto de vista económico, exige un análisis detallado de varios factores.

La Comisión ha expuesto, en su Comunicación interpretativa, los principios económicos en que se basa para definir los mercados relevantes, así se identifican las tres principales presiones a las que se ven sometidas las empresas en los asuntos de competencia: la sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Las autoridades comunitarias de competencia establecen que se prestará especial atención únicamente al primero, ya que:

“Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios”<sup>97</sup>.

Por tanto, como ya se señaló en las primeras aproximaciones a nuestro tema de estudio, al ser generalmente menos inmediatas y requerir el análisis de otros factores, las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta y de la competencia potencial no se tienen en consideración para la definición de mercados. En caso necesario, el análisis de este segundo grupo de presiones no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia. Solamente en situaciones muy precisas, en que los efectos de la sustitución de la oferta son asimilables a los efectos de la sustitución de la demanda en términos de inmediatez y eficacia, la Comisión puede considerar los efectos de la sustitución en la oferta a la hora de definir el mercado, como veremos más adelante, por ejemplo en los asuntos que se podrían llamar «banales», en los que diferentes tamaños, tallas o grados de un producto se agrupan en un mismo mercado aunque no sean sustitutivos para los consumidores.

Por otro lado, es razonable que la evaluación de la competencia potencial se lleve a cabo en un segundo estadio del análisis, el de la valoración de la posible posición de dominio más que en el de la definición de mercado, ya que de los factores que se barajan

---

<sup>97</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, op. cit., párrafo N° 13.

habitualmente como indicadores de poder de mercado –cuota de mercado, fuerza financiera, acceso a los mercados de suministro, pertenencia a grupos multinacionales, integración vertical y existencia de barreras de entrada– éste último, el de si se trata de un mercado atacable o impugnabile (*contestable markets*), es especialmente importante en estos supuestos, ya que, por muy elevada que sea su cuota de mercado, un empresario no podrá subir los precios por encima del nivel competitivo si tiene competidores potenciales que, ante ese aumento de precios, quieran y puedan entrar en el mercado con precios más bajos destinados a captar la demanda resultante de tal modificación por el lado de la oferta.

a) La sustituibilidad de la demanda en el marco Europeo.

Ya se ha dicho que para determinar qué productos y áreas constituyen un mercado Relevante es necesario establecer en qué medida dos productos son suficientemente sustitutivos en la demanda, en cuanto a su función, precio y atributos para ser contemplados por los usuarios como sustitutivos razonables de otro.

Este principio básico se instrumentaliza según la Comunicación de la Comisión mediante:

“Un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación”, de esta manera se señala “partiendo del tipo de producto que las empresas afectadas venden y de la zona en que lo venden, otros productos y zonas se excluirán o incluirán de la definición de mercado según que la competencia de estos otros productos y zonas afecte suficientemente a la estrategia de fijación de precios de las partes a corto plazo o la restrinja”<sup>98</sup>.

Así, la combinación producto/área constituirá un mercado relevante si ese hipotético incremento de precios no conlleva pérdidas significativas de ventas porque los consumidores no recurrirían a otros productos o decidirían aprovisionarse de empresas localizadas en otras áreas. Si hubiera tales pérdidas de ventas, el mercado debería extenderse para incluir esos otros productos y/o esas otras áreas geográficas a las que

---

<sup>98</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, op. cit., párrafo N° 15.

acudirían los consumidores en respuesta a un incremento de precios relativos, hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal, que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos. La variación de precios ha sido establecida que gire entre un 5% y un 10% en la Comunicación.

b) La sustituibilidad de la oferta el marco Europeo.

Este elemento, se diferencia de la sustituibilidad en la demanda, en que, mientras éste se refiere a la existencia de una posibilidad efectiva para el comprador de encontrar sustitutivos razonables, aquél se refiere a si los suministradores de productos, que en principio no son sustituibles desde el punto de vista de la demanda, pueden fácilmente pasar a producir y ofrecer productos que sí lo sean. De esta forma, la sustituibilidad de la oferta se puede definir como la posibilidad de que los fabricantes de un producto dado, puedan pasar a producir otros productos, y a comercializarlos en un período corto de tiempo, sin tener que incurrir por ello en inversiones importantes o en riesgos adicionales significativos.

Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas. Este impacto en términos de eficacia y de respuesta inmediata, es equivalente al efecto de sustitución de la demanda. Ahora, para que se produzca este efecto se requiere el cumplimiento por lo menos de las dos condiciones mencionadas:

- ❖ La nueva producción tiene que estar inmediatamente disponible para los consumidores en condiciones competitivas;
- ❖ Esta disponibilidad casi inmediata no debe ser comprometida por la presencia de costes o riesgos significativos.

Estas situaciones se producen generalmente cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto y aun cuando éstos productos no sean sustituibles para los consumidores finales, estas distintas calidades se agruparán en un mismo mercado de producto, siempre que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costes.

Se han elaborado, por la doctrina, dos posibles vías para utilizar la sustitución de la oferta al definir un mercado relevante: 1) todos los productos que son sustitutivos desde un punto de vista de la demanda y desde un punto de vista de la oferta se incluyen en el mercado relevante, y las cuotas de mercado son calculadas sobre la base de las ventas reales de cada producto; 2) el mercado relevante incluye solamente las ventas de productos sustitutivos en la demanda. Se asignan ventas potenciales a las empresas que podrían realizar la sustitución en la oferta sobre la base de su capacidad de producción instalada. Sumando las ventas reales y teóricas se llegaría a un total de ventas del mercado que luego permitiría calcular las cuotas de mercado de cada empresa.

La Comisión ha seguido el primer planteamiento, aunque en la práctica se considera la sustitución en la oferta al definir mercados solamente en casos excepcionales. Esto, cuando el análisis, hecho sólo en base a la demanda, arrojaría una multitud de mercados estrechos artificiales, en los que el volumen de mercado y las cuotas de mercado, no podrían medirse correctamente y perderían su significado.

Un caso práctico de la utilización de la sustitución de la oferta para definir el Mercado Relevante por la Comisión es la que ofrece su decisión en el caso *“Torras con Sarrio”* del año 1992. En este caso, a objeto definir el mercado relevante en la fabricación de papel, se reconoce por la Comisión que éstos no son sustituibles desde el punto de vista del consumidor, ya que éste definirá cuál es el tipo de papel que requiere, alta calidad o baja calidad. Pero desde el punto de vista de la oferta, se da una transición sin dificultad de una calidad a otra, así los fabricantes de papel pueden pasar de una calidad a otra en muy corto plazo (de un día para otro), ya que las plantas de fabricación están diseñadas para poder fabricar las distintas calidades de papel y los canales de distribución son los mismos. Es por esto, que la Comisión definió un mercado de papel de escritura que incluye todas las calidades existentes.

Hay que señalar que también la Comisión excluye la sustitución de la oferta a objeto determinar el mercado relevante en determinados casos, aun cuando las empresas digan que la fabricación del producto es sencilla, por lo que otras empresas podrían fabricarlos en el corto plazo. Ello porque la Comisión exige que los productos, además de ser producidos, tienen que ser comercializados en corto plazo. Y es aquí donde se pueden presentar

problemas ya que la comercialización podría requerir el desarrollo de una marca y la promoción y publicidad de la misma a fin de alcanzar un volumen de ventas significativo. Este problema se dio en el caso “*Nestlé con Perrier*” en el año 1992, ya que al definir el mercado relevante la parte requirente señaló que se debía incluir todas las bebidas no alcohólicas por consideraciones de sustitución de la oferta, ya que los productores tienen los activos necesarios y la capacidad técnica y física para embotellar agua. Aun cuando la comisión aceptó dicho planteamiento, señaló que no iban a poder competir con las aguas minerales de manantial francesas, las cuales ya gozaban de una imagen y percepción entre los consumidores, que la nueva agua embotellada no tendría y que significaría una fuerte inversión en promoción y publicidad para crear una marca aceptada y reconocida como Perrier.

c) Competencia potencial en el marco europeo.

La competencia potencial en el contexto Europeo no se toma en cuenta para la definición de los mercados, ya que implica un análisis de los factores y circunstancias relacionados con las condiciones de acceso, y este análisis, en caso de ser necesario, no se lleva a cabo sino hasta una fase posterior, en que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado relevante y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia. Se considera que, una empresa es un competidor potencial, si existen pruebas de que puede y quiere efectuar las inversiones necesarias para entrar en un mercado ante variaciones de los precios. Esta evaluación debe basarse en un criterio realista, ya que no basta con la posibilidad puramente teórica de penetrar en el mercado. Por ello, las condiciones en las que la competencia potencial representará realmente una presión competitiva, depende del análisis de factores y circunstancias específicas, relacionado con las condiciones de acceso, es decir, la existencia de barreras de entrada.

d) Definición de Mercado del producto en el marco europeo.

Luego de analizar los principios que sirven para determinar el mercado relevante en el contexto de la normativa europea, vamos a estudiar ahora, el primer elemento que sirve para determinar a éste que es el mercado de producto.

En una primera etapa, un análisis de las características de los productos y de sus utilidades previstas, permite a la Comisión limitar el ámbito de investigación de los productos de sustitución. Sin embargo, lo anterior no basta para concluir que dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda. Es por ello que la Comisión ha establecido en su Comunicación los tipos de elementos que se consideran pertinentes para determinar si dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda:

*Elementos de prueba de una sustitución en un pasado reciente*, que ofrecen ejemplos reales de sustitución entre dos productos por cambios o sucesos ocurridos en el mercado.

*Sustituibilidad funcional*, es decir, que los productos aparte de ser alternativos para satisfacer la misma necesidad, sean efectivamente sustitutos, ya que habrá que analizar el caso concreto y ver si los consumidores estarían dispuestos a sustituir el producto por el alternativo, cuando nominalmente sirva para satisfacer la misma necesidad, como es el caso de las aguas minerales versus otras bebidas refrescantes, en la cual, aun cuando son productos alternativos, no habría una sustituibilidad ya que los consumidores de agua mineral no estarían dispuestos a tomar una bebida cola, por cuanto no tiene la imagen saludable y ecologista del agua mineral y por ende no cabría englobarlos en un mismo mercado relevante.

*Uso y características de los productos*, al ser éste el análisis inicial para limitar el campo sobre posibles sustitutos, pero ésta no es una condición necesaria ni suficiente para que dos productos sean sustitutos económicos, ya que sucederá que productos con características muy distintas puedan constituir una opción alternativa para los consumidores, por ejemplo, en el caso de las pizzas y de la comida china, que no pertenecen al mismo mercado por tener una composición y sabor muy distintos, sino en que la demanda de estos productos esté motivada por otras consideraciones, tales como la rapidez o bajo coste, caso en el cual sí podrían pertenecer al mismo mercado.

Es así que aun cuando en las etapas iniciales las decisiones de la Comisión pusieron un cierto énfasis en un análisis anatómico del producto, se ha alejado de ese planteamiento, y en la definición de mercado relevante se tomarán en cuenta otros factores.

*Ensayos cuantitativos para delimitar los mercados*, como estimaciones de la elasticidad y de la elasticidad cruzada en función de los precios de la demanda de un producto, ensayos basados en la similitud de la evolución de los precios a lo largo del tiempo, y la similitud de niveles de precios o la convergencia de los mismos. Por ejemplo, en cuanto a la evolución de los precios, en el caso *Nestlé con Perrier*, la Comisión consideró la divergencia en la evolución de los precios tarifa durante los cinco años que precedían a la concentración, como un elemento indicativo que las aguas minerales no sufrían una competencia significativa por parte de las demás bebidas sin alcohol; así, mientras hubo una disminución en los precios de estas últimas, esto no impidió que las aguas minerales subieran de precio en el mismo período de tiempo.

*Preferencias de los consumidores*, obtenidos a través de estudios de marketing que las empresas han encargado en el pasado y utilizan en sus decisiones sobre fijación de precios o en la comercialización de sus productos, pueden otorgar a la Comisión información útil para determinar el mercado relevante. Así ocurrió en el caso *Procter & Gamble con VP Schickedanz*, en el que se trataba de ver si los tampones y las compresas pertenecían a un mismo mercado de producto, al tener los dos productos un uso y funcionalidad idénticos. Se presentó una gran cantidad de estudios de marketing por los competidores de *Procter & Gamble* para demostrar que las compresas y los tampones pertenecen a mercados distintos y así testimoniar la posición dominante que lograría ésta en el mercado de los tampones en Alemania al adquirir al principal fabricante alemán de tampones. Los estudios demostraron que las mujeres que utilizan compresas no consideran los tampones como productos sustitutivos y que no desviarían su consumo a los tampones ante un incremento del precio relativo de las compresas.

*Barreras o costes que limitan o impiden la sustitución efectiva*, que impliquen que dos productos sustitutivos a primera vista dejen de serlo y finalmente sean considerados en mercados relevantes distintos, al existir estas barreras que impiden su sustitución efectiva. Estas barreras u obstáculos pueden ser de tipo legal, intervención estatal, necesidad de realizar inversiones, etc. Prueba de ello es en el sector del azúcar, en que la remolacha y la isoglucosa son intercambiables en virtud de su casi idéntica composición química y la identidad de sus propiedades como edulcorantes. Sin embargo, en su decisión en el caso

*Eridania con ISI* de 1991, la Comisión estimó que la isoglucosa no puede ser considerada como sustituto en razón de la limitación existente a su producción en el mercado europeo, que limita ésta a un 2 por 100 de la producción de azúcar, por cuyo motivo no puede existir un aumento de la producción de ésta por una demanda adicional generada, por ejemplo, por un incremento del precio de la azúcar. Por lo tanto, el mercado relevante del azúcar no incluiría el de la isoglucosa en razón de la existencia de una barrera legal. Las barreras pueden ser de carácter puramente económico, como por ejemplo, en el caso *Nordic Capital con Molnlycke Clinical Kolmi*, del año 1998, en cuanto a determinar si las batas y sábanas quirúrgicas de usar y tirar, pertenecen al mismo mercado de las que se pueden utilizar repetidamente tras su esterilización, la Comisión determinó que éstas no son productos sustituibles y no pertenecen a un mismo mercado relevante, en razón a que sustituir batas quirúrgicas de un único uso implicaría, para los clientes, inversiones en equipo de esterilización, en formación de personal y en revisión de los procedimientos.

*Diversas Categorías de Clientes: Clientes Cautivos.* Una vez que se han identificado todos los productos que deben incluirse en el mercado relevante, examinará si se venden a diversas categorías de clientes, con especial atención a la existencia de clientes cautivos. Éstos pueden ser definidos como un grupo de consumidores que no tiene la posibilidad de transferir su demanda a un sustituto, aunque tal sustitución sea posible para el resto de los consumidores. Para analizar si constituyen un mercado relevante distinto, habrá que determinar si es posible la discriminación de precios, para lo cual es necesaria la existencia de dos condiciones imprescindibles:

- a) tiene que ser posible identificar claramente a qué grupo pertenece un cliente individual.
- b) el comercio o arbitraje entre los distintos grupos no tiene que ser factible.

Un caso en que se presenta esta diferenciación entre los clientes se presenta en los proveedores de componentes y repuestos a la industria automovilística. En esta ocasión la Comisión distinguió entre suministros directos a fabricantes de vehículos de motor y los suministros de repuestos a los comerciantes independientes y a las organizaciones de compra que distribuyen los repuestos a talleres independientes de los fabricantes. La

Comisión establece que los clientes en el mercado de accesorios pagan precios mucho más altos que los fabricantes de coches para los mismos parachoques. Factores tales como la entrega *just in time* al fabricante de coches y las estrictas condiciones de acceso al mercado impuesto por los grandes fabricantes, explican la posibilidad de discriminar en precios entre ambos grupos de clientes.

e) Definición de mercado geográfico en el marco europeo.

La *Comunicación* establece que:

“El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de 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 aquéllas”<sup>99</sup>.

Este concepto de mercado geográfico de referencia tiene su origen, una vez más, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en concreto, en la Sentencia *United Brands Company & United Brands Continental BV c. Comisión*<sup>100</sup>, en cuyo apartado N° 44 se define el mercado geográfico como:

“El territorio en el que las condiciones objetivas de competencia que se aplican al producto en cuestión son las mismas para todos los agentes que actúan en el mercado”.

Es por tanto un área, una extensión, en la que todos los operadores económicos se hallan en condiciones de competencia similares, en lo que respecta a los productos de que se trata. En el ámbito del derecho comunitario, la posición dominante de que se trate debe existir en un mercado geográfico, que debe ser el mercado común, en su conjunto o una parte sustancial del mismo. El mercado geográfico debe ser un área en que las condiciones de la competencia, aplicables al producto de que se trate, sean las mismas para todos los

---

<sup>99</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, op. cit., párrafo N° 8.

<sup>100</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE): *Sentencia Asunto 27/76*, 1978, p. 207.

comerciantes, y por eso se define en relación al área en que el abuso tiene efecto o en la que están situadas las personas afectadas negativamente por el mismo.

En este sentido, la Comisión destaca acertadamente que no es necesario que las condiciones objetivas de competencia entre los operadores sean perfectamente homogéneas, sino que basta con que sean «similares» o suficientemente homogéneas.

La Comisión identificará de forma preliminar los posibles mercados geográficos, esto es, si son de dimensión local, nacional, comunitaria o mundial, sobre la base de indicadores generales, tales como la distribución de cuotas de mercado de los principales proveedores o las posibles diferencias de precios entre distintas regiones. Pero, además, el grado de competencia entre empresas situadas en distintas áreas geográficas puede depender de una multitud de factores. La Comisión ha sistematizado en su Comunicación qué tipo de criterios y qué pruebas considera apropiados para adoptar una decisión sobre la extensión del mercado geográfico.

*Distribución de cuotas de mercado y diferencias de precios:*

Así, el hecho de que la mayor parte de la oferta la proporcionen empresas nacionales, limitaría el ámbito geográfico a un mercado nacional, lo cual se puede deber a barreras a la importación o a inercias históricas o a que los mercados son extremadamente competitivos (por lo que los márgenes no permiten absorber el más mínimo coste de transporte).

Un nivel similar de precios puede responder a diversos factores, que indicarían si el mercado es nacional o comunitario. Las pequeñas diferencias en precios pueden responder a una mera coincidencia o semejanzas en costes, o puede ser el resultado de una competencia transfronteriza intensa, que lleva a una convergencia progresiva de los precios de cada estado.

Por lo tanto, la Comisión no considera estos indicadores como suficientes para definir el mercado y tiende a confirmar las indicaciones ofrecidas por éstos con el examen de otros factores adicionales. No obstante aquello, la discriminación de precios como criterio delimitador se está aplicando especialmente en el ámbito de la aplicación del

Reglamento CEE nº 4064/89<sup>101</sup> al control de concentraciones. En un importante caso, *Volvo/Scania*<sup>102</sup>, la Comisión ha declarado incompatible con el mercado común la pretendida fusión entre los dos gigantes suecos de la industria del motor y de vehículos pesados. Respecto a la definición del mercado geográfico de referencia, la Comisión ha concluido que es todavía de ámbito nacional, basándose en las diferencias entre las especificaciones técnicas, los hábitos de compra y las cuotas de mercado en diferentes Estados miembros. Sin embargo, como ha señalado un miembro de la *Merger Task Force* de la Comisión, “la existencia de discriminación de precios ha sido el indicador esencial de que los efectos de la fusión no debían, tal como proponía Volvo, analizarse a nivel europeo”. La diferencia –y de ahí el interés de las partes– entre una y otra definición es que, a nivel europeo, la empresa resultante de la fusión sería el principal proveedor de la industria pesada de vehículos en la Zona Económica Europea (EEA) con una cuota de mercado –en términos de ventas- de 31%, seguida por DaimlerChrysler con un 20%. Sin embargo, a nivel de mercados nacionales, la empresa resultante alcanzaría cuotas mucho mayores, variando entre el 90% en el mercado sueco y el 50% en el irlandés.

#### *Características de la Demanda:*

La naturaleza de la demanda del producto relevante puede en sí mismo determinar el alcance del mercado geográfico. Factores como las preferencias nacionales o referencias por marcas nacionales, los idiomas, la cultura y el modo de vida tienden a limitar el alcance geográfico de la competencia.

Las preferencias del consumidor pueden segmentar mercados geográficos en determinados casos. Por ejemplo, la preferencia de los consumidores por marcas nacionales tradicionales tiene un efecto doble, ya que limita la sustituibilidad por productos comercializados por empresas en otros estados miembros, y en segundo lugar, constituye una barrera a la entrada en un mercado nacional (de carácter económico), puesto que cualquier empresa de otro país tendría que acometer inversiones importantes en campañas

---

<sup>101</sup> Comunidad Europea (CEE) (1989): Reglamento Nº 4064/89, del Consejo de 21 de diciembre de 1989, *D.O.C.E.* L395/1, de 23 de diciembre de 1989

<sup>102</sup> Comisión Europea (C.E.) (2000): Caso Nº 1672 – *Volvo/Scania*, de 14 de marzo de 2000.

de publicidad (costes no recuperables con un alto riesgo asociado) antes de poder vender en ese estado miembro.

*Capacidad de los clientes para abastecerse en un área geográfica determinada:*

El análisis geográfico, en el que los clientes se abastecen normalmente, proporciona informaciones muy útiles para determinar el mercado geográfico relevante. Los límites del mercado geográfico pueden ser identificados también por referencia a cualquier obstáculo que impida a los clientes desviar sus órdenes de compras a empresas situadas fuera del área inicialmente considerada. Precisamente la Comisión ha analizado varios criterios, entre ellos las condiciones y costes de transporte, las condiciones de acceso a la distribución, la existencia de barreras legales o de normas nacionales, etc.

Un ejemplo se dio en el asunto *Rhône-Poulenc con SNIA*, en el cual la Comisión estimó que el hecho de que los clientes de las partes siguieran una política de compras de fibras de poliamidas a nivel comunitario determinaba la existencia de un mercado geográfico que abarcaba a la Comunidad.

*Obstáculos para desviar órdenes de compra a empresas establecidas en otras áreas:*

La identificación de barreras u obstáculos que dificulten que la demanda en un estado miembro pueda ser satisfecha por empresas establecidas en otros países, o que la demanda comunitaria pueda ser satisfecha por terceros países, puede ser determinante para la determinación de un mercado geográfico nacional, comunitario o global.

Así los obstáculos más evidentes para que un cliente desvíe sus órdenes de compra a empresas situadas en otras áreas son el impacto de los costes de transporte y otras posibles restricciones que dificulten el transporte. También hay que tomar en consideración la aplicación de aranceles a las importaciones en la Comunidad, lo que constituye una desventaja de coste para productores situados fuera de ella.

*Flujos Comerciales:*

Éstos son frecuentemente tenidos en cuenta por la Comisión a la hora de definir el mercado geográfico, ya que la información sobre flujos comerciales efectivos cualifica la

importancia real de las barreras al comercio identificadas teóricamente. Asimismo, la Comisión ha examinado el nivel de importaciones de los productos relevantes en un estado miembro o en la Comunidad. La ausencia de importaciones significativas en un área (considerándose cuando representan menos del 5-10% del consumo en el área examinada) se considera como una confirmación a las barreras identificadas por la Comisión. Pero no bastan por sí solas para fijar un límite definitivo al mercado geográfico, ya que la ausencia de importaciones se puede deber a una situación competitiva, que al reducir los márgenes no permite absorber los costos del transporte.

En conclusión, podemos decir que la legislación europea contempla un procedimiento para definir tanto el mercado relevante de producto como el geográfico, y así, mediante la combinación de ambos, determinar cuál va a ser el mercado relevante en un caso determinado.

## **2. Estados Unidos.**

Los fines del derecho antimonopolio norteamericano, se pueden agrupar en cuatro grandes objetivos:

- ❖ El logro de un funcionamiento económico deseable por firmas individuales y finalmente por toda la economía;
- ❖ El logro y mantenimiento de procesos competitivos en el sector de la economía del mercado regulado como un fin en sí mismo;
- ❖ La prescripción de conductas estándar en los negocios, un código de buena conducta;
- ❖ La prevención del crecimiento excesivo de grandes empresas, siendo visto en términos de la distribución del poder en la sociedad toda.

La batalla contra el monopolio comenzó con la dictación en el año 1890 de la *Ley Sherman (Sherman Act)*, cuando se presenta un período de expansión de la economía norteamericana apoyado por los desarrollos de la segunda revolución industrial, en el cual

la competencia feroz genera sucesivos intentos de formación de carteles, especialmente en industrias intensivas en capital. Como consecuencia de la prohibición legal de formación de carteles, se crearon los «Trusts», forma empresarial que no perduró debido a sentencias judiciales en su contra, que los interpretaron como carteles disimulados. En un «Trust» los gerentes y empresarios entregaban la propiedad de la empresa a un «Trust» colectivo, el cual era administrado por una junta de «Trustees», a menudo los mismos gerentes de las empresas. En retorno, los aportantes recibían acciones en el «trust» iguales a los activos aportados.

Como respuesta a la prohibición de los «trusts» surgieron los «holdings». En éstos, firmas individuales eran compradas por una compañía a través de bloques de acciones que le daban el control. Las firmas operaban semi-autónomamente, con la «holding» ejerciendo solo control financiero. El hecho de que los «holdings» superaran los obstáculos legales, dado que se incorporaban en estados que permitían a las corporaciones poseer acciones en otras corporaciones, generó la primera ola de fusiones en las empresas norteamericanas (En el periodo 1895-1905, el 35% de los activos de las empresas manufactureras de USA estuvieron involucrados en fusiones). Sin embargo, cuando algunas empresas se aproximaron al monopolio de «facto», fueron obligadas a escindirse (Standard Oil, DuPont, American Tobacco, etc.). Surgieron entonces esquemas oligopólicos, conformados por empresas verticalmente integradas, que generaron una segunda oleada de fusiones en la década de 1920.

Completan la legislación antimonopolio la dictación en el año 1914 de la *Ley Clayton (Clayton Act)* y la *Federal Trade Commission Act*, por la cual se crea la Comisión Federal de Comercio. Éstas constituyen el marco jurídico legal en el que se llevan a cabo las acciones contra las empresas. Todo lo anterior, hace a la legislación norteamericana una de las precursoras en el tratamiento legal del derecho antimonopolio.

Los principales artículos y principios contenidos en dichas normas los pasamos a enumerar a continuación:

### **A) Ley Sherman (1890 modificada posteriormente).**

En general, el tratamiento de la Sherman Act distingue tres conductas generales :

“Cualquier contrato, en combinación o en forma de «trust» o de otra manera, o la conspiración, en la restricción del comercio o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras, como se declara, es ilegal. Cada persona que haga cualquier contrato o se involucre en cualquier combinación o conspiración aquí declarada ser ilegal, será considerado culpable de un crimen, y, sobre la convicción de eso, será castigado por una multa que no puede exceder de 10,000,000 de 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”<sup>103</sup>.

“Cada persona que monopolice, o intente monopolizar, o combinarse o conspirar con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del 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 de 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”<sup>104</sup>.

En síntesis, se declara ilegal todo contrato, combinación en forma de consorcio u otra, o conspiración que pretenda limitar el comercio entre los diferentes estados o con otras naciones. A su vez, se señala que toda persona que monopolice o intente monopolizar o se combine con otra y otras para monopolizar, una parte cualquiera del comercio entre los diferentes estados o con otras naciones, será considerada culpable.

### **B) Ley Clayton (1914 y sus modificaciones).**

La Clayton Act señala:

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

---

<sup>103</sup> Ley Sherman Antitrust. (1890). artículo primero.

<sup>104</sup> Ibíd, artículo segundo.

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.”<sup>105</sup>.

“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”<sup>106</sup>.

“Ninguna compañía (...) podrá adquirir (...) total o parcialmente (...) otra (...) en los casos que (...) ello pueda dar lugar a una considerable reducción del comercio o tienda a crear un monopolio”<sup>107</sup>.

### **C) Federal Trade Commission Act (1914, modificación posteriormente).**

“Se declaran ilegales los métodos de competencia desleal... y los actos o prácticas desleales o engañosos”.

En cuanto a la Ley Sherman, hay que señalar que en ella se establecen dos grandes conceptos: la restricción al comercio y el monopolio. En cuanto al monopolio que se produce por una sola empresa, se han señalado tres importantes problemas que se presentan al aplicar esta ley, y que se encuentran estrechamente relacionados con la definición del mercado relevante:

- ¿cuál es la técnica adecuada para medir la parte o porción del mercado de la empresa, definido usualmente como el problema de definir el mercado relevante?
- ¿a qué punto y en qué circunstancias las grandes porciones de mercado dan origen al poder de mercado de dimensiones monopolísticas?

---

<sup>105</sup> Ley Clayton, 1914, artículo segundo, enmendada por la ley Robinson-Patman antidiscriminación.

<sup>106</sup> Ibíd, artículo tercero.

<sup>107</sup> Ibíd, artículo séptimo.

- presente el poder monopolístico, ¿qué clases de conductas de la empresa se van a tolerar por la legislación antimonopolio?

Así, una empresa con poder de mercado, podría disminuir la producción y subir los precios. Pero este poder está limitado por la existencia de otros productores, quienes no subirían los precios, quedándose con esa porción de mercado y haciendo que el alza de precios del productor monopolístico no sea beneficiosa. Además, el problema principal en cualquier caso, es determinar qué empresas y potenciales empresas competidoras, tienen suficiente poder como para restringir el poder de mercado de subir el precio de los productos del monopolista, y así incluir a éstas en el mercado relevante.

Por lo tanto, lo importante es establecer las firmas relevantes de las irrelevantes.

Como se puede apreciar, aun cuando la legislación norteamericana protegió la libre competencia y sancionó el monopolio, no se definió ni se reguló el concepto de mercado relevante y es así como se presentaron las anteriores interrogantes, las cuáles se fueron dilucidando a través del análisis y resolución de casos en que se atentaba contra la libre competencia.

En el ámbito del derecho antimonopolio norteamericano, el poder de mercado –o poder monopolístico- se ha definido como “*el poder de controlar los precios o de evitar la competencia*”<sup>108</sup>. Este poder deriva de determinadas prácticas anticompetitivas que hacen difícil a los competidores que ya están en el mercado su supervivencia, y a los que no están, su entrada. Sin embargo, para poder determinar la existencia –o los indicios- del poder de mercado, es necesario primero, definir el mercado relevante en el que dicho poder se evaluará.

La Corte Suprema de los Estados Unidos tras afirmar que “*sin una definición de dicho mercado no hay posibilidad de medir la capacidad de una empresa de reducir o eliminar la competencia*”, estableció su propio concepto de «definición de mercado», para el ámbito de la *Sherman Act*, en la conocida Sentencia o “falacia” del Celofán<sup>109</sup>, en que se acusaba a Du Pont de monopolizar, intentar monopolizar y conspirar para monopolizar, el comercio

---

<sup>108</sup> Estados Unidos: American Tobacco Co. – United States, 328 U. S. 781, 1946.

<sup>109</sup> Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: United States – E.I. du Pont Nemours & Co., U. S. 586, 1956.

interestatal del celofán, en violación al artículo segundo de la Ley Sherman. En este caso, se discutía cuál era el mercado relevante de producto. Según el gobierno el celofán, y otros materiales de embalaje no son fungibles ni tienen un precio similar; así, el mercado de otros materiales de embalaje es distinto al mercado del papel celofán, por lo que no tienen que ser considerados para determinar el poder de mercado de Du Pont. Por su parte, la empresa se defiende argumentando que son un mismo mercado ya que se trata de productos sustituibles. De esta manera, argumenta, no tiene el poder de mercado en el constituido por los materiales para embalaje, ya que tiene una cuota de mercado de menos de un 20% de éste (en cambio si se consideraba sólo el mercado de papel celofán Du Pont tenía una cuota de mercado del 75%).

Finalmente la Corte Suprema de Justicia, tras largas discusiones, resolvió la cuestión diciendo 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”.

Es decir, basó su dictamen en el concepto de elasticidad cruzada de la demanda. La elasticidad de la demanda es el porcentaje de variación en la venta de un producto como consecuencia de su cambio de precio. Así, si un pequeño cambio en el valor del producto lleva a un gran incremento o decrecimiento en el volumen de las ventas, se dice que la demanda es elástica; si en cambio, resulta en una pequeña variación en las ventas, se dice que la demanda es inelástica. A su vez, la elasticidad cruzada de la demanda se refiere a la demanda de un producto comparada con la de otro, de esta manera si el producto A es un excelente sustituto del producto B, un pequeño incremento en el precio de B, llevará a un notorio aumento en las ventas de A; esto se define como un caso de alta elasticidad cruzada de la demanda. Éste fue el concepto que tomó la Corte Suprema para fallar en el caso Du Pont, ya que señaló, que productos con una alta elasticidad cruzada de la demanda pertenecen a un mismo mercado relevante.

Como puede advertirse, este concepto de mercado relevante de producto tiene dos carencias fundamentales. En primer lugar, ignora la sustituibilidad en la fase de producción.

Cuando dos productos, aunque sean distintos, están fabricados con el mismo tipo de componentes, el aumento de precio por encima del nivel competitivo en uno de los productos llevará automáticamente a que otras empresas «próximas» empiecen a fabricarlo. Si los costes en que dichas empresas incurren para introducirse en el mercado no son muy grandes, habrán de incluirse también ellas en la definición de mercado relevante de producto. En segundo lugar, esta formulación tampoco especifica el nivel de precios al que la intercambiabilidad de los productos puede producirse de forma razonable. Cuando los precios son suficientemente altos, hasta los productos que se consideraban malos sustitutivos empiezan a ser mirados con buenos ojos por los consumidores.

A partir de esta Sentencia, se habla de la «*Falacia del Celofán*» cuando se abordan cuestiones relacionadas con la definición de mercado relevante: si el producto en cuestión es fabricado y vendido por una empresa dominante, que está aplicando precios monopolísticos, por definición no puede aumentarse más el nivel de precio que maximiza el beneficio. Así, aunque el producto puede haberse definido como «mercado» relevante, si se hubiera tomado como punto de partida el nivel de precio correspondiente a una situación competitiva, esta conclusión a la que llega el Tribunal Supremo lleva a definir el mercado relevante de forma muy amplia, lo que lleva a concluir erróneamente que el monopolista no está en posición dominante.

Para llegar a sus conclusiones, el razonamiento del Tribunal se basó en el concepto de «elasticidad cruzada de demanda», ya que observó que un aumento o disminución del precio del celofán provocaba que un considerable número de consumidores de otros productos flexibles para envolver cambiaran sus pautas de consumo, demostrando así que ambos productos competían en el mismo mercado. El hecho de que exista un amplio grupo de consumidores (denominados consumidores libres) que pueda cambiar de producto fácilmente, y ante los cuales no es posible ejercer el poder de mercado, sin embargo, dejaba «indefensos» a cierto grupo de consumidores que no estaban en condiciones de cambiar tan fácilmente de producto. En este caso, determinados fabricantes de cigarrillos (denominados consumidores cautivos), y que sí podían ser objeto de conductas anticompetitivas.

Seis años más tarde, en 1962, esta preocupación por proteger también a pequeñas «subclases» de consumidores llevó al Tribunal en la Sentencia “*Brown Shoe Co. v. United*

*Status*”<sup>110</sup>, tras reafirmar la validez de los criterios de la sustituibilidad de demanda a través de la elasticidad cruzada, a afirmar, que “*dentro de un mercado amplio, pueden existir submercados bien definidos, los cuales constituyen, en sí mismos, mercados de producto a efectos antitrust*”. En vez de explicar cómo se articula la protección de ambos grupos de consumidores frente al hipotético poder de mercado de la empresa, el Tribunal se limitó a afirmar que:

“Los límites de dichos submercados se determinarán sobre el análisis de factores como el reconocimiento público de dicho submercado como una entidad económica independiente, las características y los usos peculiares del producto, los centros productivos, diferentes consumidores, diferentes precios, respuesta ante variaciones en los precios y vendedores especializados”.

Esta tendencia a proteger a subgrupos de consumidores, cada vez más pequeños, por la vía de definir los mercados de manera más estrecha, se llevó hasta el extremo cuatro años después, en la Sentencia *United States v. Grinnell Corp*<sup>111</sup>. que siguió el mismo razonamiento que *Brown Shoe*, con el fin de proteger, esta vez, a un grupo específico de consumidores que tenían una preferencia muy marcada por el sistema de seguridad y alarma producido por la compañía demandada. Pero, ¿es apropiado establecer un mercado relevante distinto, cada vez que exista un grupo de compradores que tengan una clara preferencia por un producto determinado? ¿Cómo se determinará este submercado? ¿Cuán fuerte tiene que ser la preferencia? Interrogantes todas que no son contestadas en la solución del caso.

Por otro lado, en el contexto de operaciones de concentración, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la definición de mercado en la Sentencia *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*<sup>112</sup>, que abordó una denuncia, contra ambas compañías, por supuesta infracción de la Sección 7 de la Clayton Act, fallando finalmente en contra de la operación, sobre la base de un mercado delimitado de manera más “estrecha” que el definido, tan solo un año antes, en la decisión *Celofán*.

---

<sup>110</sup> Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: *Brown Shoe Co. – United Status*, U.S. 294, 1962.

<sup>111</sup> Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: *United States – Grinnel Corp*, 384 U. S. 563, 1966.

<sup>112</sup> Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: *United States – E.I. du Pont*, op. cit.

El empleo de la elasticidad como criterio para determinar los contornos de un mercado relevante como área en la que se ejercita –o prevé se pueda ejercitar– un poder de mercado, ha sido una de las cuestiones más controvertidas en el debate antitrust de los últimos años.

En 1981, fue especialmente relevante la propuesta de los profesores LANDES y POSNER<sup>113</sup>, que en un influyente artículo, defendieron una definición de mercado, apoyándose en el Índice Lerner y la relación funcional entre poder de mercado, por un lado, y cuota de mercado, elasticidad de demanda y elasticidad de oferta, por otro. Esta postura suscitó una cierta polémica entre diferentes académicos y autoridades en el derecho antitrust, avivada por la publicación, por parte de profesores de la talla de KAPLOW y SCHMALENSEE<sup>114</sup> de respuestas a dicha propuesta. Sin entrar, por ahora a los argumentos esgrimidos por cada una de las partes, cabe señalar por de pronto, que se puso en evidencia la falta absoluta de consenso sobre un método analítico que permitiera afrontar con éxito la compleja tarea de la definición de mercado. Esta dispersión de criterios y su fundamento, serán tratadas en un acápite posterior.

#### **D) U.S Department of Justice and FTC Horizontal Merger Guidelines 2010.**

Ante el desbarajuste legal que las decisiones reseñadas provocaron en cuanto a la delimitación del mercado relevante, y tras un intento fallido en 1968 (unas Directrices que no aclaraban absolutamente nada y que quedaron rápidamente en desuso debido al desarrollo legal y económico), el Departamento de Justicia publicó en 1982 sus Merger Guidelines. Éstas significaron una evolución, pero no una revolución en la materia. Luego, en 1984, se publicó una nueva Merger Guidelines que redefinió y clarificó el trabajo analítico de la anterior. Luego en 1992, se publicaron las a Merger Guidelines que reflejaron el desarrollo del análisis de las fusiones y la experiencia del Departamento en la aplicación de las anteriores Merger Guidelines, clarificando algunos aspectos que eran ambiguos o eran interpretados de forma inequívoca. Las Directrices de 1992 se revisaron en 1997. Finalmente, las Directrices de Fusión Horizontal de 1997 fueron sustituidas por la versión más reciente en 2010. Esta versión fue publicada el 19 de agosto de 2010.

---

<sup>113</sup> LANDES, W. & POSNER, R.: *Market Power in Antitrust Cases*, 94 Harvard Law Rev, 1981, p. 937.

<sup>114</sup> KAPLOW, L.: *The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative*, 95 Harvard Law Rev, 1982, p. 1817.

Estas directrices fueron publicadas para que la ciudadanía conociera las políticas a seguir en el tratamiento de las materias antimonopolio en los Estados Unidos. Aún cuando no son obligatorias en los tribunales de justicia, éstas han sido tomadas en cuenta por dichos tribunales. Más aún, han tenido un fuerte impacto en la política sobre fusiones en los Estados Unidos; así, la Corte Suprema no ha aceptado que éstas sean criticadas u objetadas.

Como ya se ha indicado, en las directrices se persigue, como aspecto principal, identificar aquellas fusiones que puedan crear o reforzar una situación de poder de mercado, evaluando la concentración del mercado, los efectos económicos potencialmente adversos, la entrada al mercado y la eficiencia. Pasaremos a continuación a analizar las principales directrices de las *Horizontal Merger Guidelines*, fundamentalmente aquellas que buscan delimitar el mercado relevante.

a) Definición de mercado, medida y concentración.

El proceso que se define en este punto, busca ver el impacto de una fusión en un mercado susceptible del ejercicio del poder de mercado. De esta forma, la agencia (entendiéndose por tal el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio) busca definir el mercado en el cual las firmas van a ejercer su poder de mercado.

Las *Horizontal Merger Guidelines* del 2010, introducen modificaciones importantes a las anteriores de las directrices. En lo que respecta al mercado relevante, las directrices señala que cuando las Agencias identifican una potencial preocupación competitiva con una fusión horizontal, la definición del mercado desempeña dos funciones. En primer lugar, la definición del mercado ayuda a especificar la línea de comercio y sección del país en el que surge la preocupación competitiva<sup>115</sup>. Respecto al mismo punto, deja en claro que “las Agencias normalmente identificarán uno o más mercados relevantes en los que la fusión puede reducir sustancialmente la competencia”<sup>116</sup>. En segundo lugar, señala que “la definición del mercado permite a las Agencias identificar a los participantes en el mercado y medir las cuotas de mercado y la concentración del mercado”<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION- US DEPARTMENT OF JUSTICE, op. cit., sección 4, 2010, p.7

<sup>116</sup> *Ibíd.*

<sup>117</sup> *Ibíd.*

También aclaran un aspecto sumamente relevante, que da una primera aproximación de la relatividad de la importancia de definir mercados. Señala que “la medición de las cuotas de mercado y la concentración del mercado no es un fin en sí mismo, sino que es útil en la medida en que ilumina los posibles efectos competitivos de la fusión”. Por lo cual, “no es necesario que el análisis de las Agencias comience con la definición del mercado. Algunas de las herramientas analíticas utilizadas por las Agencias para evaluar los efectos competitivos no se basan en la definición del mercado”<sup>118</sup>. Esta innovación y sinceridad de las *Horizontal Merger Guidelines* del 2010, refleja, a mi parecer, una síntesis sobre las opiniones y aplicación práctica de la definición de mercado en años anteriores. Esta declaración es similar a la que utiliza la guía de operaciones de concentración chilena, cuando declara “Con todo, el análisis de las operaciones de concentración no se iniciará siempre, ni contemplará necesariamente, la definición del o los mercados relevantes que involucra la operación”<sup>119</sup>. Con todo, en ambas guías, se destaca que las alternativas competitivas disponibles para los clientes serán siempre necesarias en algún momento del análisis.

Otra declaración relevante de las directrices para los fines de esta investigación, es aquella que alude a que “la evidencia de los efectos competitivos puede influir en la definición del mercado, así como la definición del mercado puede ser informativa con respecto a los efectos de la competencia”<sup>120</sup>. También, dejan en claro que hay pruebas que pueden “predecir los efectos competitivos de una fusión, reduciendo el papel de las inferencias de la definición del mercado y de las cuotas de mercado. Cuando el análisis sugiere mercados candidatos alternativos y razonablemente plausibles, y cuando las cuotas de mercado resultantes dan lugar a inferencias muy diferentes en cuanto a los efectos de la competencia, resulta particularmente útil examinar formas más directas de pruebas relativas a esos efectos”<sup>121</sup>.

Otra declaración sincera de los alcances de la definición de mercado se encuentra en la página 8 de la directriz que indica: “cuando los productos o proveedores en diferentes áreas

---

<sup>118</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION- US DEPARTMENT OF JUSTICE, op. cit.

<sup>119</sup> FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA: *Guía de operaciones de concentración*, 2012, p. 11.

<sup>120</sup> *Ibíd.*

<sup>121</sup> *Ibíd.*

geográficas son sustitutos unos de otros en diferentes grados, la definición de un mercado para incluir algunos sustitutos y excluir a otros es inevitablemente una simplificación que no puede captar la variación completa en la medida en que diferentes productos compiten entre sí”<sup>122</sup>.

Las *Merger Guidelines* del 2010, también introducen una nueva sección sobre "Evidencia de Efectos Competitivos Adversos"<sup>123</sup>. Esta sección discute varias categorías y fuentes de evidencia que las agencias, en su experiencia, han encontrado informativas para predecir los probables efectos competitivos de las fusiones.

Por último, también proporcionan una explicación actualizada de la hipotética prueba monopolista utilizada para definir los mercados *antitrust* relevantes y cómo las agencias implementan esa prueba en la práctica.

Para definir el mercado, la Directriz se basa en el criterio de sustituibilidad de la demanda.

El mercado relevante fue definido ya en las directrices de 1992 como:

“Un producto o grupo de productos y un área geográfica en la que se venden, para los cuales una empresa –hipotéticamente maximizadora de beneficio y no sujeta a regulación de precios– que es la única fabricante presente y futura de esos productos en ese área, puede aplicar un aumento de precio pequeño pero significativo, y permanente, manteniéndose constantes las condiciones de venta del resto de productos”.<sup>124</sup>

Igualmente, un mercado relevante se señala, “es un grupo de productos y un área geográfica que no es mayor que la necesaria para satisfacer esta prueba.” Este Test se ha denominado «SSNIP» que son las siglas en inglés para “*Small but Significant and Nontransitory Increase in Price*”.

Cuando no existe discriminación de precios, el mercado relevante es descrito por un producto o grupo de productos y un área geográfica. Para determinar si un hipotético

---

<sup>122</sup> *Ibíd.*

<sup>123</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION- US DEPARTMENT OF JUSTICE, op. cit, sección 4, 2010, p. 8.

<sup>124</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION- US DEPARTMENT OF JUSTICE: *Horizontal Merger Guidelines*, 1992, capítulo Primero.

monopolista tiene poder de mercado, es necesario evaluar la respuesta de los consumidores a un incremento de precio. Así, un incremento del precio puede ocasionar que los consumidores se cambien a otros productos o compren el mismo producto producido por otras empresas en una distinta locación. La magnitud y naturaleza de las respuestas a la demanda determinan el alcance del mercado de producto y del mercado geográfico.

Por otro lado, cuando el hipotético monopolista discrimina en los precios a distintos grupos de consumidores, que se distinguen por su ubicación o uso del producto, las agencias pueden establecer mercados relevantes distintos para cada grupo de consumidores.

Una vez definido el mercado relevante, debe ser medido en términos de sus participantes y su concentración. Los participantes incluyen a las empresas produciendo o vendiendo los productos en el área geográfica de mercado. Además pueden incluir otras empresas, dependiendo de su respuesta a suplir la oferta en el caso de un pequeño, pero significativo y no transitorio aumento de precio, que puedan entrar rápidamente en producción del producto en el área de mercado, sin incurrir en costos significativos de entrada. Así, estas empresas son consideradas como competidores de entrada no comprometidos, ya que pueden entrar rápidamente en la producción del producto en el Mercado Relevante y pueden salir rápidamente del mercado sin un costo significativo. Ello se aplica tanto a empresas nacionales como extranjeras.

En los puntos siguientes se describirá, con mayor detalle, como son determinados los mercados de producto y geográfico en Estados Unidos.

b) Definición de mercado del producto.

Para delimitar el mercado de producto, la agencia ha establecido la prueba del SSNIP, señalando que, si el hipotético productor aumenta el precio del producto en forma pequeña, pero significativa y no transitoria, y en respuesta, disminuyen las ventas haciendo no rentable el aumento del producto, se agregarán al mercado de producto aquellos productos que son los mejores substitutos y a los cuales se volcarían los compradores ante el aumento del valor del producto de la firma monopolística. Para analizar la reacción de los consumidores se tomará en cuenta toda evidencia relevante, sobre todo las siguientes:

- ❖ Evidencia que los consumidores se han cambiado o han considerado cambiarse de productos por cambios en el precio;
- ❖ Evidencia que los vendedores toman sus decisiones en base a la sustitución del comprador entre productos por cambios en el precio;
- ❖ Influencia de la competencia en los mercados externos;
- ❖ El valor de cambio en la producción y los costos.

En general, el precio sobre el cual se hará el incremento será el que corresponda al producto en la industria, y el pequeño pero significativo incremento, será en la mayoría de los casos, de un 5%. Sin embargo, ello dependerá de la naturaleza de la industria y la agencia podrá utilizar un incremento mayor o menor.

Si hubiere discriminación de precios, como por ejemplo, cuando existen consumidores cautivos, que no se cambiarían a otro producto en respuesta a un incremento pequeño, pero significativo de los precios, entonces el hipotético monopolista crearía una discriminación de precios respecto de estos consumidores cautivos. En estos casos, la agencia los consideraría mercados de producto adicionales, en razón del uso particular por un grupo de consumidores cautivos, a los cuales el productor les impondría un incremento de precios en forma separada.

c) Definición de mercado geográfico.

Las directrices del 2010, señalan que el mercado relevante afectado por la fusión “puede ser limitada geográficamente si la geografía limita la voluntad o la capacidad de algunos clientes para sustituir a algunos productos o la voluntad o la capacidad de algunos proveedores para servir a algunos clientes”<sup>125</sup>.

Luego, señala que “el alcance de los mercados geográficos a menudo depende de los costos de transporte. Otros factores como el lenguaje, la regulación, las barreras arancelarias y no arancelarias, la costumbre y la familiaridad, la reputación y la

---

<sup>125</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION- US DEPARTMENT OF JUSTICE, op. cit., sección 4.2, 2010, p.13.

disponibilidad de servicios pueden impedir las transacciones internacionales o de larga distancia”<sup>126</sup>.

Con todo, en ausencia de discriminación de precios basada en la ubicación del cliente, las Agencias normalmente definen los mercados geográficos basados en la ubicación de los proveedores. En otros casos, especialmente si la discriminación de precios basada en la localización del cliente es factible, como suele suceder cuando los precios entregados son comúnmente utilizados en la industria, las Agencias pueden definir mercados geográficos basados en las ubicaciones de los clientes<sup>127</sup>.

La agencia también ocupa la prueba del SSNIP, señalando que si el productor aumenta el precio del producto relevante en forma pequeña pero significativa y no transitoria, y en respuesta disminuyen las ventas del producto en la región, haciendo no rentable el aumento del valor del producto, se agregarán al mercado geográfico aquellas locaciones en donde la producción sea la mejor substituta para que los compradores adquirieran el producto relevante, ante el aumento del valor de éste por la firma monopolística<sup>128</sup>.

En los casos en que exista discriminación de precios, es decir, cuando el monopolista aplique diferentes precios a consumidores de ciertas áreas, que no recurrirían a productos de áreas más lejanas, si éste les aplicara un aumento pequeño pero significativo en el precio, la agencia los considerará mercados geográficos adicionales.

d) Identificación de las firmas que participan en el mercado relevante.

La Directriz señala que se incluirán en el mercado relevante todas las empresas que actualmente produzcan o vendan en el mercado relevante.

También, se considerarán aquellas empresas que participen en el mercado relevante cuando exista un aumento de precio del producto, según el Test del SSNIP, llamadas «participantes no comprometidos», ya que entrarán al mercado relevante para suplir la

---

<sup>126</sup> *Ibíd.*

<sup>127</sup> *Ibíd.*, p.15

<sup>128</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION- US DEPARTMENT OF JUSTICE: *Horizontal Merger Guidelines*, 1992, op. cit.

oferta del producto. Para que estas empresas sean consideradas, tienen que ingresar al mercado en el lapso de tiempo de un año y sin que su entrada y salida del mercado implique un costo significativo de entrada. Se considerarán como costos significativos de entrada, la adquisición de activos tangibles e intangibles, como por ejemplo, campañas de marketing, inversión en tecnología, en investigación y desarrollo, leyes reguladoras, etc. Se considerará que un costo de entrada es significativo, cuando no pueda ser recuperado en el lapso de tiempo de un año desde que se inicie la entrega del producto.

Otro caso representan las empresas que pueden sustituir la producción o la extensión, en base a sus activos, de un producto para entrar al mercado relevante. Es decir, se trata de empresas que pueden pasar de producir y vender un producto a producir y vender el producto relevante, usando los activos presentes como la marca comercial y su reputación. Para ver si dichas empresas son consideradas dentro del mercado relevante, como participantes que no producen el producto relevante, se hará el Test del SSNIP, y si éstas pueden entrar al mercado en menos de un año y sin costos significativos de entrada, serán consideradas como empresas participantes del mercado relevante.

e) Cálculo de las cuotas de mercado.

Las Horizontal *Merger Guidelines* señalan que para calcular las cuotas de mercado de las empresas participantes en el mercado relevante, se tomará el total de las ventas, así como la capacidad de producción ante un aumento pequeño, pero significativo en el precio. Esta cuota de mercado será calculada en dólares o en unidades vendidas.

En conclusión, la legislación norteamericana también ha sido precursora en la definición del mercado relevante y actualmente, junto con la legislación europea, son las que han sido consideradas como modelo a seguir en las legislaciones antimonopolio promulgadas con posterioridad en el resto del mundo.

#### **IV. Críticas a la definición de mercado relevante.**

La definición de mercado, como ya se ha destacado, ha jugado un rol fundamental para las autoridades de competencia, como primer paso en la valoración del carácter competitivo

o anticompetitivo de una determinada conducta, cuya sanción se condiciona normalmente a que la empresa o empresas implicadas tengan cierto poder de mercado (lo cual, como es obvio, sólo podrá concluirse si con carácter previo se delimita el mercado o mercados afectados), no obstante, la definición de mercados relevantes no suele ser fácil, y es frecuente observar una dialéctica entre la delimitación de mercados que consideran adecuada las empresas afectadas (que tiende a dilatar y extender el tamaño del mercado, para aminorar el potencial impacto de la conducta u operación enjuiciada en la competencia) y las autoridades de defensa de la competencia (que, en cambio, tienden a estrechar ese mercado, lo que normalmente eleva el impacto de la conducta u operación en la competencia). Se trata, por tanto, de una de las principales batallas que las empresas disputan con las autoridades, sin que sea muchas veces fácil predecir quién resultara vencedor. No es un ejercicio exacto, porque depende en gran parte de las preferencias de los consumidores, que pueden cambiar a lo largo del tiempo. Esta variabilidad y la dificultad que la delimitación entraña han suscitado recientemente una interesante discusión doctrinal sobre la procedencia de prescindir de la definición de mercados en el análisis del potencial carácter anticompetitivo de las conductas u operaciones empresariales<sup>129</sup>..

En este apartado, se expondrán algunas de estas opiniones, pero primero se presentarán algunos de los límites propios de la determinación del mercado relevante, como también de las técnicas para definirlo.

### **1. Límites del test del monopolista hipotético.**

La definición de mercado y el test del monopolista hipotético, son herramientas generalmente aceptadas y utilizadas en el ámbito del análisis competitivo y pueden encontrarse en las directrices para la definición de mercado de autoridades de competencia de diversas jurisdicciones.<sup>130</sup> Ello no significa, sin embargo, que se trate de herramientas

---

<sup>129</sup> Para profundizar al respecto, véanse: KAPLOW, Louis: *Why (ever) define markets?*, Harvard Law Review, vol. 124, 2010, pp. 437-517; KAPLOW, Louis: *Market Definition: Impossible and Counterintuitive*, Antitrust Law Journal, vol. 79, 2013, pp. 361-379.

<sup>130</sup> INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, ICN Report on Merger Guidelines, 2004. Disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>, [actualizado, Agosto 2016]. Esta denominación como mencionamos antes, fue acuñada en la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso U.S. v. E.I. Du Pont de Nemours and Co., donde el Departamento de Justicia sostenía que la empresa Du Pont gozaba de poder de mercado en el suministro de celofán. WHITE, L.: *Wanted: a market definition paradigm*

perfectas o infalibles. Por el contrario, el test del monopolista hipotético evidencia serias limitaciones, entre las que cabe destacar las siguientes:

**A) La falacia del celofán<sup>131</sup>.**

En el contexto de la definición de mercado en casos de abuso de posición de dominio, la literatura previene de lo que se ha comentado en párrafos anteriores como el problema de la falacia del celofán. Se trata de un asunto que, en la práctica de agencias y tribunales, suele ser recurrente, por el contenido y las proyecciones de lo que implica en términos de análisis de mercados.

Las empresas que gozan de poder de mercado elevan sus precios hasta el nivel donde ulteriores incrementos en precios no resultan rentables. Este nivel puede ser tal que, en respuesta a un incremento en precios, el consumidor esté dispuesto a redirigir su consumo hacia productos que no consideraría como sustitutivos en caso de que los precios se situasen en el nivel competitivo. De esta forma, una aplicación rigurosa del test del monopolista hipotético llevaría a una definición de mercado excesivamente amplia que diluiría de forma artificial el poder de mercado que en realidad posee (y ejerce) el operador objeto de investigación<sup>132</sup>.

**B) Otras variables de competencia.**

El test del monopolista hipotético, está diseñado para identificar las restricciones competitivas que impiden a una empresa incrementar los precios por encima del nivel competitivo. Este énfasis en el precio sugiere que puede no ser una herramienta adecuada

---

*for monopolization cases*, New York University Center for Law and Business Working Paper, No. 99-002, 1999, pp. 6-7.

<sup>131</sup> Para profundizar al respecto, véanse: NERA: *The role of market definition in monopoly and dominance inquiries*, OFT Economic Discussion Paper, No. 2, 2001, pp. 11-14. Disponible en <http://www.of.gov.uk/>, [actualizado, Agosto 2016]; WHITE, L. (1999): *Wanted: a market definition paradigm for monopolization cases*, New York University Center for Law and Business Working Paper, No. 99-002.

<sup>132</sup> Obviamente, este problema desaparecería si el test del monopolista hipotético pudiese ser aplicado partiendo del nivel de precios competitivo en lugar de partiendo del nivel de precios observado. Sin embargo, la estimación del nivel de precios competitivo plantea dificultades considerables en la práctica. Por este motivo, la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición del mercado relevante advierte que: “ En general, y en particular para el análisis de los casos de concentración, el precio que debe tenerse en cuenta es el prevalente en el mercado. Esto podría no ser así cuando este precio haya sido determinado en ausencia de un grado suficiente de competencia. En particular, para la investigación de los abusos de posición dominante ha de tenerse en cuenta el hecho de que el precio prevalente puede haber sido aumentado ya sustancialmente”. COMISIÓN EUROPEA, op.cit., párrafo 19.

para el análisis de aquellas industrias donde las empresas compiten a través de otras variables diferentes del precio. El ejemplo más típico en la literatura es el de las industrias de alta tecnología, donde las empresas compiten mediante la introducción de productos novedosos y la principal disciplina competitiva no proviene de la sustitución en respuesta a cambios en los precios relativos, sino del riesgo de ser desplazado del mercado por una empresa más avanzada tecnológicamente<sup>133</sup>.

## **2. Arbitrariedad en la definición de sustituibilidad.**

Finalmente, algunos expertos en política de la competencia sostienen que cualquier ejercicio de definición de mercado requiere una elevada dosis de arbitrariedad. Así, por ejemplo, de acuerdo con MARKOVITS, algunas de las principales fuentes de arbitrariedad se encontrarían en la elección del conjunto de productos candidatos a formar parte del mercado relevante o del nivel crítico de transferencia en ventas a partir del cual dos productos deben considerarse sustitutivos – en términos del test del monopolista hipotético, ¿por qué un incremento del 5%-10% y no cualquier otro?<sup>134</sup>.

## **3. Las críticas de Kaplow.**

Como se expuso con anterioridad, una de las principales voces críticas respecto a la importancia o necesidad de la definición de mercado relevante, proviene del profesor de la Universidad de Harvard, Louis KAPLOW.

Respecto al punto, KAPLOW en base a un exhaustivo análisis, sostiene que el paradigma de la definición de mercado/cuota de mercado es incapaz de hacer inferencias validas sobre el poder de mercado<sup>135</sup>. Considera que “los tribunales, así como los analistas y las agencias están fuertemente atraídos por el paradigma de la definición de mercado/cuota de mercado” pero que su análisis “indica como cuestión de lógica y economía

---

<sup>133</sup> Para un análisis de las limitaciones del test del monopolista hipotético a la hora de definir mercados en industrias de alta tecnología, véase: PLEATSIKAS, C. & D. TEECE: *The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation*, International Journal of Industrial Organization, vol. 19, 2001, pp. 671-672

<sup>134</sup> MARKOVITS, R.: *On the inevitable arbitrariness of market definitions*, The Antitrust Bulletin, vol. 47, 2002, p. 582. HUETTNER observa que “[l]as referencias a numerosos manuales de microeconomía, empresa y política de la competencia indican que no existe un estándar cuantitativo para definir “sustitutivos cercanos”. HUETTNER, D.: *Product market definition in antitrust cases when products are close substitutes or close complements*, The Antitrust Bulletin, vol. 47, 2002, p. 134. Traducción del texto original en inglés.

<sup>135</sup> KAPLOW, L: *Why ever define markets*, op. cit., p. 60.

bastante básica, que este cariño esta fuera de lugar”<sup>136</sup>. Vincula esta tendencia a una “errónea impresión de que la elección de los mercados es menos difícil que examinar el poder de mercado directamente”<sup>137</sup>.

Para KAPLOW, la definición del mercado está teñida por el objetivo final, el cual no es otro que determinar poder de mercado, en ese sentido es enfático en explicar que la definición de mercado no es más que un medio indirecto para establecer el poder de mercado, a través de la determinación de las cuotas de mercado. Para este objeto, considera el autor, que este análisis «es muy imperfecto», pues “sólo proporciona una ventana al poder de mercado, y está sujeto a corrección” e incluso a ser desechado “a la luz de cualquier evidencia que sostenga persuasivamente el poder real del mercado”<sup>138</sup>.

Con todo, KAPLOW intensifica sus críticas, acusando una circularidad en el análisis de mercado. Argumenta que es preferible ser sinceros. Lo que harían las autoridades es constatar por todas las vías posibles si una empresa tiene (o tendrá) poder de mercado y una vez que están más o menos convencidas de ello, van al principio y definen el mercado relevante y determinan la cuota de mercado de la empresa en el mismo. Su conclusión es la siguiente:

“No hay forma de definir el mercado relevante en primer lugar que no presuma la conclusión, específicamente, que uno ya sabe la respuesta a la cuestión de si la empresa tiene poder de mercado, cuestión que es, precisamente, la que la determinación del mercado relevante tiene que iluminar...Bajo cualquier criterio plausible para considerar una definición de mercado preferible a otra –la cuestión central en cualquier análisis de definición del mercado relevante– la única forma de aplicar el criterio presupone haber hecho la mejor estimación disponible de si la empresa dispone de poder de mercado. Sin embargo, ya que el único objetivo de definir el mercado relevante es poder determinar, a continuación, si la empresa tiene posición de dominio/poder de mercado, esta forma de razonar se revela inútil. En particular, la determinación del mercado relevante no mejora un ápice la estimación sobre el poder de mercado o la posición de dominio que se ha realizado

---

<sup>136</sup> *Ibíd.*

<sup>137</sup> *Ibíd.*

<sup>138</sup> *Ibíd.*, p. 65.

previamente. Peor aún (...) elegir la definición del mercado relevante que dé la medida más precisa del poder de mercado, implica descartar información útil y, por tanto, a veces conduce a conclusiones erróneas, lo que puede evitarse renunciando a un método claramente circular en el que el proceso de determinación del mercado relevante es evidentemente superfluo”<sup>139</sup>.

Básicamente, KAPLOW se pregunta ¿Por qué definir mercados cuando la única forma sensata de hacerlo presume una respuesta para la pregunta última que el método se supone enfrenta? En ese sentido, el autor considera que una conclusión sobre el mercado relevante no puede contener nunca, más información sobre el poder de mercado que aquella utilizada para definir el mercado en primer lugar. Ahora bien, esta reflexión de KAPLOW, trae consigo una crítica a una eventual arbitrariedad en el análisis que hace la autoridad: “no hay nada que se pueda observar para ver en el sentido literal si en un mercado particular la definición es “más cercana” a la verdad que otra. Entre otras cosas, primero habría que generar una imagen de la verdad, que es precisamente el punto de este argumento”<sup>140</sup>.

En resumen, KAPLOW si bien no niega que “el paradigma de definición de mercado / participación de mercado, desempeña un papel prominente en el derecho de la competencia”<sup>141</sup>, considera que esto es porque ofrece un medio útil para hacer inferencias sobre el poder de mercado (se trataría de uno más fácil y / o más fiable que otros medios para determinar el poder de mercado), sin embargo concluye su análisis, señalando que esto que parece ampliamente aceptado, es totalmente falso<sup>142</sup>.

Profundiza, argumentando que es difícil hacer coherente el proceso de inferir poder de mercado de las cuotas de mercado, en mercados redefinidos, incluso superando esta dificultad, señala que, no hay manera de definir mercados relevantes que no suponga la conclusión, específicamente, de que uno ya conoce la respuesta a la cuestión del poder de mercado que el mismo proceso de definición de mercado está diseñado para iluminar<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> *Ibíd.*

<sup>140</sup> *Ibíd.*, p. 64.

<sup>141</sup> *Ibíd.*, p. 68.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, p. 68.

<sup>143</sup> *Ibíd.*

Luego de un exhaustivo estudio en la parte II de su artículo emblemático, concluye que “la cuota de mercado es relevante para inferir el poder de mercado en mercados de productos homogéneos, siguiendo la fórmula que relaciona el poder de mercado con una cuota de mercado de una empresa dominante, o de un grupo de empresas, la elasticidad de la demanda y la elasticidad de las ofertas”<sup>144</sup>. Sin embargo, señala, este método sólo es válido en el mercado de los bienes homogéneos. Una vez que los mercados se redefinen para incluir sustitutos imperfectos, como es la práctica habitual, se necesita un nuevo mecanismo para traducir las cuotas de mercado en poder de mercado. Pero, resulta que el medio correcto para hacerlo requiere deshacer la redefinición del mercado, es decir, volver al mercado de productos homogéneos<sup>145</sup>.

Ahora bien, de sus análisis del apartado III<sup>146</sup>, concluye que “la idea de hacer inferencias sobre el poder de mercado a partir de cuotas de mercado presupone algún tipo de referencia que los analistas no suelen apreciar”. Continúa señalando que “aunque existen maneras –tanto empíricas como arbitrarias– de construir un mercado de referencia estándar para servir como punto de referencia necesario, la tarea no se ha emprendido realmente, y esta laguna pone de relieve una deficiencia adicional en el paradigma”.

Sin embargo, el mismo autor reconoce que su crítica central se presenta en la parte IV: cualquier criterio plausible para considerar que una definición de mercado es mejor que otra –la cuestión central en cualquier análisis de definición de mercado– sólo puede ser aplicado presuponiendo que ya se ha formulado una mejor estimación del poder de mercado. Asumiendo que el único propósito de la investigación sobre la definición del mercado es ayudar a hacer inferencias sobre el poder de mercado, KAPLOW concluye, que todo el procedimiento se vuelve inútil. En particular, para el autor, la elección del mercado relevante no aporta ninguna información o análisis que pueda de alguna manera mejorar la estimación del poder de mercado con la que se inicia. Peor aún, el criterio más natural, que también parece más cercano a lo que la mayoría de los analistas tienen en mente –la elección de ese mercado que produce la medida más precisa de poder de mercado– en realidad descarta la información y por lo tanto, a veces conduce a

---

<sup>144</sup> *Ibíd.*

<sup>145</sup> *Ibíd.*

<sup>146</sup> *Ibíd.*, apartado 3.

conclusiones equivocadas<sup>147</sup>. Termina señalando que este defecto puede evitarse sustituyendo este método circular bajo el cual el proceso de definición del mercado es transparentemente inútil<sup>148</sup>.

Además de estos defectos inherentes en el paradigma de la definición del mercado / participación en el mercado, la Parte V del texto de KAPLOW observa el problema De las elasticidades cruzadas. Crítica que durante más de medio siglo, la legislación antimonopolio estadounidense (ahora imitada por otros regímenes) se ha centrado en la elasticidad cruzada de la demanda. Observa que la Corte Suprema en el caso del papel Celofán –cuyos errores ya revisamos–, pronunció una famosa declaración en la que expresa que la definición de los mercados se debe centrar en la intercambiabilidad razonable, también conocida como elasticidad cruzada, entre los productos en los dos mercados que se contempla la combinación. Recalca KAPLOW que esto ha sido repetido posteriormente, en casos como *Brown Shoe Co. con Estados Unidos*, en donde se señaló que "los límites exteriores de un Mercado de productos se determinan por la intercambiabilidad razonable del uso o la elasticidad cruzada del producto en sí mismo y sustitutos de él"<sup>149</sup>. El autor concluye diciendo que como han señalado algunos comentaristas –con distintos grados de desarrollo y fuerza, pero desafortunadamente con un éxito limitado en el cambio de prácticas–, este énfasis en las elasticidades cruzadas es erróneo.

KAPLOW, argumenta este punto, a mi juicio, de manera acertada, indicando que lo que importa realmente es la elasticidad de la demanda y no la elasticidad cruzada entre un producto determinado y uno o más sustitutos particulares<sup>150</sup>. La simple razón, dice KAPLOW, es que es la elasticidad de mercado de la demanda la que indica la tasa de pérdidas en las ventas a medida que sube el precio y, por lo tanto, la medida en que una empresa considere que la elevación de los precios maximiza los beneficios<sup>151</sup>. En consecuencia, según el autor, el énfasis en la elasticidad de la demanda suele ser correcto, pero precisa que usar la elasticidad de mercado de la demanda para hacer inferencias de

---

<sup>147</sup> *Ibíd.*, cfr., p. 68.

<sup>148</sup> KAPLOW, L: *Why ever define markets*, op. cit., cfr., p. 68.

<sup>149</sup> Para profundizar, véase: *Brown Shoe Co. c. Estados Unidos*, op.cit.

<sup>150</sup> KAPLOW, L: *Why ever define markets*, op. cit., parte II.

<sup>151</sup> *Ibíd.*, p. 40.

poder de mercado no implica definir mercados<sup>152</sup>, y asumiendo que el enfoque sobre elasticidades cruzadas específicas es incorrecto, señala que el paradigma de definición de mercado / participación de mercado debe ser rechazado.

Sobre este punto, también, presenta una curiosidad. Indica que la evidencia empírica sobre la elasticidad de la demanda tiende a ser más disponible y confiable que la de las elasticidades cruzadas, lo que hace aún más desconcertante que se insista en examinar estas últimas mientras se descuida la primera<sup>153</sup>. Luego también se pregunta ¿las elasticidades cruzadas son útiles? A lo que responde de manera afirmativa, pero clarifica que este uso útil no es para definir mercados, sino más bien, para examinar las fusiones entre empresas productoras de productos diferenciados<sup>154</sup>.

#### **4. Casos con pruebas directas.**

Como se ha analizado, KAPLOW, destaca a través de un examen minucioso los límites y errores comunes en el proceso de definición de mercados, abogando por su desuso en cuanto no se trata más que de un medio indirecto y defectuoso para arribar un fin, a saber, la determinación del poder de mercado. Por ello, reivindica que si bien los pronunciamientos cualitativos parecen más simples que los cuantitativos, apela a que nos sinceremos, y evitemos esta tentación que más bien, se trata de una ilusión en base a las demostraciones que él hace de la incoherencia del método. En ese sentido, espera que se pueda hacer espacio a la incorporación de medios alternativos y más directos de evaluación, los que, según él ya se estarían utilizando, aunque las autoridades no sean necesariamente explícitos sobre la práctica<sup>155</sup>. En ese sentido, se puede dar como ejemplo el caso STAPLES, en el que había pruebas sustanciales directas de poder de mercado y la Corte presentó su elección de definición de mercado, sólo después de evaluar la evidencia<sup>156</sup>, utilizando esta definición simplemente como una reafirmación de su conclusión<sup>157</sup>. FARRELL & SHAPIRO ya indicaban que funcionarios de la Federal Trade Commission

---

<sup>152</sup> *Ibíd.*

<sup>153</sup> *Ibíd.*

<sup>154</sup> *Ibíd.*

<sup>155</sup> Federal Trade Commission v. Staples, op.cit.

<sup>156</sup> *Ibíd.*

<sup>157</sup> KAPLOW, L: *Why ever define markets*, op. cit.,

señalaban que las agencias a menudo buscan pruebas de los efectos en la competencia, para luego «retroceder» a una definición mercado como necesaria para el litigio<sup>158</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos y numerosos tribunales inferiores se han respaldado, explícitamente, para probar el poder de mercado en otros medios más directos cuando están disponibles<sup>159</sup>. Han señalado, a mi parecer, de manera acertada que “dado que el propósito de las investigaciones sobre la definición del mercado y el poder de mercado es determinar si un acuerdo tiene el potencial de causar efectos adversos genuinos sobre la competencia, la prueba de efectos perjudiciales reales, como la reducción de la producción, puede evitar la necesidad de una investigación sobre el poder de mercado, que no es más que un sustituto de los efectos perjudiciales”<sup>160</sup>. *Lawrence A. Sullivan y Warren S. Grimes*, argumentan en la misma línea<sup>161</sup>.

Sostengo, a partir del análisis efectuado, que en casos en que es posible obtener prueba directa consistente respecto a los efectos adversos generados en la competencia o bien, de la determinación de un poder de mercado, la definición de mercado, puede transformarse en un paso innecesario en razón de su objeto, e incluso complejizar el análisis a tal punto de arrastrar a decisiones equivocadas, que terminen por descartar una conclusión adecuada resultante de la valoración de la prueba disponible o de otras herramientas más consistentes. Advierto, que este riesgo sólo es posible de asumir, si descartamos desde ya, y en cierto grado, un escepticismo absoluto en cuanto a que la definición de mercado no sería más que un procedimiento circular, determinado de ante mano, y concebimos la eventualidad de que el tribunal pueda verse persuadido por las posibles conclusiones erróneas que arroje el procedimiento de definición de mercado, como de ciertas herramientas utilizadas para determinarlo. Sin embargo, de ser coincidente la definición de mercado y cuotas de mercado, con la conclusión que arroja la valoración de la prueba directa, dicho análisis se

---

<sup>158</sup> FARELL, Joseph & SHAPIRO, Carl: *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, unpublished manuscript, 2008, p. 29.

<sup>159</sup> Para profundizar al respecto, véase: *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 460–61, 1986.

<sup>160</sup> *Ibid.*

<sup>161</sup> SULLIVAN, Lawrence A. & GRIMES, Warren S.: *Un Despliegue de Efecto Anticompetitivo Puede Obviar la Necesidad de la Definición del Mercado*, en *La Ley de Defensa de la Competencia: Manual Integrado*, 2do.Ed., 2006.

transforma en un respaldo (ya sea necesario o irrelevante) a la decisión, y permite, por cierto, disfrutar de los beneficios que aporta una definición de mercado para otros fines.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: EL MERCADO RELEVANTE EN CHILE Y SU NECESIDAD**

### **I.- ¿Existe en Chile una definición común de mercado relevante?**

#### **1. El concepto y el marco de estudio.**

En Chile, al igual que en la mayoría de las legislaciones, la definición de mercado, en el ámbito de la protección de la libre competencia, se considera en un paso obligado para evaluar si una práctica afecta las condiciones de competencia. Es por ello, que la determinación del propio concepto de mercado relevante, resulta de suma importancia, al configurar el ámbito en que han de aplicarse las normas que protegen la libre competencia, y más precisamente, el contexto en que se han de observar las conductas descritas en el artículo 3° de la ley de defensa de la libre competencia.

En este sentido, es menester señalar, que el concepto de mercado relevante, no se encuentra definido por nuestro legislador, pudiéndose acceder a él a través de la definición que la propia Fiscalía Nacional Económica ha entregado en la *Guía para el análisis de operaciones de concentración*; en el Auto Acordado 12/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre competencia *sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración* y en la elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema, aunque nuestro Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC), en la Resolución N° 2 (4 de enero de 2005) Telefónica Móviles- Bellsouth, lo definió a partir de la noción del Test SSNIP, como: “como aquel en el cual, en caso de existir un único oferente de un producto, cuyo precio no se encuentra regulado, dicho oferente sería capaz de imponer un aumento significativo y permanente del precio”.

Ahora bien, sobre este asunto, la Fiscalía Nacional Económica señala que “se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en

que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”<sup>162</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que “un mercado está constituido por un conjunto de productos, bienes y/o servicios, que responden a una agrupación determinada por el agente económico, que puede estar relacionado con un área geográfica, actividad, segmento determinado de la sociedad y proporción. Por su parte el mercado relevante está vinculado a productos, áreas, actividades, segmentos y proporción que tiene en éste el agente económico, es el mercado del producto de referencia que se considerará en el análisis, como sus posibles sustitutos”<sup>163</sup>.

En términos más sencillos, la determinación del mercado relevante implica una investigación cuyo objetivo es conocer el espacio de competencia en el que efectivamente actúa el o los agentes económicos investigados por una eventual conducta anticompetitiva específica. Como hemos analizado, dicha determinación es generalmente parte de las investigaciones más amplias que apuntan a establecer la existencia de poder de mercado y los efectos de eventuales prácticas anticompetitivas. Se utiliza también, para calcular medidas de concentración adecuadas.

Con todo, Tomás MENCHACA, advierte que estas definiciones carecen de exactitud, al referirse únicamente al Mercado Relevante del Producto y al Geográfico, siendo necesario en algunos casos evaluar el mercado relevante temporal<sup>164</sup>. Ejemplifica, señalando que un productor de naranjas que abastece el mercado entre los meses de mayo y septiembre no es competidor de un importador que lo abastece entre noviembre y marzo.

---

<sup>162</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA: *Guía para el análisis de operaciones de concentración*, Santiago, 2012, p. 14.

<sup>163</sup> Sentencia en causa rol N° 2578-2012, de fecha 07 de septiembre de 2012, considerando décimo cuarto. Disponible en: <[http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/09/csse\\_03\\_2012.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/09/csse_03_2012.pdf)> [actualizado, Octubre 2016].

<sup>164</sup> MENCHACA, Tomás: *Aspectos generales de libre competencia*, p. 22.

## 2. Marco normativo y régimen actual.

### A) El contexto de las operaciones de concentración: ¿referencia legal?

En Chile, como en las otras legislaciones analizadas, la cuestión de la definición de mercado se encuentra tratada principalmente, a propósito del control de concentraciones. Ahora bien, la Ley de Competencia no incluía ninguna disposición específica sobre el control de concentraciones, hasta la reciente reforma al Decreto Ley N° 211<sup>165</sup>. En efecto, la legislación chilena no había contemplado propiamente un sistema de control de fusiones, sino que para ello, se utilizaba el procedimiento de consulta voluntaria, vale decir un no contencioso de carácter general. Esto provocaba incertidumbre para los agentes de mercado y las autoridades de competencia, en tanto no había certeza respecto a cuáles eran las operaciones que debían ser revisadas por el sistema<sup>166</sup>. Esta problemática traía como consecuencia, diversas disfunciones en el sistema, por ejemplo en el caso de la fusión LAN-TAM, la FNE buscó someter dicha operación al procedimiento de acuerdo extrajudicial, lo que podía leerse como una restricción a las facultades del TDLC, el cual terminó rechazando la petición de la FNE y conociendo la operación a través de una consulta que realizó una organización de consumidores. Este caso fue relevador en cuanto a la incertidumbre existente, generando incluso jurisprudencia contradictoria en torno a aspectos, como la legitimidad activa de terceros en materia de control de fusiones<sup>167</sup>. A

---

<sup>165</sup> Esta reforma incorporó un “sistema de notificación obligatoria de las operaciones de concentración que superen ciertos umbrales, las que quedarán suspendidas hasta la obtención de su aprobación por parte de la Fiscalía Nacional Económica. Para estos efectos se crea un procedimiento de dos fases, con plazos acotados y donde regirá el silencio administrativo en caso de que la Fiscalía no se pronuncie dentro de los mismos. Si la FNE prohíbe alguna operación notificada, las partes tendrán el derecho de recurrir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quien podrá autorizar dicha operación, con o sin medidas”. Página de la FNE <http://www.fne.gob.cl/2016/07/08/congreso-aprueba-reformas-al-dl-211/>, [actualizada, Diciembre 2016].

<sup>166</sup> Podíamos pensar que las transacciones de empresas que operan en mercados que afectan a gran cantidad de consumidores, debían siempre obtener aprobación del Tribunal, como ocurrió en el las fusiones de VTR y Metrópolis-Intercom; D&S- Falabella; SMU-Supermercados del Sur y Shell-Terpel, sin embargo fusiones como Almacenes París y Cencosud, que cumplen este estándar, no pasó por las autoridades de Competencia, sin conllevar algún tipo de responsabilidad.

<sup>167</sup> El TDLC en LAN-TAM otorgó legitimidad activa a la asociación de consumidores, mientras que respecto a la adquisición de CGE por Fenosa Gas Natural, rechazó tramitar la consulta de Conadecus.

mayor abundamiento, las críticas y exigencias en torno a un sistema que proporcionara mayor certeza, y notificación obligatoria, eran abundantes<sup>168</sup>.

Antes de esta importante reforma, que incluso le otorga un título completo a la materia<sup>169</sup>, el tratamiento del control de concentraciones en Chile se había basado, principalmente, en las disposiciones sustantivas de los artículos 1, 3 y 26 de Ley de Competencia, y en la práctica desarrollada a lo largo del tiempo por la FNE y el TDLC. El artículo 1 establece que la Ley de Competencia debe “promover y defender la libre competencia en los mercados.” El artículo 3 establece que “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos” será sancionado según lo dispuesto en el artículo 26<sup>170</sup>. A mayor abundamiento, había una referencia indirecta al control de concentraciones que se encuentra en el artículo 18 (2) de la Ley de Competencia<sup>171</sup>, que actualmente fue modificado, otorgándole directamente la atribución al TDLC para “conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”<sup>172</sup>.

---

<sup>168</sup> INFORME DEL SECRETARIO DE LA OCDE: “Evaluación del régimen de control operaciones de concentración en Chile”, 2014, pp.1-132. Disponible en: <http://www.agendaproductividad.cl/wp-content/uploads/sites/22/2014/10/OCDE-2014.-Evaluacion-del-R%C3%A9gimen-de-Control-de-Concentraciones-en-Chile.pdf>, [actualizado, Diciembre 2016].

<sup>169</sup>D.F.L. N°1 de 2005. Texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L N° 211 de 1973. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Título IV.

<sup>170</sup> Ibíd, Artículo 3°.

<sup>171</sup> Esta norma, faculta al TDLC para: “Conocer a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”. Aunque su objetivo no es específicamente el control de concentraciones, esta disposición ha abierto formalmente la puerta a la promoción de asuntos no contenciosos ante el TDLC, ya sean anteriores o posteriores a la materialización de operaciones de concentración. Para un mayor análisis al respecto, ver Secretariado de la OCDE, op.cit., p.17.

<sup>172</sup>Ley N° 20.945, que “Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia”, Diario Oficial Edición N° 41.546, 30 de agosto de 2016, artículo 18 (2), complementado por el numeral 5) que agrega “Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57”.

Ahora bien, lo dicho, no evita el hecho de que ni aún con la reforma, la Ley de Competencia, no hace mención alguna al mercado relevante. Por ello el marco de análisis en la materia, lo encontramos principalmente, en la “Guía para el análisis de operaciones de concentración” del año 2012 y en el Auto Acordado 12/2009 del TDLC, que será estudiado a continuación.

### **B) El mercado relevante en la guía de operaciones de concentración del 2012 y el Auto Acordado 12/2009.**

Antes de entrar de lleno al análisis de la referencia que hace la mencionada guía de la FNE del año 2012, resulta menester señalar, que ya el año 2006, intentando cumplir las recomendaciones de la OCDE, la Fiscalía Nacional Económica publicó la “Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontales”<sup>173</sup>, buscando fijar al efecto criterios claros, objetivos y transparentes<sup>174</sup>. En ella se hicieron públicos, los lineamientos y el marco analítico, en cuanto a operaciones de concentración. En esta guía aparece el concepto de mercado relevante: “se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”. La FNE entiende que conforman el mercado relevante el producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos. Asimismo, la FNE entiende delimitado el mercado relevante por la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes”<sup>175</sup>. De igual manera, estableció las herramientas para determinarlo: “la FNE considerará, al efecto, evidencia sobre cambios o inclinaciones al cambio de producto o área geográfica de parte de compradores, frente a variaciones de precios o calidades del producto; tiempo y costos de cambio de producto o área; decisiones comerciales de los vendedores fundadas en la probable sustitución de producto o área por parte de los compradores, ante variaciones de precios o calidades del producto; las características del producto, que permitan prever un cambio de producto o área por parte de los compradores,

---

<sup>173</sup> FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA: “Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontales”, 2006.

<sup>174</sup> *Ibíd*, p.3.

<sup>175</sup> *Ibíd*, p.12.

ante variaciones de precios o calidades. En caso de existir datos suficientes y confiables para ello, la FNE utilizará en su análisis estudios sobre elasticidad de la demanda”<sup>176</sup>.

Con todo, ya en esa guía La FNE explicita que considerará, además, la dimensión temporal del mercado relevante, especialmente cuando exista evidencia de demanda de punta y fuera de punta (como en el abastecimiento de electricidad) o de demanda estacional (de verano e invierno), o se trate de bienes durables o de productos de rápida obsolescencia<sup>177</sup>.

Con posterioridad, el año 2012 la FNE en un esfuerzo mayor La FNE actualiza esta guía y la reemplaza por la “Guía para el análisis de operaciones de concentración” donde define de la misma manera el mercado relevante, pero antes de eso, se asegura de hacer una prevención: “con todo, el análisis de las operaciones de concentración no se iniciará siempre, ni contemplará necesariamente, la definición del o los mercados relevantes que involucra la operación. Sin embargo, la Fiscalía define los mercados relevantes en una amplia mayoría de los casos que analiza, y aun cuando no lo haga considera siempre en algún punto las alternativas con que los consumidores pueden reemplazar los productos ofrecidos por las Partes que se concentran”<sup>178</sup>.

Respecto al mercado del producto, la FNE entiende que conforman un mismo mercado relevante el producto o grupo de productos que sus consumidores consideren sustitutos suficientemente próximos<sup>179</sup> y reitera el concepto de mercado geográfico de la guía del 2006<sup>180</sup>.

En un mayor esfuerzo la FNE enumera una serie de factores que le permiten definir mercados, aunque dicho listado no es taxativo:

- 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;

---

<sup>176</sup> *Ibíd*, p.13

<sup>177</sup> *Ibíd*.

<sup>178</sup> FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA: “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*, p. 2012

<sup>179</sup> *Ibíd*, p.10

<sup>180</sup> “La FNE entiende delimitado el mercado relevante por la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes”, FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA: “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*, op.cit.,p.11.

- 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.

Luego, la FNE señala las fuentes que utiliza para analizar los factores listados:

- a. Jurisprudencia nacional e internacional;
- b. Evidencia pasada sobre cambios o inclinaciones al cambio de producto o área geográfica de parte de los compradores, frente a variaciones de precios o calidades del producto;
- c. Decisiones comerciales de las Partes que se concentran, o de sus posibles competidores, fundadas en la probable sustitución de producto o área por parte de los compradores, ante variaciones de precios o calidades del producto;
- d. Opinión de clientes y competidores, especialmente de los primeros;
- e. Estudios de mercado con que cuenten las empresas, especialmente si han sido preparados con anterioridad a que contemplaran concentrarse;
- f. Diferentes categorías de clientes y discriminación de precios;
- g. En caso de existir datos suficientes y confiables para ello, la FNE suele utilizar en su análisis herramientas cuantitativas que ayuden a la definición del mercado relevante. Respecto de un producto o grupo de productos en un área geográfica.

Finalmente reitera lo ya dicho en la guía del 2006 en cuanto a que La FNE considerará, además, la dimensión temporal del mercado relevante, especialmente cuando exista

evidencia de demanda de punta y fuera de punta o de demanda estacional (de verano e invierno), o se trate de bienes durables o de productos de rápida obsolescencia<sup>181</sup>.

Con todo, sabemos, que al tratarse de un material de promoción, que da cuenta de una reglamentación interna de la FNE, no es vinculante ni para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ni para la Excelentísima Corte Suprema<sup>182</sup>.

A mayor abundamiento, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el año 2009 dicto el Auto Acordado 12/2009 sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración, donde facilita indicaciones útiles acerca de los factores examinados por el TDLC para el análisis de una operación de concentración consultada en virtud del artículo 18 (2) de la Ley de Competencia. En ese contexto, hace mención al concepto de mercado relevante<sup>183</sup>.

Ante la ausencia de un tratamiento legislativo sobre el tema, la Guía de la FNE y el Autos Acordado del TDLC constituyen el principal recurso sustantivo para analizar el desarrollo de la definición de mercado relevante en nuestro país, complementado por la jurisprudencia en la materia.

### **3. Análisis Jurisprudencial.**

En este apartado, complementando el análisis anterior, se profundizara en cómo se han ido precisando los contornos y criterios de la definición de mercado relevante en nuestro país, como también la profundidad del estudio que se realiza en determinados casos. Comenzaremos con un estudio casuístico de las resoluciones de la Comisión resolutive de Chile hasta llegar a las decisiones actuales del TDLC.

#### **A) Etapas y casos relevantes.**

Como primer aspecto, podemos afirmar que del análisis jurisprudencial que se presenta a continuación, podemos distinguir, respecto del mercado relevante cuatro etapas muy bien determinadas, cada de una de ellas con características propias que las hacen distinguibles:

---

<sup>181</sup> FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA: “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, op.cit.

<sup>182</sup> SECRETARIO DE LA OCDE, op.cit., introducción.

<sup>183</sup> *Ibíd*, op.cit., p. 18.

a) Etapa Preliminar: 1974-1995<sup>184</sup>.

En esta primera etapa, es posible verificar que el mercado relevante, como elemento fundamental en la toma de decisiones sobre conflictos monopolísticos, tiene escasa utilización, ya que la gran mayoría de las resoluciones se fundamentan en otros aspectos del Derecho *antitrust*. Sin embargo, existen contadas excepciones, como la resolución N° 144 del año 1983, que se refiere al mercado relevante y específicamente al mercado geográfico como elemento trascendental de solución de una controversia sobre materia minera. En términos generales, los principios y factores propios del mercado relevante y su conceptualización para cada caso particular no tiene preponderancia en la solución de conflictos antimonopolio por el escaso conocimiento que había en esa época sobre él, salvo contados casos que tienen un carácter marginal.

Algunas excepciones se encuentran por ejemplo en la Resolución N° 370 del año 1992 que contiene algunos aspectos que nos permiten concluir que existe un similar concepto con la definición de mercado de producto que da la doctrina. Recordaremos que este proceso alude específicamente a la reclamación hecha por la empresa CCU en contra de un tributo que se está aplicando arbitrariamente a las bebidas analcohólicas. Así, en su considerando tercero, aunque no se dice precisamente que es un Mercado de Producto, se está aludiendo a que las bebidas analcohólicas tienen un carácter sustituible e intercambiable, en razón de su precio y uso, con las bebidas alcohólicas, siendo éste el fundamento de la arbitrariedad.

---

<sup>184</sup> ORTUZAR, W: “*Ley Antimonopolios: Decreto Ley N° 211: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de los años 1974-1977: con el texto de la ley, del reglamento y del auto acordado de la Corte Suprema*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, Chile; ORTUZAR, W: “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de los años 1978-1980*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, Chile; MONTT, L. (profesor guía), FUCHSLOCHER, M. y PATUELLI, P. (alumnos): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva entre los años 1981 – 1983*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1993, Chile; MONTT, L. (profesor guía), MUÑOZ, R. (alumno): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de los años 1984-1985*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1993, Chile; MONTT, L. (profesor guía) GOMILLA, F. (alumno): *Ley antimonopolios: jurisprudencia de la comisión resolutiva 1986-1987*, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1993; Montt, L. (profesor guía), GIGOGNE, L. y SCROGGI, J. (alumnos): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva entre los años 1988 – 1990*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1993. MONTT, L. (profesor guía), IRARRÁBAL, F. (alumno): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva entre los años 1991 y 1992*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1993; MONTT, L. (profesor guía), KOLBACH, J. (alumna) (1996): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de los años 1993-1994*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, Chile.

En la Resolución N° 226 de 1986, que trata sobre la compra de acciones de MASISA S.A. por CHOLGUAN S.A., donde se señala, en su considerando primero, como elemento fundamental de la causa la determinación del mercado de producto. Lo mismo sucede en sus considerandos segundo y cuarto donde se menciona los factores que ayudan a determinar el mercado del producto y la sustituibilidad de la demanda.

En efecto, el Dictamen N° 420/386 de la Comisión Preventiva Central autorizó la compra por MASISA de las acciones de MAPAL, a pesar de que ambas empresas se dedicaban al mismo rubro «tabiques» del mercado de la construcción, ya que existían cinco productos competitivos y sustitutos, en precio y calidad, por lo que existía cierto grado de competencia en el mercado de los tableros de madera aglomerada.

La Resolución N° 418 de 1994 de la Comisión Resolutiva que trata sobre la determinación de si existe o no un atentado a la libre competencia en los servicios de transporte de carga de la XII Región, basa su fallo específicamente en la sustituibilidad funcional del producto, que, como hemos visto, es uno de los elementos que se usa actualmente para establecer el mercado del producto, estableciendo que el método de transporte conocido como Roll on-Roll off es uno de entre otros más que se utilizan en la zona, por lo que el mercado relevante es mucho más amplio de lo estimado por el denunciante y por lo que la conducta de la Naviera Magallanes no es contraria a la Libre Competencia.

El concepto de mercado geográfico se encuentra recogido en otras resoluciones de la Comisión Resolutiva de esta primera etapa. Una de las principales, es la Resolución N° 144 de 1983, que objetó la fusión del primer poder comprador de minerales de la zona, constituido por la planta de flotación de minerales “Manuel Antonio Matta” y su empresa filial “Sociedad Minera Punta del Cobre”, ambas de ENAMI, las que fueron adjudicadas por licitación a una sola compañía que es la “Compañía Minera y Comercial Sali-Hochschild S.A.”. En esta resolución, en su considerando decimotercero, se alude al mercado geográfico por primera vez para poder solucionar una controversia antimonopolio. Así, el tribunal establece que por informe del SERNAGEOMIN, los factores predominantes para determinar el mercado relevante son: a) la ley del mineral y b) el radio geográfico. Por consiguiente, establece que las minas de cobre de buena ley podrían alejarse 75 kilómetros a lo más de las plantas de tratamiento. En condiciones más favorables de precio y tasa de

cambio, agrega, sería viable operar con radios de acceso que sobrepasarán los 100 kilómetros.

Lo mismo sucede en la Resolución N° 238 de 1986, donde la empresa EMSA S.A., formuló una serie de denuncias en contra de SOQUIMICH S.A., entre ellas haberse negado sin causa justificada a venderle yodo en Chile al precio de exportación de este producto, obligándola a comprar en el extranjero a las filiales de la denunciada. La Comisión para justificar la decisión favorable a Soquimich alude al mercado geográfico, señalando que el mercado interno o nacional de un producto es distinto de los mercados de exportación, y éstos a su vez, son diferentes entre sí, debido a factores tales como costos de transporte, barreras o franquicias aduaneras, mayor o menor apertura al comercio exterior, variedad de ofertas y competencia de productores extranjeros. Por lo expuesto, no puede considerarse arbitraria ni ilegítima la existencia de precios distintos del yodo en los mercados nacional y de exportación.

Los conceptos sustituidos de la oferta y competencia potencial son recogidos en esta etapa por la Resolución N° 243 del año 1986, que trata sobre un reclamo interpuesto por la Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones ante la Comisión Resolutiva en contra del Dictamen N° 584/1200, de la Comisión Preventiva Central, que resolvió que CMPC no podía adquirir el 66,58% de las acciones de la industria Forestales S.A. La Comisión Resolutiva en su considerando decimoquinto, se refiere expresamente al concepto de competencia potencial en el submercado de papeles gráficos para impresión y escritura.

b) Primera etapa de transición: 1995-1999<sup>185</sup>.

Durante este período hubo un notable avance al respecto, puesto que se comienza a mencionar y conceptualizar en los considerandos de las sentencias, los principios y factores propios del mercado relevante al momento de solucionar conflictos antimonopolio, especialmente, en materias de fusiones de empresas. Ejemplo de esto es la resolución N°

---

<sup>185</sup> MONTT, L. (profesor guía), LÓPEZ, S y ANTOINE, N. (alumnos): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de los años 1995, 1996, 1997*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1999; MONTT, L. (Profesor Guía) HUERTA, J.M. (alumno): “*Ley antimonopolios : jurisprudencia de la comisión resolutiva de los años 1998, 1999 y 2000*”, Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, Santiago, 2002, Chile.

445 de 1995, que autorizó la fusión de las empresas de aeronavegación Lan Chile y Ladeco. Las menciones que se hacen sobre el mercado relevante son esporádicas, más bien incipientes, se extraña en ellas un análisis lógico más acucioso y criterios modernos ya utilizados e incorporados por la doctrina comparada.

En esta Resolución, donde se permitió la fusión de las empresas aéreas LAN CHILE y LADECO, la decisión se tomó contra el voto disidente del integrante señor Guillermo Patillo Álvarez, subrogando al señor decano de la Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago, quien estuvo por rechazar el recurso de reclamación interpuesto por Lan Chile S.A., y confirmar en todas sus partes los dictámenes recurridos, la parte esencial de sus consideraciones recogen los conceptos de sustituibilidad de la oferta y competencia potencial.

- c) Segunda etapa de transición año 2000 hasta término de la Comisión Resolutiva por creación del Tribunal de la Libre Competencia.

A partir del año 2000 fue una preocupación de la Comisión Resolutiva el utilizar criterios y principios propios del mercado relevante en los considerandos de sus sentencias. Sin embargo, ellos son utilizados nominalmente puesto que no se hacen, por lo general, análisis fundamentados del por qué se estimó que el mercado relevante era tal, es decir, se señala cual es el mercado en cuestión, pero no se expresa como se llegó a determinar ese mercado relevante, lo que permite con suspicacia sospechar la utilización de criterios subjetivos y antojadizos en la solución de los conflictos de antimonopolio. Y en esa época, se esperaba por algunos, que en el futuro hubiera una mayor transparencia en los factores y principios que se tomaron para la decisión: “sería sumamente positivo en el futuro, el transparentar dicha determinación ponderándose públicamente los factores y principios que se tomaron en consideración. La situación recién descrita no se presenta solamente en nuestro país, así también hemos observado fuertes críticas a este respecto, tanto en la Comunidad Europea como en el caso de Estados Unidos en este sentido<sup>186</sup>.

- d) Etapa actual.

---

<sup>186</sup> LEIVA, Sebastian; Prado, Juan Manuel: “*El mercado relevante en Chile*”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005, Capítulo III.

Desde la creación del TDLC hasta hoy, el avance en esta materia ha sido significativo. En efecto, constituía desde sus inicios, un desafío para el nuevo Tribunal de la Libre Competencia, continuar con los avances en la determinación del Mercado Relevante, ya que como nuevo ente jurisdiccional creado por la Ley N° 19.911, encargado de conocer los casos que atenten contra la libre competencia en el país, en él recae la responsabilidad de establecer los criterios generales que sirvan para la definición del mercado relevante. Ahora bien, como veíamos, el año 2006, la Fiscalía Nacional Económica publicó la “Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontales”, donde expresa el concepto de mercado relevante, lo que fue precisado por la guía del año 2012 “para el análisis de operaciones de concentración”, que vino a reemplazarla. Estos hitos fueron complementados por la mención que hace el Auto Acordado 12/2009 “sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración” dictado por el TDLC, donde también señala un concepto de mercado relevante<sup>187</sup>.

En esta etapa, han sido innumerables los pronunciamientos del Tribunal que recogen explícitamente la noción de mercado relevante, estableciéndose como un paso frecuente y casi obligado en el procedimiento de análisis de conductas, más allá del estudio de las operaciones de concentración. En atención a los límites de este trabajo, se desarrollara en lo que sigue algunas notas distintivas respecto a casos relevantes en materia de operaciones de concentración y en un capítulo distinto el estudio exhaustivo de los casos en materia de Colusión, por cuanto constituyen un punto central de nuestro estudio.

## **B) El mercado relevante en la jurisprudencia del TDLC para los casos de operaciones de concentración.**

### a) Mercado relevante en casos de operaciones de concentración.

Siendo los casos que hacen posible su referencia a través de la guía de operaciones de concentración, el TDLC ha entendido útil su definición, haciendo alusión a ella, en

---

<sup>187</sup> SECRETARIADO DE LA OCDE, op. cit., p. 18.

repetidas ocasiones<sup>188</sup>, de manera expresa y utilizando las herramientas disponibles para determinarlo analizadas con anterioridad.

Abriendo los inicios del Tribunal, la Resolución 01 TDLC sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR del 2004 constituye un caso emblemático. Esta Resolución se da a propósito de un informe de la FNE al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto de la fusión entre VTR Banda Ancha S.A. (VTR) y Metrópolis Intercom (MI), en adelante VTR-MI. En él solicitó la separación estructural de la empresa que surgiría. El Fiscal proponía la separación de los negocios de TV Cable, Internet Banda Ancha y Telefonía Fija, para lo cual planteaba que se constituyesen sociedades anónimas distintas para la provisión de cada uno de dichos servicios. El objetivo de la solicitud del Fiscal era impedir que VTR-MI utilizara estrategias de venta atada para adquirir poder de mercado en los segmentos de telefonía local y de acceso a Internet Banda Ancha. El Fiscal había estimado que la entidad fusionada podría aprovechar su eventual poder de mercado en la TV Cable, producto de la alta concentración que se produciría en este mercado, para provocar efectos anticompetitivos en los demás mercados en que participaría. Señalaba en su informe: “la empresa fusionada, en caso de obtener ganancias sobrenormales (en el mercado de la TV pagada), podría destinar estos recursos para alterar las condiciones de competencia en los mercados relacionados, subsidiando, por ejemplo, el valor de su servicio de internet banda ancha o de telefonía. Otra forma de pérdida de excedente de los consumidores, sería una posible venta atada del servicio en el que tiene poder de mercado (la TV por cable) en los casos que obliga al cliente a la compra de dos o más productos sin

---

<sup>188</sup> Ver entre otras Resolución N° 43 TDLC, sobre fusión de SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A del 12/12/2012; Resolución 39 TDLC, Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada del 26/04/2012; Resolución 37 TDLC, acerca de concentración entre LAN Airlines y TAM Linhas Aéreas S.A. del 21/09/2011; Resolución 36 TDLC, sobre participación en concursos para concesiones de radiodifusión, del 10/08/2011; Resolución 35 TDLC, relativa a arrendamiento de supermercados en Vallenar y Huasco del 04/08/2011; Resolución 34 TDLC, sobre efectos en Chile de participación de Copec en Terpel Colombia del 26/05/2011; Resolución 33 TDLC, respecto a arriendo por Cencosud, de supermercados de Comercial Condell del 24/01/2011; Resolución 32 TDLC, respecto a participación en concursos para concesiones de radiodifusión del 15/06/2010; Resolución 31 TDLC, sobre fusión de Anagra y Soquimich, del 09/12/2009; Resolución 29 TDLC, sobre participación en concursos para concesiones de radiodifusión del 18/03/2009; Resolución 24 TDLC, en consulta sobre fusión de D&S y Falabella del 31/01/2008; Resolución 23 TDLC, relativa a fusión de ING AFP Santa María y Bansander AFP del 01/01/2008; Resolución 22 TDLC en consulta de Endesa y Colbún sobre proyecto Aysén del 19/10/2007; Resolución 20 TDLC por compra de acciones de Iberoamerican Radio Chile del 27/07/2007; Resolución 02 TDLC, sobre eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones del 04/01/2005; Resolución 01 TDLC sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR del 25/10/2004.

tener la posibilidad de comprar la TV por cable de manera individual. Esto, en el sentido que tal vez el cliente optaría por contratar la TV por cable con esta compañía y mantendría o contrataría los otros servicios con otra empresa”<sup>189</sup>. El TDLC entonces, debía decidir si acoger o no la solicitud de la FNE al resolver sobre la fusión de VTR y MI.

En lo que respecta a nuestro tema de estudio, el TDLC para tomar una decisión sobre el asunto, analizó el mercado relevante, desde la perspectiva del producto y geográfica. Tras el estudio del mercado relevante de producto, constató la existencia de tres mercados: el de la TV pagada a través de cable, satélite u otra plataforma tecnológica idónea; Banda ancha y el de la telefonía fija. Luego, analizando el mercado geográfico, determina que se trata del mercado nacional<sup>190</sup>. Para llegar a esta primera delimitación, el TDLC señaló expresamente que “más que utilizar un criterio de sustituibilidad de la demanda y de la oferta mediante el análisis de la elasticidad cruzada de la TV pagada y otros bienes, por carecer de información en el expediente acerca de las elasticidades respectivas, el principal criterio a utilizar en este caso será el de análisis cualitativo enfocado en características de precio, calidad y uso”<sup>191</sup>.

Como se ve, pone énfasis en un punto que ya hemos analizado, la dificultad de contar con información suficiente para evaluar la sustituidad de la demanda y aún más de la elasticidad cruzada. Esto supone asumir las limitaciones propias de contar con un análisis estrictamente cualitativo, según lo que ya hemos revisado. Sin embargo, lo fundamental en este caso, es la claridad con que el TDLC afronta, ya en sus primeros pasos, la necesidad de definir mercados y referirse a los conceptos propios del mismo.

El final es conocido, pues el TDLC aprobó la fusión de VTR y Metrópolis. La unión de ambas compañías le entregó a VTR el 80% aprox. del mercado de la TV de pago. A pesar de esta alta concentración, la operación se autorizó porque introduciría competencia a Telefónica en los rubros de banda ancha y telefonía. Pero para evitar que VTR abusara de su privilegiada posición en el mercado de TV cable, la «condición quinta» le prohibió “negar injustificadamente la compra” a programadores que venden señales o producciones

---

<sup>189</sup> FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA: *Informe Fusión VTR-Metrópolis*, 2004, p. 21.

<sup>190</sup> RESOLUCIÓN 01 TDLC sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR, 2004, pp. 41-42.

<sup>191</sup> *Ibíd.*, p. 37.

de televisión pagada u ofrecerles “un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado”<sup>192</sup>.

Otra decisión sobre de fusión emblemática, se adoptó en la Resolución 24 del TDLC, en consulta sobre fusión de D&S y Falabella<sup>193</sup>. En junio de 2007, Falabella –una de las principales empresas minoristas de Chile– y D&S –la cadena de supermercados de mayor tamaño–, presentaron su consulta al TDLC, en relación a una operación de concentración acordada entre las partes. De acuerdo a ésta, la participación accionaria de Falabella en la nueva entidad sería 77%, y 23% quedaría en manos de D&S. La empresa fusionada hubiera sido la segunda empresa más grande cotizando en el Mercado de Valores en Chile, con ventas anuales aproximadas de US\$ 8 mil millones, convirtiéndose de paso en el segundo retailer más grande de América Latina, sólo después de Wal-Mart en México. El TDLC solicitó informar respecto de esta operación a diversos agentes del mercado –competidores, proveedores–, la FNE informó técnicamente en agosto de 2007 y, finalmente, tras siete meses, el TDLC emitió su Resolución N° 2426. Para evaluar los posibles efectos de la operación, el TDLC definió el mercado relevante o ámbito relevante como el del «retail integrado», que se extendía no sólo a los mercados de retail directamente involucrados en la operación -supermercados y crédito de consumo no bancario-, sino también a los centros comerciales y todas aquellas tiendas minoristas que operan bajo el esquema de comercio de gran superficie, ya que las complementariedades que existen entre estos distintos negocios pueden ser aprovechadas a través de un instrumento común, como las tarjetas de crédito y acciones de fidelización<sup>194</sup>. El análisis del TDLC, consideró que la operación propuesta tendría como consecuencia una gran alteración en la estructura del mercado, dada la creación de una empresa que pasaría a ser el actor dominante en el comercio minorista, participando prácticamente en todos los segmentos y funciones: tiendas por departamento, tiendas de mejoramiento del hogar, supermercados, inmobiliarias y financiamiento. También identificó las ventajas en la operación, sin embargo, todas éstas ponían al nuevo actor en una posición de ampliar el poder de mercado y extenderlo en otras áreas minoristas en el futuro, además de crear obstáculos para la entrada de competidores y para la relación

---

<sup>192</sup> Resolución 01 TDLC sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR, op. cit., p. 51.

<sup>193</sup> Resolución 24 TDLC, en consulta sobre fusión de D&S y Falabella Concentraciones o Integraciones, 2008.

<sup>194</sup> IRRÁZABAL, Felipe, op.cit., p.10.

con proveedores. Así, el TDLC llegó a la convicción que las mismas ventajas comerciales que las partes presentaban como fuentes de eficiencia a largo plazo, constituían las fuentes del riesgo para la competencia. Finalmente, el tribunal rechazó la afirmación de pro eficiencia competitiva de las partes, ya que durante el proceso no se demostró la forma en que esta eficiencia se traspasaría a los consumidores. Por estas razones, decidió rechazar la fusión, considerando también, que los riesgos para la competencia que se derivaban de la operación no podían ser corregidos mediante la imposición de ningún tipo de medida de mitigación. En palabras de Felipe Irarrázabal, “sin lugar a dudas, este ha sido el proceso no contencioso más importante desde el inicio de las funciones del TDLC”<sup>195</sup>.

En suma, la definición de mercado relevante en este contexto resulta una herramienta útil y constantemente usada por el tribunal, para determinar cuotas de mercado y grados de concentración, y con ello evaluar los efectos de la fusión en la competencia. Con todo, recordando las reflexiones de KAPLOW y lo que indica la propia Horizontal Merger Guidelines 2010 “la medición de las cuotas de mercado y la concentración del mercado no es un fin en sí mismo, sino que es útil en la medida en que ilumina los posibles efectos competitivos de la fusión”. Por lo cual, “no es necesario que el análisis de las Agencias comience con la definición del mercado. Algunas de las herramientas analíticas utilizadas por las Agencias para evaluar los efectos competitivos no se basan en la definición del mercado”<sup>196</sup>.

A mayor abundamiento habrá que tomar en cuenta que hay otras pruebas que pueden “predecir los efectos de una fusión, reduciendo el papel de las inferencias de la definición del mercado y de las cuotas de mercado”. Esto viene a relativizar su conveniencia y necesidad cuanto se cuenta con prueba más consistente. Especialmente “cuando el análisis sugiere mercados candidatos alternativos y razonablemente plausibles, y cuando las cuotas de mercado resultantes dan lugar a inferencias muy diferentes en cuanto a los efectos de la competencia, resulta particularmente útil examinar formas más directas de pruebas relativas

---

<sup>195</sup> *Ibíd.*, p. 11.

<sup>196</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION-US DEPARTMENT OF JUSTICE, *op.cit.*, sección 4.

a esos efectos”<sup>197</sup>. En consecuencia, “la evidencia de los efectos competitivos puede influir en la definición del mercado”<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup> *Ibíd.*

<sup>198</sup> *Ibíd.*

## **CAPÍTULO TERCERO: EL MERCADO RELEVANTE EN CASOS DE COLUSIÓN: ¿SIEMPRE REQUIERE SER DEFINIDO?**

### **I. La Colusión.**

#### **1. Consideraciones generales.**

##### **A) Concepto y marco normativo.**

Dentro de las prácticas anticompetitivas la más grave y dañina es la colusión, que consiste en aquel acuerdo por el cual un conjunto de empresas consiente en no competir entre ellas, con el objetivo de aumentar sus beneficios<sup>199</sup>; STIGLER la define como aquella “determinación conjunta de productos y precios por firmas ostensiblemente independientes”<sup>200</sup>. Esta conducta perjudica el funcionamiento de la economía, toda vez que anula los beneficios propios de la rivalidad entre empresas, el cual es el mecanismo que permite que los consumidores gocen de menores precios y de mejor calidad y variedad de los bienes. El incrementar la producción de un bien y llevar dicha producción a un nivel competitivo, significará una reducción del beneficio percibido por las empresas. Al contrario, los altos precios pagados por los consumidores se traspasan como rentas sobre normales hacia la industria, al igual que en los monopolios<sup>201</sup>. La gravedad que encierra la colusión se ve reflejada en las diferentes legislaciones, al ser la única práctica anticompetitiva que, además de multas, contempla penas de cárcel, como es actualmente el caso chileno. Ejemplo de esto, también se encuentra en la legislación de Australia, Brasil, Canadá, Corea del Sur, Estados Unidos, Inglaterra, Japón, entre otros<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> COLOMA, G: *Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado*, Buenos Aires, 2009, p. 4.

<sup>200</sup> STIGLER, George: *A theory of Oligopoly*, Journal of Political Economy, Vol. 72, N° 1, 1962, pp. 44-61.

<sup>201</sup> GONZÁLEZ, A.: *Prácticas Colusivas*. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Santiago, Thomson Reuters Puntotex, 2011, pp.143-145.

<sup>202</sup> *Ibíd.* p.2.

En la legislación nacional el ilícito de colusión se contempla en el recientemente reformado artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, de 1973<sup>203</sup>.

El inciso 1° de dicho artículo 3° consagra lo que en la doctrina se ha denominado como tipo universal del ilícito de libre competencia<sup>204</sup>. En éste cabe subsumir cualquier conducta que ponga en peligro o lesione los bienes jurídicos que son protegidos por la legislación de la libre competencia. En efecto, se establece:

“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 correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

Acto seguido, en los literales a), b), c) y d) del inciso segundo del artículo 3° se exponen en forma ilustrativa una serie de conductas que en la práctica constituyen los ejemplos más comunes de comportamientos que atentan en contra de la libre competencia. Específicamente, en la letra a) se contemplan las conductas colusorias: En efecto, se señala: “se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.

Este literal fue modificado recientemente, introduciendo innovaciones que serán revisadas en los próximos apartados. Por el momento, basta con constatar, que el literal en comento

---

<sup>203</sup> D.F.L. N°1 de 2005. Texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L N° 211 de 1973. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, recientemente reformado por la Ley N° 20.945, que “Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia”, publicada en el Diario Oficial Edición N° 41.546 de fecha 30 de agosto de 2016.

<sup>204</sup> Para profundizar al respecto, véase: VALDÉS, D: *Libre competencia y monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 242- 245.

señala como conductas constitutivas de colusión, por un lado, a los acuerdos colusorios y, por otro lado, a las prácticas concertadas. Por un lado, en el caso de los acuerdos colusorios, éstos comprenden en general, acuerdos formales que tienen por objeto la eliminación de la independencia de actuación entre las partes que los celebran (lo anterior, siempre con el objeto de sustituir la incertidumbre e incentivos propios de la competencia por la certeza de la cooperación).

Estos acuerdos pueden ser formulados a través de instrumentos tangibles –escritos o verbales– (acuerdos expresos) o en forma tácita, por medio de comportamientos de los competidores que inequívocamente lleven a concluir que se está en presencia de un acuerdo ilegítimo entre ellos.

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede en los acuerdos colusorios, las prácticas concertadas consisten en la ejecución de conductas paralelas por parte de los competidores, las cuales tienen por objeto sustituir a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación entre ellos, esto en un contexto de cooperación informal (*gentlemen's agreements*) o, inclusive, en circunstancias en las cuales no media decisión anterior alguna entre los coludidos. En este sentido, basta que exista algún grado de colaboración o intercambio de información entre los competidores con el fin de sustituir la competencia por los beneficios de la cooperación. Entre las modalidades del ilícito de colusión que mayormente preocupan a las autoridades de libre competencia se encuentran las prácticas concertadas. Lo anterior, porque estas presentan una serie de dificultades probatorias que dicen relación principalmente con el hecho de que el paralelismo conductual por medio del cual se efectúan estas conductas, no siempre es ilícito. En este contexto, para acreditar que el paralelismo aludido se debe efectivamente a la existencia de concertación entre los competidores, es necesario acreditar una serie de factores adicionales que así lo demuestren –labor que en la práctica resulta sumamente compleja, según será estudiado–.

### **B) Regla de interpretación y su vínculo con el análisis de mercado.**

La colusión cuando en determinados casos, generalmente cuando consiste en la fijación de precios, repartición de zonas o cuotas de mercado y limitación de la producción, es

considerada en la mayoría de los ordenamientos como una acción anticompetitiva per se (de por sí), estableciéndose que para sancionarla no será necesario demostrar el efecto restrictivo de la conducta (por ejemplo, que el precio fijado es abusivo, o que se daña a terceros). El derecho comparado ha optado por una definición de ilicitud per se, pues se entiende que es altamente improbable que el acuerdo entre competidores produzca beneficios en la sociedad; para las empresas carece de sentido configurar un acuerdo si no sirve para alterar las condiciones en el mercado<sup>205</sup>. El profesor STIGLER, señala como ejemplo el límite de velocidad en carreteras; aun cuando es posible conducir de forma segura a más de 120 km/h, produciendo incluso ahorros de tiempo, sigue siendo preferible no dejar este límite máximo sujeto a interpretación por los peligros que esto encierra. De esta forma, las políticas deben ser diseñadas apuntando a lo frecuente en vez de lo excepcional<sup>206</sup>.

Sin embargo, la regla per se no es el único estándar bajo el cual se analizan las prácticas anticompetitivas, el derecho comparado también ha desarrollado la «Regla de la Razón». Este estándar interpretativo se utiliza para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado mediante el estudio de las características de cada mercado particular, así como de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva<sup>207</sup>.

Bajo esta regla una práctica anticompetitiva será evaluada mediante el estudio de una serie de elementos, tales como el mercado particular, las razones por las cuales se incurrió en dicha conducta y los efectos de la misma. Ambas categorías –regla per se y regla de la razón– se aplican a distintos tipos de prácticas, por lo que actúan de forma complementaria pero separada. El riesgo de no delimitar los ámbitos de cada regla, es que, por un lado, podrían aumentar los casos de error al sancionar prácticas como ilegales per se, y por el otro, muchos casos de colusión, la cual ha sido calificada por la doctrina y la jurisprudencia

---

<sup>205</sup> MESTMÄCKER: *Mesa Redonda: Legislación y Práctica de la Libre Competencia, un Coloquio con el Profesor Ernst J. Mestmacker*. 2 de diciembre de 1982. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1985, p.16.

<sup>206</sup> GONZÁLEZ, A., op. cit., p. 4.

<sup>207</sup> MIRANDA L, A: *Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992, Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. 1992, s.p.

como evidentemente dañina, querrán ser presentados como inofensivos o incluso positivos para la competencia, generando altos costos de litigación y defensa.

### **La prueba del acuerdo.**

Se suele considerar un primer requisito. Es menester señalar, que la mayor de las veces las firmas involucradas en una colusión se conciertan de manera clandestina, sin dejar rastro material accesible del acuerdo. Producto de lo anterior, la obtención de pruebas directas que certifiquen la existencia de la colusión resulta prácticamente imposible y, por el contrario, normalmente, suelen existir pruebas de tipo indiciario. En dicho sentido, es que en muchos de los juicios por prácticas colusorias el acuerdo es inferido por el juzgador a través de un proceso lógico que se desarrolla a partir de la comprobación de ciertas conductas que se consideran resultado inequívoco del concierto de voluntades entre competidores. De esta forma, la prueba indiciaria o circunstancial se encuentra recogida en el artículo 22 inciso 2° de la Ley de Defensa de la Competencia, el cual señala: “serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes”<sup>208</sup>. En nuestro país como se verá en extenso, en el contexto de la legislación anterior a la Ley N° 20.361, la dificultad probatoria planteada se hacía todavía más compleja. Lo anterior, debido a que las herramientas entregadas por dicha legislación a la FNE no eran idóneas para la obtención de pruebas duras. En efecto, para ilustrar lo anterior, se puede señalar que entre las atribuciones investigativas con las que la FNE contaba en el marco de la legislación antigua, se destacaba como mecanismo de obtención de pruebas la facultad para solicitar de entidades particulares -inclusive las investigadas- las informaciones relevantes con motivo de las pesquisas practicadas. Con todo, la FNE no tenía control sobre su entrega. En esta línea, los incentivos estaban dados para que los investigados seleccionaran y arbitraran la información a su favor, lo que dificultaba enormemente la obtención de pruebas directas útiles por parte de la FNE. En un escenario como el descrito, las presunciones resultan ser un medio probatorio especialmente idóneo para acreditar la existencia del hecho alegado (esto es, la existencia del acuerdo). Lo

---

<sup>208</sup> D.F.L. N°1 de 2005. Texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L N° 211 de 1973. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, artículo 22.

anterior, porque sólo a través de presunciones se puede probar un hecho cuya existencia no es del todo comprobable mediante pruebas fehacientes.

Esto mecanismo para probar la colusión, es recogido en diversas legislaciones. Así por ejemplo, en Estados Unidos se permite el uso de evidencia circunstancial para probar casos de colusión. Esto último, data desde hace largo tiempo, específicamente, a partir de la dictación de las sentencias en los casos de *Interstate Circuit, Inc. v. United States*<sup>209</sup> y *American Tobacco Co. v. United States*<sup>210211</sup>.

Ahora bien, cabe adelantar que el objetivo tenido en cuenta al momento de incorporarse la prueba indiciaria como medio probatorio para acreditar casos de colusión, se vio fuertemente obstaculizado por una serie de requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema en la condena de ilícitos colusorios, específicamente durante los años 2006 y 2007. Como se expondrá a lo largo del presente documento, estas exigencias llevaron, en la práctica, a que la procedencia de condenar en base a prueba indiciaria en materia de libre competencia fuera muy exigente en cuanto a sus contenidos, cuestión que generó que su utilización como medio para acreditar la existencia de acuerdos colusorios cayera por largo tiempo en desuso, debilitando fuertemente la persecución del ilícito de colusión, especialmente, de prácticas concertadas.

---

<sup>209</sup> *Interstate Circuit, Inc. v. United States* (306 U.S. 208), 1939.

<sup>210</sup> *American Tobacco Co. v. United States* (328 U.S. 781), 1946-

<sup>211</sup> Al respecto, ambos fallos admiten que puede existir colusión sin necesidad de un acuerdo formal previo. En este sentido, señalan que para acreditar la existencia de colusión en este tipo de situaciones, se debe atender a las circunstancias que rodean al caso, lo cual no significa otra cosa que el reconocimiento de la prueba circunstancial como medio probatorio para acreditar casos de prácticas concertadas. Específicamente, en *Circuit, Inc. v. United States* se señaló lo siguiente: “While the District Court’s finding of an agreement of the distributors among themselves is supported by the evidence, we think that in the circumstances of this case such an agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent- run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that concerted action was contemplated or invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it (...) The acceptance by competitors, without previous agreement, of an invitation to participate in a plan, the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce, is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act”. En la misma línea que el fallo anterior, en la sentencia del caso *American Tobacco Co. v. United States* se indicó: “No formal agreement is necessary to constitute an unlawful conspiracy. Often crimes are matter of inference deduced from acts of the person accused and done in pursuance of a criminal purpose. Where the conspiracy is proved, as here, from the evidence of the action taken in concert by the parties to it, it is all the more convincing proof of an intent to exercise the power of exclusion acquires through that conspiracy. The essential combination or conspiracy in violation of the Sherman Act may be found in a course of dealing or other circumstances as well as in an exchange of words. Where the circumstances are such as to warrant a jury in finding that the conspirators had a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement, the conclusion that a conspiracy is established is justified”.

Respecto a la prueba directa, la legislación antimonopólica chilena contempla actualmente la figura de la delación compensada, consistente en aquel beneficio de exención o reducción de multa, para aquellos agentes económicos que ejecuten una infracción al artículo 3° del DL 211, cuando aporten antecedentes que permitan acreditar la conducta y determinar a los responsables<sup>212</sup>. Además, como se verá a continuación, se entregaron facultades intrusivas a la Fiscalía Nacional Económica<sup>213</sup>, en virtud de las cuales, en casos de investigaciones a infracciones al artículo 3° letra a) del DL N° 211 (carteles), la FNE, con autorización de la Corte de Apelaciones respectiva, podrá efectuar diligencias tales como entrar a recintos públicos o privados, podrá allanar o descerrajar, podrá registrar e incautar toda clase de instrumentos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción, autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, entre otras<sup>214</sup>.

### **Aptitud objetiva o aptitud vulneradora**

Respecto a este punto, se ha sostenido que no sólo es necesaria la existencia de un acuerdo, también se requiere que este tenga aptitud objetiva para dañar la competencia, es decir, que sea idóneo para afectar la libre competencia<sup>215</sup>. Al momento de analizar una conducta restrictiva de la competencia será necesario determinar el poder de mercado del agente que incurre en la práctica, con la finalidad de discernir si dicha práctica tiene la idoneidad suficiente como para lesionar el bien jurídico protegido por el Decreto Ley N° 211<sup>216</sup>.

Esta aptitud vulneradora es lo que finalmente configura el nexo causal entre la conducta y el reproche jurídico: “el acuerdo o la práctica concertada deben ser aptos para producir un resultado de afectación del bien jurídico libre competencia. En lo concreto, es el poder de mercado del que están dotados los sujetos el que denota dicha aptitud”<sup>217</sup>. De esta forma,

---

<sup>212</sup> IRARRÁZABAL, F. Fiscal Nacional Económico: *Delación compensada y facultades artículo 39, letra N) DL 211: visión y experiencia de la Fiscalía Nacional Económica*. [Diapositivas] Santiago de Chile, 2012, p. 9.

<sup>213</sup> GONZÁLEZ, A., op. cit., p. 155.

<sup>214</sup> IRARRÁZABAL, F. Fiscal Nacional Económico, op. cit., p. 17.

<sup>215</sup> TAPIA, J.: *Informe en derecho. La prohibición de colusión en el derecho chileno y comparado* (a petición de la Fiscalía Nacional Económica en Rol C N° 177-08), 2010, p. 26.

<sup>216</sup> VALDÉS PRIETO, D: *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 289.

<sup>217</sup> EYZAGUIRRE, C. y GRUNBERG, J.: *Colusión Monopólica. Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos*, Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2 (4), 2008, pp. 55-76.

sólo son relevantes desde el punto de vista de la persecución de las prácticas anticompetitivas, aquellas realizadas por agentes que posean poder de mercado, es decir, las que posean aptitud objetiva propia y suficiente para vulnerar la libre competencia.

### **El resultado de la conducta o prueba del efecto.**

Cabe señalar que previo a la reforma introducida por la Ley 20.361 de 2009 al DL N° 211, el artículo 3° inciso 2° letra a) requería demostrar que los agentes económicos habían abusado del poder que el acuerdo les confería. Esto hacía necesaria la prueba del efecto que en la práctica producía el acuerdo, es decir, que se probara el abuso del poder adquirido<sup>218</sup>. Lo cual, evidentemente perjudicaba la persecución de los Carteles. Con la Ley 20.361, se reformo el artículo 3° letra a) del DL N° 211, eliminándose la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran” y se incorpora la frase “que les confieran poder de mercado” al respectivo artículo, con lo cual deja de ser exigible el demostrar los efectos concretos del acuerdo, siendo sólo necesario probar que dichos acuerdos confieren poder de mercado a quienes los celebran<sup>219</sup>. Con todo, la reforma reciente que acaba de modificar el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia eliminó la exigencia de que probar que el acuerdo confirió poder de mercado a los involucrados. Esta medida disminuye la defensa de las personas que se cartelizan, y aumentan las posibilidades de obtener una sentencia condenatoria.

La eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión, se suma entre otras, al establecimiento de la sanción penal, al ajuste de tipo infraccional de colusión a las hipótesis de «carteles duros» y el fortalecimiento de la delación compensada como importantes innovaciones en esta materia.

---

<sup>218</sup> TAPIA, J.: *Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail*. En: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing, pp. 37-38. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>, [actualizado, Diciembre 2016].

<sup>219</sup> Corte Suprema, Recurso de reclamación, autos rol N° 2578-2012.

Cabe recalcar, que el literal a) del inciso segundo del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia exigía que para sancionar un ilícito de colusión, el acuerdo o la práctica concertada deben conferir poder de mercado a los competidores que participen en él. Si se analiza el derecho comparado, tanto en las jurisdicciones de mayor tradición –tales como Estados Unidos de América, la Comunidad Europea y Canadá– como en otras más nóveles, pero también relevantes –tales como Australia, Brasil y México– esta exigencia probatoria resultaba inédita. En el derecho comparado se ha establecido que para el caso de los denominados carteles duros (*hardcore cartels*), que son aquellas colusiones en que competidores acuerdan fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, sin que exista justificación pro competitiva alguna asociada al acuerdo, resulta suficiente, para que el acuerdo sea declarado como anticompetitivo y contrario a la ley, que se acredite su existencia y que verse sobre las variables esenciales de competencia antes mencionadas.

Dicho de otra manera, dado que se concibe a los carteles duros como prácticas manifiestamente anticompetitivas, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en ellas sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo, siendo además improcedente que el requerido o demandado invoque defensas de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes. Una regulación de este tipo posee innegables ventajas para el sistema de defensa de la libre competencia. Por una parte, genera ahorros de costos, pues no resulta necesario destinar ingentes recursos para probar algo evidente, esto es, que la colusión tiene la aptitud de atentar en contra de la libre competencia. Por otra parte, entrega una clara señal a los agentes económicos en el sentido de que bajo ninguna circunstancia pueden incurrir en conductas que tan gravemente atentan contra la libre competencia en los mercados.

### **C) Estándar probatorio.**

En nuestro país el estándar probatorio utilizado por la C.S. en un comienzo –y replicado con posterioridad por el TDLC–, salvo escasas excepciones, exigía que la prueba acompañada en casos de colusión fuera capaz de acreditar la existencia del acuerdo más allá de toda duda razonable, lo cual da cuenta de un estándar sumamente rígido, que hacía inútil la prueba indiciaria y que iba complementado con un criterio de interpretación según

la regla de la razón. Dicho criterio, con posterioridad al 2007, ha sido progresivamente matizado por un desarrollo jurisprudencial tendiente a un criterio intermedio, más flexible en el estándar probatorio, que admite la posibilidad de acreditar la conducta, aún sin la obtención de prueba directa, que ha sido definido como el de la “prueba clara y concluyente”, el Tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar su convicción, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal. Con todo, ya con más claridad desde el Caso Farmacias, puede constatarse de manera más consistente un criterio flexible, lo que ha ido acompañado –principalmente en los últimos casos– un acercamiento interpretativo a la regla *per se*, todo ello propiciado a su vez, por los cambios introducidos en la reforma del año 2009.

**a) Implicancias de un estándar probatorio rígido.**

El criterio, mayormente adoptado en una primera etapa, generó la necesidad de concurrencia de pruebas duras para acreditar los convenios. Con todo, este tipo de pruebas es difícilmente asequible cuando se trata de prácticas concertadas<sup>220</sup>. Más aún, este problema se vio empeorado por el hecho de que las herramientas con las que contaba la FNE en el marco de la legislación anterior a la Ley N° 20.361 eran insuficientes para la captación de pruebas directas. Todo esto implicó, en la práctica, una serie de dificultades en torno a la persecución de las prácticas concertadas, lo cual generó la necesidad, por un lado, de complementar legislativamente las antiguas facultades de investigación con las que contaba la FNE –esto, con otras herramientas de persecución utilizadas exitosamente en derecho comparado– y, por otro lado, de flexibilizar el estándar probatorio aplicado por los tribunales para probar ilícitos colusorios. Estos cambios, fueron introducidos por la Ley 20.361 al D.L N°211 de 1973<sup>221</sup> que entre otras cosas, incorporó el mecanismo de delación compensada para desbaratar Carteles y el otorgamiento de facultades intrusivas en favor de

---

<sup>220</sup> Para un mayor análisis sobre este tema, ver NEHME, Nicole (tutor), QUINTEROS, Paloma (alumna): “Prueba de acuerdos colusorios tácitos. Análisis crítico desde la perspectiva del Derecho chileno y comparado”, tesis (magister), Santiago, 2012.

<sup>221</sup> LEY 20.361, que modificó el Decreto con fuerza de ley N°1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, 2009.

la FNE, y modifíco el artículo 3 eliminándose la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran” y se incorpora la frase “que les confieran poder de mercado”.

## **II. Análisis jurisprudencial del TDLC y la Corte Suprema en casos de Colusión.**

### **1. Jurisprudencia: El estándar probatorio, mercado relevante y la regla de interpretación aplicable.**

#### **A) Primera etapa: Criterios rígidos.**

En el caso Leche<sup>222</sup>, el TDLC se observa una alta exigencia probatoria en materia de colusión por parte del Tribunal; al no existir prueba directa del acuerdo, el Tribunal señala que la colusión sólo puede probarse acreditando la existencia de barreras de entrada y rentas anormalmente altas. Sin perjuicio de que se rindió prueba relativa a estos puntos, el Tribunal concluye que esta no es suficiente para acreditar la existencia de la conducta.

En el caso Combustibles Líquidos<sup>223</sup>, el Tribunal da cuenta de una situación de integración vertical además de barreras a la entrada de nuevos participantes, sin embargo, señala que el alza en los márgenes de comercialización de las empresas distribuidoras de combustible puede explicarse tanto en virtud de una colusión tácita, como también por otras razones, no existiendo antecedentes probatorios que permitan descartar fehacientemente las hipótesis alternativas a la colusión. Se observa que frente a casos de colusión tácita en que no existe evidencia directa, se exige al agente persecutor aportar prueba para descartar explicación alternativa a la colusión, a lo cual se suma que deben concurrir todos los elementos de la estructura de mercado que hacen propicia la colusión, pues de lo contrario esta se descarta. Respecto de la sentencia anterior, la Fiscalía Nacional Económica dedujo recurso de reclamación ante la Corte Suprema, señalando que la exigencia probatoria del TDLC hace

---

<sup>222</sup> Sentencia N° 7/2004. Fiscalía Nacional Económica con empresas procesadoras de leche. 05 de agosto de 2004.

<sup>223</sup>TDLC: Sentencia N° 18/2005. Fiscalía Nacional Económica con empresas distribuidoras de combustibles líquidos. 10 de junio de 2005; CORTE SUPREMA: Rol N° 3327-2005. Reclamación Sentencia N° 18/2005 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

que, en la práctica, dicho organismo exija prueba directa de la colusión. La Corte entiende que los cargos formulados no lograron ser probados, desde que el mencionado artículo 3° del Decreto Ley N° 211 establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado, por lo que no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sean el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las distintas compañías. La Corte sostiene que no es posible sancionar a las empresas por supuestas colusiones tácitas, por lo cual rechaza el recurso. Se observa como la Corte exige la prueba de una intención dolosa de cometer un ilícito anticompetitivo, descartando la posibilidad de sancionar la colusión tácita.

En el caso Navieras<sup>224</sup>, si bien el TDLC acoge el requerimiento. Las requeridas y la FNE dedujeron recursos de reclamación ante la Corte Suprema, la cual señaló no compartir los argumentos del TDLC, pues los cargos formulados no lograron ser establecidos ni probados y se observa un estricto estándar probatorio de la Corte, que lleva a pensar que la colusión sólo podrá ser acreditada mediante prueba directa del acuerdo. Además de esto, se observa que la Corte da un rol preponderante a la intención en materia de libre competencia, por cuanto exige acreditar fehacientemente la existencia de culpa o dolo.

En el caso Oxígeno Líquido<sup>225</sup>, el Tribunal señala que a partir de la evidencia aportada por la Fiscalía no es posible concluir la existencia de un acuerdo colusorio para repartirse el mercado, por cuanto existirían explicaciones alternativas que no podría descartarse. Sin embargo, respecto a la existencia de una colusión en la licitación (segunda conducta imputada), el voto de mayoría del Tribunal considera que la evidencia circunstancial aportada dio cuenta de un comportamiento que no podía explicarse mediante razones económicas plausibles, por lo cual se aplica la tesis de la “única explicación razonable”, mediante la cual se adquiere la convicción de que se encuentra acreditado el ilícito. Solo adicionalmente, el Tribunal analiza los efectos perjudiciales del acuerdo sobre la competencia, los cuales cumplen la función de agravar la conducta. Este análisis se acerca a

---

<sup>224</sup> TDLC: Sentencia N° 38/2006. Fiscalía Nacional Económica con empresas navieras. 07 de junio de 2006.; CORTE SUPREMA: Rol N° 3395-2006. Reclamación Sentencia N° 38/2006 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>225</sup>TDLC: Sentencia N° 43/2006. Fiscalía Nacional Económica con empresas distribuidoras de oxígeno líquido. 07 de septiembre de 2006.; CORTE SUPREMA: Rol N° 5057-2006. Reclamación Sentencia N° 43/2006 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

uno realizado conforme a la regla per se, por cuanto el Tribunal no hace un estudio a fondo del mercado relevante y adquiere la convicción de haberse acreditado el ilícito una vez probado el acuerdo. Además, se observa una flexibilización del estándar probatorio del Tribunal, el cual adquiere la convicción de la existencia del ilícito en base a la evidencia circunstancial aportada, lo cual hasta ese momento no había ocurrido. El voto de minoría del ministro Tomás MENCHACA señala que no existen indicios suficientes para acreditar que las requeridas hayan actuado coludidas en la licitación. Señala asimismo que no pudo probarse que la conducta tuviera un efecto contrario a la libre competencia pues, finalmente, la licitación sí tuvo éxito. Este análisis del voto de minoría se realiza bajo la regla de la razón, la cual exige, además de la prueba del acuerdo, la prueba del objeto y el efecto anticompetitivo de la conducta. Tanto la FNE como las empresas requeridas interpusieron recursos de reclamación. La Corte sostuvo que no podía desprenderse la existencia del acuerdo a partir de la conducta desplegada por las requeridas, por cuanto esto no resulta suficiente para poder descartar las distintas hipótesis alternativas a la colusión. Es posible observar que se produce una dicotomía en el criterio empleado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema, por cuanto el Tribunal emplea un estándar de prueba más flexible en virtud del cual es posible acreditar el acuerdo colusorio a partir de la evidencia circunstancial presentada por la Fiscalía, por cuanto la conducta desplegada por las requeridas no tenía, a juicio del Tribunal, otra explicación o justificación económica fuera de la colusión. En cambio, para la Corte dicha prueba resultó insuficiente, haciendo más exigente el estándar de prueba y acercándolo a uno en que es necesario acreditar la colusión mediante prueba directa.

En suma, estos últimos dos casos son un ejemplo de que a partir de la utilización del estándar rígido, propio de sede penal, por parte de la Corte, las pruebas bajo las cuales el Tribunal inferior tiene por acreditadas las conductas, no logran ser consideradas como suficientes bajo la óptica de los nuevos estándares aplicados por la Corte.

En el caso Isapres<sup>226</sup> (Sentencia N° 57/2007), el Tribunal estableció como requisitos del ilícito de colusión: i) un acuerdo entre competidores; ii) su incidencia en algún elemento

---

<sup>226</sup> TDLC: Sentencia N° 57/2007. Fiscalía Nacional Económica con Isapres. 12 de julio de 2007; CORTE SUPREMA: Rol N° 4052-2007. Reclamación Sentencia N° 57/2007 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

relevante de la competencia; y iii) que ese acuerdo permita a sus participantes abusar del poder de mercado alcanzado, mantenido o incrementado mediante el acuerdo. Se establece entonces, que los acuerdos entre competidores, para ser contrarios a la libre competencia, deben permitir a sus participantes abusar del poder de mercado que dichos acuerdos les confieren. Es por esto que, para resolver el caso, el Tribunal estima necesario hacer un análisis extenso del mercado relevante, para determinar si existe una posición dominante por parte de las requeridas y para lo cual debe examinarse el mercado relevante, la participación de las empresas involucradas y la existencia de barreras de entrada. El Tribunal observa una serie de factores estructurales que generalmente facilitan la colusión, tales como barreras a la entrada de nuevos competidores, así como una interacción frecuente entre las empresas y un reducido número de empresas rivales. Además de esto, se observa un comportamiento prácticamente simultáneo de las requeridas en la sustitución de los planes, así como similitudes en los gastos en publicidad y personal de ventas. No obstante, el Tribunal determina que dichos factores, además de explicarse en un comportamiento colusorio, eventualmente pueden deberse a la existencia de paralelismos conscientes, por lo que no se llega a la convicción suficiente de que haya habido un actuar coordinado por parte de las requeridas. Nuevamente es posible observar que en un caso en que no existe prueba directa de la colusión, la exigencia probatoria del Tribunal es tan alta que no será posible acreditar el ilícito cuando existan hipótesis alternativas que puedan explicar el comportamiento de los involucrados.

En la resolución del recurso de reclamación interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, la Corte Suprema estableció que los medios de prueba agregados al proceso eran insuficientes para demostrar la existencia de la colusión. La prueba circunstancial aportada fue suficiente para desvirtuar las hipótesis alternativas a la colusión. La Corte señaló que, para producir pleno valor probatorio, es necesario que la prueba aportada sea de carácter directo. El voto de mayoría de la Corte eleva la exigencia probatoria al punto de exigir prueba directa para poder sancionar la colusión, haciendo que cualquier hipótesis alternativa al comportamiento concertado sea suficiente para descartar el ilícito.

En el caso Plasmas<sup>227</sup>, la FNE deduce requerimiento en contra de Falabella y París por haber abusado de su posición dominante en el mercado de distribución de electrodomésticos y por haberse coludido para, en conjunto, presionar a sus proveedores y hacer fracasar la feria organizada por Banco de Chile. En cuanto a la colusión, la prueba aportada permitió comprobar un conjunto de acciones por parte de las requeridas, consistentes principalmente en numerosos llamados telefónicos y correos electrónicos a los proveedores involucrados, así como entre ellas mismas. A partir de esto el Tribunal llegó a la convicción de que los hechos acreditados permitían establecer en forma clara, directa e inequívoca la presunción de que las comunicaciones entre los ejecutivos de Falabella y París tuvieron por objeto acordar una estrategia frente al anuncio de la feria, coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma. El Tribunal analizó la defensa de las empresas, respecto a que su actuar sería consecuencia de la interdependencia oligopolística entre ambas, descartándola, por cuanto quedó acreditado que esta no era la única reacción esperable de las requeridas, las cuales habrían reaccionado de manera diferente en el pasado, ante situaciones similares. Una vez descartadas las hipótesis presentadas por las empresas, el Tribunal adquirió la convicción de encontrarse en presencia de un acuerdo colusorio. La Fiscalía Nacional Económica acusa a las requeridas de abuso de posición dominante y, a modo de agravante de dicha conducta, se las acusa de haber actuado en forma coordinada. Al ser la colusión la conducta más grave y severamente castigada por el derecho de la competencia surge la pregunta de por qué la Fiscalía decidió imputar las conductas mencionadas en ese orden. Una posible explicación es el estricto estándar probatorio utilizado hasta ese momento por el TDLC para analizar las conductas colusivas donde finalmente resultaba extremadamente difícil probar el acuerdo si no se contaba con prueba directa de la colusión. En este caso la prueba presentada por la Fiscalía, consistente en el registro de llamadas telefónicas entre las requeridas y hacia sus proveedores, fue decisiva para el fallo del Tribunal, por cuanto se le dio un valor probatorio mucho mayor que a las explicaciones económicas presentadas típicamente en estos casos como evidencia circunstancial. Tanto Falabella como París dedujeron recursos de reclamación ante la Corte Suprema, alegando que la colusión no fue acreditada. La Corte

---

<sup>227</sup> TDLC: Sentencia N° 63/2008. Fiscalía Nacional Económica con Almacenes París y Falabella. 10 de abril de 2008; CORTE SUPREMA: Rol N° 2339-2008. Reclamación Sentencia N° 63/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

consideró el tráfico de llamadas entre las empresas en el periodo previo a la feria, adquiriendo la convicción de que dichas comunicaciones tuvieron por objeto acordar la forma en que las requeridas reaccionarían ante el anuncio de la feria, coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma. Por lo tanto, la decisión del TDLC aparece provista del marco jurídico, fáctico y económico que la ley requiere, por lo que se rechaza el requerimiento. Se observa como en el presente caso los sentenciadores adquieren la convicción de la existencia de la colusión a partir de evidencia circunstancial. Esto puede ser explicado por una flexibilización del estándar probatorio empleado o por el hecho de que los ministros dieron, a la evidencia consistente en el registro de llamadas entre las empresas, un mayor valor probatorio que el dado hasta ahora a la evidencia circunstancial.

En el caso *Ampatagonia*<sup>228</sup>, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar, no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido. Basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado. El hecho de que la colusión haya producido efectos sobre la competencia será una circunstancia que será tomada en cuenta al momento de establecer la gravedad de la conducta. Finalmente, se acoge el requerimiento de la FNE. Se observa como lo que en el caso *Isapres* (Sentencia N° 57/2007) era el razonamiento del voto de minoría, ahora pasa a ser parte del voto concurrente, con lo cual se afirma la doctrina de que basta con un acuerdo tienda a producir efectos sobre la competencia para que este pueda ser sancionado. En este caso, aún cuando los médicos requeridos reconocieron la existencia de un acuerdo en los precios de sus prestaciones, el Tribunal consideró necesario hacer un análisis exhaustivo del mercado relevante y el poder de mercado de los requeridos, en orden a poder determinar si dichos acuerdos eran aptos para lesionar la competencia. Por

---

<sup>228</sup> TDLC: Sentencia N° 74/2008. Fiscalía Nacional Económica con AM Patagonia S.A. y otros. 02 de septiembre de 2008; CORTE SUPREMA: Rol N° 5937-2008. Reclamación Sentencia N° 74/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

lo tanto, el estándar de análisis empleado por el TDLC corresponde al de la regla de la razón.

La C.S. coincidió con los fundamentos de la sentencia del TDLC en cuanto a la conducta colusoria, por lo que rechaza el requerimiento en este punto.

### **B) Etapa intermedia: La tesis de la aptitud del acuerdo y flexibilización de criterios.**

En el caso Asfaltos Moldeables<sup>229</sup>, tres empresas fueron acusadas de haberse coludido para hacer fracasar la licitación pública de la Dirección de Compras y Contratación Pública para la adquisición de mezcla asfáltica para la reparación de baches. El Tribunal analiza el mercado y concluye que el presunto acuerdo entre las empresas no habría sido apto para producir un resultado contrario a la libre competencia, por cuanto las condiciones que enfrentarían las empresas una vez declarada desierta la licitación serían las de un mercado competitivo.

En cuanto a la existencia del acuerdo, el Tribunal declaró que los antecedentes presentados eran insuficientes para formar su convicción, por cuanto existían explicaciones alternativas a la colusión, presentadas por las requeridas, las cuales no habían sido desvirtuadas. Se rechaza el requerimiento. Lo anterior da cuenta del estricto estándar probatorio en materia de colusión y la dificultad para el órgano persecutor en orden a probar el acuerdo cuando no cuenta con evidencia directa. Se remarca la importancia de la aptitud objetiva de un acuerdo para lesionar la competencia, en orden a configurar un ilícito colusorio. No se requiere que dicho efecto negativo se produzca, sino que tenga la aptitud objetiva de producirlo. Para determinar lo anterior, se hace necesario analizar el mercado relevante y el poder de mercado que las requeridas poseen individual o conjuntamente. El Tribunal no sólo exige probar la existencia del acuerdo, sino también antecedentes que permitan determinar la existencia, efectiva o potencial, de efectos negativos sobre la competencia. La necesidad de demostrar la aptitud objetiva de un acuerdo para lesionar efectiva o

---

<sup>229</sup> TDLC: Sentencia N° 79/2008. Fiscalía Nacional Económica con empresas de mezcla asfáltica para bacheo. 10 de diciembre de 2008; CORTE SUPREMA: Rol N° 96-2009. Reclamación Sentencia N° 79/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

potencialmente la competencia no excluye la posibilidad de aplicar tanto la regla de la razón como la regla per se. Aun cuando un acuerdo sea anticompetitivo, su falta de aptitud objetiva puede hacer que el Tribunal decida no sancionar la conducta. La FNE dedujo recurso de reclamación señalando que se encontrarían acreditados todos los elementos necesarios para sancionar la conducta, sin embargo, la Corte sostuvo lo contrario, al considerar que las conductas de las requeridas no eran suficiente indicio para presumir la existencia del acuerdo. De esta forma, la Corte mantiene su exigencia probatoria en cuanto a la insuficiencia de la prueba circunstancial para desvirtuar las hipótesis alternativas a la colusión.

En el caso Interbus<sup>230</sup>, el Tribunal adquiere la convicción de que Interbus actuó como entidad coordinadora de sus asociados en orden a ejecutar prácticas destinadas a excluir a una empresa competidora y repartirse el mercado. En virtud de lo anterior se acoge el requerimiento. Una vez que el Tribunal da por acreditado el acuerdo entre las requeridas, en virtud de la evidencia directa aportada, declara que dicha conducta constituye una infracción al artículo 3° del DL 211, por lo corresponderá que se impongan sanciones. El ilícito de colusión, en este caso, es analizado mediante un estándar que se acerca a la regla per se, por cuanto una vez acreditada la conducta se imponen sanciones a ella, sin necesidad de realizar un análisis profundo del mercado relevante ni de los efectos del acuerdo. La Corte sostuvo por su parte que las actas de la asociación gremial dejan en evidencia la colusión por la que se la acusa. Además de esto, la Corte señala claramente que, para sancionar una conducta colusoria, no es necesario que esta haya producido un efecto concreto sobre la libre competencia, basta con que la conducta tenga un potencial. Al igual que en casos anteriores, la Corte reduce el monto de la multa impuesta.

En el caso Transportes Osorno<sup>231</sup>, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia concluye que se logró acreditar la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia, consistente en fijación de tarifas y establecimiento de políticas de fijación coordinada de

---

<sup>230</sup> TDLC: Sentencia N° 82/2009. Fiscalía Nacional Económica con la Asociación Gremial de Buses Interbus y otros. 22 de enero de 2009; CORTE SUPREMA: Rol N° 1856-2009. Reclamación Sentencia N° 82/2009 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>231</sup> TDLC: Sentencia N° 94/2010. Fiscalía Nacional Económica con servicio de transporte público de pasajeros en la ciudad de Osorno. 07 de enero de 2010; CORTE SUPREMA: Rol N° 1746-2010. Reclamación Sentencia N° 94/2010 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

precios para el futuro. Además de esto, dicho acuerdo confirió poder de mercado a las requeridas y tuvo la aptitud objetiva para afectar negativamente la libre competencia en el mercado relevante respectivo. La C.S, por su parte, sostiene que no se requiere, para imponer la sanción, que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas. De esta forma, aun cuando no se acreditó que el precio que cada empresa de microbuses fijó para el transporte de pasajeros fuese producto del acuerdo en cuestión, la sola existencia de este último, atendido lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley 211, importa un atentado contra la libre competencia que debe ser sancionado, puesto que éste tiende a impedir, restringir y entorpecer la libre competencia. La Corte afirma que la colusión constituye, de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia, la más reprochable y la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. Por tanto, La Corte reafirma su doctrina en cuanto a que para sancionar un acuerdo colusorio basta que este tienda a impedir, restringir y entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que dichos efectos se produzcan. Se observa una «flexibilización» en el estándar empleado por la Corte y una mayor rigurosidad con la que sancionó las conductas imputadas.

En el caso Agmital<sup>232</sup>, el Tribunal señala que en, en el derecho comparado, los casos en que una asociación gremial o una asociación empresarial es utilizada como instrumento de coordinación anticompetitiva de sus miembros, la conducta colusiva es imputable a la entidad colectiva y no a sus miembros en particular. El Tribunal sostiene que los empresarios miembros de Agmital tienen una posición dominante en el mercado relevante y que suscribieron una serie de acuerdos anticompetitivos. Por lo tanto, se resuelve acoger el requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital. Respecto a la prueba de la colusión, la principal evidencia que acredita el acuerdo son las actas de las reuniones entre los socios de Agmital, así como la declaración de las personas naturales involucradas. Es posible observar que, aun existiendo hipótesis alternativas a la colusión por parte de las requeridas, se hace un análisis del comportamiento de las empresas en su conjunto y se concluye que dicho comportamiento no tiene sentido

---

<sup>232</sup> TDLC: Sentencia N° 102/2010. Fiscalía Nacional Económica con Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital. 11 de agosto de 2010.

económico, por lo que sólo cabe como explicación una colusión para excluir a un competidor. Posiblemente dicha flexibilización en el estándar del Tribunal viene dada por la evidencia adicional aportada al proceso consistente en las actas de reuniones entre los socios de Agmital, las cuales permitieron al Tribunal adquirir la convicción de la existencia de la colusión. En cuanto a la reclamación presentada por Agmital, la C.S. criticó la determinación del mercado relevante realizada por el TDLC, la Corte sostiene que la determinación del mercado relevante que hace el Tribunal no necesariamente debe estar circunscrita a aquel que señalan las partes en sus escritos de discusión; corresponde al Tribunal la correcta determinación del mercado relevante. La Corte considera que los antecedentes de la sentencia son suficientes para dar por acreditado que Agmital tiene un poder dominante del cual abusó para atentar contra la libre competencia, a la que además intentó regular con un acuerdo de competidores, lo que justifica la sanción que se le ha impuesto y la cuantía de la multa aplicada. En este caso la Corte alineó su estándar de prueba al de la Corte para dar por acreditada la Colusión.

En el caso Radios<sup>233</sup>, el Tribunal sostiene que respecto de las requeridas que celebraron acuerdos conciliatorios no será necesario acreditar los hechos del requerimiento, sino sólo su calificación jurídica y su irreprochabilidad. En el caso de Bío Bío, a pesar de no haber suscrito acuerdo conciliatorio alguno, el Tribunal adquiere la convicción de que los hechos que se imputan se encuentran acreditados, con independencia de su licitud o ilicitud. A continuación, y con el objeto de poder dimensionar los efectos actuales o potenciales de las conductas, el Tribunal considera necesario identificar los mercados afectados por las mismas, su naturaleza, gravedad y eventual ilicitud. En virtud de esto, el Tribunal hace un análisis del mercado relevante de producto y geográfico, las barreras de entrada al mismo y las características del proceso de licitación que podrían facilitar la colusión. Luego el Tribunal analiza de qué manera se vio afectado el resultado del proceso licitatorio, concluyendo que las conductas afectaron significativamente el precio en que finalmente se asignaron las licitaciones. Además, el Tribunal se hace cargo de la defensa de varias de las requeridas en torno a que la conducta imputada no lesiona la libre competencia,

---

<sup>233</sup> TDLC: Sentencia N° 112/2011. Fiscalía Nacional Económica con agencias de radiodifusión sonora. 22 de junio de 2011; CORTE SUPREMA: Rol N° 6874 – 2011. Reclamación Sentencia N° 112/2011 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

descartando dichos argumentos. De la lectura de la norma vigente a la época de los hechos, y según doctrina reiterada del Tribunal, los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado. El Tribunal estima cumplido los 3. El análisis realizado por el Tribunal se enmarca dentro de la regla de la razón, por cuanto, una vez acreditados los hechos materia del requerimiento, se avoca al análisis del mercado relevante, las barreras de entrada, los efectos de la conducta y parte de la defensa de las requeridas, con el objeto de determinar su ilicitud. Dicho estudio habría sido innecesario en el evento de aplicar la regla per se, la cual habría permitido condenar la conducta colusoria una vez acreditados los hechos, en base a una presunción de ilicitud de la conducta. La Corte, por su parte, determinó que quedó acreditado en el proceso que Bío Bío habría celebrado acuerdos de transferencia de concesiones los cuales serían colusorios, ya que implicaban coordinación entre empresas que naturalmente debían competir, por lo que no puede estimarse que dicha actuación resultaba inocua para la libre competencia. Por otra parte, no se requiere que el acuerdo produzca efectos contrarios a la libre competencia, sino que basta que tienda a producirlos. Con este fallo, la Corte da señales claras de que la colusión es el atentado más grave contra la libre competencia, por cuanto sanciona a las requeridas aun cuando el acuerdo no produjo efectos concretos en el mercado, rechazando la solicitud de Bío Bío de rebajar el monto de la multa e incluso con votos de minorías que optaban por aumentar su monto. Consideró que esta postura «estricta» de la Corte se vio posibilitada por el tipo de prueba existente y el reconocimiento expreso de los hechos por parte de casi la totalidad de las requeridas.

En el caso Explora<sup>234</sup>, el TDLC analizó el mercado relevante en el cual habrían tenido lugar las conductas, consistente en la intermediación de servicios de turismo de lujo. En dicho mercado, las requeridas representaban aproximadamente un 19% del total de las ventas

---

<sup>234</sup> TDLC: Sentencia N° 113/2011. Fiscalía Nacional Económica con empresas de intermediación de servicios de turismo. 19 de octubre de 2011; CORTE SUPREMA: Rol N° 10954-2011. Reclamación Sentencia N° 113/2011 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

realizadas por Explora, por lo que, en opinión del Tribunal, no podría estimarse que el conjunto de estas empresas tenía una posición dominante en el mismo. A juicio del Tribunal, existen indicios suficientes para dar por acreditado que al menos algunas de las requeridas se coordinaron para tratar de obtener un incremento de las comisiones pagadas por Explora. Sin embargo, el Tribunal estima que tal conducta no tuvo aptitud objetiva para conferirles un poder de mercado suficiente del que pudiesen valerse en forma abusiva respecto de Explora, como exigía el artículo 3 inciso segundo, letra a), en su texto vigente al tiempo de los hechos de la causa. Si bien la conducta podría haberles conferido poder de mercado a las requeridas respecto de un gran número de empresas hoteleras, no se logró acreditar que haya tenido aptitud objetiva para conferírsele en relación a Explora, única empresa respecto de la cual está probada una acción conjunta concreta. En virtud de lo anterior, las requeridas no pueden ser sancionadas bajo la ley vigente al momento de ejecutarse las acciones objeto del requerimiento, la que requería, además de la existencia de un acuerdo, del abuso del poder de mercado que dicho acuerdo les confiriese, lo que no ha sido acreditado en autos. Aun cuando se acreditó un acuerdo entre competidores, efectuado con la intención de afectar la libre competencia, el Tribunal rechaza la acusación, por cuanto estimó que dicho acuerdo no tenía aptitud objetiva para producir efectos.

Cabe reiterar, que la aptitud objetiva de un acuerdo consiste en la capacidad de dicho acuerdo de producir al menos potenciales efectos sobre la competencia. Este elemento ha sido establecido por la jurisprudencia como uno de los requisitos de la colusión, por lo que la falta de aptitud objetiva de un acuerdo hará que este no sea sancionado, tanto si para su análisis se aplica el estándar de la regla de la razón como de la regla per se.

La Corte, por su parte, plantea como problema jurídico el determinar si es necesario probar, además del acuerdo de colusión, sus efectos actuales o potenciales, o bien sólo su objeto. Señala que al existir la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran” en el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211, el requirente debía acreditar el abuso del poder de mercado que el acuerdo confería, es decir, debía probar los efectos de la colusión. Cabe señalar, que la Ley 20.361 (no aplicable al caso), al eliminar dicha frase del artículo, impuso una menor exigencia probatoria para establecer los elementos necesarios para sancionar la colusión, por lo que deja de ser necesaria la prueba de los efectos

anticompetitivos. Respecto al presente caso, la Corte coincide con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a que el acuerdo no habría tenido la aptitud objetiva para afectar el volumen de ventas de Explora, sin embargo, plantea que lo que debe ser analizado es si al existir un acuerdo de voluntades por parte de un número de empresas, tal concertación, aun cuando no haya tenido la aptitud objetiva para influir en las ventas de la reclamante Explora, puede importar una transgresión a la libre competencia. El solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado, con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar. Es posible observar que la Corte confunde la posibilidad de sancionar conductas que no han producido efectos, con la posibilidad de sancionar conductas que no tienen la aptitud objetiva para producirlos, por cuanto sin la aptitud objetiva ni siquiera existe la posibilidad de producir efectos potenciales. La misma Corte se contradice al establecer como elemento de la colusión la aptitud objetiva de producir efectos en el mercado y luego prescindir de dicho elemento para condenar a las requeridas. El Ministro Sergio MUÑOZ, hace una prevención al fallo, en la cual señala que el mercado relevante está referido en una proporción importante a los operadores nacionales, lo cual resulta suficiente para que los efectos de la conducta afecten el bien jurídico protegido. En el presente caso, el mercado relevante está constituido por la intermediación de servicios de turismo en zonas específicas del país, respecto de los hoteles Explora, efectuado por los operadores nacionales, considerando, no el volumen total de los hoteles, sino el total intermediado por las requeridas. Con esto el Ministro MUÑOZ restringe el mercado relevante, lo cual permite determinar que el acuerdo de las empresas sí poseía aptitud objetiva para lesionar la libre competencia, por lo que deben ser sancionadas.

En el caso Transporte Los Muermos<sup>235</sup>, la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de diversas empresas de transporte rural de pasajeros de la ciudad de Los Muermos por haber celebrado convenciones que tenían por objeto y efecto eliminar la competencia entre los oferentes de servicio de transporte rural de pasajeros. El Tribunal

---

<sup>235</sup>TDLC: Sentencia N° 116/2011. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte público rural de pasajeros en la ruta Los Muermos – Puerto Montt. 20 de diciembre de 2011.

aprobó una conciliación parcial entre las partes en virtud de la cual las requeridas reconocieron los hechos descritos en el requerimiento, entre los cuales se encontraba la existencia de comunicación y coordinación o concertación entre las requeridas. Dicha concertación tuvo por objeto consensuar horarios y tarifas. El Tribunal analiza el mercado relevante, el nivel de concentración del mismo, las barreras a la entrada existentes y concluye que las requeridas alcanzaron un importante poder de mercado a través del acuerdo, el cual efectivamente produjo efectos contrarios a la libre competencia. En virtud de esto, se acoge el requerimiento de la FNE. Se observa que, una vez acreditado el acuerdo colusorio el Tribunal hace un amplio análisis de las características del mercado, la participación de las involucradas y el poder de mercado que ostentan, con el objetivo de determinar el efecto concreto que el acuerdo produjo en el mercado, todo lo cual resulta consistente con un análisis bajo la regla de la razón.

### **C) Tercera etapa: Acercamiento a la regla per se.**

En el caso Farmacias<sup>236</sup>, la Fiscalía Nacional Económica dedujo requerimiento en contra de las cadenas de farmacias Cruz Verde, Salcobrand y FASA, acusándolas de fijar al alza, concertadamente, el precio de venta al público de al menos productos farmacéuticos. FASA y la FNE alcanzaron un acuerdo conciliatorio, el que estableció, entre otras cosas: reconocimiento de que algunos de sus ejecutivos mantuvieron contactos personales con los ejecutivos de algunos laboratorios y que algunos de tales ejecutivos de laboratorios transmitieron a los ejecutivos de FASA la proposición de alzar coordinadamente los precios de las tres compañías (FASA, Salcobrand y Cruz Verde) para un grupo determinado de medicamentos como solución a la guerra de precios. Cruz Verde y Salcobrand argumentaron que no sería efectivo que hayan participado de un acuerdo colusorio, entregando una serie de explicaciones alternativas para los movimientos de precios observados, analizando factores adicionales que mostrarían que no tendría sentido para estas empresas concertar alzas de precios de los productos incluidos en el requerimiento a través de un acuerdo. El Tribunal analiza el mercado relevante, lo cual tiene como objetivo evaluar la aptitud objetiva del acuerdo denunciado para conferir poder de mercado a las

---

<sup>236</sup> TDLC: Sentencia N° 119/2012. Fiscalía Nacional Económica con cadenas de farmacias. 31 de enero de 2012;CORTE SUPREMA: Rol N° 2578-2012. Reclamación Sentencia N° 119/2012 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

requeridas que les permita impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Luego, se analiza la participación de mercado de las involucradas, las que, en conjunto, alcanzan una participación superior al 90%. Así, el Tribunal estima que, de acreditarse el acuerdo, este tendría la aptitud objetiva para conferir poder de mercado a las requeridas, limitando gravemente la competencia. El Tribunal señala que, en caso de acreditarse que el acuerdo existió, todas las alegaciones e hipótesis económicas alternativas presentadas como defensa por las empresas carecerían de relevancia jurídica para eximir de responsabilidad infraccional a las requeridas. Respecto a la existencia del acuerdo, el Tribunal analiza la conciliación alcanzada por la FNE y FASA, y declara que la confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que la confesión, cuando es usada contra los demás demandados, es prueba testimonial. Además de esto, el Tribunal contó con abundante prueba documental, consistente no sólo en correos electrónicos, sino también en información de precios de venta y cotizaciones de cada requerida en las otras cadenas de farmacias, y que acreditan en forma directa el acuerdo. El Tribunal concluye que los correos electrónicos acompañados, junto a la prueba aportada por FASA –su confesión–, el conjunto de prueba testimonial, así como los datos analizados de precios de venta al público, son prueba fehaciente del acuerdo de las tres cadenas de farmacias en orden a alzar los precios de algunos de sus medicamentos, del mecanismo utilizado, del rol de intermediarios de los laboratorios y del monitoreo de su cumplimiento. Por lo anterior, descartan las hipótesis alternativas planteadas por las requeridas. En conclusión, se desprende de toda la prueba analizada la colusión entre las tres principales cadenas de farmacias, para subir concertadamente los precios de a lo menos medicamentos; que dicha colusión tuvo la aptitud objetiva para restringir gravemente la competencia en el mercado relevante y que dicha restricción efectivamente se produjo. Toda esa prueba corrobora también plenamente la confesión que realizó FASA en la conciliación. El Tribunal resuelve acoger el requerimiento en contra de Farmacias Cruz Verde S.A. y de Farmacias Salcobrand S.A., y condenar a las requeridas Farmacias Cruz Verde y Salcobrand al pago de una multa, a beneficio fiscal, de veinte mil Unidades Tributarias Anuales cada una. Es posible observar que, a pesar de haberse acreditado la colusión mediante una serie de medios probatorios, y de abundante prueba directa, el Tribunal igualmente analiza una por

una las hipótesis alternativas al ilícito, presentadas por las requeridas, para luego descartarlas, en virtud de la prueba directa ya antes mencionada.

El análisis del Tribunal, da cuenta de la utilización de ambos estándares interpretativos de la colusión; por un lado utiliza la regla per se al dar por acreditado el ilícito una vez probado el acuerdo y señala expresamente que, en caso de acreditarse que el acuerdo existió, todas las alegaciones e hipótesis económicas alternativas presentadas como defensa por las empresas carecerían de relevancia jurídica para eximir de responsabilidad infraccional a las requeridas, lo cual es consistente con la regla mencionada. No obstante, al mismo tiempo el Tribunal hace un amplio análisis del mercado relevante, la concentración del mercado, la participación de las involucradas, el poder de mercado que ostentan, los efectos producidos por el acuerdo, las defensas económicas esgrimidas por las requeridas, todo lo cual se corresponde con el análisis realizado en virtud de la regla de razón, lo cual parece excesivo al tenor de la prueba directa existente en el proceso. Uno de los beneficios de la utilización de la regla per se, es que la ilegalidad de la conducta se presume una vez probado el acuerdo y el tribunal no tendrá que atender y analizar las defensas de los acusados en orden a justificar económicamente su conducta. Todo esto trae enormes ventajas desde el punto de vista de la eficiencia en la persecución de las prácticas anticompetitivas, y constituye una de las razones fundamentales de nuestro esfuerzo argumentativo en esta tesis.

Este fallo es fundamental, en cuanto también refiriéndose al estándar probatorio, señala que el estándar exigido en materia penal no era aplicable a esta sede. El Tribunal logra su convicción respecto a la ilicitud de la conducta una vez acreditado el acuerdo a través de la abundante prueba directa allegada al proceso, lo cual es consistente con un análisis realizado en virtud de la regla per se. Sin embargo, debido a que este caso fue el caso más grave de colusión que el Tribunal había conocido hasta ese momento, es que se avoca a la determinación específica y detallada de la conducta y todos los elementos analizados, con la finalidad de despejar cualquier duda respecto a la ilicitud y daño producido por la coordinación. La sentencia refleja la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en orden a condenar la colusión como el ilícito más grave para el

derecho de la competencia, lo cual es declarado expresamente por el Tribunal y que además se refleja en las multas impuestas.

Respecto a lo resuelto por la Corte, es posible observar que interpreta la frase “abusando del poder que dichos acuerdos les confieran” (la cual fue modificada mediante la Ley N° 20.361), como una exigencia impuesta por el legislador en orden a acreditar el efecto anticompetitivo concreto de un acuerdo, por lo que el marco jurídico nacional excluiría la consideración de la colusión como una falta per se. Esta reflexión hecha por la Corte, abre un espacio para una interpretación de ilicitud per se de la colusión, por cuanto al eliminarse legalmente la exigencia de probar los efectos del acuerdo, se abre la puerta a que la judicatura analice los casos de colusión sin exigir la prueba de los resultados producidos, así como la posibilidad de descartar el análisis de las defensas de los implicados una vez acreditado el acuerdo. Respecto a este punto la Corte reconoce expresamente que la aplicación de la regla de la razón constituye una limitación del Tribunal a su labor, el cual despliega un mayor esfuerzo a la hora de establecer los hechos constitutivos del ilícito, sin embargo, la Corte descarta la aplicación de la regla per se al presente caso, el cual analiza desde la regla de la razón. No obstante lo anterior, lo hace señalando que la aplicación de dicha regla no es posible en virtud de la forma en que debe interpretarse el artículo que tipifica la conducta y no en virtud de principios legales ni características propias de nuestro sistema jurídico, lo cual deja una puerta abierta a la aplicación de esta regla frente a un cambio de redacción de la ley. Finalmente, es posible observar que, sin perjuicio de que la Corte reconoce que la libre competencia es una rama del derecho distinta en su naturaleza al derecho penal, igualmente hace aplicación de los principios que rigen este último a los casos de libre competencia, lo cual da cuenta de que la Corte asimila ambas ramas del derecho.

En el caso Tecumseh<sup>237</sup>, la Corte sostiene que la confesión de un miembro de un cartel constituye prueba directa del acuerdo y que ha de otorgársele el valor de prueba testimonial, cuando es usada contra los demás demandados. A esto se sumó, la restante prueba directa del acuerdo, consistente en correos electrónicos, los que acreditaron de

---

<sup>237</sup> TDLC: Sentencia N° 122/2012. Fiscalía Nacional Económica con Tecumseh y otros. 14 de junio de 2012; CORTE SUPREMA: Rol N° 5308-2012. Reclamación Sentencia N° 122/2012 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

manera fehaciente que existió un acuerdo entre los principales fabricantes de compresores del mundo. Establecida la existencia y duración del cartel, el Tribunal considera necesario evaluar los efectos que este tuvo en Chile, para lo cual se determina el mercado relevante de producto y geográfico, y concluye que ambas empresas tenían la capacidad de afectar el precio de venta de sus productos en Chile. Luego, el Tribunal se avoca a analizar la evolución de los precios como una forma de determinar los efectos que produjo el acuerdo, concluyéndose que existió un aumento en los precios efectivamente cobrados por estas firmas. Finalmente, el Tribunal examina las explicaciones alternativas esgrimidas por Whirlpool, rechazándolas en virtud de la evidencia directa del acuerdo. El Tribunal resuelve acoger el requerimiento de la FNE en contra de Tecumseh Do Brasil y Whirlpool y otorgar a Tecumseh Do Brasil el beneficio de exención de multa contemplado en el artículo 39 bis de DL N° 211. Es posible observar que, al igual que en el Caso Farmacias, una vez que se acredita el acuerdo mediante evidencia directa, el Tribunal igualmente considera necesario hacerse cargo de las defensas de los demandados en orden a descartar la interdependencia oligopolística, rechazando una a una las hipótesis alternativas a la colusión. Todo esto parece sumamente ineficiente desde el punto de vista del rol de la judicatura y la efectividad en su desempeño. Whirlpool deduce recurso de reclamación ante la Corte Suprema señalando que las conductas se encontrarían prescritas y que dicho acuerdo no tuvo por objeto ni produjo efectos en el mercado chileno. La Corte sostiene que la finalidad de la normativa contenida en el Decreto Ley N° 211 es tutelar la libre competencia en Chile, por lo que resulta claro que nuestros tribunales sí tienen competencia para conocer de aquellos atentados contra ese bien jurídico que han producido efecto en Chile o que tenían la aptitud para hacerlo, cualquiera sea el lugar en que se ejecuten o celebren. La Corte analiza la prueba rendida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, especialmente la confesión de Tecumseh, concluyendo que aparece de manifiesto que efectivamente se materializó una coordinación de precios entre las empresas requeridas.

En el caso *Agencias de Publicidad*<sup>238</sup>, el Tribunal da cuenta de la doctrina comparada que considera al boicot colectivo como una conducta ilícita per se, y en su razonamiento se acerca a dicho estándar, por cuanto, una vez que se establece que la conducta efectivamente corresponde a un boicot colectivo en un proceso de licitación, el Tribunal declara su ilicitud. Las observaciones que realiza en torno al mercado relevante y la participación de las requeridas son necesarias en virtud del texto legal aplicable al caso, pero no aparecen como consideraciones necesarias para declarar la ilicitud de la conducta sino más bien su aptitud objetiva del acuerdo, el poder de mercado conferido y los elementos para determinar la entidad de las multas aplicables. La Corte rechaza la reclamación formulada por Ciento chenta Grados S.A. y acoge el requerimiento de la Fiscalía sólo en cuanto la exime del pago de las costas y la rechaza en lo demás. Por su parte, el análisis del voto de minoría se acerca a un análisis conforme a la regla per se, por cuanto opta por condenar la conducta una vez verificada como colusiva, sin entrar a analizar los efectos concretos del acuerdo sobre el mercado, sino solo su contrariedad con los principios de la libre competencia.

En el caso *Ruta Curacaví*<sup>239</sup>, el Tribunal señaló que, atendida la naturaleza de las restricciones competitivas imputadas, esto es, acuerdos horizontales de precios, no parece necesario realizar mayores consideraciones sobre el mercado relevante, toda vez que para sancionar a las requeridas bastaría acreditar la existencia de un acuerdo y la potencialidad de causar efectos anticompetitivos, elemento último que estima acreditado. El Tribunal reitera que basta que con que exista un acuerdo con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que este haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva. Señala que tanto su jurisprudencia como la de la Excma. Corte Suprema han sido consistentes en señalar que: la conducta colusiva, para que se verifique, no necesita desencadenar un resultado gravoso, de manera que por el hecho de existir la concertación y

---

<sup>238</sup> TDLC: Sentencia N° 128/2013. Fiscalía Nacional Económica con empresas de servicios publicitarios. 29 de enero de 2013; CORTE SUPREMA: Rol N° 2666-2013. Reclamación Sentencia N° 128/2013 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>239</sup> TDLC: Sentencia N° 133/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte público rural de pasajeros entre la ruta Santiago-Curacaví y la ruta Santiago-Lo Vásquez. 15 de enero de 2014; CORTE SUPREMA: Rol N° 6249-2014. Reclamación Sentencia N° 133/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

que esta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser tomado sino como un atentado contra la competencia. Respecto a la aptitud objetiva, el Tribunal señala que las requeridas tendrían un claro poder de mercado por lo que de existir algún acuerdo sobre alguna variable competitiva este deberá ser declarado ilícito. Respecto a la prueba rendida en autos, el Tribunal señala que existe como prueba directa de la existencia del acuerdo el reconocimiento de dos de los de los tres partícipes, los cuales están contestes respecto a quiénes intervinieron y cuáles fueron los acuerdos adoptados, formando de este modo la convicción necesaria para que el Tribunal pueda dar por establecido que las requeridas habrían actuado coordinadamente. Respecto a antecedentes presentadas por Pullman destinados a argumentar que los supuestos acuerdos que se le imputan no habrían producido efectos en el mercado relevante. El Tribunal señala que tales argumentos no pueden ser admisibles ni como defensas de fondo ni como elementos probatorios que desvirtúen lo acreditado, pues lo que ha de mirarse es la aptitud de un acuerdo determinado para generar efectos anticompetitivos, con independencia de si, en los hechos, tales efectos llegan a producirse ya que, tal y como ha resuelto la justicia comparada, no es necesario considerar los efectos concretos de un acuerdo cuando es evidente que su objeto es impedir, restringir o falsear la competencia. No obstante esto, el Tribunal analiza las demás defensas presentadas por las requeridas, descartándolas una a una. Se resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía. Se observa que el Tribunal no hace un análisis profundo del mercado relevante y su estructura, señalando que, para sancionar un acuerdo horizontal, basta acreditar la existencia del acuerdo y su aptitud objetiva para lesionar la competencia. Además de esto el Tribunal reitera que no es necesario entrar a analizar los resultados que haya producido el acuerdo para poder declararlo ilícito, basta acreditar su existencia y aptitud objetiva y descarta las argumentaciones de una de las requeridas en torno a la no ocurrencia de efectos contrarios a la competencia. En base a estas consideraciones, es posible observar que el Tribunal se acerca a la aplicación de un estándar per se, por cuanto, una vez probado el acuerdo horizontal, a través de prueba directa, no se consideran los efectos producidos por el mismo, ni se analiza mayormente la estructura del mercado. No obstante esto, el Tribunal igualmente se detiene en las defensas de las requeridas, descartándolas una a una, cuando en virtud de la mencionada regla per se

dichas consideraciones no serían necesarias al haberse ya probado el acuerdo anticompetitivo.

La Corte, respecto a la prueba allegada al proceso, la existencia de prueba dura o directa hace que la Corte considere innecesario el análisis de otras pruebas que considera sobreabundantes.

En el caso Terminales<sup>240</sup>, se observa que el TDLC una vez que analiza las pruebas de autos y establece que se encuentra acreditada la colusión, mediante prueba directa, el Tribunal no se detiene a analizar las defensas de las requeridas, ni los efectos que la conducta produjo en el mercado relevante. Este estándar de análisis sobre la conducta colusiva puede enmarcarse dentro de la regla per se.

En el caso Sindicato de Pescadores de Pichilemu<sup>241</sup>, se observa que el Tribunal hace un amplio análisis de la conducta imputada, la participación del demandado, la estructura del mercado en cuestión, la prueba en torno al acuerdo y los efectos del mismo. De esta forma, su análisis se enmarca dentro de la regla de la razón.

En el caso Transportes Cartagena<sup>242</sup>, el Tribunal observa que existe una posición de dominio del mercado por parte de las requeridas. Además, el Tribunal reitera su jurisprudencia en orden a que, en las conductas colusorias, basta que con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva, por lo que el análisis de la prueba se centrará de manera preponderante en aquella evidencia que lleve a acreditar la existencia misma del acuerdo imputado a las requeridas.

En lo que dice relación con la prueba rendida, el Tribunal observa que en el presente caso no existieron confesiones prestadas por las requeridas respecto de la efectividad de los

---

<sup>240</sup> TDLC: Sentencia N° 134/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte interurbano de pasajeros. 30 de enero de 2014.

<sup>241</sup> TDLC: Sentencia N° 135/2014. Demandantes particulares con Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu. 30 de abril de 2014

<sup>242</sup> TDLC: Sentencia N° 136/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte interurbano ruta Santiago-Cartagena. 08 de mayo de 2014; CORTE SUPREMA: Rol N° 19.806-2014. Reclamación Sentencia N° 136/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

hechos que se imputan, ni medios probatorios obtenidos mediante el ejercicio de alguna de las medidas contenidas en el artículo 39°, letra n), del DL N° 211. No obstante esto, el Tribunal señala que es perfectamente posible acreditar una colusión valiéndose únicamente de prueba indirecta o presunciones. Respecto al estándar de prueba aplicable en materia de libre competencia, el Tribunal señala que la ley no lo especifica, sino que se limita a señalar que la prueba se aprecia de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Al no existir una norma que indique el estándar probatorio aplicable, ha debido ser la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema las que han debido integrar este vacío legal. En este sentido, un primer intento por determinar el estándar de prueba aplicable en esta materia, fue realizado por el TDLC en su Sentencia N° 119/2012 al señalar que el estándar exigido en materia penal no era aplicable a esta sede. La Corte Suprema también tuvo oportunidad de referirse a esta materia, indicando que el grado de convicción que dicha Corte ha requerido para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, agregando que tal grado de convicción puede alcanzarse tanto por medio de prueba directa como indirecta. Si bien la Corte Suprema no definió de manera categórica en qué consiste el estándar que califica como de “prueba clara y concluyente”, el Tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar su convicción, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal. En este caso, el Tribunal resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Pullman y Autobuses Melipilla Santiago A.G.P. (Bahía Azul) sólo en cuanto se declara que dichas empresas han incurrido en una colusión para alzar el precio de los pasajes de sus servicios de transporte en la ruta Santiago-Cartagena a fines de octubre del año 2009. Además, rechaza el requerimiento interpuesto en contra de Empresas de Transporte de Pasajeros Bupesa S.A. y Empresa Buses Andrade. Se observa que, en el caso de la primera alza de tarifas, una vez ponderada la prueba y acreditado el acuerdo, el Tribunal no se detiene a estudiar las defensas de las requeridas ni los efectos que el alza haya producido efectivamente en el mercado relevante. Este tipo de análisis se acerca más bien a la aplicación de la regla per se. Es interesante destacar que en este caso no existió prueba directa del acuerdo ni confesiones o acuerdos conciliatorios por parte de las requeridas, por lo cual el Tribunal llegó a formar su convicción en base a evidencia

circunstancial, lo cual da cuenta de la flexibilización en la exigencia probatoria del Tribunal, a diferencia de casos anteriores en que la evidencia económica no permitía descartar de plano la existencia de colusión frente a las hipótesis alternativas presentadas como defensas por las requeridas. (Por ejemplo: Sentencia N°18/2005, Sentencia N° 57/2007). Pullman deduce recurso de reclamación ante la Corte Suprema, la cual, a pesar de la inexistencia de prueba directa, concluye que efectivamente Pullman incurrió en acuerdos para alzar las tarifas del servicio, y que dichos acuerdos tuvieron como efecto el perjuicio a los consumidores, por lo que se resuelve rechazar el recurso de reclamación.

En el caso Transportes Caldera<sup>243</sup>, el Tribunal reitera que basta con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva (Así también lo señaló en las sentencias N° 133/2014 y N°136/2014), razón por la cual la jurisprudencia en esta sede se ha centrado, principalmente, en analizar aquellas evidencias que lleven a acreditar la existencia misma del acuerdo imputado a las requeridas. El tribunal se resuelve acoger el requerimiento sólo en cuanto se declara que las empresas han incurrido en una colusión para alzar el precio de los pasajes de sus servicios en los meses de abril y mayo de 2011. El Tribunal establece que se encuentra acreditada la segunda colusión imputada en base a una serie de indicios analizados en conjunto. Una vez que se da por establecido el mencionado acuerdo el Tribunal analiza brevemente –y luego descarta- la defensa presentada por Casther (única requerida que no llegó a acuerdo conciliatorio con la FNE), lo cual se enmarca en un análisis bajo la regla de la razón por cuanto uno bajo la regla per se hacía innecesaria esta consideración.

La Corte es contraria al criterio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por cuanto considera que los hechos reconocidos en el marco de los acuerdos conciliatorios alcanzados por Expreso Caldera y Buses Caldera, concordados con el resto de la prueba, especialmente los correos electrónicos entre Expreso Caldera y Casther, presentados por la Fiscalía, dan cuenta de un acuerdo colusorio. A juicio de la Corte, dichos correos

---

<sup>243</sup> TDLC: Sentencia N° 137/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte público rural de pasajeros que conectan las ciudades de Copiapó y Caldera. 19 de junio de 2014; CORTE SUPREMA: Rol N° 21.536-2014. Reclamación Sentencia N° 137/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

constituyen prueba directa del acuerdo y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debió, al menos, reconocer su calidad de indicios del ilícito anticompetitivo. Se observa una exigencia probatoria más alta en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y más flexible en la Corte Suprema, quien tuvo por acreditado el primer acuerdo en virtud de la misma prueba por la cual el Tribunal descartó su existencia. Lo anterior da cuenta de la tendencia de la Corte a tener un estándar probatorio más laxo cuando se trata de sancionar la colusión, que el que venía empleando hace algunos años.

En el caso Pollos<sup>244</sup>, la Fiscalía Nacional Económica requirió a las empresas Agrosuper, Ariztía, Don Pollo y a la APA (Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.), acusándolas de haber celebrado y ejecutado un acuerdo consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y en la asignación de cuotas en el mercado. Las requeridas señalaron que la acusación formulada en su contra no sería efectiva, para lo cual invocaron una serie de defensas, excepciones y explicaciones alternativas. Sus principales alegaciones son que la APA funciona dentro de su giro gremial legítimo y que las proyecciones de venta elaboradas anualmente por dicho organismo serían una práctica lícita, que no habrían celebrado acuerdos para limitar la competencia y consideraciones en torno al mercado relevante. El Tribunal analiza el mercado relevante en relación a los puntos controvertidos por las requeridas, señalando que dicho análisis tiene únicamente por objeto establecer si el acuerdo imputado confería poder de mercado a las requeridas (aptitud objetiva del acuerdo). Luego hace una descripción de la estructura de la industria de producción, distribución y comercialización mayorista de pollo nacional, a fin de identificar si esta es consistente o no con la existencia de colusión. El Tribunal observa un bajo número de oferentes y alto nivel de concentración. Se concluye que no existe una amenaza seria de entrada de nuevas empresas nacionales y que las empresas nacionales existentes no constituyen una amenaza a la estabilidad del cartel, todo lo cual permite la viabilidad de un acuerdo colusivo en el mercado de carne de pollo. Otro factor que facilita el acuerdo, en opinión del Tribunal, es la existencia de una asociación gremial que pueda y esté dispuesta a facilitar la adopción de decisiones coordinadas entre sus asociados y

---

<sup>244</sup> TDLC: Sentencia N° 139/2014. Fiscalía Nacional Económica con empresas productoras de pollo. 25 de septiembre de 2014; CORTE SUPREMA: Rol N° 27181-2014. Reclamación Sentencia N° 139/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

fiscalizar su cumplimiento. En virtud de lo anterior, se concluye que la estructura del mercado es consistente con una en que las empresas podrían formar y operar efectivamente un cartel. A continuación, el TDLC hace un análisis de la prueba allegada al proceso (faxes, correos electrónicos, evidencia incautada, evidencia económica, etc.). La evidencia allegada permite al Tribunal dar por acreditada la existencia de un acuerdo entre Agrosuper, Ariztía y Don Pollo. Dicho acuerdo recayó sobre variables competitivas relevantes para la producción y comercialización de carne de pollo en el mercado nacional, sustituyendo así los riesgos inherentes de la competencia. El Tribunal establece que la metodología para calcular la proyección de ventas de la APA presenta características anticompetitivas y de hecho permitió la asignación de cuotas de producción entre las Empresas Avícolas Requeridas. El Tribunal considera que la no participación de otras empresas integrantes de la APA en los ejercicios de proyecciones de demanda constituye un indicio importante de que ellos no consistieron en actividades gremiales y habrían implicado que la APA no se apegó a los fines para los cuales fue constituida. Esto constituye a todas luces una colusión. Existe además evidencia de un constante intercambio de información sensible entre las requeridas, lo que habría permitido monitorear su comportamiento. Una vez establecido lo anterior, el Tribunal se hace cargo de ciertas materias planteadas por las requeridas en sus defensas, relativas a la legitimación pasiva de Ariztía, al íter de la conducta (tiempo en el que transcurrió su ejecución), a su carácter unitario o fragmentario en el tiempo y a la ley aplicable. En virtud de lo anterior, el Tribunal resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la FNE en contra de Agrosuper, Ariztía, Don Pollo y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. En cuanto a las sanciones, el fallo es relevante, por cuanto, impuso el monto máximo de multa que contempla la ley a las requeridas Agrosuper S.A. y Ariztía S.A., consistente en 30.000 UTA a cada una de ellas, mientras que impuso a Don Pollo una multa ascendiente a 12.000 UTA. Además de esto, el Tribunal ordenó la disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. En el presente caso el Tribunal hace un análisis que se acerca más bien a la regla per se, probablemente en virtud de la gran cantidad de prueba directa existente, por cuanto centra su análisis en la existencia del acuerdo colusorio, acuerdo que una vez probado se limita a condenar. Las consideraciones que hace posteriormente en torno a alegaciones de las requeridas dicen relación con cuestiones relativas al tiempo de ejecución de la conducta y a la ley aplicable, más no

analiza las defensas en torno a los efectos en el mercado del acuerdo, ni alegaciones de fondo. El fallo resulta innovador en cuanto a las sanciones impuestas por el voto de mayoría. Respecto a la existencia del acuerdo, la Corte señala que en el presente caso se cuenta con abundante prueba directa o dura de la existencia de la coordinación colusiva. Dichos antecedentes, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, llevan a compartir la conclusión del TDLC, en cuanto por su contundencia, claridad y coherencia permiten sostener de manera concluyente que existió un acuerdo entre las tres avícolas requeridas, coordinado por la APA. En razón de ello, la Corte desestima las alegaciones de las requeridas tendientes a negar la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Luego la Corte pasa a analizar las alegaciones de las requeridas en torno al mercado relevante y la falta de aptitud objetiva del acuerdo. Hecho esto, la Corte arriba a la conclusión de que las requeridas tiene una importante participación en el mercado relevante, por lo que el acuerdo colusorio ha tenido la aptitud objetiva para conferirles poder de mercado. En virtud de lo anterior, la Corte estima que se encuentran configurados los elementos que integran el ilícito de colusión, todo lo cual condujo a tener por acreditada la conducta. La Corte descarta que el fallo haya incurrido en infracción a las reglas de la sana crítica y señala que en determinados procedimientos el estándar adoptado por la jurisprudencia está marcado por la exigencia de analizar y ponderar la prueba que sirve al juzgador para fundar los hechos que se tienen por establecidos, pero requiriéndose además enunciar aquélla de la que no es posible extraer antecedente alguno útil. Esta exigencia es perentoria respecto de los jueces letrados, sin embargo, en materia de libre competencia, en la que participan jueces no letrados, resulta desproporcionado exigir un desarrollo de suyo exhaustivo y rígido de esta labor, las partes deberán entender descartada la prueba no integrada en el análisis para establecer y fijar los hechos. En relación al monto de las multas, la Corte comparte los argumentos del TDLC, por lo que desestima las alegaciones tendientes a obtener la reducción del monto de las multas. Se resuelve acoger la solicitud formulada en la reclamación de Agrosuper en orden a dejar sin efecto la medida preventiva dispuesta por el fallo impugnado, rechazar los recursos de reclamación deducidos por Ariztía, APA, Agrosuper y Don Pollo, y acoger el recurso de reclamación de la FNE sólo en cuanto se declara que se condena a la APA al pago de una multa ascendente a 2.000 Unidades Tributarias Anuales, además de disponerse la disolución de dicha Asociación.

Se observa que la Corte adquiere la convicción de la existencia del acuerdo colusorio en base a la gran cantidad de prueba directa allegada al proceso, no obstante lo cual hace un extenso análisis en torno a las alegaciones de las requeridas las cuales finalmente descarta. La Corte señala que la exigencia en cuanto a la fundamentación de la sentencia aplicable al TDLC no es el mismo que el que se exige a los jueces letrados, por lo que en materia de libre competencia no se exigirá a los ministros fundamentar tanto en virtud de la prueba que fue considerada para dar por acreditado un hecho, como en virtud de la que no lo fue, entendiéndose descartada la prueba no integrada al análisis. Se observa además que la Corte endurece su postura frente a los casos de colusión, incluso en mayor medida que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en cuanto aumenta las sanciones a las requeridas, imponiendo una multa a la APA, además de disponer su disolución. Por último, el voto de mayoría descarta la alegación de las requeridas en torno a la aplicación del principio de la ley más favorable al imputado, con lo cual se aleja de los estándares aplicados en materia penal.

En el caso Transportes Valdivia (Sentencia N° 141/2014)<sup>245</sup>, el Tribunal reitera que el DL N° 211 tiene un ámbito de aplicación amplio, que no admite excepciones, de manera que las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción. El Tribunal señala que las distintas líneas de taxibuses requeridas sí pueden ser consideradas competidoras entre sí, por lo que un acuerdo entre las requeridas con el fin de alzar las tarifas les conferiría poder de mercado. Respecto al valor probatorio de las confesiones que ha habido en autos, el Tribunal en su jurisprudencia ha distinguido respecto a si el reconocimiento de los hechos es prestado por todos los requeridos o demandados, o solo por parte de ellos. En los casos en que todos los requeridos o demandados reconocen los hechos imputados, el Tribunal ha tenido por probado tales hechos, atendido la inexistencia de controversia a su respecto (por ejemplo, Sentencia N° 134/2014 del TDLC). Por el contrario, cuando ese reconocimiento

---

<sup>245</sup>TDLC: Sentencia N° 141/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Valdivia. 04 de noviembre de 2014; CORTE SUPREMA: Rol N° 32149-2014. Reclamación Sentencia N° 141/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

es prestado sólo por parte de los sujetos pasivos, el efecto probatorio no es el mismo, puesto que “la confesión de un miembro de un cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que, desde un punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de una prueba testimonial” (por ejemplo: Sentencias N° 119/2012, N° 122/2012, N° 133/2014 y N° 136/2014). Por lo tanto, los reconocimientos prestados por las requeridas, mediante los acuerdos conciliatorios celebrados y las declaraciones juradas acompañadas a los mismos, constituyen prueba directa de su participación en el acuerdo colusivo, pero respecto de los demás requeridos sólo puede dársele el valor de prueba testimonial. El Tribunal señala que la prueba analizada es suficiente para dar por acreditado el hecho de que las requeridas acordaron un alza conjunta de la tarifa del servicio de transporte en taxibuses en la ciudad de Valdivia en mayo del 2008, la cual se habría mantenido hasta principios de julio de 2011, fecha en que ellas habrían acordado una nueva alza conjunta de dichas tarifas. A continuación, el Tribunal señala que establecidos los hechos y acreditada la existencia de un acuerdo entre las requeridas, deberá este resolver las alegaciones en orden a que los acuerdos adoptados al interior de la asociación gremial no habrían tenido efectos en la competencia, las cuales termina por rechazar. El Tribunal resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la FNE.

Se observa que el Tribunal utiliza un parámetro de análisis bajo la regla de la razón, por cuanto una vez que declara acreditado el acuerdo, en base a prueba directa consiste en el reconocimiento de los hechos de parte de las requeridas, se dedica a analizar las alegaciones que interpone la AGETV, cuestión que no habría sido necesaria analizar bajo un estándar de análisis per se, por cuanto es suficiente la existencia de un acuerdo que tenga por finalidad la restricción de la competencia en el mercado, independiente de los resultados efectivos del mismo, para condenar a las requeridas. La Corte rechaza las solicitudes de las requeridas por cuanto considera que el acuerdo se encuentra debidamente acreditado en autos y desecha las alegaciones de las requeridas en cuanto a que dicho acuerdo no ha afectado la libre competencia, por cuanto la legislación de defensa de la competencia no requiere, para imponer sanciones, que el acto en cuestión haya producido efectos, sino que tienda a producirlos.

Es posible observar como la Corte se alinea con el TDLC en cuanto al estándar de prueba exigida para acreditar la colusión, posiblemente en virtud de la prueba directa existente. Además de esto, vemos como la Corte Suprema utiliza parámetros más exigentes que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a las multas aplicables, elevando su monto respecto de los condenados. Esto constituye una señal clara de la gravedad asignada a la colusión por parte de la Corte.

En el caso Médicos de Ñuble<sup>246</sup>, el Tribunal señala que para sancionar una conducta colusoria se debe acreditar: (i) la existencia de un acuerdo sobre una variable relevante de competencia (tales como afectar precios y cantidades, o repartirse mercados); (ii) que éste se ha materializado entre competidores; (iii) y que ha otorgado poder de mercado a quienes forman parte de él. El Tribunal adquiere la convicción de la existencia del acuerdo. Respecto al tercer el TDLC señala que casos de colusión, el grado de poder de mercado que se requiere acreditar es menor al que se exige en un caso de abuso de posición dominante, tal como ha ratificado la jurisprudencia del TDLC (Sentencias N°74/2008 y N°79/2008) y como es confirmado, además, por la modificación introducida por la Ley N° 20.361 al referido artículo 3° letra a) del DL N° 211. El Tribunal señala que la evidencia permite concluir que el acuerdo adoptado por los médicos ginecólogos efectivamente les confirió poder de mercado en los dos tipos de prestaciones que fueron objeto de aquel (consultas médicas e intervenciones quirúrgicas).

El Tribunal concluye que existe clara y concluyente prueba en el proceso para reprochar la conducta de las requeridas y someterlas a las sanciones correspondientes. El Tribunal reitera que no es relevante para el análisis de la ilicitud de la conducta el efecto del alza de los precios cobrados por los especialistas, ni la afectación producida a los pacientes, sin perjuicio de que dichos elementos serán considerados a la hora de establecer las sanciones. Respecto al rol de la AGGON, el Tribunal reitera que la responsabilidad de las asociaciones gremiales puede ser perseguida en forma separada a la de sus miembros. No sólo la amplitud del sujeto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 permite esto, sino

---

<sup>246</sup> TDLC: Sentencia N° 145/2015. Fiscalía Nacional Económica con prestadores médicos. 01 de abril de 2015; CORTE SUPREMA: Rol N° 5609-2015. Reclamación Sentencia N° 145/2015 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

que dicho cuerpo legal calificó como especialmente grave la participación de asociaciones gremiales en la comisión de ilícitos anticompetitivos.

El Tribunal concluye que la prueba de autos muestra de manera clara y concluyente que el actuar de los miembros fue concertado a través de la AGGOÑ. En virtud de lo anterior, el Tribunal resuelve acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, e imponer multas a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble (AGGOÑ) y a sus miembros. El análisis del fallo da cuenta de que el Tribunal analiza la defensa de las requeridas una vez que ha quedado establecido el acuerdo anticompetitivo (lo cual sería admisible sólo bajo la regla de la razón), pero manifiesta expresamente que dichas argumentaciones y defensas, que implican permitir a las requeridas demostrar que su conducta tiene efectos procompetitivos, son menos susceptibles de ser estudiadas por el Tribunal, en virtud de la gravedad de la conducta (colusión) y que de ser aun así admitidas, serán analizadas bajo estándares altamente restrictivos y deberán ser, en todo caso, sustanciales y plausibles. Con esto el Tribunal clarifica que, en casos de colusión, una vez que esta ha sido acreditada, no se admiten las defensas «pro-competitivas» de los actores requeridos, con la misma permisibilidad con que serían admitidas frente a otro tipo de conductas.

La Corte concluye que existe evidencia clara y suficiente para acreditar que el acuerdo confirió poder de mercado a los requeridos. Es posible observar como la Corte se alinea con el TDLC en cuanto al estándar de prueba exigida para acreditar la colusión, posiblemente en virtud de la prueba directa existente. Además de esto, vemos como la Corte Suprema utiliza parámetros más exigentes que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a las sanciones aplicables, ordenando la disolución de la Asociación Gremial. Esto constituye una señal clara de la gravedad asignada a la colusión por parte de la Corte.

## **2. Conclusiones preliminares de la investigación jurisprudencial**

Del desarrollo jurisprudencial expuesto, es posible constatar, respecto a la regla de interpretación aplicable a este tipo de conductas, que en el último tiempo la jurisprudencia chilena se ha ido acercando a la regla per se, no obstante, respecto al estándar probatorio la historia jurisprudencial de Chile, a través de las decisiones del TDLC y de la Corte Suprema, da cuenta de una rigidez extrema que hoy, ha sido matizada por un criterio más flexible, pero que no por ello, abandona su rigidez. El camino adoptado recientemente por la jurisprudencia, se ve respaldado e impulsado, por las importantes reformas legales, ya analizadas.

Ahora bien, la decisión y criterios en torno los altos estándares probatorios, como la aplicación de la regla de la razón, repercute de manera significativa en la importancia y/o necesidad de la definición de mercado en un caso concreto. Esto ha quedado demostrado, en tanto buena parte de los casos analizados dan cuenta que, no se ha sancionado la colusión de manera adecuada, debido al complejo análisis de mercado que el juzgador debe hacer y a la gran cantidad de defensas que los demandados presentan.

En ese sentido, la última reforma al DL N° 211, constituye una gran innovación en la materia, por cuanto podemos afirmar, que abre la puerta a una configuración de la Colusión como un ilícito per se, al eliminar la exigencia de que el acuerdo o práctica concertada confieran poder de mercado para ser sancionadas. Esto permitirá evitar de manera categórica la necesidad de la discusión en torno al mercado relevante y los efectos de la conducta. Este nuevo escenario a mi juicio, permite abstraer la regla per se, o una de similares características, logrando que esta discusión sobre el mercado relevante se traslade desde el análisis en torno a la configuración de la conducta, al análisis en torno a la aplicación de multas, todo lo cual disminuye las defensas de los que se coluden y aumenta la eficiencia de la persecución de los carteles. Con todo, los demandados siempre podrán probar

La introducción de una regla de interpretación más flexible en el derecho de la competencia chileno es recomendable y es compatible con los principios de nuestro ordenamiento; el

derecho económico es una rama del derecho independiente y separada del derecho penal, por lo que no le son aplicables sus principios dogmáticos. En materia de libre competencia, el Tribunal de Defensa de Libre Competencia tiene amplias facultades para aplicar medidas que maximicen el bienestar social y aseguren el correcto funcionamiento del mercado. De esta forma, el TDLC está facultado para la adopción de estándares jurisprudenciales que faciliten y hagan más efectiva la persecución y sanción de los carteles en Chile, más cuando la propia ley ha posibilitado tal situación. En este sentido cabe recordar que suficiente jurisprudencia ha sentado bases para restarle necesidad a la definición de mercados en cuanto a evaluar acuerdos colusorios en concreto y por sobre todo frente a determinadas circunstancias del caso, por ejemplo contar con prueba directa suficiente para dar por probada la conducta:

Así indica el TDLC cuando señala que: “Cuadragésimo cuarto: Que, al respecto, resulta imprescindible señalar que, en general, en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado por dicho acuerdo o práctica, toda vez que, en principio, tales prácticas serán restrictivas de la competencia sólo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son per se”<sup>247</sup>.

Luego, en el caso pollos, el Tribunal analiza el mercado relevante en relación a los puntos controvertidos por las requeridas, señalando: “el Tribunal analizará los puntos controvertidos, teniendo siempre presente que el objetivo del análisis de mercado relevante es únicamente establecer si el acuerdo imputado confería poder de mercado a las Empresas Avícolas Requeridas”<sup>248</sup>.

Considerando a su vez, que en este caso, como en otros anteriores<sup>249</sup> ya revisados el Tribunal ha señalado que, “basta con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con

---

<sup>247</sup> TDLC: Sentencia N° 43/2006. Fiscalía Nacional Económica con empresas distribuidoras de oxígeno líquido. 07 de septiembre de 2006, p.96.

<sup>248</sup> TDLC: Sentencia N° 139/2014. Fiscalía Nacional Económica con empresas productoras de pollo. 25 de septiembre de 2014. Considerando cuarto, p. 53.

<sup>249</sup>TDLC: Sentencia N° 133/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte público rural de pasajeros entre la ruta Santiago-Curacaví y la ruta Santiago-Lo Vásquez. 15 de enero de 2014. Considerando centésimo tercero.

independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva”<sup>250</sup>.

Con todo, teniendo a la vista que la Corte, interpretó la frase “abusando del poder que dichos acuerdos les confieran” (la cual fue modificada mediante la Ley N° 20.361), como “una exigencia impuesta por el legislador en orden a acreditar el efecto anticompetitivo concreto de un acuerdo, por lo que el marco jurídico nacional excluiría la consideración de la colusión como una falta per se”<sup>251</sup>.

Esta reflexión hecha por la Corte abrió, ya con la reforma del año 2009, un espacio para una interpretación de ilicitud per se de la colusión, por cuanto al eliminarse legalmente la exigencia de probar los efectos del acuerdo, se abre la puerta a que la judicatura analice los casos de colusión sin exigir la prueba de los resultados producidos, así como la posibilidad de descartar el análisis de las defensas de los implicados una vez acreditado el acuerdo. Respecto a este punto la Corte reconoce expresamente que “la aplicación de la regla de la razón constituye una limitación del Tribunal a su labor, el cual despliega un mayor esfuerzo a la hora de establecer los hechos constitutivos del ilícito”<sup>252</sup>.

En este sentido, la última reciente modificación del año 2016, no puede ser sino la introducción de la venia legislativa para que los tribunales adopten, en determinados casos, sus decisiones en torno a la regla per se, o a una similar que acoja sus principales ventajas. Como lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, lo cual facilitaría la persecución y sanción de dichas conductas, permitiendo además considerables ventajas desde el punto de vista de la certeza jurídica, la sanción efectiva de la colusión y el ahorro en recursos administrativos y de litigación, aumentando la eficiencia de las agencias de protección de la competencia.

En razón de estos fundamentos, se propondrán en el siguiente capítulo diversas propuestas sobre este enfoque, junto a otras propias del análisis general efectuado en torno a las limitaciones de la definición de mercado.

---

<sup>250</sup> TDLC: TDLC: Sentencia N° 139/2014. Fiscalía Nacional Económica con empresas productoras de pollo. 25 de septiembre de 2014. Considerando ducentésimo vigésimo sexto, p. 136.

<sup>251</sup> TDLC: Sentencia N° 119/2012. Fiscalía Nacional Económica con cadenas de farmacias. 31 de enero de 2012.

<sup>252</sup> *Ibíd.*

## **CAPÍTULO CUARTO: PROPUESTAS Y POSIBLES SOLUCIONES**

### **I. Criterios para la delimitación del mercado relevante en Colusiones.**

#### **1. Colusión con prueba directa y la adopción de un criterio “estricto” de la regla per se.**

Algunas de las propuestas que se plantean en este trabajo pueden comenzar por esta. Considero que para carteles duros, en los términos descritos en la primera parte del artículo 3 a), en que en razón de la prueba directa conseguida, se logre acreditar el acuerdo anticompetitivo, la necesidad o importancia predilecta de un análisis de mercado relevante se encuentra profundamente limitada, a tal punto que de conformidad a un análisis costo/beneficio de su uso, debe ser excluido del análisis sustancial. Todo ello en razón de: las múltiples limitaciones del procedimiento, de las herramientas utilizadas para definirlo y sus costos asociados; la relevancia y probabilidad anticompetitiva de los acuerdos que consisten en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación; la finalidad propia de la determinación de mercados y eliminación legislativa (reforma del 2016) del requisito de probar que el acuerdo les confirió poder de mercado a los agentes concertados, y la consistencia probatoria de la evidencia directa.

Esta conclusión, es coherente con la adopción de una regla per se, o de similares características, que permita no realizar un análisis en profundidad del mercado relevante, ni de los efectos de la conducta, evitando la discusión sobre éste primer punto, trasladándola al análisis en torno a la aplicación de multas. Esta primera propuesta se enmarca dentro de lo que postulo como la aplicación “estricta” de la regla per se:

Argumentos a favor de esta tesis

- Doctrinariamente se ha entendido que el estándar interpretativo de la regla per se libera al acusador de efectuar un análisis del mercado relevante y de comprobar la aptitud causal de la colusión, la cual viene dada por el poder de mercado que resulta del acuerdo. Esto se explica en la presunción de derecho del efecto anticompetitivo que la regla per se otorga a ciertas conductas, lo cual hace innecesario el análisis del nexo causal y el poder de mercado<sup>253</sup>.
- La doctrina contraria a la utilización a la regla per se, ha utilizado como argumento sustancial para descartar su aplicación, que dada la tipicidad establecida por el Decreto Ley N° 211 en materia de colusiones horizontales, no es posible introducir un estándar interpretativo conforme a la regla per se en Chile, toda vez que ello implicaría prescindir del nexo causal y del resultado de la conducta, los cuales son elementos esenciales para la configuración del injusto monopólico. Considerando que dichos requisitos actualmente no forman parte del artículo 3 a), los límites legislativos han sido excluidos del sistema.
- El riesgo de cometer errores de Tipo I –sancionar inocentes– es muy bajo, en carteles duros, ya que cuando competidores alcanzan un acuerdo horizontal para, por ejemplo, fijar precios o repartir mercados, es muy poco probable que existan razones pro-competitivas que justifiquen la conducta. En cambio, el riesgo de cometer errores de Tipo II –no sancionar a los culpables– es considerable, ya que, si el cartel logra su cometido, el daño a la competencia puede ser severo<sup>254</sup>. A su vez, al haberse excluido el requisito en torno a los efectos de la conducta, un análisis de los eventuales propósitos comerciales legítimos, también son desechados.
- Su adopción permite a los agentes económicos tomar conocimiento acerca de la legalidad de diversos actos, de manera que podrán planificar mejor su estrategia de negocios, serán disuadidas de incurrir en conductas prohibidas y en caso de realizarlas, serán incentivadas el uso de la delación compensada.

---

<sup>253</sup> VALDÉS PRIETO, op. cit., pp. 81-126.

<sup>254</sup> MONTT, S.: *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas*, Documento de Trabajo RegCom, 2013, p. 10.

- Contribuye al ahorro de recursos administrativos y de litigio<sup>255</sup>.
- Adoptar este criterio no tiene como consecuencia adoptar un estándar de responsabilidad objetiva, como malamente puede interpretarse. En efecto, no se trata de sancionar la conducta independiente de la voluntariedad de las partes (esto es, la merca formación de un acuerdo entre competidores). Tal estándar produciría demasiados errores del Tipo I, afectando una serie de acuerdos lícitos entre competidores. El estándar para sancionar es severo, pero no impone una responsabilidad objetiva. Como señala TAPIA “La agencia de competencia debe siempre probar que el acuerdo fue constituido para fijar precios o restringir cantidades (esto es, en términos anglosajones, que el acuerdo es “*naked*”)”.<sup>256</sup> Sin embargo, lo único importante es que se pruebe el acuerdo anticompetitivo entre competidores, no que en los hechos se ha producido tal fijación o restricción – recordemos la frase “que tienden a producir dichos efectos”–. Una vez probado el acuerdo, no hay vía de escapatoria de la sanción.
- Las críticas –apuntadas en los capítulos anteriores– sobre la definición de mercado, sus límites intrínsecos, y los defectos y dificultades propias de algunas de las herramientas cualitativas e incluso cuantitativas usadas para determinarlo, dan cuenta de riesgos constantes a una inadecuada amplitud o reducción en la definición de mercado, no encontrándose libre de alguna cuota de arbitrariedad. Esto ha repercutido en que la discusión en torno a la definición de mercado en un caso concreto, no solo sea sujeta a escrutinio por las partes, sino también por la doctrina<sup>257</sup> y la comunidad, lo que indudablemente repercute en costos para la percepción del sistema de libre competencia. Lo anterior, sumado a la discusión en torno a la arbitrariedad y circularidad del método, apuntada por profesores de la

---

<sup>255</sup> TAPIA, J.: *Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail*. En: *Libre Competencia y Retail*, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing, 2009, pp. 34-35. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>, [última visita, Diciembre, 2016].

<sup>256</sup> TAPIA, Javier, op. cit., p. 36

<sup>257</sup> MARMOLEJO, Crispulo: “*Comentarios a algunos aspectos del caso de colusión de farmacias y sus proyecciones*”, Sentencias Destacadas 2012, Instituto Libertad y Desarrollo, 2013, pp. 419-441. Disponible en: <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-419-441-Comentarios-a-algunos-aspectos-del-caso-de-colusion-de-farmacias-y-sus-proyecciones-CMarmolejo.pdf>, [última visita, Diciembre 2016].

talla de KAPLOW<sup>258</sup> no genera expectativas suficientes que hagan razonable su aplicación para estos casos.

- El costo social de la colusión es altísimo y los beneficios prácticamente nulos, por lo cual la legislación antimonopólica debe dirigirse a la adopción de un diseño que no sólo se preocupe de la sanción y su monto, sino que también apunte a mejorar los sistemas bajo los cuales se analiza una conducta, y a facilitar la persecución y prueba de las prácticas concertadas.
- La regla per se ha sido ampliamente utilizada en diversas jurisdicciones, en los casos en comento. Incluso en aquellas en que se contempla sanción penal para la Colusión, como es el caso chileno, a partir de la más reciente reforma. Un ejemplo de esto, es Estados Unidos<sup>259</sup>.
- La introducción de esta regla en el derecho de la competencia chileno es recomendable y es compatible con los principios de nuestro ordenamiento; como ya se dijo el derecho económico es una rama del derecho independiente y separada del derecho penal, por lo que no le son aplicables sus principios dogmáticos. En materia de libre competencia, el Tribunal de Defensa de Libre Competencia tiene amplias facultades para aplicar medidas que maximicen el bienestar social y aseguren el correcto funcionamiento del mercado. De esta forma el TDLC está facultado para la adopción de estándares jurisprudenciales que faciliten y hagan más efectiva la persecución y sanción de los carteles en Chile.
- Como hemos concluido de un extenso estudio de la jurisprudencia del TDLC y de la Corte Suprema, se ha venido formando últimamente una tendencia consistente hacia una línea jurisprudencial próxima a la regla per se, pero que de igual forma, en ocasiones, denota un esfuerzo sobre abundante y superfluo de la justificación del

---

<sup>258</sup> KAPLOW, L: *Why ever define markets*, op. cit; KAPLOW, L: *Market Definition*, Harvard Law School, Cambridge, 2013; KAPLOW, L: *Market Definition, market power*, Harvard Law School, Cambridge, 2015.

<sup>259</sup> “Los acuerdos ilegales per se son aquellos tan inherentemente anticompetitivos, que serán considerados irrazonables, y por tanto ilegales, independiente de cualquier tipo de justificación. Dicho de otra forma, un acusador o demandante puede establecer un tercer elemento, a saber, que la restricción es irrazonable, simplemente probando que los demandados celebraron un acuerdo ilegal per se sin tener que demostrar que efectivamente se dañó la competencia.” Véase al respecto: BRODER, D.: *U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*. New York, Oxford University Press, 2010, p. 45.

fallo, principalmente en torno al estudio del mercado relevante y el tratamiento de las justificaciones de los requeridos. Esto resulta valorable ciertamente, en tanto puede dar cuenta de un interés y responsabilidad del sentenciador en orden a sentar consistencia en sus decisiones y alejar la posibilidad de error ante casos especialmente relevantes para los agentes del sistema y la opinión pública. No obstante, en las circunstancias expuestas en este apartado, puede ser significativa y pertinente una inclinación hacia la eficiencia, sin mayores riesgos.

## **2. Carteles duros con prueba indiciaria y la adopción de un criterio “flexible” de la regla per se.**

Con todo, para casos de carteles duros (*hardcore cartels*), en que para la acreditación de la conducta anticompetitiva se cuente únicamente con prueba circunstancial o indiciaria, la necesidad de la definición de mercado puede seguir jugando un rol importante, especialmente para descartar la posibilidad de una conducta paralela -asumiendo que los tribunales mantendrán el criterio laxo que permite llegar a formar su convicción a través de prueba material o indiciaria-. Con todo, la finalidad propia del análisis de mercado y la eliminación del requisito de que el acuerdo les otorgue poder de mercado a los coludidos, puede hacer pensar que la determinación de mercado relevante, no se reporte estrechamente útil para la acreditación de la conducta. Pero lo cierto es que en estos casos la aproximación al mercado relevante y su estructura, puede ser útil, bajo ciertas circunstancias, para acreditar la conducta anticompetitiva, como también para apoyar la tesis decisoria, disminuyendo la posibilidad de error de tipo I, y resguardando la confianza en el sistema. Esto ocurrirá por ejemplo, si respecto de una conducta paralela acreditada, existen explicaciones alterativas a un acuerdo. En estos casos, como lo ha señalado la jurisprudencia, se deberán probar los «factores adicionales» (*plus factors*) que permitan excluir dichas explicaciones y concluir que existió un acuerdo<sup>260</sup>. En consecuencia, para la determinación de estos factores adicionales, principalmente aquellos de fondo, y que se relacionan con las condiciones de mercado que pueden conducir a una colusión, la investigación sobre el mercado relevante resulta útil. Ejemplos de estos factores son: concentración de mercado, diferenciación de productos, transparencia de precios e

---

<sup>260</sup> MECHACA, Tomás, op. cit.

intercambio de información de precios, condiciones de entrada, volatilidad de la demanda, asimetrías de las empresas, capacidad ociosa, concentración de la demanda.

Esta postura es coherente, con la aplicación de una regla per se, más flexible, que pueda admitir la presunción, una vez acreditado el acuerdo, pero que a su vez se haga cargo de manera adecuada del mercado relevante y las justificaciones aportadas por las firmas. Esto permite disminuir al máximo la posibilidad de error, el cual es un riesgo siempre presente, ya que como bien recuerda MARMOLEJO<sup>261</sup>, “Stigler acepta la hipótesis que los oligopolistas puedan desear coludirse para maximizar utilidades conjuntas pero que siempre es necesario distinguir entre los deseos y los hechos, porque sin duda alguna, la colusión es imposible para muchas firmas y también es mucho más efectiva en algunas circunstancias más que en otras”<sup>262</sup>.

Con todo, esta propuesta es consistente con el objetivo central del Derecho de la Competencia, a saber: “promover la Libre Competencia, incentivando conductas y estructuras competitivas, e interviniendo selectivamente cuando alguna práctica suponga una amenaza real a la Competencia”<sup>263</sup>.

### **3. Otros acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores, y el criterio adecuado.**

Para estos casos, con posterioridad a la reforma (2016), se ha seguido contemplando como requisito del tipo que el acuerdo o la práctica les confiera poder de mercado a los competidores. En este sentido, para estos casos la importancia de la utilización del análisis de mercado, para efectos de determinar la participación de las firmas y consecuentemente el poder de mercado, seguirá siendo fundamental, a pesar de sus naturales limitaciones ya revisadas. En efecto, respecto a este tipo de acuerdos, la posibilidad de razones alternativas lícitas, como de efectos precompetitivos del acuerdo aumentan considerablemente. Por ello,

---

<sup>261</sup> MARMOLEJO, Crispulo, op. cit., p. 433.

<sup>262</sup> STIGLER, George: *A theory of Oligopoly*, Journal of Political Economy, Vol. 72, N° 1, 1964, p.153.

<sup>263</sup> MARMOLEJO, Crispulo, op. cit., p.437.

la aplicación de un estándar interpretativo acorde a la regla de la razón, resulta ser lo más adecuado.

## **II. Propuestas generales en torno a las limitaciones del mercado relevante.**

### **1) Propuestas y reflexiones sobre las limitaciones del mecanismo.**

- Asumir las limitaciones del análisis, en cuanto a que casi de manera ineludible, se puede llegar a definiciones de mercados estrechas que terminen por desincentivar prácticas pro competitivas, o bien, arribar a enfoques que lleven a definiciones de mercado muy amplias que hagan permisibles muchas concentraciones y prácticas anti competitivas. Las reflexiones de autores como KAPLOW, proponen una incertidumbre que puede constituir una oportunidad, si se razona sobre la base de que el balance o equilibrio sobre estas posibles fuentes de error realmente dependen de una decisión –más que de una conclusión- adoptada por la autoridad según las circunstancias del caso y las características del mercado. Lo anterior, en el sentido de que la mayor precisión del resultado del análisis de mercado, dependerá siempre del esfuerzo de quien lo realice y las herramientas disponible que considere en la determinación. En ese sentido, excluir a priori el uso de ciertas herramientas, como puede ser elementos referidos a la oferta, o especificaciones del mercado realizadas en otros casos similares, no resulta ser un ejercicio coherente, con el hecho de superar las dudas sobre la arbitrariedad del mecanismo.
- En la evaluación de mercado, muy pocas veces, existe una frontera clara entre productos que compiten entre sí y productos que no. En muchos mercados los productos están diferenciados. En el caso concreto es necesario decidir si productos adicionales compiten lo suficiente para ser considerados en el mercado, aunque es

claro que compitan hasta cierto punto. La prueba del monopolista hipotético provee una forma rigurosa de sopesar estas decisiones, pero usualmente no existe información suficiente para llevar a cabo esta prueba de forma precisa.

Una buena práctica en términos de eficacia, es tener en mente de antemano, que cualquier evaluación que uno ha hecho del mercado relevante al comienzo de una investigación puede ser muy amplia o muy estrecha. En ese sentido, es poco probable que exista una razón suficiente para definir una frontera. Puede ser un criterio realista y útil, el reconocer estas limitaciones y escoger un mercado relevante, preocupándose de hacer una evaluación posterior, que considere si las conclusiones son sensibles a incluir o excluir competidores en particular que casi fueron incluidos o excluidos.

- Cuando se cuenta con prueba que permita predecir de mejor manera los efectos competitivos de una fusión, debe reducirse el papel de las inferencias de la definición del mercado y de las cuotas de mercado.
- Cuando el análisis de mercado sugiere mercados candidatos alternativos y razonablemente plausibles, y cuando las cuotas de mercado resultantes dan lugar a inferencias muy diferentes en cuanto a los efectos de la competencia, resulta particularmente útil examinar formas más directas de pruebas relativas a esos efectos.
- Algunas autoridades de competencia y comentaristas han señalado que en muchos casos es posible evaluar si una práctica de negocios daña la competencia o si la concentración propuesta involucra riesgos de tal daño sin evaluar el mercado relevante. Una propuesta para las concentraciones es determinar si hay una “presión al alza de precios”. La fórmula para evaluar lo anterior depende de la misma información necesaria para llevar a cabo un análisis de pérdida crítica<sup>264</sup>.
- Otra, regla que permita mayor certeza y reducción de arbitrariedades en esta decisión, es no deducir inferencias fuertes de cuotas de mercado cuando las cuotas

---

<sup>264</sup> FARELL & SHAPIRO: *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, pp. 1-2; SCHMALENSSEE, Richard: *Should New Merger Guidelines Give UPP Market Definition?*, The Antitrust Chronicle, 2009.

de mercado dependan fuertemente de una definición imprecisa de los límites del mercado.

- Asumir las limitaciones del análisis, en cuanto a que casi de manera ineludible, se puede llegar a definiciones de mercados estrechas que terminen por desincentivar prácticas pro competitivas, o bien, arribar a enfoques que lleven a definiciones de mercado muy amplias que hagan permisibles muchas concentraciones y prácticas anti competitivas. Las reflexiones de KAPLOW, proponen una incertidumbre que puede constituir una oportunidad, si se razona sobre la base de que el balance o equilibrio sobre estas posibles fuentes de error realmente dependen de una decisión –más que de una conclusión– adoptada por la autoridad según las circunstancias del caso y las características del mercado. Lo anterior, en el sentido de que la mayor precisión del resultado del análisis de mercado, dependerá siempre del esfuerzo de quien lo realice y las herramientas disponible que considere en la determinación. En ese sentido, excluir a priori el uso de ciertas herramientas, como puede ser elementos referidos a la oferta, o especificaciones del mercado realizadas en otros casos similares, no resulta ser un ejercicio coherente, con el hecho de superar las dudas sobre la arbitrariedad del mecanismo.
- Parece pertinente advertir sobre sesgo un sesgo reiterado en favor de la definición del mercado desde el punto de vista de la demanda. En principio, ello no supondría ningún problema en la medida en que: las cuotas de mercado no jueguen un papel decisivo en el análisis de dominancia; se consideren adecuadamente las presiones competitivas provenientes de la oferta en el análisis de competencia potencial. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica una cuota de mercado elevada puede influir de forma decisiva en la valoración de la posición de un operador y, por tanto, de una conducta, acuerdo u operación de concentración en la que se encuentre involucrado. Por este motivo, parece adecuado tomar en consideración la sustituibilidad de la oferta a la hora de definir mercados.
- En la práctica, las definiciones de mercado se basan muchas veces en decisiones anteriores o evidencia de tipo cualitativo. No cabe duda de que estos elementos pueden ser útiles a la hora de formular hipótesis razonadas sobre la dimensión del

mercado relevante. Sin embargo, estas hipótesis deberán, en cuanto sea posible, contrastarse con la evidencia empírica disponible.

- Las limitaciones y dificultades asociadas a la definición práctica del mercado relevante no deben interpretarse como argumentos en favor de su sustitución por instrumentos alternativos. Pese a la existencia de alternativas atractivas desde un punto de vista económico, parece más razonable propugnar un enfoque intermedio en el que se tome en consideración toda la información disponible, esto es, la evidencia «indirecta» obtenida a través del análisis estructural de existencia de poder de mercado, y la evidencia «directa» obtenida con el análisis de los efectos de conductas, acuerdos o concentraciones sobre la competencia en el mercado.

## CONCLUSIONES

1. La determinación del mercado relevante se ha transformado en un paso recurrente en el contexto de una investigación en materia de libre competencia, constituyendo un requisito y/o instrumento casi ineludible en el estudio de las conductas descritas en el artículo 3 de la Ley de Competencia. Su determinación posibilita: el cálculo de las cuotas de mercado en que participan las firmas y consecuentemente conclusiones preliminares sobre el poder de mercado; la definición concreta de competidores y clientes, evaluar las presiones competitivas ejercidas por los agentes y entregar información útil a los actores.
2. La definición de mercado, supone una limitación a la discrecionalidad en la intervención pública, que se ve obligada a guiarse por un análisis de exigencia sistemática.
3. Esta importancia y necesidad del mecanismo se ve matizada por opiniones que acusan defectos relevantes, tanto en su propia utilidad procedimental –recordar argumento de la circularidad de KAPLOW–, como en los criterios y herramientas escogidas (o excluidas) por parte de quien lleva adelante la tarea de definirlo, y sus límites naturales. Estos matices a su necesidad han sido relevantes, al punto de ser sugerida la exclusión de la definición de mercado por parte un sector aún minoritario de la doctrina. Con todo, la manera correcta de evaluar este problema, como se propuso en esta tesis, es: a) adoptando propuestas que permitan alcanzar una mayor precisión en su determinación, que logre disminuir al máximo el error, y tienda a la consecución de un resultado exitoso; y b) evaluando las conductas anticompetitivas concretas en que el estudio del mercado relevante ha reportado utilidad, o generado costos para el sistema de libre competencia. Lo anterior ha permitido dilucidar los casos en que en mayor o menor grado la conveniencia de un análisis de mercado exhaustivo se reporta eficaz y necesario, o bien, las

circunstancias en que dicho análisis se constata ineficiente, superfluo y riesgoso para una solución correcta.

4. En lo que respecta su uso en materia de operaciones de concentración, el análisis de mercado relevante, puede resultar sumamente importante para evaluar preliminarmente criterios sobre una decisión en torno a la operación. Su necesidad es plausible, en tanto en estos casos, se trata de evaluar efectos sobre la competencia y el mercado, que no se han concretado, por lo que excluir una herramienta tan útil, no sugiere una decisión razonable, menos en la etapa de desarrollo actual en que siguiendo las orientaciones de la OCDE se han introducido importantes modificaciones para contar con un sistema de operaciones de concentración que brinde mayores cuotas de certeza y seguridad jurídica. Sin embargo su necesidad no es absoluta, siendo solo una de las herramientas disponibles para lograr predecir los efectos de la operación en el mercado. De esto, se desprenden diversas consecuencias: no tiene porque partirse el análisis con la definición de mercado; su importancia se ve aminorada cuando hay pruebas más consistentes que permitan predecir los efectos de la fusión; se puede prescindir absolutamente de ella.
5. Los casos de Colusión, importan una gravedad mayor, respecto a las conductas tipificadas en el Decreto Ley N° 211. La reflexión en torno a la conveniencia/desventaja de un desarrollo exhaustivo de la determinación de mercado debe hacerse con especial cuidado en estas hipótesis. Habiéndose analizado de manera minuciosa y cronológica los criterios jurisprudenciales del TDLC y de la Corte Suprema; las últimas modificaciones introducidas a la Ley de Competencia; como los estándares probatorios y reglas de interpretación aplicables a la fecha, contrastados a su vez con experiencias comparadas, se han formulado diversas propuestas para hipótesis diferenciadas, que repercuten en la necesidad y exhaustividad del análisis de mercado relevante:
  - ✓ Para casos de carteles duros en que se cuente prueba directa, se sugiere la adopción de un criterio «estricto» de la regla per, que disminuye sustancialmente la necesidad o importancia predilecta de un análisis de mercado relevante, a tal punto que de conformidad a un análisis

costo/beneficio de su uso, debiera ser excluido del análisis sustancial una vez probado el acuerdo anticompetitivo, trasladando dicha discusión al análisis de la determinación de sanciones. Todo ello en razón de: las múltiples limitaciones del procedimiento, de las herramientas utilizadas para definirlo y sus costos asociados; la relevancia y probabilidad anticompetitiva de los acuerdos que consisten en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación; la finalidad propia de la determinación de mercados y reforma del 2016 en cuanto al requisito de probar que el acuerdo les confirió poder de mercado a los agentes concertados; y la consistencia probatoria de la evidencia directa.

- ✓ Para carteles duros en que solo se cuente con prueba indiciaria, se sugiere la adopción de un criterio «flexible» de la regla per se ya que la necesidad de la definición de mercado puede seguir jugando un rol importante, especialmente para descartar la posibilidad de una conducta paralela - asumiendo que los tribunales mantendrán el criterio laxo que permite llegar a formar su convicción a través de prueba material o indiciaria-. En estos casos, la aproximación al mercado relevante y su estructura, puede ser útil, bajo ciertas circunstancias, para acreditar la conducta anticompetitiva, como también para apoyar la tesis decisoria, disminuyendo la posibilidad de error de tipo I, y resguardando la confianza en el sistema. Esto ocurrirá por ejemplo, si respecto de una conducta paralela acreditada, existen explicaciones alterativas a un acuerdo y se deberán probar “factores adicionales” (*plus factors*) que permitan excluir dichas explicaciones y concluir que existió un acuerdo. Por ello, se sugiere la aplicación de una regla per se, más flexible o sentido “débil”, que pueda admitir la presunción, una vez acreditado el acuerdo, pero que a su vez se haga cargo de manera adecuada del mercado relevante y las justificaciones aportadas por las firmas. Esto permite disminuir al máximo la posibilidad de error.

- ✓ Para los demás casos, vale decir, acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores, y el criterio adecuado, se constata la necesidad tradicional del análisis de mercado, ya que con posterioridad a la reforma (2016), se ha seguido contemplando como requisito del tipo que el acuerdo o la práctica les confiera poder de mercado a los competidores. En este sentido, para estos casos la importancia de la utilización del análisis de mercado, para efectos de determinar la participación de las firmas y consecuentemente el poder de mercado, seguirá siendo fundamental, asumiendo que en estos casos, la posibilidad de razones alternativas lícitas, como de efectos precompetitivos del acuerdo aumentan considerablemente. Por ello, se propone una regla acorde a la regla de la razón.

## BIBLIOGRAFÍA

### Obras y artículos

1. PINDYCK, Robert & RUBINFELD, Daniel: *Microeconomía*, Trad. Esther Rabasco y Luis Toharia, Séptima Edición, Pearson Prentice Hall.
2. BIANCHI, Patricio: *Construir el mercado*, Trad. Fabio Boscherini, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 1997.
3. WERDEN, Gregory: “*Why (ever) defi ne markets. An answer to professor Kaplow*”, 2012 Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2004655](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655)
4. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel: *La Competencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
5. MATURANA, Pía: *Las marcas propias en marco del Derecho de la competencia. Análisis y propuestas*, extracto de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Estudio, Valparaíso, 2003.
6. MATURANA VÁSQUEZ, Pía, *Apuntes de Derecho de la competencia*, Extracto de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Las marcas propias en marco del Derecho de la competencia. Estudio, análisis y propuestas, Valparaíso, 2003
7. SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, William; PÉREZ ENRRI, Daniel: *Economía*, McGraw-Hill, Buenos Aires, 2003.
8. GUERRERO BECAR, José Luis; BOFILL GENSCH, Álvaro: *Acerca del concepto constitucional y legal de competencia*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVI, Valparaíso, 1995, pp. 194-195 Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/304/280>>
9. MARMOLEJO, Crispulo: “*Comentarios a algunos aspectos del caso de colusión de farmacias y sus proyecciones*”, *Sentencias Destacadas 2012*, Instituto Libertad y Desarrollo, 2013, pp. 419-441. Disponible en: <http://lyd.org/wp->

- content/uploads/2015/02/pp-419-441-Comentarios-a-algunos-aspectos-del-caso-de-colusion-de-farmacias-y-sus-proyecciones-CMarmolejo.pdf
10. MARQUÉS, Gustavo: *Las asignaturas pendientes del liberalismo económico*. Disponible en <http://www.revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/viewFile/14680/15012>
  11. GARATE MAUDIER, Óscar: *Marco constitucional del Derecho de la Libre Competencia*, Disponible en [http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/09/Oscar-Garate\\_1252890515.pdf](http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/09/Oscar-Garate_1252890515.pdf)
  12. MENCHACA, Tomás, *Evolución del antiguo al nuevo sistema*, en *Anales Derecho UC 2*, Legis, Santiago, 2007.
  13. MENCHACA, Tomás: *Derecho de la libre competencia conceptos analíticos fundamentales*, presentación TDLC, 2013.
  14. FAULL, J. & A. NIKPAY: *The EC Law of Competition*, Nueva York: Oxford University Press, 1999.
  15. CERDA, Felipe: *El mercado relevante como marco de referencia para un análisis de competencia: experiencia nacional y comparada en el sector supermercados*, en: Montt, Pablo y Nehme, Nicole (edit.), *Libre Competencia y Retail. Un análisis crítico*, Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing.
  16. CARLTON, Dennis & PERLOFF, Jeffrey: *Modern Industrial Organization*, 4th ed. Boston: Addison Wesley, 2005.
  17. CARLTON, Dennis: *Market Definition: Use and Abuse*, Competition Policy International 3, no. 1, 2007.
  18. BERRY, Steven; LEVINSOHN, James & PAKES, Ariel: *Automobile Prices in Market Equilibrium*, Econometrica 63, no.4, 1995.
  19. FROEB, Luke & WERDEN, Gregory: *Residual Demand Estimation for Market Delineation: Complications and Limitations*, Review of Industrial Organization 6, no. 1, 1991.
  20. WERDEN, Gregory & FROEB, Luke: *Correlation, Causality and All that Jazz: The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Definition*, Review of Industrial Organization 8, no. 3, 1993.

21. NEYO, Aviv: *Logit Models of Demand*, Journal of Economics & Management Strategy 9, no. 4, 2000.
22. BAKER, Jonathan & RUBINFELD, Daniel: *Empirical Methods in Antitrust Litigation: Review and Critique*, American Law and Economics Review 1, no. 1, 1999.
23. BAKER, Jonathan.: *Econometric analysis in FTC v. Staples*, Journal of Public Policy and Marketing, vol. 18, 1999.
24. ROELLER, Lars-Hendrik & STEHMAN, Oliver: *The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach*, Review of Industrial Organization 29: no. 4, 2006.
25. ENDERS, W.: *Applied Econometric Time Series*, Nueva York: John Wiley & Sons., 1995.
26. HOROWITZ, I: *Market definition in antitrust analysis: a regression-based approach*, Southern Economic Journal, vol. 48, 1981.
27. HOEHN, T., LANGENFELD, M. MESCHI y L. WAVERMAN: *Quantitative techniques in competition analysis*, OFT Research Paper, No. 17, 1999. Disponible en <http://www.offt.gov.uk/>
28. SLADE, M. *Exogeneity tests of market boundaries applied to petroleum products*, The Journal of Industrial Economics, vol. 34, 1986.
29. KAPLOW, Louis & SHAPIRO, Carl: *Antitrust*, Handbook of Law and Economics, editado por A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (Amsterdam: North Holland), 2007, Vol. 2.
30. KAPLOW, Louis: *The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative*, 95 Harvard Law Rev, 1982.
31. KAPLOW, Louis: *Why (ever) define markets?*, Harvard Law Review, vol. 124, 2010.
32. KAPLOW, Louis: *Market Definition: Impossible and Counterintuitive*, Antitrust Law Journal, vol. 79, 2013.
33. KAPLOW, Louis: *Market Definition, market power*, Harvard Law Review, 2015.
34. KATZ, Michael L. & SHAPIRO, Carl: *Critical Loss: Let's Tell the Whole Story*, Antitrust Magazine, 2003.

35. KATZ, Michael L. & SHAPIRO, Carl: *Further Thoughts on Critical Loss*, The Antitrust Source, 2004.
36. SCHEFFMAN, David T. & SIMONS, Joseph J.: *The State of Critical Loss Analysis: Let's Make Sure We Understand the Whole Story*, The Antitrust Source, 2003.
37. O'BRIEN Daniel P. & WICKELGREN, Abraham L.: *The State of Critical Loss Analysis: Reply to Scheffman and Simons*, The Antitrust Source, 2004.
38. FARELL, Joseph & SHAPIRO, Carl: *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, The B.E. Journal of Theoretical Economics 10, no. 1, 2010.
39. FARELL, Joseph & SHAPIRO, Carl: *Improving Critical Loss Analysis*, The Antitrust Source, 2008.
40. COATE, Malcolm B. & SIMONS, Joseph J.: *Critical Loss vs. Diversion Analysis: Clearing up the Confusion*, Competition Policy International, 2009.
41. ELZINGA, Kenneth & HOGARTY, Thomas: *The Problem of Geographic Market Definition in Antimerger Suits*, Antitrust Bulletin 18, no.45, 1973
42. ELZINGA, Kenneth & HOGARTY, Thomas.: *The Problem of Geographic Market Definition Revisited: The Case of Coal*, Antitrust Bulletin 23,no. 1, 1978.
43. SPILLER, Pablo T. & HUANG, Cliff J.: *On the Extent of the Market: Wholesale Gasoline in the Northeastern United States*, The Journal of Industrial Economics 35, no. 2, 1986.
44. HOFER, P., P. SMITH & L. WU: *Quantitative techniques in competition policy analysis*, en Global Competition Review Eds., The Asia Pacific Antitrust & Trade Review 2005, 2005.
45. BELLAMY, C. y CHILD, G.: *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Edición española a cargo de Enric Picañol, Madrid, Ed. Civitas, 1992.
46. VAN DER BERGH, R.: *Modern Industrial Organisation versus Old-fashioned European Competition Law*, European Competition Law Review, Vol. 17, nº 2, 1996.
47. LANDES, W. & POSNER, R.: *Market Power in Antitrust Cases*, 94 Harvard Law Rev, 1981.

48. WHITE, L.: *Wanted: a market definition paradigm for monopolization cases*, New York University Center for Law and Business Working Paper, No. 99-002, 1999.
49. NERA: *The role of market definition in monopoly and dominance inquiries*, OFT Economic Discussion Paper, No. 2, 2001. Disponible en <http://www.oft.gov.uk/>
50. PLEATSIKAS, C. & D. TEECE: *The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation*, International Journal of Industrial Organization, vol. 19, 2001.
51. MARKOVITS, R.: *On the inevitable arbitrariness of market definitions*, The Antitrust Bulletin, vol. 47, 2002.
52. HUETTNER, D.: *Product market definition in antitrust cases when products are close substitutes or close complements*, The Antitrust Bulletin, vol. 47, 2002
53. SULLIVAN, Lawrence A. & GRIMES, Warren S.: *Un Despliegue de Efecto Anticompetitivo Puede Obviar la Necesidad de la Definición del Mercado*, en La Ley de Defensa de la Competencia: Manual Integrado, 2do.Ed., 2006.
54. ORTUZAR, W: “*Ley Antimonopolios: Decreto Ley N° 211: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de los años 1974-1977: con el texto de la ley, del reglamento y del auto acordado de la Corte Suprema*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago,1985, Chile.
55. ORTUZAR, W: “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de los años 1978-1980*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, Chile
56. MONTT, L. (profesor guía), FUCHSLOCHER, M. y PATUELLI, P. (alumnos): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva entre los años 1981 – 1983*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1993, Chile.
57. MONTT, L. (profesor guía), MUÑOZ, R. (alumno): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de los años 1984-1985*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1993, Chile.
58. MONTT, L. (profesor guía) GOMILLA, F. (alumno): *Ley antimonopolios: jurisprudencia de la comisión resolutiva 1986-1987*, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1993.

59. MONTT, L. (profesor guía), GIGOGNE, L. y SCROGGI, J. (alumnos): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva entre los años 1988 – 1990*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago. 1993.
60. MONTT, L. (profesor guía), IRARRÁBAL, F. (alumno): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva entre los años 1991 y 1992*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1993.
61. MONTT, L. (profesor guía), KOLBACH, J. (alumno) (1996): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de los años 1993-1994*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, Chile.
62. MONTT, L. (profesor guía), LÓPEZ, S y ANTOINE, N. (alumnos): “*Ley Antimonopolios: jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de los años 1995, 1996, 1997*”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile, Santiago, 1999.
63. MONTT, L. (Profesor Guía) HUERTA, J.M. (alumno): “*Ley antimonopolios: jurisprudencia de la comisión resolutiva de los años 1998, 1999 y 2000*”, Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, Santiago, 2002, Chile.
64. LEIVA, Sebastian; Prado, Juan Manuel: “*El mercado relevante en Chile*”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005.
65. STIGLER, George: *A theory of Oligopoly*, Journal of Political Economy, Vol. 72, N° 1, 1962.
66. GONZÁLEZ, A.: *Prácticas Colusivas*. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Santiago, Thomson Reuters Puntolex, 2011.
67. VALDÉS, D: *Libre competencia y monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
68. MESTMÄCKER: *Mesa Redonda: Legislación y Práctica de la Libre Competencia, un Coloquio con el Profesor Ernst J. Mestmacker. 2 de diciembre de 1982*. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1985.

69. MIRANDA L, A: *Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*. En: SEMINARIO HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: 7 y 8 de septiembre de 1992, Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia.
70. TAPIA, J.: *Informe en derecho. La prohibición de colusión en el derecho chileno y comparado* (a petición de la Fiscalía Nacional Económica en Rol C N° 177-08), 2010.
71. TAPIA, J.: *Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail*. En: Libre Competencia y Retail, P. Montt & N. Nehme. 2009. eds., Editorial Legal Publishing. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1440695>
72. VALDÉS, D: *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
73. EYZAGUIRRE, C. y GRUNBERG, J.: *Colusión Monopólica. Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos*, Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2 (4), 2008.
74. NEHME, Nicole (profesor guía), QUINTEROS, Paloma (alumna): “*Prueba de acuerdos colusorios tácitos. Análisis crítico desde la perspectiva del Derecho chileno y comparado*”, tesis (magister), Santiago, 2012.
75. MONTT, S.: *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas*, Documento de Trabajo RegCom, 2013.
76. IRARRÁZABAL, F. Fiscal Nacional Económico: *Delación compensada y facultades artículo 39, letra N) DL 211: visión y experiencia de la Fiscalía Nacional Económica*.

## **UNIÓN EUROPEA**

### **Legislación y jurisprudencia**

- Comunidad Europea (1957): *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, Roma, Italia.
- Comunidad Europea (1962): *Primer Reglamento de aplicación de los Artículos 81 y 82 del Tratado de Roma*, D.O.C.E.(Diario Oficial de la Comunidad Europea)L 13/204.
- Comunidad Europea (1989): *Reglamento CEE nº 4064/89*, D.O.C.E. .(Diario Oficial de la Comunidad Europea) L395/1.
- Comunidad Europea (1999): *Reglamento CEE Nº 1216/99*, D.O.C.E. (Diario Oficial de la Comunidad Europea) L148/5.
- COMISIÓN EUROPEA: *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas*, Diario Oficial, No. C31, 2004a.
- COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, Diario Oficial, No. C372, 1997.
- COMISIÓN EUROPEA: *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, Diario Oficial, No. C101, 2004b.
- COMISIÓN EUROPEA: *Decisión en el Asunto IV/M. 190 Nestlé/Perrier*, Diario Oficial, No. L 356, 1992.
- COMISIÓN EUROPEA: *Decisión ESC/Akzo Chemie*, Diario Oficial, No L 374 de 31, 1985.
- COMISIÓN EUROPEA: *Decisión en el Asunto Volvo/Scania*, de 14 de marzo de 2000.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE): *Sentencia Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Comisión de las Comunidades Europeas*, de 21 de febrero de 1973, Asunto 6-72, E.C.R. (1973).
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE): *Sentencia Asunto 27/76*, 1978.

## **ESTADOS UNIDOS**

### **Legislación y jurisprudencia**

- FEDERAL TRADE COMMISSION- US DEPARTMENT OF JUSTICE: *Horizontal Merger Guidelines*, 1992.
- FEDERAL TRADE COMMISSION – US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010.
- Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447, 460–61, 1986.
- Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 1946.
- Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: United States – E.I. du Pont Nemours & Co., U. S. 586, 1956.
- Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: Brown Shoe Co. – United States, U.S. 294, 1962.
- Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: United States – Grinnel Corp, 384 U. S. 563, 1966.
- Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208, 1939.
- Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos: Federal Trade Commission v. Staples, Inc. and Office Depot, Inc., 970 F. Supp. 1066, 1997.
- Ley Sherman Antitrust, 1890.
- Ley Clayton, 1914.
- Ley de Creación de la Comisión Federal de Comercio (FTF Act), 1914.

## **FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA**

- ❖ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA: *Guía para el análisis de operaciones de concentración*, Santiago, 2012.
- ❖ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA: “*Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontales*”, 2006.
- ❖ FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA: *Informe Fusión VTR-Metrópolis*, 2004.

- ❖ FISCALIA NACIONAL ECONOMICA: *El Sistema chileno de Defensa de la Libre Competencia*, 2011. Disponible en: [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO\\_0001\\_2010.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf)

## **TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

### **Jurisprudencia**

- Sentencia N° 7/2004. Fiscalía Nacional Económica con empresas procesadoras de leche. 05 de agosto de 2004.
- Sentencia N° 15/2005. Conadecus con Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile. 20 de abril de 2005.
- Sentencia N° 18/2005. Fiscalía Nacional Económica con empresas distribuidoras de combustibles líquidos. 10 de junio de 2005.
- Sentencia N° 38/2006. Fiscalía Nacional Económica con empresas navieras. 07 de junio de 2006.
- Sentencia N° 43/2006. Fiscalía Nacional Económica con empresas distribuidoras de oxígeno líquido. 07 de septiembre de 2006.
- Sentencia N° 57/2007. Fiscalía Nacional Económica con Isapres. 12 de julio de 2007.
- Sentencia N° 61/2007. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte dentro y desde el aeropuerto A.M.Benítez. 27 de diciembre de 2007. 216.
- Sentencia N° 63/2008. Fiscalía Nacional Económica con Almacenes Paris y Falabella. 10 de abril de 2008.
- Sentencia N° 74/2008. Fiscalía Nacional Económica con AM Patagonia S.A. y otros. 02 de septiembre de 2008.
- Sentencia N° 79/2008. Fiscalía Nacional Económica con empresas de mezcla asfáltica para bacheo. 10 de diciembre de 2008.
- . Sentencia N° 82/2009. Fiscalía Nacional Económica con la Asociación Gremial de Buses Interbus y otros. 22 de enero de 2009.

- Sentencia N° 87/2009. Gustavo Hasbún Selume con empresas de combustibles líquidos. 13 de agosto de 2009.
- Sentencia N° 94/2010. Fiscalía Nacional Económica con servicio de transporte público de pasajeros en la ciudad de Osorno. 07 de enero de 2010.
- Sentencia N° 102/2010. Fiscalía Nacional Económica con Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital. 11 de agosto de 2010.
- Sentencia N° 106/2010. Fiscalía Nacional Económica con vehículos ambulancias y clínicas dentales. 02 de diciembre de 2010.
- Sentencia N° 112/2011. Fiscalía Nacional Económica con agencias de radiodifusión sonora. 22 de junio de 2011. 217
- Sentencia N° 113/2011. Fiscalía Nacional Económica con empresas de intermediación de servicios de turismo. 19 de octubre de 2011.
- Sentencia N° 116/2011. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte público rural de pasajeros en la ruta Los Muermos – Puerto Montt. 20 de diciembre de 2011.
- Sentencia N° 119/2012. Fiscalía Nacional Económica con cadenas de farmacias. 31 de enero de 2012.
- Sentencia N° 122/2012. Fiscalía Nacional Económica con Tecumseh y otros. 14 de junio de 2012.
- Sentencia N° 128/2013. Fiscalía Nacional Económica con empresas de servicios publicitarios. 29 de enero de 2013.
- Sentencia N° 133/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte público rural de pasajeros entre la ruta Santiago-Curacaví y la ruta Santiago-Lo Vásquez. 15 de enero de 2014.
- Sentencia N° 134/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte interurbano de pasajeros. 30 de enero de 2014.
- Sentencia N° 135/2014. Demandantes particulares con Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu. 30 de abril de 2014.
- Sentencia N° 136/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte interurbano ruta Santiago-Cartagena. 08 de mayo de 2014.

- Sentencia N° 137/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte público rural de pasajeros que conectan las ciudades de Copiapó y Caldera. 19 de junio de 2014.
- Sentencia N° 139/2014. Fiscalía Nacional Económica con empresas productoras de pollo. 25 de septiembre de 2014.
- Sentencia N° 141/2014. Fiscalía Nacional Económica con servicios de transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Valdivia. 04 de noviembre de 2014.
- Sentencia N° 145/2015. Fiscalía Nacional Económica con prestadores médicos. 01 de abril de 2015.
- Resolución N° 43 TDLC, sobre fusión de SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A del 12/12/2012
- Resolución 39 TDLC, Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada del 26/04/2012.
- Resolución 37 TDLC, acerca de concentración entre LAN Airlines y TAM Linhas Aéreas S.A. del 21/09/2011.
- Resolución 36 TDLC, sobre participación en concursos para concesiones de radiodifusión, del 10/08/2011.
- Resolución 35 TDLC, relativa a arrendamiento de supermercados en Vallenar y Huasco del 04/08/2011.
- Resolución 34 TDLC, sobre efectos en Chile de participación de Copec en Terpel Colombia del 26/05/2011.
- Resolución 33 TDLC, respecto a arriendo por Cencosud, de supermercados de Comercial Condell del 24/01/2011.
- Resolución 32 TDLC, respecto a participación en concursos para concesiones de radiodifusión del 15/06/2010.
- Resolución 31 TDLC, sobre fusión de Anagra y Soquimich, del 09/12/2009.
- Resolución 29 TDLC, sobre participación en concursos para concesiones de radiodifusión del 18/03/2009.
- Resolución 24 TDLC, en consulta sobre fusión de D&S y Falabella del 31/01/2008.

- Resolución 23 TDLC, relativa a fusión de ING AFP Santa María y Bansander AFP del 01/01/2008.
- Resolución 22 TDLC en consulta de Endesa y Colbún sobre proyecto Aysén del 19/10/2007.
- Resolución 20 TDLC por compra de acciones de iberoamerican Radio Chile del 27/07/2007.
- Resolución 02 TDLC, sobre eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones del 04/01/2005.
- Resolución 01 TDLC sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR del 25/10/2004.
- TDLC: Sentencia N° 7/2004. Fiscalía Nacional Económica con empresas procesadoras de leche. 05 de agosto de 2004.
- TDLC: Sentencia N° 18/2005. Fiscalía Nacional Económica con empresas distribuidoras de combustibles líquidos. 10 de junio de 2005

## **CORTE SUPREMA**

- Rol N° 3327-2005. Reclamación Sentencia N° 18/2005 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 3395-2006. Reclamación Sentencia N° 38/2006 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 5057-2006. Reclamación Sentencia N° 43/2006 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 4052-2007. Reclamación Sentencia N° 57/2007 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 634-2008. Reclamación Sentencia N° 61/2007 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 6. Rol N° 2339-2008. Reclamación Sentencia N° 63/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 5937-2008. Reclamación Sentencia N° 74/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- Rol N° 96-2009. Reclamación Sentencia N° 79/2008 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 1856-2009. Reclamación Sentencia N° 82/2009 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 1746-2010. Reclamación Sentencia N° 94/2010 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 6874 – 2011. Reclamación Sentencia N° 112/2011 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 10954-2011. Reclamación Sentencia N° 113/2011 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 2578-2012. Reclamación Sentencia N° 119/2012 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 5308-2012. Reclamación Sentencia N° 122/2012 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 2666-2013. Reclamación Sentencia N° 128/2013 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 6249-2014. Reclamación Sentencia N° 133/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 19.806-2014. Reclamación Sentencia N° 136/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 21.536-2014. Reclamación Sentencia N° 137/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 27181-2014. Reclamación Sentencia N° 139/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Rol N° 32149-2014. Reclamación Sentencia N° 141/2014 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 21. Rol N° 5609-2015.
- Reclamación Sentencia N° 145/2015 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

## OTROS

- INFORME DEL SECRETARIADO DE LA OCDE: “*Evaluación del régimen de control operaciones de concentración en Chile*”, 2014. Disponible en: Disponible en:<http://www.agendaproductividad.cl/wp-content/uploads/sites/22/2014/10/OCDE-2014.-Evaluacion-del-R%C3%A9gimen-de-Control-de-Concentraciones-en-Chile.pdf>
- OFFICE OF FAIR TRADING: *Competition Law Guideline: Market Definition*, 2004, párrafo5.1-5.3. Disponible en <http://www.oft.gov.uk/>.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, ICN Report on Merger Guidelines, 2004. Disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwor.org/>
- COMPETITION COMMISSION, Nutreco Holding NV and Hydro Seafood GSP Ltd.: A Report on the Proposed Merger, 2000. Disponible en: <http://www.competitioncommission.org.uk/>.