

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

## Elementos para el análisis de operaciones de concentración sujetas a control preventivo

*Elements for preventive mergers control analysis*

**José Muñoz Solís**

*Universidad Diego Portales, Chile*

### RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo exponer los principales criterios utilizados a nivel internacional para considerar que una operación de concentración pueda afectar la libre competencia, así como los elementos que los determinan, a fin de evaluar la decisión tomada mediante la Ley 20.945, que incluyó en Chile un sistema de control de operaciones de concentración. Con dicho objetivo, se analizan los lineamientos de diversas jurisdicciones, tanto de la tradición continental como anglosajona, así como lo instruido por los órganos de protección de la libre competencia de Chile. Más allá del criterio utilizado en particular, es el contenido del análisis, su enfoque hacia el efecto de la operación, lo que permite calificar como exitoso un sistema de control preventivo, debiendo tener en vista que dicho efecto dependerá de la evolución de la doctrina jurídica y económica, con miras a resguardar la necesaria certeza jurídica para el desarrollo de los negocios.

### PALABRAS CLAVE

Análisis de operaciones de concentración · defensa de la libre competencia · derecho de la libre competencia · disminución sustancial de la competencia · dominancia.

### ABSTRACT

This paper aims to expose the main criteria used at an international level to consider that a concentration operation may affect antitrust law, as well as the elements that determine them, in order to evaluate the decision made by Law 20.945, which included in Chile a control system for concentration operations. With this objective, the guidelines of various jurisdictions are analyzed, from the continental tradition as Anglo-Saxon, as well as that instructed by the antitrust agencies in our country. Beyond the use of a particular criterion, it is the content of the analysis, its focus on the effect of the operation, which

allows us to classify a preventive control system as successful, bearing in mind that said effect will depend on the evolution of legal and economic doctrine, safeguarding the necessary legal certainty for the development of business.

#### KEY WORDS

Antitrust · competition law · dominance · merger control · substantial lessening of competition.

## I. INTRODUCCIÓN

A nivel nacional, en materia de libre competencia, llevamos más de una década de profundos cambios legislativos. Estas modificaciones han sido gatilladas por propuestas emanadas de organismos internacionales, de la propia introspección nacional y, de manera muy importante, por casos de alta connotación pública, que otorgaron una especial valoración a las investigaciones, acciones y sanciones contra diversos carteles.<sup>1</sup>

Así, desde 2009 surgieron diferentes cuestionamientos sobre la forma y el fondo de las instituciones contenidas en el Decreto Ley 211 de 1973 (DL 211), plasmándose en importantes modificaciones a dicha norma, que han demostrado ser un relevante complemento dentro de la norma fundamental que rige la labor del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y de la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

La doctrina advertía la necesidad de modificaciones que instauraran de manera concreta y clara la labor preventiva que deben cumplir tanto la FNE como el TDLC, rol necesario para una efectiva protección de libre competencia.<sup>2</sup>

Con dicha finalidad, el 30 de agosto de 2016 se publicó la Ley 20.945, modificando diversos aspectos del sistema de protección de la libre competencia chileno, dentro de los cuales se destaca la inclusión de un control preventivo obligatorio de operaciones de concentración.

El presente trabajo tiene por objeto principal analizar el aspecto sustantivo del control de operaciones de concentración, en tanto manifestación del rol preventivo de los órganos de protección de la libre competencia, el cual, conforme a la Ley 20.945, consiste en evaluar si la operación tendrá como efecto reducir sustancialmente la competencia.

Asimismo, se pretende exponer sobre los factores que determinan si una operación de concentración afecta la libre competencia, observando

---

<sup>1</sup> RIVAS, Virginia, *La reputación técnica y el emprendimiento político como fuente de poderes: El caso de la Fiscalía Nacional Económica*, en *Estudios Públicos* 152 (2018), p. 92-95.

<sup>2</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Informe del secretariado de la OCDE: Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile*, julio, 2014.

cómo actúan los diferentes órganos administrativos y/o jurisdiccionales tanto a nivel nacional como internacional.

Para estos efectos, se distinguirán dos criterios. El primero corresponde al test de dominancia (TD), bajo el cual se pretende determinar si una operación de concentración otorga o mantiene poder de mercado a las partes del mismo. El segundo, se preocupa de detectar si existe un incremento sustancial del poder de mercado o una disminución sustancial de la competencia (SLC).

## II. ROL PREVENTIVO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

### 1. Principales preocupaciones del sistema de protección de la libre competencia

La doctrina se encuentra conteste en que la labor primordial del derecho, en la protección de la libre competencia, es otorgar resguardos desde dos perspectivas, una represiva y otra preventiva.

En el primer aspecto, el derecho debe preocuparse de la persecución de los ilícitos que atentan contra la libre competencia.<sup>3</sup> Este aspecto de la protección de la libre competencia es intrínsecamente reactivo y correctivo, así como eminentemente contencioso, ya que existe una dialéctica litigiosa que enfrenta la pretensión sancionatoria de la FNE, o de los particulares, con las exculpaciones de los supuestos infractores.

En el segundo, el derecho debe tener herramientas que permitan un control *ex ante*, de manera que los agentes económicos no se encuentren en situación de incurrir en actos que vulneren el bien jurídico en comento. En este sentido, hablamos de un control esencialmente preventivo, especulativo y cuyo carácter es más bien no contencioso o cooperativo, al menos en un primer momento. Para lograr este efecto, existen diversas opciones, siendo común el establecimiento de procedimientos de notificación previa en el marco de operaciones de concentración.<sup>4</sup>

En el derecho comparado, los esfuerzos preventivos se centran en el control de operaciones de concentración, toda vez que su efecto propio, esto es, la reducción de los agentes que participan en un mercado puede conllevar el aumento del poder de mercado de sus agentes y/o facilitar potenciales acuerdos entre competidores. Por supuesto, este riesgo es únicamente una posibilidad, debiendo ponderarse diversos factores para

---

<sup>3</sup> COLOMA, Germán, *Defensa de la competencia* (Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2003), pp. 13-15.

<sup>4</sup> Bajo los conceptos de «*política de comportamiento*» y «*política estructural*», COLOMA, Germán, cit. (n. 3), pp. 14-17.

determinar la posibilidad de su verificación. Para estos efectos, se han desarrollado estándares como el TD o del SLC.

Sin embargo, las reestructuraciones de las empresas son operaciones comunes, y en muchos casos obedecen o resultan de necesidades para el correcto funcionamiento o implementación de sus negocios, antes que pretender resultados contrarios a la libre competencia.<sup>5</sup>

En este sentido, existen diversos aspectos de las operaciones de concentración que pueden resultar beneficiosos tanto para los particulares<sup>6</sup> como para la sociedad, principalmente asociadas a la obtención de mayores eficiencias, que podrán traducirse en ventajas para los consumidores mediante la mejora en la calidad del bien, una mayor variedad o la disminución de su precio, entre otros.<sup>7</sup>

En esta faceta, las partes que buscan implementar exitosamente la operación buscarán mostrar tanto su inocuidad como sus aspectos beneficiosos,<sup>8</sup> mientras que el ente encargado de revisarla deberá velar por realizar un análisis lo más riguroso y acertado posible, visualizando, de esta manera, todos los riesgos que presenta la operación, y la posibilidad de la concreción de estos.

Como se podrá observar, en principio no existen intereses necesariamente contrapuestos en el análisis de la operación, sin perjuicio de que las partes de la operación siempre querrán lograr una aprobación pronta y en los mismos términos en que fue propuesta.

Para estos efectos, el derecho deberá preocuparse de aspectos procesales, orgánicos y sustantivos.

El presente trabajo se centrará en uno de los aspectos sustantivos de la faceta preventiva, los estándares utilizados para determinar que una operación de concentración sea aprobada, condicionada o prohibida.

## *2. Relevancia de analizar el concepto de operación de concentración*

El primer paso para comprender la faceta preventiva del derecho de la libre competencia consiste en definir su ámbito de actuación. En este sen-

---

<sup>5</sup> HALE, Rosemary y HALE, G. E., *More on mergers*, en *The Journal of Law and Economics* (1962), p. 126.

<sup>6</sup> ASQUITH, Paul, BRUNER, Robert F., y MULLINS, David W., *The Gains to Bidding Firms from Merger*, en *Journal of Financial Economics* II (1983), pp. 121 a 139; y HALE, Rosemary y HALE, G. E., cit. (n. 5), pp. 122 ss. En este sentido, puede observarse que las operaciones de este tipo buscan reducir riesgos e incertidumbres, así como lograr economías de escala, diversificación y expansión.

<sup>7</sup> Resolución I del TDLC (2004), título noveno.

<sup>8</sup> HALE, Rosemary y HALE, G. E., cit. (n. 5), p. 127.

tido, como se ha indicado, el riesgo para la libre competencia viene determinado por los efectos de la disminución de los agentes que participan en un mercado determinado.

Podemos observar un primer tipo de casos, en los que una empresa se ve en la obligación de salir de un mercado, ya sea por insolvencia, pérdida de cuotas de mercado, imposibilidad de mantener la competitividad, pérdida de requisitos legales habilitantes, entre otros, y un segundo tipo de casos en que, mediante una manifestación de voluntad, se genera una estructura corporativa, se modifican estatutos, se venden los activos que conforman al agente (o una división específica de él)<sup>9</sup> o simplemente se celebra un acuerdo, el cual les permite reforzar la consecución de un objetivo en común, una participación conjunta en un mercado determinado, el fortalecimiento de un agente mayor que absorbe pequeños participantes, entre otras posibilidades.

En la primera situación, el efecto potencialmente nocivo no depende de la voluntad de los agentes, sino de factores externos. Estos pueden ser el resultado del mismo mercado en que participa el agente y, por tanto, un efecto propio de la competencia.

Por tanto, los esfuerzos de la faceta preventiva de la libre competencia deben concentrarse en aquellas modificaciones a la estructura de un mercado que las partes generan mediante actos voluntarios.

Pues bien, resulta esencial definir el rango de control desde un doble aspecto. Por un lado, la necesidad de establecer un marco de actuación para el órgano encargado de efectuar el análisis, limitando su actuar en las operaciones que efectivamente pueden producir el riesgo en comento, entregando seguridad jurídica; y por el otro, dotar de flexibilidad o de un campo de actuación que le permita ser eficaz y efectivo frente a los posibles intentos de evasión del sistema de control.

En un primer acercamiento, podemos clasificar las operaciones de concentración según la posición de cada parte en el mercado relevante de que se trate, es decir, si la operación es horizontal, vertical o de conglomerado.

Desde el punto de vista del efecto producido por la operación de concentración, es posible observar que las diferentes legislaciones tienden a comprender —dentro del concepto en análisis— la adquisición de participación en el capital, del control de una empresa y la adopción de acuerdos de actuación conjunta, como fórmulas equivalentes para llegar a un efecto común, cual es la pérdida de independencia de uno o más incumbentes.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Horizontal merger guidelines* (2010), capítulo II.

<sup>10</sup> Como se observa en Estados Unidos, de acuerdo con la sección 7 de la Clayton Act

En Chile, incluso con anterioridad a la Ley 20.945, se han presentado criterios similares, como podemos observar en las definiciones dadas por el TDLC<sup>11</sup> y la FNE.<sup>12</sup> Ahora bien, con la introducción de la referida Ley 20.945, contamos con una definición de rango legal de operaciones de concentración, contenida en el artículo 47 del DL 211, de un tenor similar al que se ha expuesto precedentemente.

A propósito de esta nueva normativa, y la relevancia de definir el ámbito de control que se ejercerá, la FNE dictó, en junio de 2017, algunos lineamientos para determinar, en el marco de sus competencias, cuándo nos encontramos ante una operación de concentración.<sup>13</sup>

### *3. Tipos de operaciones de concentración según la posición de sus partes*

#### a) Operaciones de concentración horizontal

Como se adelantó, las operaciones de concentración pueden clasificarse según la posición que tienen las partes de ella en el mercado relevante de que se trate. Hablamos de una operación de concentración horizontal cuando se trata de una en que participan dos o más partes que son incumbentes de un mismo mercado relevante.<sup>14</sup>

De esta manera, resulta un efecto propio de este tipo de operaciones la disminución del número de participantes de un mercado, aumentando la concentración del mercado en cuestión.

En este caso, los peligros se materializarían en la creación de potenciales monopolios, en acuerdos de coordinación entre los competidores o en actos de conductas de abuso de la posición dominante que por la operación generaron, afianzaron o crearon.

---

y la sección 15 U.S. Code § 18, §§ 1, 2 de la Sherman Act, en Inglaterra, de acuerdo con la página 4 de su Merger Assesment Guidelines de 2010 (similar provisión se encuentra en la página 4 de la actualización efectuada en 2021), en Alemania, conforme a la sección 37 de la Act against Restraints of Competition, en Canadá, de acuerdo con las páginas 1 a 5 de su Merger Enforcement Guidelines, en Australia, según se observa en la página 4 de su Merger Guideline, entre otros.

<sup>11</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *Auto Acordado 12* (2009), considerando cuarto.

<sup>12</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía para el análisis de operaciones de concentración* (2012), p. 6.

<sup>13</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía de competencia* (2017).

<sup>14</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Operaciones*, cit. (n. 12), p. 6, nota al pie 1.

## b) Operaciones de concentración no horizontal

Adicionalmente a las operaciones de concentración de carácter horizontal, hay otra categoría que agrupa a aquellas que no se producen entre incumbentes, sino entre agentes que participan de diversas etapas de una cadena de producción (operaciones de concentración verticales) y aquellas en que, estando en la misma etapa de producción, representan el ingreso de una de las partes en un mercado relevante diverso (operaciones de concentración conglomerado).

En estos casos, como podrá observarse, no ocurre una disminución de los incumbentes del mercado, razón por la cual no existe un motivo directo por el cual se pueda generar un monopolio o se facilite necesariamente la coordinación.<sup>15</sup> El riesgo en estos casos viene determinado por la posibilidad de que una de las partes, aguas arriba o aguas abajo, en el mercado relevante original o en aquel al que se accede, adquiera, afiance o incremente su poder de mercado, de manera que se encuentre en posición de abusar mediante la comisión de actos exclusorios.

A nivel internacional, las normas de control difieren sobre cómo abordar el tratamiento de estas operaciones. Así, podemos observar que, en Estados Unidos, se excluyen las operaciones verticales de la normativa aplicable a las operaciones horizontales.<sup>16</sup> Por otro lado, Reino Unido no hace distinción al respecto, pudiendo constituir un caso de «*relevant merger case*» tanto las operaciones verticales, de conglomerado u horizontales.<sup>17</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto, se ha postulado la existencia de un cambio de criterio por parte del Department of Justice de Estados Unidos (DoJ), a propósito de la fusión entre AT&T y Time Warner ocurrida en 2017, en que se han cuestionado los postulados en que se fundaba la inocuidad de las fusiones verticales,<sup>18</sup> la cual fue desafiada por dicha entidad, acusando

<sup>15</sup> HALE, Rosemary y HALE, G. E., cit. (n. 5), pp. 120 y 121.

<sup>16</sup> SALOP, Steven C. y CULLEY, Daniel P., *Revising the US Vertical Merger Guidelines*, en *Journal of Antitrust Enforcement* 4 (2016), pp. 1-41.

<sup>17</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, *Merger Assessment Guidelines* (2010), párrafos 4.1.5 y 5.6.

<sup>18</sup> SALOP, Steven C., *Invigorating vertical merger enforcement*, en *The Yale Law Journal* 127 (2018), pp. 5 ss. Sería la Escuela de Chicago la culpable de que Estados Unidos no dé la relevancia correspondiente a las operaciones de concentración verticales, toda vez que asumen que estas son intrínsecamente eficientes, que los problemas de acceso a ciertos insumos son realmente reasignaciones de mercado y que, aunque esto ocurriera, no sería rentable. Sobre la influencia de la Escuela de Chicago en el control de operaciones de concentración, ver BAKER, Jonathan B., y SHAPIRO, Carl, *Reinvigorating horizontal merger enforcement*, en *How de Chicago School overshoot the mark, the effect of conservative economic analysis on the U.S. antitrust* (2008), pp. 236 ss.

un posible aumento de costos para la competencia de AT&T para acceder a determinada programación de Time Warner que sería de una especial relevancia para los consumidores.<sup>19</sup>

Nuestro DL 211 no precisa los diversos tipos de operaciones de concentración, siendo la FNE, a través de su Guía de Operaciones de Concentración, quien ha asumido este rol, preocupándose de demarcar su regulación. En dicho cuerpo normativo, las operaciones de concentración verticales son definidas como «*aquella en que las empresas involucradas operan en distintas etapas de la producción o distribución de un bien o servicio, generalmente con carácter de proveedoras y clientes entre sí*», mientras que las de conglomerado, en un sentido más residual, como «*aquellas que no tienen el carácter de horizontal ni de vertical*».<sup>20</sup> De esta manera, los tres tipos de operaciones de concentración descritos pueden ser objeto de control de la misma manera, pero la Guía de Competencia dictada por la FNE el 2017 establece expresamente que las operaciones horizontales serán analizadas bajo los criterios sustantivos indicados en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración dictadas por la FNE en octubre de 2012.<sup>21</sup>

#### *4. Tipos de operaciones de concentración según el efecto que producen en la independencia de una empresa*

Como se indicó, la mayoría de las legislaciones prefieren determinar el concepto de operaciones de concentración enfocándose en los efectos que producen los riesgos que se buscan prever. Lo que se pretende es englobar los casos en que se produce un cese de la independencia de un incumbente, de manera que este deja de «*ser distinto*»<sup>22</sup> de otro competidor.

El derecho comparado tiende a concordar en la existencia de tres casos en que, sea por un efecto fáctico o jurídico, la dirección de los incumbentes podría unificarse.<sup>23</sup> Los casos corresponden a la adquisición de participación en el capital de una empresa, como en una fusión o en las ventas de activos; cuando se adquiere control sobre la misma, como en los casos de *interlocking* y adquisiciones de participación parcial de acciones o derechos sociales y, por último, los acuerdos de actuación conjunta.

<sup>19</sup> SALOP, Steven, cit. (n. 18), pp. 6 ss.

<sup>20</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Operaciones*, cit. (n. 12), p. 6, nota al pie 1.

<sup>21</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Competencia*, cit. (n. 13), p. 7.

<sup>22</sup> «*Cease to be different*». COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 13.

<sup>23</sup> La mejor gestión de los activos de la empresa adquirida sería el objetivo buscado por la empresa adquirente. Véase HALE, Rosemary y HALE, G. E., cit. (n. 5), pp. 122 y 123; y ASQUITH, Paul, BRUNER, Robert F., y MULLINS, David W., cit. (n. 6), pp. 138 y 139.

### III. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

#### 1. ¿Cuándo una operación de concentración vulnera la libre competencia?

El análisis de operaciones de concentración es un examen esencialmente prospectivo, cuyo resultado permite rechazarlo o aprobarlo de manera pura y simple, o bien, con medidas de mitigación.<sup>24</sup>

En tanto la justificación de este control preventivo es la protección de la libre competencia, para adoptar la decisión de condicionar o prohibir una operación de concentración, resulta esencial un criterio sustantivo para calificar esta vulneración, toda vez que la medida constituirá una afectación a la autonomía de la voluntad y al libre ejercicio de actividades económicas ejercidas por los particulares. Las condiciones para prohibir las operaciones de concentración son idénticas en muy pocas jurisdicciones. Sin embargo, suelen clasificarse en dos criterios que permiten determinar cuándo una operación de concentración es una amenaza a la libre competencia.<sup>25</sup>

Los dos criterios mencionados son el TD, propio de la Comunidad Europea,<sup>26</sup> incluyendo gran parte de los países que son parte de la misma, y la SLC, cuyo origen se atribuye a la normativa de Estados Unidos,<sup>27</sup> y que hoy podemos observar en diversas jurisdicciones, como Canadá, Reino Unido, Australia y, en virtud de la Ley 20.945, Chile.

#### 2. Descripción, similitudes y diferencias de los test de análisis sustantivos

Cada criterio tiene un enfoque particular para desarrollar el análisis de las operaciones de concentración. Sin embargo, tienen un objetivo en común: ejercer el rol preventivo de la defensa de la libre competencia.

Particularmente, en operaciones que han sido notificadas en jurisdicciones con TD y, en paralelo, con anterioridad o a continuación, en aque-

---

<sup>24</sup> Sección 7 de la Clayton Act, el artículo 8 del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo de la Comunidad Europea y los artículos 54 y 57 del DL 211.

<sup>25</sup> BUNDESKARTELLAMT, *Prohibition criteria in merger control - Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition*, trabajo de discusión para el encuentro del *Working Group on Competition Law*, celebrado en octubre de 2001, p. 1.

<sup>26</sup> Artículo 101 y 102 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguos artículos 81 y 82), y artículo 2 párrafo 3 del Reglamento (CE) 139/2004, del 20 de enero de 2004, del Consejo de la Comunidad Europea, sobre el control de las concentraciones entre empresas, al indicar la frase «*como consecuencia la creación o refuerzo de una posición dominante*». Esto resultaba más latente en el Reglamento (CE) 4064/89 del mismo órgano, pues señalaba como parámetro que la operación sea un «*obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo*».

<sup>27</sup> Sección 7 de la Clayton Act, bajo la frase «*substantially to lessen competition*».

llas que utilizan el SLC, resulta difícil predecir si el resultado será diverso o idéntico, pues las autoridades respectivas han llegado tanto a decisiones comunes como divergentes sobre las mismas operaciones.

Mientras que mediante la aplicación del TD se prohíben las operaciones que puedan crear o reforzar una posición dominante, por su parte el SLC hará lo mismo al verificar que una operación puede producir una disminución sustantiva de la competencia.

De la lectura de los parámetros que cada test establece, así como de la doctrina y la jurisprudencia, podemos entender que el TD tiene un espectro de control menor al del SLC, pues establece como un requisito esencial una posición de dominio dentro del mercado relevante respectivo, ya sea que se construya o se refuerce, de manera que el órgano encargado del análisis no podrá limitar las operaciones en las que, no produciéndose ni reforzándose una dominancia, sí generan cambios en la estructura del mercado relevante, modificándolo de manera que resultan más propensos a producir conductas coordinadas o unilaterales.<sup>28</sup>

Lo anterior resulta paradójico, toda vez que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial ha permitido a la Dirección General de Competencia de la Comisión de la Unión Europea (Comisión) prohibir operaciones que no generaban ni reforzaban una posición de dominio particular, sino conjunta, mediante el concepto de «*dominancia conjunta*»,<sup>29</sup> logrando resultados similares a los que habría llegado el SLC.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> GARCÍA PÉREZ, Mercedes, *Dominancia vs. Disminución sustancial de la competencia. ¿Cuál es el criterio más apropiado?: Aspectos jurídicos*, en Centro de Política de la Competencia (2002), p. 6, y MONTI, Giorgio, *The new substantive test in the EC Merger regulation - Bridging the gap between Economics and Law*, en *Society and Economy Working Papers* 10 (2008), pp. 5 ss.

<sup>29</sup> Resulta relevante la conceptualización realizada en los casos seguidos ante la DG-CUE M.1524 *Airtours/First Choice*, cuya decisión fue emitida el 22 de septiembre de 1999, y M.190 *Nestlé/Perrier*, cuya decisión se emitió el 22 de julio de 1992. En el primero, su considerando 54 explicita que, para la existencia de dominancia conjunta, «*basta que, a causa de la concentración, resulte racional que los miembros del oligopolio, al adaptarse a las condiciones del mercado, adopten conductas individuales que reduzcan significativamente la competencia entre ellos y les permitan actuar, en gran medida, independientemente de sus competidores, sus clientes y los consumidores*». La Corte de Primera Instancia, a pesar de revocar la decisión, continuó con la conceptualización de la dominancia conjunta (causa T-342-99, *Airtours con Commission*, sentencia de 6 de junio de 2002, párrafos 58 y siguientes). En el segundo, se indicó que habría una dominancia duopólica, en el apartado H, párrafo 108, al indicar que hay dominancia conjunta cuando «*existen factores correlacionados entre empresas, quienes pueden adoptar una política en común en el mercado y que actúan hasta cierto punto independientemente de los competidores y de sus competidores*».

<sup>30</sup> GARCÍA PÉREZ, Mercedes, cit. (n. 28), pp. 12, 16 y 23.

Otro aspecto a considerar es que ambos métodos parten de un mismo punto: la determinación del mercado relevante en el que se desenvuelven los interesados. Lo anterior, complica la eventual comparación entre jurisdicciones que emplean uno u otro criterio sustantivo, pues aun cuando existan operaciones con efecto transnacional que deban ser evaluados por Estados con distintos criterios, la realidad de las empresas en uno y otro mercado relevante puede ser absolutamente diferente.<sup>31</sup>

Dentro de las decisiones disímiles, es importante mencionar el caso *Air Liquide/BOC*,<sup>32</sup> analizado primero por la Unión Europea, donde se aprobó la operación, y luego por la Federal Trade Commission (FTC), organismo que, debido a las dificultades planteadas a los interesados, llevó a que estos se desistieran. En ese caso, independiente del resultado, merece destacar que la Comisión haya emitido un comunicado explicitando cómo la decisión tomada por dicho organismo no afecta de manera alguna a la eventual decisión que pudiese adoptar la FTC, toda vez que las realidades de los mercados relevantes de cada jurisdicción pueden ser totalmente distintas.<sup>33</sup>

Ahora bien, con motivo de un caso como el anterior,<sup>34</sup> en que la Comisión y el Department of Justice de Estados Unidos tuvieron disímiles conclusiones sobre el eventual daño a la libre competencia, a principios de siglo la Unión Europea y sus Estados miembros plantearon la posibilidad

---

<sup>31</sup> Por ejemplo, podemos observar el caso *MCI WorldCom/Sprint*, seguido ante la Comisión bajo el número COMP/M.1741, emitiéndose decisión el 28 de junio de 2000, y ante el Tribunal de Distrito de Columbia de Estados Unidos bajo el título *United States con WorldCom, Inc. and Sprint Corp.*, acción civil presentada el 27 de junio de 2000, en el cual tanto el DoJ de Estados Unidos como la Comisión determinaron que la operación entre ambas empresas (compañías de teléfono) produciría, en los respectivos mercados, efectos nocivos para la competencia, pues dicha «entidad fusionada eliminaría a un competidor existente y tendría poder para erosionar la capacidad competitiva de otras empresas, ofreciéndoles una conexión de baja calidad o incrementado sus costes», según la primera autoridad, o produciría «una empresa de la que dependerían tanto los consumidores como los proveedores de contenidos para el acceso a una conexión universal a Internet, el segundo», en el caso de la Comisión. Véase GARCÍA PÉREZ, Mercedes, cit. (n. 28), p. 9.

<sup>32</sup> Caso seguido ante la Comisión bajo el número COMP/M.1630, emitiéndose decisión el 18 de enero de 2000, y ante el Tribunal de Distrito de Columbia de Estados Unidos bajo el título *United States con WorldCom, Inc. and Sprint Corp.*, acción civil presentada el 27 de junio de 2000.

<sup>33</sup> PITOFSKY, Robert, *E.U. and U.S. approaches as to International Mergers - View from the U.S. Federal Trade Commission*, ponencia pronunciada en la Conferencia EC Merger Control 10.º Anniversary (2000).

<sup>34</sup> El caso se trató de la operación de concentración entre General Electric y Honeywell, que fue aprobado por el DoJ y 11 otras jurisdicciones, pero prohibida por la Comisión.

de reformar el estándar, pasando del TD al SLC. Producto de esto, por ejemplo, Reino Unido dictó la *Enterprise Act* en 2002, estableciendo su estándar como el de SLC.<sup>35</sup>

De esta forma, el TD se ha transformado en un criterio que pareciera estar en retirada, como podemos observar del mensaje que el Consejo de la Comunidad Europea emitió al momento de dictar el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, reemplazando así el criterio establecido por el Reglamento (CEE) 4064/89.<sup>36</sup> Mediante esta reforma, no se eliminó el criterio del TD, pero se agregó un nuevo análisis sustantivo, generando así un doble control, que permite fiscalizar aquellas operaciones que «*sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva*» y, en especial, aquellas en que se produce el efecto de fortalecer o crear una posición de dominio.<sup>37</sup> Lo anterior, posibilita un mayor espectro de análisis a la Comisión y, por tanto, extiende su control sobre las operaciones de concentración.<sup>38</sup> Lo mismo ha ocurrido en las legislaciones de Australia, Reino Unido, Francia<sup>39</sup> y Alemania, entre otros.

No obstante, es interesante revisar las conclusiones a las que llega Giorgio MONTI al analizar el efecto que se ha producido con el cambio de criterio sustantivo en la UE.<sup>40</sup> En dicho contexto asevera que la relevancia del cambio normativo no radica en el nombre que se le da al criterio de análisis, sino a la intención de las autoridades de cambiar desde un examen meramente estructural a uno centrado en el verdadero efecto de las operaciones de concentración, de manera que se suprima el enfoque en la determinación del mercado relevante, la participación de cada empresa y la situación luego de realizada la operación, para enfocarlo en la capacidad que tendrá la entidad para subir o no el precio del producto.

### 3. *Test de dominancia*

El TD tiene su origen en la Comunidad Europea, bajo la conceptualización entregada por el artículo 2, párrafo 3, del Reglamento (CE) 4064/89, del Consejo de la Comunidad Europea, el cual expresaba como «*incompatible con el mercado común las operaciones de concentración que supongan*

---

<sup>35</sup> BUNDESKARTELLAMT, cit. (n. 25), pp. 1 y 2.

<sup>36</sup> Párrafos 24 y 25 de la parte considerativa del Reglamento (CE) 139/2004.

<sup>37</sup> Artículo 2, párrafo 3 del Reglamento 139.

<sup>38</sup> MONTI, Giorgio, cit. (n. 28), pp. 11-13.

<sup>39</sup> En el caso de Francia, a través de la Ley de Modernización de la Economía 2008-776 del 4 de agosto de 2008, se modificó el artículo L430-6 en términos muy similares a los del Reglamento 139/04.

<sup>40</sup> MONTI, Giorgio, cit. (n. 28), pp. 19 ss.

*un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo*».<sup>41</sup> Conceptos similares se pueden observar en las regulaciones de Alemania,<sup>42</sup> Francia,<sup>43</sup> España<sup>44</sup> e Italia.<sup>45</sup>

Sin embargo, al dictarse el Reglamento 139/2004 de la Unión Europea, se introdujo una variante, con el objetivo de ampliar el espectro de control de las operaciones de concentración, mediante la adición del concepto «*obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva*». En el mismo sentido, los criterios de la gran mayoría de los países de la Comunidad Europea también han ido variando, con el objeto de ampliar el ámbito de control de los órganos encargados de efectuar el análisis.<sup>46</sup>

Pues bien, el análisis que debe efectuarse para determinar si una operación de concentración debe ser prohibida o aprobada, es determinar si se crea o se fortalece una posición de dominio, producto de la operación. Deberá aclararse, entonces, qué entendemos bajo el concepto de posición de dominio.

Podemos encontrar diversas jurisdicciones que establecen criterios de carácter legal, como umbrales, de manera que, si se cumple con los requisitos, será tarea de los interesados acreditar que esta posición de dominio no es tal, como sucede en Alemania.<sup>47</sup>

Por otra parte, existen criterios jurisprudenciales, como en la Comunidad Europea, en que la Corte de Justicia Europea determinó que posición dominante significa una «*posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida*

---

<sup>41</sup> La frase «*supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva*» se ha entendido por la jurisprudencia y la doctrina de la época como un criterio orientado a la observación de una creación o fortalecimiento de la posición de dominio, no como una limitación independiente. Véase Bundeskartellamt, cit. (n. 25), nota marginal número 11.

<sup>42</sup> La sección 36, párrafo primero, de la Ley contra las Restricciones a la Competencia de Alemania, establecía una prohibición con respecto a las operaciones de concentración que pudiesen crear o fortalecer una posición de dominio.

<sup>43</sup> Ley de Modernización de la Economía 2008-776 del 4 de agosto de 2008.

<sup>44</sup> Artículo 14 de la Ley 16/1989, reemplazada por la Ley 15/2007, del 03 de julio de 2007, ambas tituladas de Defensa de la Competencia.

<sup>45</sup> Aunque Francia y España modificaron su normativa legal para adecuarse a los parámetros del Reglamento 139/04, y el último, aunque mantiene como criterio sustantivo el TD en su versión original desde 1990, en la práctica ha utilizado el parámetro del mencionado Reglamento 139/04. Disponible en <https://bit.ly/3zQm7Pf>.

<sup>46</sup> En el derecho anglosajón, Australia modificó su criterio original (SLC), de 1974, por el TD, manteniéndolo entre 1977 y 1992.

<sup>47</sup> Sección 18 de la Ley contra las Restricciones a la Competencia de Alemania.

*independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores».*<sup>48</sup>

#### a) Principales factores objeto del análisis

El análisis del TD es estructural, preocupándose principalmente de la definición de un mercado relevante, la participación de los interesados en el mismo y la situación de la nueva entidad, en caso de aprobarse la operación de concentración.<sup>49</sup> Este análisis plantea que, de los elementos señalados, es posible presumir un eventual perjuicio a la libre competencia.

Para efectos de comprender más adecuadamente los factores que toma en consideración el TD, resulta relevante la forma en que dos jurisdicciones que utilizaron este criterio realizaban el análisis, por lo que se estudiará la situación de la Comunidad Europea y de Alemania en sus versiones originales.

En ambos casos, el punto de partida es la determinación del mercado relevante, pues la participación de las partes de la operación determinará la porción de mercado que tendrá la nueva entidad, todo siempre con el objeto de resolver si una posición de dominio se refuerza o se crea con motivo de la operación.

En dicha línea, el concepto de posición de dominio, para la Comunidad Europea, se caracteriza por el actuar de manera independiente de los demás agentes del mercado, lo cual le permite, en definitiva, aumentar los precios.<sup>50</sup> Esta situación deberá definirse en consideración a la estructura del mercado relevante, y luego a «*la situación de competencia en dicho mercado*».<sup>51</sup>

Para el caso de Alemania, la posición de dominio se determina en base a parámetros legales, como ocurre en el párrafo 2 de la sección 19 de la Ley Alemana contra las Restricciones a la Competencia,<sup>52</sup> que establece su

---

<sup>48</sup> Corte Europea de Justicia, sentencia del 14 de febrero de 1978, en causa 27/1976, *United Brands/Commission*, párrafo 65. En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia (sala tercera) de la Unión Europea, mediante sentencia del 19 de abril de 2012, en su párrafo 38, caracterizó la posición dominante como «*una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a esta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores*».

<sup>49</sup> LANDES, William y POSNER, Richard, *Market power in antitrust cases*, en *Harvard Law Review* 94 (1981) 5, pp. 960.

<sup>50</sup> MONTI, Giorgio, cit. (n. 28), pp. 12-17.

<sup>51</sup> Corte Europea de Justicia, sentencia del 14 de febrero de 1978, en causa 27/1976, *United Brands/Commission*, párrafo 67.

<sup>52</sup> Traducción libre de «*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*». Disponible en <https://bit.ly/3jOGTt5>.

existencia para los siguientes tres casos: 1) una empresa no tiene competidores; 2) una empresa no se encuentra sujeta a una competencia sustantiva; o 3) tiene una posición de supremacía en comparación con sus competidores («*paramount market position*»).<sup>53</sup> Adicionalmente, el párrafo 3 de la sección 19 establecía que una empresa era, en dicha época, considerada dominante si tenía una participación de al menos un tercio del mercado.<sup>54</sup>

Tanto en el caso de la Comunidad Europea como en el de Alemania, se puede observar la predominancia de un análisis estructural, que se centra en la participación de los interesados en la operación, a fin de determinar qué participación tendrá en el mercado la nueva entidad, y si esto le otorgará o reforzará una posición de dominio.

Para dicho objetivo, inicialmente se determina el mercado relevante, tanto del producto como geográfico. Por ejemplo, en *United Brands*, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea se preocupó de definir el mercado del producto del plátano en base a su sustituibilidad, es decir, la competencia que se produciría con otras frutas frescas. Ahora, en relación con el mercado geográfico, el caso explicita la relevancia de las condiciones de comercialización, las cuales deben ser homogéneas para poder considerarse que integran el mercado relevante. Asimismo, deben tomarse en cuenta las características de los consumidores de cada zona analizada. Un estudio más acabado de la determinación de MR se esbozarán a propósito del SLC.

Ahora bien, las jurisdicciones que utilizaban el TD como criterio fueron extendiendo el análisis con el objeto de ampliar su ámbito de aplicación, de manera que, adicionalmente a la definición del mercado relevante del producto y geográfico, han incluido el poder de mercado de los otros incumbentes, la posibilidad de entrada de terceros al mercado y el poder de mercado de los consumidores, como factores adicionales, correctivos del análisis al que se podría llegar de solo ver el mercado relevante y la participación en el mismo.<sup>55</sup> A propósito del Reglamento 139/2004, se sumaron nuevos factores para flexibilizar el TD, como son la cercanía de competidores, la posibilidad de cambiar de ofertante, la capacidad de la competencia de aumentar la cantidad ofertada, la capacidad de la entidad

<sup>53</sup> BUNDESKARTELLAMT, cit. (n. 25), pp. 2-3.

<sup>54</sup> Esta norma subsiste también hasta hoy, pero en el párrafo cuarto de la sección 18, indicando como parámetro un 40% de la participación para ostentar la calidad de dominante. Inclusive, la normativa alemana establece un parámetro para la calificación de una dominancia conjunta, en el párrafo segundo de la sección 19, si cumplen con las condiciones del párrafo primero, y no existe competencia sustancial entre ellas.

<sup>55</sup> BUNDESKARTELLAMT, cit. (n. 25), pp. 3-6.

fusionada para dificultar una expansión a sus competidores, la eliminación de una fuerza de competencia relevante, entre otros.<sup>56</sup>

Resulta importante destacar que la Comunidad Europea no explicita la posibilidad de que una operación de concentración pueda contraponer las eficiencias que se podrían obtener de ser aprobada, como sí presentan algunas jurisdicciones que acceden al TD.<sup>57</sup> Esta circunstancia ha traído consigo críticas al TD en comparación al SLC, que sí incluye el factor eficiencia en su análisis.

## b) Tendencia actual

Del análisis de las críticas que se han generado sobre el TD, han surgido modificaciones con el objeto de acercar este criterio al espectro más amplio que abarca el SLC.<sup>58</sup> Tales críticas surgen no solo de manera teórica, sino también práctica,<sup>59</sup> y se centran en el menor nivel de control que permitiría el TD, considerando principalmente mercados oligopólicos, toda vez que siempre buscaría evitar que una empresa termine siendo la más grande de un mercado, o se refuerce su situación.<sup>60</sup>

En lo teórico, se ha indicado que el problema no radica en el criterio, sino en cómo la autoridad lo aplica. El cambio desde un punto de vista estructural a uno basado en el efecto,<sup>61</sup> uniendo teoría económica y jurídica, sería esencial para evitar las críticas del TD.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> MONTI, Giorgio, cit. (n. 28), pp. 5 y 13.

<sup>57</sup> BUNDESKARTELLAMT, cit. (n. 25), p. 6.

<sup>58</sup> Sin perjuicio de ello, y para ser justos, existen defensas al TD basadas principalmente en la mayor certeza jurídica y una menor limitación al desarrollo de las empresas. Sobre esto, se puede consultar CLARKE, Julie, *The Dawson Report and merger regulation*, en *Deakin Law Review* 8 (2003) 2, pp. 45-48.

<sup>59</sup> Los casos *Heinz/Beech-Nut* (comida de bebés) y *Volvo/Scania* (industria automotriz), según MONTI, Giorgio, cit. (n. 28).

<sup>60</sup> Refuerza lo anterior, el caso *Heinz/Beech-Nut*, operación de concentración entre la segunda y tercera empresa, con una participación 17% y 15% respectivamente, frente a un líder con el 65% del mercado relevante, Gerber, todas dedicadas a la producción de comida de bebés. Bajo la crítica en mención, al no generarse una posición de dominio con esta fusión, pues esta correspondía a Gerber, no se podría haber limitado tal operación. Sin embargo, la FTC prohibió la operación pues, al existir un líder en dicho mercado, no habría incentivos reales para competir, produciéndose únicamente un aumento de precios. ¿Podría la Comisión haber cuestionado esta operación? MONTI, Giorgio, cit. (n. 28), p. 3.

<sup>61</sup> Un análisis estructural se basa en la participación de uno o más agentes dentro del mercado relevante, mientras que, al centrarse en el efecto, se revisarán los elementos que determinan la rivalidad dentro de él. Críticas sobre este enfoque pueden encontrarse, por ejemplo, en LANDES, William y POSNER, Richard, cit. (n. 49), pp. 947-950.

<sup>62</sup> MONTI, Giorgio, cit. (n. 28), p. 3.

En lo práctico, las decisiones han sido mayormente convergentes entre las jurisdicciones que emplean TD o SLC, a pesar de que el segundo otorgue un mayor espectro de control, reconozca las eventuales eficiencias y contenga mayor sustento económico.<sup>63</sup>

En definitiva, el TD pareciera ser un criterio que, mediante modificaciones normativas y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, se ha ido transformando, al punto en que su mayor exponente histórico, la Comunidad Europea, y gran parte de sus Estados miembros, han optado por ampliar el rango de aplicación del control de operaciones de concentración, ubicándose en una posición intermedia entre el TD y el SLC, al mantener como factor relevante la creación o fortalecimiento de una posición dominante, pero centrando el asunto en la afectación de una competencia efectiva, con el fin de dar a las autoridades una mayor capacidad de acciones, y así entregar una mejor protección a la libre competencia.

La modificación del Reglamento 4064/89 buscaría esclarecer y facilitar la labor preventiva de las autoridades administrativas y jurisdiccionales, que no tendrán que recurrir a la doctrina y la jurisprudencia para suplir la falta de control que experimentaban,<sup>64</sup> sino a que una operación obstaculice de manera significativa la competencia.

#### 4. Test del disminución sustancial de la competencia

La particularidad del denominado test SLC es que prohibirá o limitará una operación de concentración cuando, producto de ella, se genere una disminución sustancial de la competencia, es decir, disminuya la competitividad del mercado.

La Competition & Market Authority de Reino Unido (CMA) indica que la competencia es un proceso de rivalidad entre las empresas a lo largo del tiempo, en la búsqueda de obtener consumidores, ofreciéndoles un mejor negocio. Así, el test SLC aplicaría cuando esta rivalidad sea sustancialmente menos intensa luego de materializada la operación, lo cual resultaría en un peor resultado para los consumidores, por ejemplo, por un incremento en los precios, una reducción en la calidad o una reducción en la variedad de los productos.<sup>65</sup>

Similar sentido podemos encontrar en Australia, donde la Australian

---

<sup>63</sup> GARCÍA PÉREZ, Mercedes, cit. (n. 28).

<sup>64</sup> Como se explicitó a propósito de los casos *Airtours/First Choice* y *Nestlé/Perrier* (nota 29).

<sup>65</sup> COMPETITION AND MARKET AUTHORITY, *A quick guide to UK merger assessment*, marzo de 2017, p. 8. En similares términos lo indica COMPETITION COMMISSION Y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 19.

Competition and Consumer Commission (ACCC) entiende que el mercado es el producto y el espacio geográfico en el que tienen lugar la rivalidad y la competencia.<sup>66</sup>

El enfoque de esta explicación resulta bastante claro: si la rivalidad entre las empresas es necesaria para producir y ofrecen mejores productos y servicios, puede ocurrir que, por efecto de la operación de concentración, se genere un detrimento para los consumidores. En ese escenario, resultaría necesario aplicar el test SLC.

El origen del SLC se remonta a la Clayton Act de Estados Unidos, que declaró incompatible con la libre competencia una operación en que *«el efecto de dicha adquisición pueda ser sustancial para disminuir la competencia o tienda a crear un monopolio»*.<sup>67</sup>

Asimismo, en Reino Unido una operación de concentración será cuestionada cuando ésta *«haya resultado, o pueda esperarse que resulte, en una disminución sustancial de la competencia en cualquier mercado o mercados de Reino Unido de bienes o servicios»*.<sup>68</sup> Lo mismo ocurre en Canadá, donde, para prohibir o restringir una operación de concentración, se exige que el Competition Tribunal *«encuentre que una fusión o una propuesta de fusión impide o disminuye, o es probable que impida o disminuya, la competencia sustancialmente»*. Igualmente sucede en Australia y Nueva Zelanda, conforme a la Competition and Consumer Act de 2010, sección 50 párrafo primero, y la Commerce Act de 1986, sección 47 párrafo primero, respectivamente. En ambos casos, existe una prohibición de celebrar operaciones de fusión que produzcan, o puedan producir, una disminución sustancial de la competencia.<sup>69</sup>

Así, podemos observar que la determinación del criterio para analizar la operación de concentración parte de conceptualizaciones esencialmente económicas, la competencia o la rivalidad entre empresas que indica la CMA, mucho más flexible que una derivada de criterios normativos (a diferencia de la dominancia). Así, la evolución de cuándo se entiende que hay una disminución sustancial de la competencia dependerá de la teoría

---

<sup>66</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, *Merger guidelines* (2008, actualizado el 2017), p. 13.

<sup>67</sup> Sección 7 párrafo primero de la Clayton Act.

<sup>68</sup> Sección 22 párrafo primero letra b de la Enterprise Act de 2002.

<sup>69</sup> En Australia, la Competition and Consumer Act indica como criterio para prohibir la operación que *«the acquisition would have the effect, or be likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market»*. En Nueva Zelanda, la Commerce Act determina la misma prohibición cuando *«if the acquisition would have, or would be likely to have, the effect of substantially lessening competition in a market»*.

económica, resaltando la importancia de su interacción con la doctrina jurídica.<sup>70</sup>

Como se ha indicado, el enfoque que se aplique al análisis es esencial, independiente de que hablemos de TD o de SLC, pues la disminución sustancial de la competencia puede observarse a nivel de la estructura del mercado (reducción de competidores, integración vertical, por ejemplo), o bien de que efectivamente existan incentivos, producto de la operación, para que la nueva entidad aumente los precios de manera beneficiosa.<sup>71</sup>

Sin perjuicio de sus diferencias con el TD, el SLC también toma como base la determinación del mercado relevante y, consecuentemente, la determinación de las participaciones de los interesados,<sup>72</sup> pero con una visión más amplia, pues el problema no es únicamente determinar si existe una posición de dominio, sino la existencia de una afectación negativa en la competencia del mercado relevante en que influye la operación. En este sentido, cobra especial relevancia la elasticidad de la demanda y de la oferta, entendida como la sustituibilidad del producto y la capacidad de entrada de terceros.<sup>73</sup>

Otra crítica que se ha efectuado al SLC en relación al TD se debe a que el segundo otorga mayor certeza y permite más celeridad en las operaciones.<sup>74</sup> En dicho sentido, el Dawson's Report de Australia<sup>75</sup> consignó las opiniones de quienes solicitaban cambiar SLC por TD, bajo la idea de incentivar la formación de «*campeones nacionales*» que puedan competir en mercados internacionales.<sup>76</sup>

Sin embargo, ese argumento fue desechado, entre otros, por dos motivos. Primero, la evidencia empírica demostraba que el porcentaje de ope-

<sup>70</sup> MONTI, Giorgio, cit. (n. 28), pp. 19 ss.

<sup>71</sup> MONTI, Giorgio, cit. (n. 28), pp. 12, 17, 19 ss.

<sup>72</sup> Por ejemplo, los capítulos cuarto y quinto de la *Horizontal Merger Guidelines* de Estados Unidos y el capítulo quinto sección dos de la *Merger Assessment Guidelines* de Reino Unido, ambos de 2010.

<sup>73</sup> LANDES, William y POSNER, Richard, cit. (n. 49), pp. 947 a 950. Desde la microeconomía, puede verse PINDYCK, Robert S., y RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomía* (7.ª edición, Editorial Pearson, 2009), pp. 38 ss.

<sup>74</sup> A manera de ejemplo, se encuentra el caso *Air Liquide/BOC*, en que, producto de los cuestionamientos de la FTC, estas optaron por declinar de la operación de concentración.

<sup>75</sup> Destinado a evaluar la situación de defensa de la libre competencia en dicho país. Australia contó, desde un principio, con un análisis en base al SLC, en virtud de la Trade Practice Act de 1974, sin embargo, se cambió tres años después, por el TD. Luego, en 1992, se restituyó el criterio del SLC.

<sup>76</sup> CLARKE, Julie, cit. (n. 58), pp. 45-47.

raciones cuestionadas bajo el sistema australiano era entre un 4% y un 5%, por lo que la aseveración de que el tipo de test atrasaba el desarrollo de los negocios resultaba ajena a la realidad. En segundo lugar, no existe evidencia de que un «*campeón nacional*» tenga más competitividad a nivel internacional, pues hay empresas de menor y mediano tamaño que se han desempeñado competitivamente en el extranjero.<sup>77</sup>

En suma, el SLC es aplicado de manera directa por Estados Unidos, Canadá, Australia, Reino Unido y Nueva Zelanda. Adicionalmente, mediante práctica jurisprudencial o reformas normativas, la Unión Europea y gran parte de los Estados que la componen han alterado su conceptualización del TD, acercándola al del SLC, mediante el concepto de «*obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva*», lo cual permite realizar una evaluación mucho más amplia, extendiendo el control en consideración al concepto económico de competencia efectiva.

De esta manera, el SLC se muestra como la tendencia normativa actual, siendo precisamente la opción que adoptó Chile, como lo indican sus artículos 54 y 57 del DL 211.

##### *5. Implementación del test de disminución sustancial de competencia*

Como se señaló, el análisis que deberá efectuarse para determinar si existe un SLC parte con la determinación de un mercado relevante, pues la delimitación del producto y de la zona geográfica permiten evaluar la participación de cada uno de los incumbentes en el mercado y su concentración.

Con todo, es necesario adicionar factores que escapan de la simple determinación de la posición de dominio que pudieran tener o alcanzar las entidades interesadas y/o la nueva empresa.

En dicho sentido, deberá evaluarse el riesgo de abusos unilaterales o coordinados que puedan producirse en consideración a las barreras de entrada y de expansión, la desafiabilidad del mercado relevante, su dinamismo, si alguna de las empresas parte de la operación son de aquellas denominadas «*Maverick*», el eventual contrapeso que puedan generar los consumidores y, finalmente, la existencia de eficiencias que puedan servir de contrapeso para la disminución de competencia que se evalúe.

A continuación se expondrán los factores mencionados, en base a cómo lo conceptualizan las principales jurisdicciones que consagran el SLC.

Cabe antes señalar que, al encontrarnos ante la determinación de características de orden económico, es decir, si la operación produce o no una disminución sustancial de la competencia, podrán incorporarse más

---

<sup>77</sup> CLARKE, Julie, cit. (n. 58), pp. 41 y 46-51.

aspectos a evaluar, en tanto sean jurídica y económicamente relevantes para determinar si existirá, producto de la operación, una disminución de las fuerzas que rigen el mercado competitivo.<sup>78</sup>

#### a) Mercado Relevante

Al igual que en el TD, el análisis inicia mediante la determinación del mercado relevante de la nueva entidad, lo que permitirá especificar los incumbentes, la participación de estos en el mismo y su nivel de concentración.<sup>79</sup>

Ahora bien, definir el mercado relevante no es un fin en sí mismo, pues existen factores externos que determinarán la competencia efectiva dentro del mercado. Por ello se considera el mercado relevante como una herramienta útil, pero insuficiente por sí sola, para permitir una conclusión sobre la existencia de una SLC.<sup>80</sup>

El objetivo del análisis de SLC es resolver si la nueva entidad se someterá a las limitantes que impone la competencia, o podrá actuar con completa holgura en el mismo. Por ello, deberá indagarse en cuales son las restricciones más relevantes al comportamiento de los interesados y de la nueva empresa.<sup>81</sup>

Se debe señalar que el análisis de mercado relevante se hace desde la sustituibilidad de la demanda y de la oferta de los bienes que lo componen.<sup>82</sup>

Desde la demanda, se evalúa la respuesta de los consumidores ante un aumento de los precios impuesto en, al menos, uno de los bienes ofrecidos por los entes que participan en la operación, cambiando el consumo de dicho bien o servicio por otro. Desde la oferta, por su parte, se analiza la capacidad de otras empresas de responder ante un aumento del precio del mencionado bien.<sup>83</sup>

---

<sup>78</sup> Esto refleja la flexibilidad que caracteriza al SLC, como señala GARCÍA PÉREZ, Mercedes, cit. (n. 28), p. 23.

<sup>79</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), pp. 29 ss.; FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), pp. 7 ss.; COMPETITION BUREAU, *Merger enforcement guidelines* (2009), pp. 11 ss.; AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), pp. 13 ss.; COMMERCE COMMISSION, *Merger and acquisitions guidelines* (2013), pp. 23 ss., y FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Operaciones*, cit. (n. 12), pp. 10-12.

<sup>80</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 29; FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 7; entre otras.

<sup>81</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 29.

<sup>82</sup> COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), pp. 11 ss., y FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), pp. 7 y 8.

<sup>83</sup> LANDES, William y POSNER, Richard, cit. (n. 49), pp. 947-949. Desde un punto de

De esta forma, se debe verificar si, ante un aumento de precio, primero, los consumidores cambiarían suficientemente su decisión de consumo a otros productos o lugares y, segundo, si las empresas cambiarían su decisión de producción a dicho producto o lugar de una manera rápida (un año generalmente), de manera rentable, fácil y sin costos significativos.<sup>84</sup>

El análisis del mercado relevante ocurre también a dos niveles:<sup>85</sup> el producto analizado y el lugar geográfico en que se ubica el ofertante o el consumidor del mismo, según sea el caso.

Para poder delimitar el mercado relevante, se puede observar la utilización generalizada del test del monopolista hipotético (TMH), considerando un aumento pequeño pero significativo, no transitorio, del precio (SSNIP).<sup>86</sup>

Bajo el TMH, se toma como punto de partida uno de los bienes o servicios que ofrecen las empresas que pretenden realizar la operación de concentración, antes de su concreción, en uno de las zonas geográficas en que se desempeña. Luego, se evalúa si, en caso de ser el único ofertante en la zona geográfica determinada, resultaría rentable realizar un SSNIP sobre dicho producto.<sup>87</sup>

En caso de un SSNIP beneficioso, se considerará determinado el mercado relevante. De no ocurrir, se deberá agregar el bien o servicio que se considere su sustituto más cercano, volviendo a intentar el SSNIP, para verificar si este es provechoso. De esta forma, seguirán agregándose productos hasta que se considere rentable el haber realizado el SSNIP.

Este ejercicio se utiliza tanto para determinar el mercado relevante del producto como el mercado relevante geográfico, sin embargo, se considerará la posibilidad del monopolista hipotético para efectuar una distinción

---

vista microeconómico, PINDYCK, Robert S., y RUBINFELD, Daniel L., cit. (n. 74), pp. 38 a 40.

<sup>84</sup> COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 24.

<sup>85</sup> La Commerce Commission considera cinco dimensiones, aunque analiza las mismas circunstancias que EE.UU., Canadá y Reino Unido (COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), pp. 25-29).

<sup>86</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), pp. 31; FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), pp. 9 a 11; COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 11; AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), pp. 15 y 16., y COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 24.

<sup>87</sup> Cabe señalar que, en el análisis de plataformas digitales, se han planteado objeciones al uso del SSNIP cuando el precio de la plataforma es cero. Sobre este asunto, ver OXERA, *Market power in digital platforms*, preparado para la conferencia de la Unión Europea titulada *Shaping competition policy in the era of digitisation*, celebrada en enero de 2019.

entre los diferentes consumidores, si el producto se adquiere en el lugar del ofertante o no y si el precio es negociable o se encuentra previamente establecido. De esta manera, en caso de ser posible la distinción entre los consumidores, podrá definirse el mercado geográfico desde la ubicación de estos. De no ser así, se preferirá determinarlo en base a la ubicación de los ofertantes, especialmente si los consumidores deben acudir a su ubicación para adquirir el producto.<sup>88</sup>

Se entenderá definido el mercado relevante cuando se determine el menor grupo de productos que permitan realizar rentablemente un SSNIP.<sup>89</sup>

Ahora bien, las guías dictadas por las autoridades como el DoJ, la CMA, la ACCC, la Commerce Commission de Nueva Zelanda (NZCC) y el Competition Bureau de Canadá (CB) han incluido ciertos factores adicionales que deben considerarse a propósito de la determinación del mercado relevante.<sup>90</sup> Dentro de dichos factores, encontramos la sustitución asimétrica,<sup>91</sup> la diferenciación de productos, la sustitución indirecta,<sup>92</sup> los mercados de dos lados,<sup>93</sup> entre otros. Cabe mencionar que este tipo de elementos se rigen por la misma lógica de la determinación del mercado relevante, es decir, la capacidad de respuesta de los consumidores y de la oferta ante un SSNIP.

Resulta importante, dentro de dichos factores, la posibilidad de determinar un mercado relevante en base al consumidor, lo cual aplica en caso de que el eventual efecto negativo de la operación afecte a un determinado grupo de consumidores. En dicho caso, será clave observar si hay consumidores que obtengan mejores condiciones que otros, pudiendo generarse un mercado relevante distinto, que tome en consideración al grupo afectado.<sup>94</sup>

---

<sup>88</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), pp. 36 y 37; FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), pp. 13-15; COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 14 y 15; AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), pp. 14-16; COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 24.

<sup>89</sup> COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 24.

<sup>90</sup> Una propuesta se puede observar en AGOSTINI, CLAUDIO, *Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales*, en *Revista de Estudios Públicos* 107 (2007), pp. 101 ss.

<sup>91</sup> MÉNDEZ NAYA, José, *Fusiones horizontales de empresas y estrategias de diferenciación de producto*, en *Estudios de Economía* 44 (2017) 2, pp. 176, 177 y 180.

<sup>92</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 18.

<sup>93</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 34.

<sup>94</sup> Esto ocurre, por ejemplo, en COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 34.

## b) Estructura

A continuación el análisis se debe enfocar en la estructura y características del mercado relevante, tomando en consideración sus incumbentes, la participación y la concentración que existe en él.

Esto nos permite obtener una fotografía del mercado relevante y una aproximación del tamaño que podrían tener las empresas que en él participan, lo que si bien es insuficiente para generar conclusiones, permite resolver si la operación es de bajo interés, o si debe sujetarse a un escrutinio mayor.

Diversos entes reguladores<sup>95</sup> establecen criterios para determinar si existe o no una mayor probabilidad de que la operación no produzca una SLC, cuidando de no clasificarla como buena o mala, ya que puede ocurrir un SLC aun fuera de los parámetros preestablecidos.<sup>96</sup>

## i) Incumbentes

El primer factor que deberá analizarse para determinar la estructura del mercado son los incumbentes, es decir, aquellas empresas que participan en el mercado relevante.

Si bien no todas las jurisdicciones indican quiénes deben considerarse como partícipes del mercado relevante, podemos señalar dos grupos. Primero, aquellas empresas que ofrezcan el producto relevante en la zona geográfica relevante. En segundo lugar, las empresas que no requieren incurrir en costos hundidos significativos para entrar o salir del mercado relevante y que podrían, rápida y rentablemente, variar sus ventas o capacidad para ofrecer el producto en el mercado, o entrar a la zona relevante definida, como respuesta ante un SSNIP<sup>97</sup> (las denominadas *Rapid Entrants* en Reino Unido y Estados Unidos).

## ii) Participación

La participación de cada uno de los incumbentes, dentro del mercado relevante, puede medirse de diversas formas, lo cual dependerá de la naturaleza del mercado en análisis y de la información con que se disponga.

---

<sup>95</sup> Por ejemplo, Chile, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

<sup>96</sup> En este sentido, es un análisis para descartar SLC, en base a lo que probablemente suceda. Véase FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 19, y COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 18).

<sup>97</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), pp. 15 y 16, y, COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 17.

En general, se prioriza el análisis en base a las ventas de cada una de las empresas, sea en consideración al ingreso o al número de unidades vendidas. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias, puede utilizarse la capacidad de producción y/o las reservas con que cuenta cada uno de los incumbentes.<sup>98</sup>

Para los *Rapid Entrants*, se calcula su participación en base a una proyección de la cantidad o capacidad de producción que destinarían al mercado relevante ante un SSNIP.<sup>99</sup>

Se dará más relevancia a la participación que tengan los incumbentes si estos son estables en el tiempo. Fluctuaciones en la participación de los incumbentes, sugieren competencia incluso en un mercado altamente concentrado.<sup>100</sup> Así, la relevancia de la estructura del mercado dependerá de su estabilidad.

### iii) Concentración

Realizado lo anterior, corresponde determinar el nivel de concentración existente en el mercado relevante determinado.

Si bien la concentración no es suficiente, por sí sola, para decidir si la operación produce un SLC, su esclarecimiento refleja la posición de las empresas parte de la operación, y de la nueva entidad, frente a sus rivales. Así, ante la ausencia de una alta concentración, la competencia efectiva en el mercado relevante generalmente podrá restringir la creación, mantenimiento o fortalecimiento del poder de mercado que pudiese ostentar, generarse o reforzarse por efecto de la operación de concentración.<sup>101</sup>

Para estos efectos, existen diversos métodos reconocidos para calificar si un mercado es concentrado. Estados Unidos reconoce tres, que también pueden ser observados en otros países.<sup>102</sup>

En primer lugar, se considera el número de incumbentes que tiene el mercado en análisis, el cual se indica que sería útil en caso de existir una

---

<sup>98</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 17; COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), pp. 17 y 18, y AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 34.

<sup>99</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 17; COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), pp. 17 y 18, y AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 34.

<sup>100</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 18.

<sup>101</sup> COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 18.

<sup>102</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), pp. 18 y 19. Lo mismo ocurre en Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y Canadá, aunque este último no utiliza el HHI.

brecha entre dos o más grupos de ofertantes,<sup>103</sup> de manera que haya una diferencia entre pequeños y grandes competidores.

Segundo, las autoridades pueden utilizar la participación de mercado de las empresas participantes, combinada o individual, con respecto a las empresas que son parte de la operación de concentración, de otras, o de unas y otras.<sup>104</sup>

En tercer lugar, encontramos el HHI,<sup>105</sup> método consistente en la suma, al cuadrado, de cada una de las participaciones individuales de los participantes en el mercado relevante. De esta forma, considerando la variación entre el HHI obtenido previo y después de la operación, junto al valor inicial se ha determinado cuándo una operación probablemente no constituya un SLC. Así ocurre en Chile,<sup>106</sup> Estados Unidos<sup>107</sup> y en otras jurisdicciones.<sup>108</sup>

La variación del HHI nos permite entender el efecto de una operación dentro de la estructura del mercado al indicar cuanta mayor concentración produce la eliminación de uno o más de sus participantes,<sup>109</sup> resaltando la relevancia de las empresas mientras mayor sea su rol en el mercado.<sup>110</sup>

En base a los parámetros de Estados Unidos, el HHI permite distinguir niveles de concentración.<sup>111</sup> Su objetivo no es dar un parámetro rígido que permita separar las operaciones de concentración benignas de las anticompetitivas, sino distinguir las que probablemente no sean problemáticas de aquellas que requieren mayor revisión.

En nuestro país, la FNE considera que las operaciones de concentración que no sobrepasan el umbral establecido en la página 13 de la *Guía*

---

<sup>103</sup> «*Significant competitors*» en los términos del párrafo cuarto del apartado 5.3, de las *Horizontal merger guidelines* de Estados Unidos.

<sup>104</sup> Canadá fija umbrales para declarar cuando una firma probablemente no genere SLC. Véase COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), pp. 18 y 19. En Nueva Zelanda se considera la participación combinada de las empresas que son parte de la operación de concentración y la participación combinada de los tres principales ofertantes del mercado relevante. Véase COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 30.

<sup>105</sup> Canadá no utiliza el HHI. Véase COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 19, nota al pie 31. Nueva Zelanda no hace referencia al HHI, incluyendo únicamente la participación de las principales empresas del mercado y de aquellas que son parte de la operación de concentración. Véase COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 30.

<sup>106</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Operaciones*, cit. (n. 12) 2012, p. 13.

<sup>107</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 19.

<sup>108</sup> Australia y Reino Unido, por ejemplo.

<sup>109</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 35. Australia adicionalmente considera el nivel de simetría entre las empresas incumbentes.

<sup>110</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 18.

<sup>111</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 19.

para el análisis de operaciones de concentración tienen un escaso potencial anticompetitivo. El mencionado criterio para descartar la capacidad anticompetitiva de la operación es el siguiente:<sup>112</sup>

- Si el HHI posterior a la operación es inferior a 1.500.
- Si el HHI es mayor a 1.500, pero menor a 2.500, y la variación del HHI es menor a 200.
- Si el HHI es mayor a 2.500 y la variación del HHI es menor a 100.

Desde un punto de vista estructural, suele mencionarse que en Chile priman mercados concentrados, pero esto no implica que en cada uno de ellos existan preocupaciones para la libre competencia. En este sentido, la competitividad de una industria suele determinarse por su innovación, asociándola a la variación que pueda existir en la participación de cada empresa en el mercado relevante.<sup>113</sup>

### c) Desafiabilidad

Aun cuando un mercado relevante presente una estructura que haga probable la producción de un SLC por la operación en análisis, deberán revisarse determinadas características del mercado que permiten aplacar la posible producción de dichos efectos.

Lo anterior, por cuanto en el largo plazo nuevos competidores pueden entrar al mercado, o las empresas que compiten tomarán acciones para mejorar su competitividad.<sup>114</sup>

Así, debe consultarse si existe la posibilidad de que terceros entren en el mercado o incumbentes actualmente en él expandan su producción, de una manera rápida, suficiente y probable, disuadiendo o contrarrestando cualquier ejercicio de poder de mercado.<sup>115</sup>

El objetivo será verificar si, luego de la operación de concentración, ante un SSNIP o ante el ejercicio no transitorio de poder de mercado, se producirá ingreso al mercado por parte de terceros o se expandirá la producción de los incumbentes, de manera que no resulte rentable el ejercicio no transitorio de poder de mercado.<sup>116</sup>

De esta forma, la potencial entrada de terceros o la potencial expansión

---

<sup>112</sup> Este es el término utilizado por la FNE en el texto mencionado.

<sup>113</sup> SAPELLI, Claudio, *Concentración y grupos económicos en Chile*, en *Revista de Estudios Públicos* 88 (2002), pp. 68 a 70, 75 a 79 y 780-82.

<sup>114</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), pp. 58 y 59.

<sup>115</sup> AGOSTINI, Claudio, cit. (n. 87), pp. 113-115.

<sup>116</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 28, y LANDES, William y POSNER, Richard, cit. (n. 49), p. 950.

de la producción por parte de terceros, probable, suficiente y oportuna, otorgará competitividad al mercado, haciendo improbable un SLC.<sup>117</sup>

### i) Probabilidad

La potencial entrada o expansión no solo deber ser posible, sino probable. Esta probabilidad se mide en base a los incentivos que tendría una empresa para efectivamente ingresar o expandir su producción en el mercado relevante, lo cual se traduce en rentabilidad.

El CB indica que se considerará rentable cuando el precio del bien o servicio, luego de la entrada de la nueva empresa (o de la expansión de la existente), es igual al precio del mismo antes de la operación de concentración. Lo anterior, por cuanto se entiende que, tras un SSNIP efectuado por la nueva entidad, el entrante deberá poder ingresar al mercado con un precio menor al de esta, y arrastrar una cantidad suficiente de consumidores para que el precio de mercado vuelva a ser el previo al SSNIP, evitando el ejercicio del poder de mercado.<sup>118</sup>

En Estados Unidos consideran que la rentabilidad depende de tres factores: 1) del nivel de volumen de producción que probablemente se obtenga; 2) del precio que probablemente se obtenga en el mercado luego de la operación, considerando el efecto en el precio del ingreso al mercado o de la expansión en la producción; y 3) del costo total medio que se obtenga, el que puede depender de la escala de producción.

Resulta interesante incluir en el análisis el costo de oportunidad de los insumos necesarios para producir dentro del mercado relevante, toda vez que, por muy rentable que pueda resultar ingresar a un mercado, esto no será probable si los bienes pueden emplearse para producir bienes más rentables.<sup>119</sup>

Bajo este requisito suelen considerarse los potenciales entrantes, empresas que están dentro del mercado, pero que se ubican en sus límites, en zonas geográficas cercanas, o empresas que producen bienes con insumos o maquinaria con la que se podría producir el producto relevante, o bien, empresas que se encuentran dentro de la cadena productiva del bien, o finalmente, agentes económicos que utilizan canales de distribución o recurren a métodos de promoción o marketing similares, entre otras.<sup>120</sup>

También se evalúa la existencia de insumos o instalaciones esenciales, toda vez que la mayor dificultad de adquirir estos bienes hará menos pro-

---

<sup>117</sup> «*LET Test*». Véase COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 37.

<sup>118</sup> COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 29.

<sup>119</sup> COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 38.

<sup>120</sup> COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 29.

bable que una empresa entre a dicho mercado. En el mismo sentido, se observará la existencia de costos hundidos, en la medida que representen una parte significativa del costo de ingresar al mercado.<sup>121</sup>

## ii) Suficiencia

Un segundo requisito considerado al evaluar la entrada al mercado es su suficiencia para desincentivar o coartar el ejercicio de poder de mercado.

Esto se puede observar desde varios puntos de vista. En primer lugar, el bien que ofrecerá el nuevo incumbente debe ser un sustituto cercano al del mercado relevante. Así, la diferenciación de productos, los consumidores cautivos, entre otros, serán factores que afecten de una manera negativa a la suficiencia.

En segundo lugar, el volumen de oferta del nuevo entrante, y la capacidad de expansión de los incumbentes y del nuevo ofertante, puede resultar relevante para desincentivar un SSNIP. En este sentido, en un mercado sin diferenciación de productos y con potencial expansión, un nuevo ofertante con un pequeño volumen de oferta, en comparación con el líder del mercado relevante, puede constreñir un SSNIP.

El DoJ y la FTC consideran que se cumple el requisito de suficiencia si la empresa entrante ingresa con la misma escala y fuerza con que actualmente actúa uno de los incumbentes.<sup>122</sup>

## iii) Oportunidad

Finalmente, la entrada no solo debe ser probable y suficiente, sino producirse en un período de tiempo que sea razonable para generar un efecto disuasivo.

El tiempo que se exige depende de cada mercado, debiendo observarse sus características particulares, como la existencia de contratos de tracto sucesivo, las barreras de entrada que puedan retrasar la oferta, entre otros.

El objetivo de este requisito es que la entrada o expansión de un incumbente se produzca con tal velocidad que quien detente una posición dominante en el mercado relevante no tenga incentivos para generar un SSNIP o afectar de otra manera a la libre competencia.

---

<sup>121</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 28.

<sup>122</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 29.

#### IV) BARRERAS DE ENTRADA Y OTROS LÍMITES A LA LIBRE ENTRADA Y SALIDA DE UN MERCADO

La entrada o expansión dentro de un mercado puede verse afectada por factores como las barreras de entrada (y salida) del mercado. Las barreras son características específicas de un mercado, que otorgan a los incumbentes ciertas ventajas sobre potenciales competidores.<sup>123</sup>

La revisión debe comprender conjuntamente todas las barreras existentes en el mercado, pues su análisis individual podría derivar en que su efecto no sea correctamente determinado.<sup>124</sup>

Los diferentes organismos encargados del control de operaciones de concentración efectúan clasificaciones diferentes de los tipos de barreras de entrada. Sin embargo, todas apuntan a las mismas situaciones, cambiando solamente el grupo al cual pertenece.<sup>125</sup>

Un primer tipo de barreras de entrada son las regulatorias, que corresponden a limitaciones a la entrada de nuevos competidores, que tienen su origen en la normativa legal o administrativa.

En segundo lugar, encontramos las barreras de naturaleza estratégica, es decir, aquellas que tienen su origen en la forma en que los incumbentes actúan dentro del mercado relevante. En este sentido, se trata de acciones o amenazas de acciones que realizan los incumbentes, con el fin de desincentivar que terceros entren al mercado relevantes.<sup>126</sup>

Finalmente, existen barreras a la entrada denominadas estructurales, pues tienen que ver con la naturaleza y características propias del mercado en análisis.<sup>127</sup>

La existencia de barreras de entrada o de salida disminuye la posibilidad de que se produzca el ingreso de nuevos competidores, pues afectan la rentabilidad de quienes pretendan hacerlo,<sup>128</sup> por lo que el análisis del efecto negativo que producen las barreras de entrada va a ser un factor relevante en la conclusión sobre si una operación produce un SLC.

---

<sup>123</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 59.

<sup>124</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 29.

<sup>125</sup> La CMA las clasifica en ventajas absolutas de los incumbentes, barreras estructurales, economías de escalas y ventajas estratégicas. CB las divide entre costos hundidos sustantivos y barreras regulatorias. ACCC y NZCC las clasifican entre estructurales, estratégicas y legales.

<sup>126</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 38.

<sup>127</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), pp. 37-38.

<sup>128</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 336.

#### d) Contrapeso de los consumidores

Al evaluar la capacidad de una empresa producto de producir un SLC, se debe analizar la existencia de un poder de compra compensatorio por parte de los consumidores, el cual haga improbable que el eventual SLC derive en el ejercicio de poder de mercado.<sup>129</sup>

El poder de compra compensatorio es algo distinto de la capacidad de sustituir un ofertante por otro. Su calificación corresponde a las características especiales de los consumidores en cuestión, como el tamaño y relevancia comercial, las cuales entregan ventajas adicionales de negociación, permitiéndole amenazar o castigar la conducta de empresas que pretenda elevar sus precios.<sup>130</sup>

Algunas jurisdicciones entienden que tanto la capacidad de sustituir al ofertante como las características del consumidor son relevantes para que el poder de compra compensatorio evite la materialización de riesgos unilaterales o coordinados producto del SLC que genere una operación de concentración.<sup>131</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, hay consenso en la existencia de un poder de compra compensatorio cuando el o los consumidores pueden: i) entrar al mercado relevante por sí mismos; ii) patrocinar la entrada de un nuevo competidor o la expansión de un incumbente; iii) imponer costos a los ofertantes.

La ACCC exige, al calificar el poder compensatorio, que la amenaza del consumidor revista las calidades de real, probable y en un porcentaje determinado de las ventas.<sup>132</sup>

El poder de compra compensatorio debe mantenerse en el escenario posterior a la operación en análisis. Por ello, si la operación de concentración saca del mercado relevante a un competidor que otorgaba ventajas en la negociación a los consumidores, no podrá considerarse que hay poder de compra compensatorio.<sup>133</sup>

---

<sup>129</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), pp. 62 y 63; FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 27; COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 31; AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 44, y COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 40.

<sup>130</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 44, y COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 40.

<sup>131</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING (n. 17), p. 63, y COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 31.

<sup>132</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), pp. 44 y 45.

<sup>133</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 64, y FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 27.

Cabe mencionar que una discriminación de precios puede derivar en que parte de los consumidores tengan poder de compra, pero no el resto. Este caso se suele considerar insuficiente para verificar poder de compra compensatorio, pues no se producirá un «*efecto paraguas*»,<sup>134</sup> esto es, que el contrapeso de un consumidor aproveche a todos.<sup>135</sup> Este efecto se ocasionará, con mayor facilidad, cuando no existe una negociación directa y haya transparencia en los precios cobrados a los consumidores.<sup>136</sup>

#### e) Eficiencias de la operación de concentración

Dentro del análisis de SLC, los órganos administrativos deberán considerar las eficiencias producto de la operación que se analiza.<sup>137</sup>

Se deberá evaluar una compensación entre el efecto anticompetitivo que se produce con motivo de la operación y las eficiencias que, por efecto específico de esta, se generan en beneficio del mercado<sup>138</sup> (sin considerar la nueva entidad), con miras a dar una protección efectiva a los consumidores.<sup>139</sup>

En las distintas jurisdicciones podemos observar diversos requisitos, los que podemos resumir en: la probabilidad de que la eficiencia alegada efectivamente ocurra; que estas sean producto precisamente de la operación de concentración, de manera que no pueda ser obtenida de maneras alternativas o si se prohibiera o limitase la misma; y, finalmente, que la eficacia alegada tenga la potencialidad de acaecer en un tiempo y magnitud que sean suficientes para contrarrestar los potenciales efectos anticompetitivos.<sup>140</sup>

Evidentemente existen dificultades asociadas a la verificación de las eficiencias, debido a que su información se encuentra en manos de las partes de la operación y que, aun existiendo esfuerzos y buena fe, puede que no se materialicen.<sup>141</sup>

Por dicho motivo, jurisdicciones como Estados Unidos exigen que la eficiencia se produzca exclusivamente por la fusión que se encuentra veri-

---

<sup>134</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 63.

<sup>135</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 27.

<sup>136</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 64.

<sup>137</sup> Sección 30, párrafo primero, de la Enterprise Act, de acuerdo también con lo indicado en COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 55.

<sup>138</sup> COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 37, y AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 49.

<sup>139</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 31.

<sup>140</sup> COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 37 y 40, AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 49, y COMMERCE COMMISSION, cit. (n. 77), p. 41.

<sup>141</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 30.

ficada, sin ser producto de una reducción anticompetitiva de la cantidad ofrecida.<sup>142</sup>

Resulta interesante el caso de las operaciones de concentración verticales, las cuales suelen indicarse como intrínsecamente eficientes al disminuir costos por evitar la doble marginalización. Esta aseveración es cuestionable, pues este tipo de eficiencias podría evitarse a través de acuerdos comerciales, no siendo producto exclusivo de la operación en cuestión, en cuyo caso no deberán sopesarse.<sup>143</sup>

Algunos consideran el costo de implementación de las eficiencias, y finalmente excluyen las eficiencias que no benefician al mercado, como las que se producen fuera de la jurisdicción, las que derivan de una disminución de la producción, su calidad o la variedad de opciones, entre otros.<sup>144</sup>

En términos de cuáles eficiencias tienen mayor relevancia, podemos considerar que tienen preponderancia aquellas verificables y que implican un traspaso efectivo a los consumidores, como ocurre con la reducción de los costos variables y, consecuentemente, de los costos marginales.<sup>145</sup>

Por el contrario, las eficiencias en innovación<sup>146</sup> no tendrán mayor consideración, ya que no tienden a afectar el precio en el corto plazo, y por ser de muy difícil verificación.<sup>147</sup>

Finalmente, existen casos en que la excepción de eficiencia tiene justificaciones especiales, como ocurre en Australia y Canadá. En el primero, la eficiencia debe constituir un beneficio público mayor al detrimento público que genera la SLC producto de la operación.<sup>148</sup> En el segundo, el CB determina que, ante significativos aumentos en el valor real de las exportaciones y una importante sustitución de productos nacionales por importaciones, estas serán sopesadas frente al efecto anticompetitivo de la operación.<sup>149</sup>

---

<sup>142</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 30.

<sup>143</sup> SALOP, Steven, cit. (n. 18), pp. 9-II.

<sup>144</sup> COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), pp. 42-43.

<sup>145</sup> COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 30, y AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), pp. 48-49.

<sup>146</sup> Una mejor capacidad de la entidad nacida de la operación para dirigir investigación y desarrollo.

<sup>147</sup> Similar criterio se puede observar en el Informe de aprobación de la fusión entre Uber y Cornershop, Rol FNE F217-2019, p. 102, en el cual se advierte que este tipo de eficiencias pueden tener mayor relevancia cuando se analizan plataformas digitales, debido a la importancia de la innovación y mejora continua en estos mercados.

<sup>148</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 49.

<sup>149</sup> COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 40.

## f) Otros factores relevantes

De manera adicional a los elementos que se han mencionado en los títulos precedentes, resulta importante analizar tres casos que pueden afectar la conclusión a la que se puede llegar sobre si una operación de concentración produce SLC.

Estos factores corresponden al caso en que una empresa efectivamente competitiva sea objeto de la fusión, el caso de empresas que se encuentran en circunstancias de salir del mercado y, finalmente, el dinamismo del mercado relevante.

## i) Empresas que producen restricciones competitivas sustantivas

El primer factor es que una de las partes de la operación de concentración sea una empresa que signifique una efectiva y sustantiva restricción competitiva (Maverick).<sup>150</sup>

Las Maverick son empresas cuyo efecto es fortalecer la competencia del mercado, al contribuir significativamente a su dinamismo y a su rivalidad.<sup>151</sup>

Cabe precisar que el tamaño de la empresa no es esencial para su calificación como Maverick.<sup>152</sup> En este sentido, se caracterizan por tener incentivos sustancialmente distintos a aquellos que conducen a la coordinación con sus competidores, poseyendo una capacidad para adquirir parte significativa del mercado.<sup>153</sup>

De esta manera, las empresas Maverick desincentivan la producción de efectos anticompetitivos coordinados, pues, ante un aumento de precios, esta disminuirá o mantendrá los suyos y/o aumentará su capacidad de producción, atrayendo a los consumidores que antes compraban a las empresas coordinadas.<sup>154</sup>

Pues bien, la desaparición de una empresa Maverick producto de una operación de concentración puede ser constitutivo de un SLC, al eliminarse una importante restricción anticompetitiva, especialmente si se trata de un mercado vulnerable a coordinaciones,<sup>155</sup> aunque por sí solo no es suficiente elemento para calificar un SLC.<sup>156</sup>

---

<sup>150</sup> Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda consideran este factor.

<sup>151</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), pp. 3, 4 y 18.

<sup>152</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 46.

<sup>153</sup> COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, cit. (n. 17), p. 49.

<sup>154</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 30.

<sup>155</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 25.

<sup>156</sup> COMPETITION BUREAU, cit. (n. 77), p. 21 y 27.

ii) Salida inminente de una de las partes de la operación de concentración

Un segundo factor a considerar es la salida inminente de una de las empresas que es objeto de la operación de concentración, factor que es reconocido tanto por la FNE como por la generalidad de las jurisdicciones.

Este factor es tratado como una excepción a la producción de SLC, en el sentido de que, en caso de que una de las empresas objeto de la operación se encuentra en una crisis que derive en su salida del mercado relevante, los consumidores no se encontrarán en una peor posición de no producirse la operación de concentración.<sup>157</sup>

Ahora bien, debido a que esta circunstancia tiene el efecto de cambiar la conclusión del análisis de SLC, debe reunir requisitos exigentes a fin de probar que la empresa efectivamente se encuentra en situación de salir del mercado.<sup>158</sup>

iii) Dinamismo del mercado<sup>159</sup>

El último factor corresponde al carácter dinámico del mercado, lo que hace referencia a las variaciones que pueden afectar al mercado en el corto y largo plazo, resultando esencial al proceso de análisis del SLC, toda vez que su naturaleza es prever eventos futuros.<sup>160</sup>

El crecimiento de un mercado puede afectar la posibilidad de nueva entrada, determinando el SLC que puede producir una operación de concentración.<sup>161</sup>

En el mismo sentido, un mercado caracterizado por una rápida innovación en los productos mantendrá una inestabilidad que dificultará la creación, mantención o refuerzo de poder de mercado, haciendo improbable un SLC.<sup>162</sup>

En definitiva, una operación de concentración es menos probable que produzca SLC en un mercado que varía rápidamente.<sup>163</sup>

---

<sup>157</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Operaciones*, cit. (n. 12), p. 26, y FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 32.

<sup>158</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 9), p. 32.

<sup>159</sup> Este último factor se encuentra ampliamente reconocido. Cabe destacar el caso de Australia, que entrega un apartado especial sobre el efecto del dinamismo del mercado en el análisis del SLC. Véase AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), pp. 45 y 46.

<sup>160</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 45.

<sup>161</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 45.

<sup>162</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 46.

<sup>163</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 46.

Sobre este particular, resulta esencial considerar evidencia fuerte, de manera de dar mayor certeza al análisis prospectivo.<sup>164</sup>

## V. CONCLUSIONES

El análisis de operaciones de concentración ha sido objeto de un importante desarrollo en variadas jurisdicciones.

En Chile, sin perjuicio del desarrollo jurisprudencial, ha sido de especial relevancia la Ley 20.945 al instaurar explícitamente un régimen de control de operaciones de concentración, generando un avance notable en cuanto a certeza jurídica, al indicarse derechamente como criterio legal para condicionar o prohibir una operación el SLC.

Aun cuando, a nivel internacional, podemos encontrar principalmente dos criterios que presenta importantes diferencias, tanto a nivel conceptual y de análisis, el desarrollo jurisprudencial en uno u otro sistema tiende a converger.

Al respecto, la crítica al control de operaciones de concentración se centra en si el análisis es conductual o estructural, indicando que debiese existir mayor preocupación por el primero. Para estos efectos, resulta esencial la colaboración de argumentos de tipo económico con los análisis jurídicos.

Si bien el SLC permite un rango de control amplio, al ser un concepto de naturaleza eminentemente económica puede carecer de certeza.

Sin embargo, su adopción en el DL 211 resulta adecuada. En primer lugar, es acorde con la tendencia evolutiva de las principales jurisdicciones. Segundo, aun cuando pueda presentar una menor certeza jurídica que el TD, la experiencia internacional permite aseverar que el contenido del SLC deberá ser complementado a través de la jurisprudencia.

En dicho sentido, entregar los lineamientos para la determinación SLC a órganos administrativos y jurisdiccionales, donde la teoría económica y jurídica tendrán una importante tarea, permite al criterio evolucionar de acuerdo con las necesidades de la realidad económica nacional, entregando un control efectivo y, consecuentemente, una real protección a la libre competencia.

En definitiva, será la evolución administrativa y jurisdiccional la que nos permita construir una institucionalidad sólida, que demuestre la relevancia de la labor preventiva de la protección de la libre competencia, dotando de contenido el concepto de SLC.

---

<sup>164</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, cit. (n. 64), p. 46.

## BIBLIOGRAFÍA

### *I. Libros, artículos de revistas y otros*

- AGOSTINI, Claudio, *Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales*, en *Revista de Estudios Públicos*, 107 (2007).
- ASQUITH, Paul, BRUNER, Robert F., y MULLINS, David W., *The Gains to Bidding Firms from Merger*, en *Journal of Financial Economics*, 1983, pp. 121-140.
- BAKER, Jonathan B., y SHAPIRO, Carl, *Reinvigorating horizontal merger enforcement*, en *How de Chicago School overshoot the mark, the effect of conservative economic analysis on the U.S. antitrust* (2008), pp. 236 ss.
- BUNDESKARTELLAMT, *Prohibition criteria in merger control - Dominant position versus substantial lessening of competition*, trabajo de discusión para el encuentro del *Working Group on Competition Law*, celebrado en octubre de 2001.
- CLARKE, Julie, *The Dawson Report and merger regulation*, en *Deakin Law Review* 8 (2003) 2, pp. 45-48.
- COLOMA, Germán, *Defensa de la competencia* (Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2003), pp. 13-15.
- COMPETITION AND MARKET AUTHORITY, *A quick guide to UK merger assessment* (2017).
- GARCÍA PÉREZ, Mercedes, *Dominancia vs. Disminución sustancial de la competencia. ¿Cuál es el criterio más apropiado?: Aspectos jurídicos*, en *Centro de Política de la Competencia* (2002), p. 6.
- HALE, Rosemary D. y HALE, G. E., *More on Mergers*, en *Journal of Law and Economics*, 1962, pp. 119-130.
- LANDES, William y POSNER, Richard, *Market power in antitrust cases*, en *Harvard Law Review* 94 (1981) 5, pp. 960.
- MÉNDEZ NAYA, José, *Fusiones horizontales de empresas y estrategias de diferenciación de producto*, en *Estudios de Economía* 44 (2017).
- MONTI, Giorgio, *The new substantive test in the EC Merger regulation - Bridging the gap between Economics and Law*, en *Society and Economy Working Papers* 10 (2008), pp. 5 ss.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Informe del secretariado de la OCDE: Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile*, julio 2014. Disponible en <https://bit.ly/3kXbSCL>.
- OXERA, *Market power in digital platforms*, preparado para la conferencia de la Unión Europea titulada *Shaping competition policy in the era of digitization*. Disponible en <https://bit.ly/3jONvYn>.

- PINDYCK, Robert S., y RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomía* (7.<sup>a</sup> edición, Editorial Pearson, 2009).
- PITOFKY, Robert, *E.U. and U.S. approaches as to International Mergers - View from the U.S. Federal Trade Commission*, ponencia pronunciada en la Conferencia EC Merger Control 10.<sup>o</sup> Anniversary (2000).
- RIVAS, Virginia, *La reputación técnica y el emprendimiento político como fuente de poderes: El caso de la Fiscalía Nacional Económica*, en *Estudios Públicos* 152 (2018), p. 92-95.
- SALOP, Steven C., *Invigorating vertical merger enforcement*, en *The Yale Law Journal*, 127 (2018), pp. 5 ss.
- SALOP, Steven C. y CULLEY, Daniel P., *Revising the US Vertical Merger Guidelines*, en *Journal of Antitrust Enforcement* 4, (2016), pp. 1-41. Disponible en <https://bit.ly/3tkNkqD>.
- SAPPELLI, Claudio, *Concentración y grupos económicos en Chile*, en *Revista de Estudios Públicos* 88 (2002).

## II. Normativa

- AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, *Merger guidelines* (2008, actualizado el 2017). Disponible en <https://bit.ly/38IO8Mv>.
- CLAYTON ACT (Estados Unidos).
- COMMERCE ACT (Nueva Zelanda).
- COMPETITION AND CONSUMER ACT (Australia).
- COMPETITION BUREAU, *Merger enforcement guidelines*, (2009).
- COMPETITION COMMISSION y OFFICE OF FAIR TRADING, *Merger Assessment Guidelines* (2010). Disponible en <https://bit.ly/3h8hHfo>.
- CONSEJO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, *Reglamento (CE) 139/04, del 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas*. Disponible en <https://bit.ly/2WUPQYO>.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.
- DECRETO CON FUERZA DE LEY DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN I, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211 del 22 de diciembre de 1973.
- ENTERPRISE ACT de 2002 (Reino Unido).
- FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Horizontal merger guidelines* (2010).
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentraciones Horizontales* (2006). Disponible en <https://bit.ly/3BKwp3W>.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentraciones Horizontales* (2012). Disponible en <https://bit.ly/3jLXtcO>.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Resolución Exenta 667 del 24 de noviembre de 2016*.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía de Competencia* (2017). Disponible en <https://bit.ly/3jOLRGf>.

LEY CONTRA LAS RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA (Alemania).

LEY DE MODERNIZACIÓN DE LA ECONOMÍA 2008-776 del 4 de agosto de 2008 (Francia).

LEY 15/2007 del 3 de julio de 2007 de Defensa de la Competencia (España).

LEY 287 de 1990 (Italia).

LEY 20.945, publicada el 30 de agosto de 2016, y su Mensaje 009-636, del 16 de marzo de 2015, de su excelencia la presidenta de la República, con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley 1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *Auto Acordado 12/2009, del 20 de marzo de 2009, sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración*. Disponible en <https://bit.ly/2YoEFrQ>.

### III. Casos y Jurisprudencia

CORTE EUROPEA DE JUSTICIA, sentencia del 14 de febrero de 1978, en causa 27/1976, *United Brands/Commission*.

TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA TERCERA) DE LA UNIÓN EUROPEA, sentencia del 19 de abril de 2012, en causa C-549/10 P, *Tomra Systems ASA y otros con Comisión Europea*.

Caso *United States con WorldCom, Inc. and Sprint Corp.*

Caso *United States con WorldCom, Inc. and Sprint Corp.*

Caso *Airtours/First Choice*.

Caso *Airtours v. Commission*.

Caso *Nestlé/Perrier*.

## SOBRE EL AUTOR

JOSÉ MUÑOZ SOLÍS es abogado y magíster en Derecho con mención en Derecho Económico por la Universidad de Chile. Además, es profesor de Economía y de Derecho Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Su correo electrónico es [jsolis@ug.uchile.cl](mailto:jsolis@ug.uchile.cl).