

CHRISTIAN BERGQVIST, PH.D.

\*Traducción libre al castellano  
Francisca Valenzuela Ascui  
Abogada-Traductora  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Miembro del Colegio de Traductores de Chile (COTICH)

Jorge Quintanilla Hernández y Bernardo Busel Niedmann  
Quintanilla & Busel Niedmann  
Francisco de Aquirre 3720, Oficina 43  
Vitacura, Santiago de Chile  
Chile

**Respecto a su caso Demanda de Servicios de Correspondencia Envía Limitada contra Empresa de Correos de Chile y otro”, N° C-359-2018**

31 MAY 2019

Estimados Jorge Quintanilla Hernández y Bernardo Busel

Según lo solicitado, he preparado este informe describiendo cómo se analizaría su caso, y, prioritariamente cómo se resolvería en la Unión Europea (UE), para ser presentado en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Entiendo que el derecho de la libre competencia en Chile se apoya en el de la UE, lo que sirve como guía para causas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La conducta abusiva en la UE se encuentra regulada en el Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Artículo 102), antes Artículo 82, y ejecutado predominantemente por la Comisión Europea (Comisión de la UE) o, recientemente, por Autoridades Nacionales de Competencia y Tribunales Nacionales. Tanto la Comisión de la UE como las Autoridades Nacionales de Competencia cuentan con un nivel de discrecionalidad al momento de decidir sobre conocer un caso. Por el contrario, los Tribunales Nacionales están obligados a resolver todos los casos que se presenten ante ellos, pero pueden recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la mayor autoridad judicial de la UE,

para que les proporcione guía, en la forma de un requerimiento de resolución preliminar.

En el supuesto de que la Comisión de la UE (o una Autoridad Nacional de Competencia) decida investigar una denuncia, por ejemplo, un caso idéntico al suyo, éste comenzaría por **i)** definir el mercado relevante, seguido de **ii)** calificar la posición de Correos de Chile en dicho mercado, y posteriormente **iii)** evaluar si Correos de Chile ha incurrido en abusos basados en precios. Finalmente, el paso **iv)** comprendería evaluar distintas defensas, incluyendo si un descuento representa reducciones de costos que podrían ser traspasables o si una intervención pondría en peligro la seguridad del servicio universal de correspondencia. Entiendo que Correos de Chile ya ha invocado ambas.

Estos principios han sido cristalizados en varias comunicaciones de la Comisión de la UE, siendo una de las más destacadas la *Comunicación de la Comisión* (del inglés: *Enforcement Paper*),<sup>1</sup> (2008) que explica cómo la Comisión de la UE (y las Autoridades Nacionales de Competencia) decidirán sobre la priorización de los casos. Aunque en principio es una herramienta para guiar en la priorización de su aplicación, la *Comunicación de la Comisión* resume la esencia de 50 años de práctica de la UE, ofreciendo así una guía sustancial sobre la evaluación actual de conductas específicas, incluidos los potenciales abusos de Correos de Chile, si se le diera prioridad.

Utilizando la *Comunicación de la Comisión*, se puede ofrecer una guía sustancial sobre la evaluación del caso con arreglo al derecho de la competencia de la UE y, potencialmente también, con arreglo al derecho de la competencia chileno. Como se detalla más adelante, esto implica evaluar la aptitud sobre que términos y precios ofrecidos generarían un cierre de mercado, lo que sería plausible si el precio unitario efectivo cobrado por Correos de Chile no permite a Envía igualar tales condiciones, sin soportar una pérdida. Sin embargo, otros factores también son considerados, tales como si los descuentos son selectivos, y por ende discriminatorios; si los competidores deben tener una base de clientes mínima para mantenerse viables, y; si la empresa con posición dominante es un socio comercial inevitable.

Entiendo que actualmente Correos de Chile se rehúsa a revelar sus precios efectivos, y recomiendo que esto sea tratado como una prioridad. De ser posible, por medio de una resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sin

---

<sup>1</sup> *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*

perjuicio de esta incertidumbre, entiendo que Correos de Chile ha ofrecido descuentos muy sustanciales, en el rango del 70 - 90% del precio de lista para sus clientes comerciales/industriales. Además, si bien carecerían de elementos retroactivos, y serían asignados sólo a las compras incrementales, los descuentos parecen incorporar elementos individuales (discriminatorios), en cuanto a los distintos clientes se les ofrecen niveles diferentes. Desde el punto de vista del derecho de la competencia, esto parece preocupante, como explicaré más adelante.

A continuación, intentaré mostrar cómo el análisis se realizará respecto a los cuatro pasos descritos anteriormente. Además, en este proceso, intentaré explicar cómo los descuentos graduales y discriminatorios serían vistos bajo el derecho de la competencia de la UE. Finalmente, he revisado los documentos presentados, incluyendo: i) la demanda corregida de Envía del 29 de enero de 2019, y ii) la contestación de Correos de Chile del 22 de febrero de 2019, para efectos de incorporar las presentaciones de las partes.

## **1. El mercado relevante y la posición de Correos de Chile**

Entiendo que, bajo el derecho de la competencia chileno, definir el mercado relevante no es un pre-requisito para constituir un caso de competencia.<sup>2</sup> Sin embargo, en la práctica, esto está normalmente asegurado, y pareciera que Chile se encuentra tácitamente alineado con la práctica y principios de la UE, utilizándolos como guías relevantes para la interpretación y aplicación del derecho chileno de la competencia que es *lex lata*.

### *1.1. El propósito de definir el mercado relevante en los casos de abuso*

Antes de tratar una posible definición del mercado, es relevante recordar el propósito de definir el mercado relevante en un caso de libre competencia. La OCDE lo ha explicado en su informe *Market Definition* (2012)<sup>3</sup> como:

*“La definición del mercado es un marco analítico ampliamente aplicado para examinar y evaluar los problemas de competencia. El mercado relevante debe definirse de tal manera que las presiones competitivas a las que se enfrenta una empresa, es decir, la sustitución de la demanda y la oferta, se capten con la mayor precisión posible. El mercado relevante suele definirse aplicando la prueba del monopolio hipotético (también conocida como prueba SSNIP), según la cual un "mercado" comprende todos los productos y regiones para los que un hipotético monopolio, que maximiza los beneficios, impondría un*

---

<sup>2</sup> DAF/COMP(2012)19 - *Market Definition*, OCDE 2012, página 13 y 207.

<sup>3</sup> DAF/COMP(2012)19 - *Market Definition*, OCDE 2012, página 11.

*Pequeño pero Significativo Incremento No transitorio de los Precios (Nota del traductor: del inglés “Small but Significant Non-transitory Increase in Price”).*

*La definición de mercado sirve entre otras cosas para determinar el ámbito de la competencia en un mercado. El principal objetivo de la definición de mercado es evaluar la existencia, creación o fortalecimiento del poder de mercado, que se define como la capacidad de la empresa para mantener el precio por encima del nivel competitivo a largo plazo. Las participaciones de mercado de las respectivas empresas dan una indicación de poder de mercado. La definición del mercado también facilita la identificación de los competidores relevantes y es útil para evaluar el riesgo de posibles efectos coordinados en fusiones. Además, la determinación del área de competencia permite examinar otras cuestiones de competencia relevantes, como las posibles barreras de entrada. Incluso cuando no se dispone de los datos necesarios para realizar el test del monopolista hipotético, esta prueba proporciona un marco conceptual coherente para definir el mercado relevante. La importancia de la definición del mercado también va más allá de su papel en el análisis de los problemas de competencia: el concepto se utiliza como base para calcular las multas y estimar los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros de la UE y ha servido de modelo procedimental para otras áreas del derecho.”*

En consecuencia, el propósito de definir el mercado relevante es esencialmente comprender y calificar el mercado, cualquier supuesto comportamiento anti-competitivo, y en particular, la presencia de alternativas al competidor potencialmente dominante que lo restrinja. Esto puede realizarse mediante modelos y cálculos económicos (avanzados), tal como los detalla la OCDE, o más hipotéticamente utilizando marcos conceptuales como el test SSNIP.

#### *1.2. Correos de Chile discute las definiciones de mercado sugeridas*

Entiendo que Correos de Chile discute las definiciones de mercado sugeridas, incluso señalando que Correos de Chile y Envía no califican como competidores. Respecto a este punto, discutiendo la calidad de Envía como su competidor, considero la postura incompatible con el hecho de que Correos de Chile haya captado clientes de Envía, como, por ejemplo, *Scotiabank*, *CMR Falabella*, y *Banco Santander* en 2016 y 2017.

Acepto el hecho de que Correos de Chile pueda ofrecer un producto (levemente) distinto con menores funciones, por ejemplo, seguimiento. Sin embargo, al definir los mercados relevantes, no es necesario tener un 100% de sustitución entre dos productos o servicios. Es suficiente que, ante el aumento en el precio, un nivel aceptable de clientes considere la sustitución. Normalmente, entre 5% y 10% del

aumento de precios se utiliza como parámetro en la prueba SSNIP, y entiendo que, en la práctica, la prueba SSNIP también se utiliza en Chile.<sup>4</sup>

Más aún, en el derecho de la libre competencia de la UE, la sustitución de la oferta también debe ser tomada en consideración<sup>5</sup>, y supongo que esto también es relevante en Chile. Traducido a su caso, la inclusión de la sustitución de la oferta anularía las diferencias en los productos, si se pudieran modificar en un corto período de tiempo, incluyendo así productos que actualmente no se consideran alternativas. Además, como se ha explicado anteriormente, el mercado relevante no debería servir a un objeto en sí mismo, sino simplemente debería ser un vehículo para la identificación de productos que constituyan alternativas y que restrinjan así a la empresa potencialmente dominante. Por lo tanto, la sustitución no tiene que ser bidireccional, permitiendo que los productos más avanzados, como entregas con seguimiento, sirvan como alternativa a las entregas sin seguimiento, incluso cuando muchos (o la mayoría) de los usuarios no acepten lo contrario.

Finalmente, es indiscutible que Correos de Chile ha logrado con éxito atraer clientes, alejándolos de Envía, lo que implicaría su posición como alternativa a Envía, entregando servicios que se superponen. Esto razonablemente debería verse como un fuerte indicador de competencia directa entre Correos de Chile y Envía, y de cómo éstos se mantienen activos en los mismos mercados.

A la luz de esto, me mantengo algo escéptico del argumento sobre Envía encontrándose activo en un mercado separado al de Correos de Chile y, por lo tanto, no como competidor. Sin embargo, antes de recurrir a estudios de mercado sustanciales (y costosos), me gustaría señalar que se ha revisado un gran número de fusiones en la UE, lo que ha permitido un mapeo del sector postal en la UE, y presumiblemente también en Chile.

### 1.3. Segregación del sector postal sobre la base de la jurisprudencia de la UE

En las fusiones de servicios postales en la UE, como *Posten AB/Post Danmark A/S*<sup>6</sup> (2009) y *La Poste/Swiss Post/JV*<sup>7</sup> (2012), se hizo una distinción entre:

- *Correo doméstico e internacional*, en cuanto no son intercambiables y, desde el punto de vista del proveedor, implican requisitos diferentes.

---

<sup>4</sup> DAF/COMP(2012)19 - *Market Definition* OCDE 2012, página 212.

<sup>5</sup> DAF/COMP(2012)19 - *Market Definition* OCDE 2012, páginas 334-335.

<sup>6</sup> COMP/M.5152 - *POSTEN AB / POST DANMARK A/S*, considerando 14-19.

<sup>7</sup> COMP/M.6503 - *LA POSTE/ SWISS POST/ JV*, considerando 18-26.

- *Correo internacional entrante/correo internacional saliente*, incluyendo la recogida, clasificación y distribución.
- *Entrega estándar y express*, en cuanto el servicio de entrega express se considera más rápido y más confiable, y entrega servicios adicionales de valor agregado, tales como, prueba de la entrega o seguimiento y rastreo, y en consecuencia el precio es más alto.
- *Correo corporativo y correo para clientes privados*, en cuanto los clientes corporativos generalmente requieren servicios distintos a los requeridos por los clientes privados (mayor cantidad de envíos, pre-clasificación/preparación de los items, ofertas distintas de recogida), y además, a menudo pueden negociar rebajas y recibir servicios adicionales.
- *Carta única; y correo industrial*, el último sub-clasificado en (i) correo administrativo (tales como cartolas de cuenta bancaria y facturas); (ii) revistas y periódicos con destinatario determinado; y (iii) correo con destinatario determinado (como catálogos de venta por correo).
- *Correo con destinatario o sin destinatario determinado*, donde el primero incluye tanto cartas como otros artículos, y el segundo material publicitario sin solicitante determinado.

Otras fusiones en la UE, tales como *FEDEX / TNT EXPRESS*<sup>8</sup> (2016), han identificado mercados adicionales para:

- *Servicios de transporte de carga y de flete*, donde las empresas transportistas, en primer lugar, venden espacio en sus activos (tales como camiones o aviones), y los fleteros, en segundo lugar, construyen una red "virtual" formada por activos de terceros (capacidad de transporte), en base a los requerimientos de los clientes.
- *Servicios de entrega de paquetes pequeños* (transporte de paquetes de menos de 31,5 kilogramos), sub-clasificados en domésticos e internacionales.

Los casos citados anteriormente pueden servir como un fuerte indicador de los mercados relevantes originados de la desagregación del sector postal. En última instancia, las definiciones de mercado serían específicas para cada caso y las fusiones tienden a incluir todos los mercados posibles, mientras que los casos de abuso se centrarían más en las necesidades específicas del caso.

---

<sup>8</sup> Caso M.7630 - *FEDEX / TNT EXPRESS*, considerandos 14-39.

En cuanto a los casos citados, es obvio que el correo corporativo/industrial puede ser separado del privado/carta única, en cuanto el primero normalmente involucra el envío masivo de correo y los clientes requieren servicios adicionales, como, por ejemplo, respecto a la preparación del correo. En mi entendimiento, Correos de Chile no parece discutir lo anterior. Sin embargo, como se explicará más adelante, Correos de Chile no considera segmentaciones adicionales. Esto resulta evidente cuando se compara con el caso de abuso de la UE *BdKEP/Deutsche Post AG*<sup>9</sup> (2004), donde se hizo una distinción entre:

- *El transporte y distribución de correo al destinatario desde un punto de acceso al correo*, que en Alemania (2004) estaban reservados para el incumbente. Además, los puntos de acceso postal eran un número de oficinas designadas donde la correspondencia se canalizaba en la red de correo y luego se distribuía al destinatario final. El concepto de punto de acceso al correo no se limitaba, por tanto, a los buzones rojos tradicionales utilizados normalmente para el envío de cartas (en Europa).
- Un mercado aguas arriba de *preparación del correo*, que implica una serie de operaciones entre el remitente del correo y la aceptación del correo por parte del operador postal incumbente. La preparación del correo puede consistir en una o varias de las siguientes operaciones: confección de los envíos (impresión, ensobramiento, etiquetado, franqueo), recogida, colocación en sacos o contenedores que cumplan determinadas normas, agrupación y clasificación en mayor o menor grado según destino y entrega en los puntos de acceso del operador postal incumbente.

Una segmentación del mercado se puede encontrar en el caso más reciente del Reino Unido, *Royal Mail/Whistl*<sup>10</sup> (2018), en el que el operador incumbente de servicios postales del Reino Unido había ofrecido condiciones discriminatorias en el mercado británico de envíos masivos. Un mercado dividido en dos componentes principales:

- *Actividades de recogida y clasificación inicial* (conjuntamente 'actividades de recogida'), que implican la recogida del correo de los clientes/productores de correo, la clasificación geográfica del correo según el lugar de entrega y su transporte a esa zona; y

---

<sup>9</sup> Caso 38.745 - *BdKEP/Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*, considerando 45-51.

<sup>10</sup> CW/01/1122/01/14 – *Discriminatory pricing in relation to the supply of bulk mail delivery services in the UK*, Ofcom, 14 de agosto de 2018, página 11 y páginas 154-162.

- *Actividades de entrega*, que implican mayor clasificación y secuenciación del correo para la distribución local y entrega final al destinatario.

Sin perjuicio de que la nomenclatura difiere marginalmente, las descripciones ofrecen suficientes elementos para observar los mismos mercados que en el caso *BdKEP/Deutsche Post AG*, donde solo uno de ellos estaba sujeto a competencia.

#### 1.4. Definiciones de mercado posibles para su caso

En razón de lo anterior, una definición posible de mercado para su caso podría ser la del mercado comercial para correo corporativo/industrial (masivo), o sus derivados. Más aún, esto puede ser sub-dividido, según se indica en el *BdKEP/Deutsche Post AG* en **a)** preparación del correo y **b)** el transporte y distribución al destinatario desde el punto de acceso al correo. Dependiendo de la naturaleza del abuso y los elementos particulares del mercado postal en Chile, solo el segundo punto sería relevante para considerar su caso como el de *Royal Mail/Whistl*.

Entiendo que en Chile el servicio de distribución de correo se ofrece *end to end*, ya que Correos de Chile no tiene ninguna obligación de desagregar su red, permitiendo a sus competidores e intermediarios el acceso a la red en diferentes puntos de acceso. Sin embargo, desde el punto de vista de la demanda, existe claramente un mercado separado para servicios como la preparación del correo, incluida la impresión, el sobre, el etiquetado, el franqueo, etc., seguido del transporte y la distribución al destinatario. Más aún, la demanda de lo anterior sería un elemento distintivo del mercado comercial para el correo corporativo/industrial (masivo), separándolo del correo comercial de pieza única y privado, que no requiere este servicio.

En un mercado totalmente competitivo sería posible ver empresas especializadas en el servicio de preparación del correo, y actuando como intermediarias<sup>11</sup> entre los remitentes de correo masivo y el proveedor del transporte y distribución de correo, a través de una red de correo. Además, las grandes empresas podrían prestar estos servicios internamente, confinando a los clientes que solicitan la preparación del correo a empresas más pequeñas, entregando a terceros (intermediarios) las tareas de recoger y consolidar, antes de canalizar el correo a la red de distribución.

---

<sup>11</sup> Una definición del concepto de intermediarios puede encontrarse en la *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas estatales relativas a los servicios postales*, sección 1 (definiciones).

Bajo la normativa de competencia de la UE, una etapa de producción en una cadena de distribución vertical sería normalmente suficiente en sí misma para constituir un mercado de productos separado, si está sujeta a una demanda hipotética.<sup>12</sup> Incluso considerando que Correos de Chile no permite el acceso de intermediarios a su red y, por lo tanto, intenta reservarse para sí el servicio de preparación del correo, lo más probable es que bajo el derecho de la competencia de la UE se identificaría un mercado de productos separado. Además, aunque no se discuta, supongo que el posterior transporte y distribución por parte de Correos de Chile se realiza utilizando la misma red que el correo tradicional, lo que implica la existencia de mercados de productos separados para la *preparación y el transporte y distribución del correo*, ya que las características de la demanda difieren.

En último término, la segmentación del mercado depende de la naturaleza del abuso y del objeto del mismo. Si Correos de Chile, por ejemplo, integra sus servicios, o permite a empresas (grandes) entregar los servicios de preparación del correo de forma interna, deberían identificarse dos mercados separados. Alternativamente, si Envía solo ofreciera servicios de distribución usando Correos de Chile, se identificaría solo un mercado. Más aún, me inclinaría más a ver este mercado como **b)** el transporte y distribución al destinatario desde un punto de acceso de correo, en lugar de un mercado *end to end* que abarque también **a)** la preparación del correo. Sin embargo, ambas opciones están disponibles, y descansan como ya se ha señalado en la naturaleza del abuso.

#### *1.5. Conclusión sobre la definición de mercado e implicancias legales*

Entiendo que Correos de Chile ha presentado una definición de mercado que involucra los servicios denominados Carta Comercial y Carta Más, ambos ofrecidos a clientes corporativos/comerciales/industriales, teniendo a Santiago de origen y el territorio nacional como destino. Esto es en parte compatible con mi presentación descrita anteriormente, excepto en dos aspectos.

En primer lugar, me parece limitado limitar el mercado al correo originado en Santiago y destinado al resto del país. Entiendo que en la práctica todo el correo industrial se origina en Santiago, pero esto está ligado más bien al caso particular de Chile más que a los mercados genéricos. Además, más adelante esto puede cambiar. Sin embargo, esto representa un ajuste menor, pero que no se debe pasar por alto completamente, sino más bien desarrollarlo como se indica a continuación.

---

<sup>12</sup> Caso C-418/01 – *IMS Health*, considerando 43.

En segundo lugar, la presentación de Correos de Chile debe subdividirse en **a)** la *preparación del correo* y **b)** el transporte y distribución, donde lo último se encuentra en una fase separada a lo primero y potencialmente disponible para, por ejemplo, intermediarios especializados. (*Nota del traductor*: lo potencialmente disponible se refiere a **a)**). Esto podría producirse si Correos de Chile aceptara la entrada a su red de distribución en un punto de acceso distinto al tradicional buzón de correo (rojo). Incluso, aunque solo la carta comercial y la carta más requieren preparación del correo, supongo que el transporte y distribución siguientes se realizarán utilizando la misma red que el correo tradicional, lo que implicaría la existencia de dos mercados de productos separados, uno de los cuales (la preparación del correo) es de un interés limitado para los clientes no corporativos (remitentes de cartas privadas).

En mi opinión, este caso involucraría dos mercados separados: **a)** de preparación del correo (de la Carta Comercial y la Carta Más) y **b)** del transporte y distribución del correo comercial masivo utilizando una red de correo. Como alternativa, solo existiría el último, el mercado comercial para la entrega de correo masivo. Sin embargo, no hay conflicto entre las dos opciones, en cuanto estas descansan en la naturaleza del abuso, lo que podremos definir más adelante cuando se encuentre disponible mayor información sobre los precios y descuentos efectivos de Correos de Chile.

## 2. ¿Es Correos de Chile dominante?

Bajo mi entendimiento, Correos de Chile es inconcluso en lo que respecta a aceptar o refutar su calidad de dominante. En la ley de competencia de la UE, la evaluación de la posición dominante ha sido resumida en la *Comunicación de la Comisión*, párrafos 9-18, en los que enfatiza la estructura competitiva del mercado y, en particular, en la presencia (o ausencia) de presiones:

- Impuestas por la oferta existente, y la posición de los actuales competidores (la posición en el mercado de la empresa dominante y sus competidores),
- Impuestas por la amenaza creíble de expansión futura por parte de los competidores actuales o por la entrada de competidores potenciales (expansión y barreras de entrada),
- Impuestas por el poder de negociación de los clientes de la empresa (poder de negociación de la demanda).

Normalmente, las participaciones de mercado sirven como un *proxy* de una posición dominante, ya que permiten presumir que no existe posición dominante cuando éstas son inferiores al 40%. Sin embargo, se tienen en cuenta otros

factores, como las barreras de entrada y expansión y, en realidad, la posición dominante se determina considerando varios factores.

Entiendo que Correos de Chile cuestiona la presencia de barreras de entrada, refiriéndose al sector postal como “totalmente liberalizado” en Chile. Sin embargo, esto representa una lectura demasiado estrecha del concepto de barreras, limitándolo solo a las barreras legales. En el derecho de la competencia de la UE se ha utilizado un concepto más amplio de barreras, como se detalla en el párrafo 17 de la *Comunicación de la Comisión*:

*“Los obstáculos a la expansión o a la entrada pueden presentar diversas formas. Pueden ser obstáculos legales, tales como tarifas o cuotas, o pueden consistir en ventajas aprovechables específicamente por la empresa dominante, tales como economías de escala y ámbito, acceso privilegiado a insumos esenciales o recursos naturales, tecnologías importantes o una red de distribución y venta asentada. También pueden incluir los costes y otros impedimentos, por ejemplo, resultantes de efectos de red, a los que se enfrentan los clientes al cambiar a un nuevo proveedor. La propia conducta de la empresa dominante también puede crear obstáculos a la entrada, por ejemplo, si ha realizado inversiones importantes que tendrían que ser igualadas por los nuevos operadores o por los competidores, o si ha concluido con sus clientes contratos a largo plazo que producen efectos de exclusión apreciables. Altas participaciones de mercado persistentes pueden ser señal de la existencia de obstáculos a la entrada y a la expansión.”*

En consecuencia, también las ventajas económicas derivadas, por ejemplo, de una red o posición heredada pueden constituir una barrera, junto con las economías de escala y de ámbito. Incluso, las barreras estratégicas derivadas de la conducta (abusiva) de la empresa (potencialmente) dominante podrían ser consideradas como barreras por el derecho de la competencia de la UE. No veo por qué la legislación chilena en materia de competencia debiera diferir significativamente de ésta, limitándose a las barreras legales como las únicas barreras aceptadas, aunque entiendo que Envía está afirmando, precisamente, que también existen ventajas reglamentarias en favor de Correos.

### *2.1. La posición dominante en un caso postal reciente del Reino Unido*

Dado que los casos postales conocidos a nivel de la UE han involucrado el abuso de derechos de monopolio, previo a la plena apertura del mercado, la cuestión de la posición dominante se aborda normalmente con cierta ligereza. Sin embargo, como ya se ha explicado, la legislación de la UE en materia de competencia también se aplica a nivel nacional dentro de la UE, y un caso más reciente en el

Reino Unido (2018), ofrece información sobre la cuestión de la posición dominante en el sector postal.

En el caso *Royal Mail/Whistl*<sup>13</sup> (2018) del Reino Unido, el operador incumbente de servicios postales (Royal Mail), ofreció descuentos discriminatorios para el mercado británico de correo masivo con el propósito de excluir a un competidor de *end-to-end* (Whistl). Hasta la llegada de Whistl, sólo Royal Mail controlaba una red de distribución que ofrecía servicios *end-to-end*, mientras que, por ejemplo, el mercado de preparación de la correspondencia estaba sujeto a la competencia. Sin embargo, Whistl había comenzado a desarrollar su propia red desde el 2012, con la ambición de cubrir el 40% del Reino Unido en 2017. Al contrario de lo que ocurre con otras empresas, que confían 100% en Royal Mail para la distribución efectiva de correo comercial, Whistl utiliza una combinación de su propia red de distribución y la de Royal Mail. Una opción disponible en virtud de la legislación británica que ordena la desagregación de la red de distribución de Royal Mail a nivel regional.

En respaldo a su conclusión sobre la existencia de una posición dominante, la Autoridad de Competencia Británica (Ofcom) concluyó:<sup>14</sup>

*“... que las barreras de entrada y expansión en el mercado de distribución de correo masivo eran significativas...”*

Barreras originadas por una mezcla de **i)** costos hundidos, **ii)** la alta participación de mercado de Royal Mail y **iii)** las ventajas resultantes de **iv)** economías de escala, **v)** economías de ámbito y **vi)** la gran base de clientes *retail*, **vii)** la marca Royal Mail, **viii)** experiencia y reputación y **ix)** el estatuto legal privilegiado de Royal Mail respecto al IVA. Esto último involucra una exención de IVA sólo aplicable a Royal Mail, reduciendo así artificialmente sus tarifas.

Más aún, encontrándose Royal Mail libre de, por ejemplo, clientes con poder de compra, la Autoridad de Competencia Británica (Ofcom), página 174, pudo concluir que:

*“La cuota de mercado de Royal Mail, mayor a 98%, indica que ésta ejerció una posición dominante en enero de 2014 al tiempo en que se introdujo la diferencia de precio (como hizo previamente y continuó haciendo hasta la fecha de esta Resolución).”*

<sup>13</sup> CW/01/1122/01/14 - *Discriminatory pricing in relation to the supply of bulk mail delivery services in the UK*, Ofcom, 14 de agosto de 2018, páginas 1-5 (resúmen).

<sup>14</sup> CW/01/1122/01/14 - *Discriminatory pricing in relation to the supply of bulk mail delivery services in the UK*, Ofcom, 14 de agosto de 2018, páginas 171-174.

*Nuestra conclusión de que existe una posición dominante se ve respaldada por el hecho de que Royal Mail se mantuvo (y se mantiene) siendo un socio comercial inevitable para cualquier nuevo entrante en el mercado de distribución de correo masivo, las elevadas barreras de entrada y expansión que existen en dicho mercado y por la falta de poder de compra compensatorio. Esto indica que habían pocas restricciones efectivas sobre el comportamiento de Royal Mail y, por consiguiente, que tenía poder de mercado en el mercado relevante. Por lo tanto, concluimos que Royal Mail era dominante en el mercado de distribución de correo masivo.”*

Cuento con información limitada sobre el desarrollo del sector postal en Chile, pero entiendo, como se detalla a continuación, que éste sólo se ha liberalizado parcialmente. Por el contrario, el mercado postal del Reino Unido se liberalizó completamente en 2006, pero, independientemente del transcurso de unos diez años, Royal Mail siguió siendo superdominante, con una cuota de mercado del 98% en el mercado de distribución de correo masivo.

## *2.2. Aplicando estos principios a su caso*

Entiendo que Correos de Chile, en su contestación del 22 de febrero de 2019, por ejemplo en los párrafos 151-155, se refiere a la reducción de costos y a las economías de escala, para justificar los descuentos ofrecidos. De mi lectura, esto es lo mismo que admitir la presencia de economías de escala y de ámbito, y por tanto, de barreras de entrada económicas.

Naturalmente, el nivel de éstos puede ser discutido, pero difícilmente refutado. Más aún, los descuentos sustanciales ofrecidos por Correos de Chile, que potencialmente equivalen a un abuso, podrían tener un significado estratégico, al disciplinar a Envía y a otros que consideren desafiar la posición de Correos de Chile. Las bajas de precios selectivas frecuentes sirven para disciplinar, en lugar de eliminar, a los rivales, y en general, el cierre del mercado no requiere una exclusión real, lo que explica por qué el comportamiento abusivo se considera como una barrera de entrada (estratégica), como se señaló anteriormente.

Sin necesidad de entrar en un análisis sustancial del mercado postal en Chile, resulta evidente que están presentes barreras a la entrada. Además, también me gustaría dirigir su atención a los *Estudios Económicos de la OCDE Chile 2018*<sup>15</sup>, que en la página 119 señala:

---

<sup>15</sup> OCDE (2018), *Estudios Económicos de la OCDE: Chile 2018*, OECD Publishing, Paris. [http://dx.doi.org/10.1787/eco\\_surveys-chl-2018-en](http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-chl-2018-en)

*“También son necesarias reformas en los servicios postales y de pago digital para impulsar las opciones de las empresas y los consumidores. En los servicios postales y de mensajería, Chile mantiene un monopolio sobre la admisión, el transporte y la entrega de cartas y tarjetas postales, lo que básicamente cierra el segmento postal a los competidores privados. El operador estatal Correos de Chile también goza de un trato preferencial en la aplicación de las exenciones del IVA y otras exenciones, y no existe ninguna regulación para evitar los subsidios cruzados de actividades competitivas y no competitivas.”*

La (supuesta) ausencia de barreras legales con respecto a los mercados comerciales no debería opacar las barreras legales que hay en otros segmentos y en el sector postal en Chile. Además del mantenimiento de los derechos de monopolio, la OCDE, por ejemplo, se refiere específicamente al trato preferencial en la aplicación del IVA y otras ventajas conferidas a Correos de Chile. Aunque estas últimas no han sido especificadas por la OCDE, supongo que incluyen el "Derecho de Conducción", que permite a los repartidores de Correos de Chile cobrar una cuota al destinatario de una carta. Debería ser obvio que esto representa una ventaja de precio sobre los competidores, ya que las tarifas cobradas no requieren cubrir todos los costos por la distribución efectiva de la carta, cuando parte de ello puede ser cobrado a la parte destinataria. Por supuesto, las ventajas dependen del nivel de la cuota, y, por lo tanto, de la cantidad de costos que se pueden transferir del remitente al destinatario.

Bajo el supuesto de que Correos de Chile no ha adoptado o refutado su posición dominante, sugiero utilizar los principios señalados en la *Comunicación de la Comisión*, como se señala anteriormente, y aplicados en el *Royal Mail/Whistl* para resolver el asunto.

En particular, sería relevante cuantificar las ventajas identificadas por la OCDE, incluyendo el valor económico de las exenciones del IVA y el "Derecho de Conducción", seguido del cálculo de las cuotas de mercado atribuibles a Correos de Chile en cada uno de los mercados identificados. Mientras que el parágrafo 14 de la *Comunicación de la Comisión* indica que el 40% es suficiente para establecer una posición dominante, la realidad requeriría normalmente unas cuotas de mercado más elevadas. Preferiblemente, por encima del 50 a 60%, teniendo en cuenta también la posición *vis a vis* frente a sus principales rivales, incluido Envía, el control de una red establecida, y cualquier otra ventaja no expresada en la forma de participación de mercado, por ejemplo, la exención del IVA y el "Derecho de Conducción". Por último, deberían contribuir al análisis los

derechos especiales, por ejemplo, las actividades reservadas a Correos de Chile, según lo indicado por la OCDE.

Les dejo el análisis a ustedes, pero tengan en consideración que Correos de Chile ha emitido bonos y en ese contexto ha indicado contar con una participación de mercado por sobre el 70%. Frente a la ausencia de factores mitigantes, en la UE esto sería suficiente para establecer una posición dominante. En particular junto con las barreras y ventajas discutidas y la posición *vis a vis* respecto a sus principales rivales, incluyendo Envía.

### 3. ¿Ha incurrido Correos de Chile en un comportamiento abusivo?

Con arreglo a la legislación de la UE en materia de competencia, la fijación de precios de una empresa dominante sería considerada abusiva y contraria a lo dispuesto en el Artículo 102, si representa "... métodos diferentes de... la competencia normal"<sup>16</sup>, "...una práctica que no entra en el ámbito de la competencia en los méritos..."<sup>17</sup> o "... [que no está en línea con] su responsabilidad especial de no... menoscabar la competencia..."<sup>18</sup>. Además, en *Post Danmark I*<sup>19</sup> (2012) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (la máxima autoridad judicial de la UE), declaró que:

*"Para determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha ejercido de manera abusiva esa posición mediante la aplicación de sus prácticas de precios, es necesario considerar todas las circunstancias y examinar si dichas prácticas tienden a remover o restringir la libertad del comprador de elegir sus fuentes de abastecimiento, impedir el acceso de los competidores al mercado, aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes con terceras partes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, o fortaleciendo su posición dominante mediante la distorsión de la competencia..."*

Con el fin de hacer operativas estas normas y principios un tanto amplios, se han identificado una serie de elementos con el propósito de "...considerar todas las circunstancias... ". En *Intel*<sup>20</sup> (2017), donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue llamado a revisar descuentos potencialmente anticompetitivos, declaró que:

<sup>16</sup> Caso C-85/76 - *Hoffmann-La Roche*, considerando 91 y COMP/37.507 - *Generics/Astra Zeneca* considerando 626.

<sup>17</sup> Caso T-321/05 - *Astra Zeneca*, considerando 355.

<sup>18</sup> Casos conjuntos T-191/98, T-212/98 y T-215/98 - *Atlantic Container Line AB*, considerando 1120 y Caso C-322/81 - *Michelin I*, considerando 57.

<sup>19</sup> Caso C-209/10 - *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, considerando 26.

<sup>20</sup> Caso C-413/14P - *Intel v. European Commission*, considerando 139.

*“... la Comisión no sólo requiere analizar, por una parte, la extensión de la posición dominante de esa empresa en el mercado relevante y, por otra, la participación de mercado cubierto por la práctica cuestionada, así como las condiciones y las modalidades de concesión de los descuentos de que se trata, su duración y su monto, sino que también está obligada a apreciar la eventual existencia de una estrategia destinada a excluir del mercado a competidores al menos tan eficientes como la empresa dominante....”*

Para ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refirió además a la posibilidad de evaluar la capacidad de la conducta potencialmente abusiva para excluir a un Competidor Igualmente Eficiente (*Nota del traductor*: del inglés *As-Efficient-Competitor* o AEC). Un planteamiento más claramente expuesto se encuentra en la *Comunicación de la Comisión*, en el párrafo 25, en el que se afirma lo siguiente:

*“Para determinar si es probable que incluso un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante pueda ser probablemente excluido del mercado como resultado de la conducta en cuestión, la Comisión examinará los datos económicos relativos a los precios de coste y de venta, y, en especial, si la empresa dominante está aplicando unos precios inferiores al precio de coste. Para esto será necesario disponer de datos suficientemente fiables. La Comisión utilizará la información sobre costes de la propia empresa dominante cuando se disponga de ella. Si no se dispone de información fiable sobre dichos costes, la Comisión puede decidir utilizar los datos sobre costes de los competidores u otros datos fiables comparables.”*

A continuación, en el párrafo 37, se explica cómo revisar los descuentos para detectar efectos anticompetitivos, observando que:

*“Los descuentos condicionales se conceden a los clientes para recompensarlos por una determinada pauta de conducta de compra. Habitualmente, un descuento condicional consiste en que, si las compras del cliente durante un determinado período de referencia superan un cierto umbral, se le concede un descuento, ya sea sobre todas las compras (descuento retroactivo) o únicamente sobre aquellas que superan el umbral (descuento sobre compras incrementales). Los descuentos condicionales no son una práctica inusual. Las empresas pueden ofrecer estos descuentos para captar más demanda y, de este modo, estimular la demanda y beneficiar a los consumidores. Sin embargo, cuando es una empresa dominante la que concede estos descuentos también pueden tener efectos reales o potenciales de cierre del mercado similares a los de las obligaciones de compra exclusiva. Los descuentos*

*condicionales pueden producir los mismos efectos sin entrañar necesariamente un sacrificio para la empresa dominante.”*

Y, finalmente, el parágrafo 39, que establece:

*“Al igual que ocurre con las obligaciones de compra exclusiva, es más probable que se produzca un cierre anticompetitivo del mercado cuando los competidores no pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual. Un descuento condicional concedido por una empresa dominante le permite utilizar la parte no contestable de la demanda de cada cliente (es decir, la cantidad que el cliente compraría en todo caso a la empresa dominante) como instrumento para disminuir el precio que debe pagarse por la porción contestable de la demanda (es decir, la cantidad que el cliente puede optar por sustituir y para la que puede encontrar sustitutos).”*

De ello se deduce que, como parte de la consideración de todas las circunstancias, debe comprobarse cómo los precios de venta efectivos (precio menos descuento) afectan a los competidores y/o si la reducción (los descuentos) representan un ahorro de costes, que podría traspasarse a los clientes. Además, podría ser de especial relevancia si sólo una parte del mercado y los clientes estuvieran abiertos a la competencia. Esto se produciría si, por ejemplo, los competidores (menores) tuvieran **i)** restricciones de capacidad, **ii)** no dispusieran de una red plenamente desplegada con cobertura nacional o **iii)** por otras razones no pudieran competir por la totalidad del mercado y por todos los clientes.

También debe recordarse que un efecto anticompetitivo, perjudicial para los intereses del consumidor, no requiere un cierre real del mercado. Basta con que la "víctima" reduzca su presión competitiva para que las reducciones de precios y los descuentos más estratégicos sean abusivos.

### *3.1. La Comunicación de la Comisión ha sido ampliamente aceptada por los Tribunales de la UE*

Si bien no ha sido adoptado explícitamente por los Tribunales de la UE, la intervención respecto del cierre de mercado para un competidor igual de eficiente aseguraría que el *enforcement* y la protección del consumidor estén alineados. En consecuencia, el test ACE reduciría el riesgo de *over-enforcement* cuando el Artículo 102 se refiere a conductas benignas o neutrales desde el punto de vista del bienestar, lo que constituiría un sólido argumento a favor de una utilización más amplia. Además, muchos de los elementos mencionados anteriormente se han incorporado más directamente en la jurisprudencia, entre ellos:

- En *Intel*<sup>21</sup> (2017), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea revocó la decisión del Tribunal General (inferior) por haber refutado la pertinencia de la *Comunicación de la Comisión* y la necesidad de evaluar la capacidad del descuento para excluir a un competidor igualmente eficiente.
- En *Post Danmark I*<sup>22</sup> (2012) se indicó enfáticamente que los precios por encima del LRAIC [*Nota del traductor*: en español “Costo Incremental Promedio a Largo Plazo”] de la empresa dominante no podían considerarse abusivos, ya que era poco probable que se excluyera a un competidor igualmente eficiente.
- En *TeliaSonera*<sup>23</sup> (2011) la observabilidad de los costes de un tercero se confirmó como indicador de los del dominante, cuando los propios del dominante son inobservables. Sin embargo, ello sólo de manera supletoria, ya que la certeza jurídica debe dar preferencia a los propios de las empresas dominantes, permitiendo autoevaluación.
- En *Deutsche Post I*<sup>24</sup> (2001), el riesgo de una distribución arbitraria de los costes entre actividades se abordó mediante un test de abuso modificado, enfocado en los costes adicionales (incrementales) de la prestación de un determinado servicio.

Por otro lado, el Procurador General, preparando *Post Danmark II*,<sup>25</sup> (2015), para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, advirtió que el Tribunal:

“... no debería dejarse influir por el espíritu de los tiempos [*Zeitgeist*] o por modas pasajeras, sino centrarse en los fundamentos jurídicos en que se asienta la prohibición del abuso de posición dominante en el Derecho de la Unión.”

Una recomendación seguida por el Tribunal<sup>26</sup>, cuando éste refutó la obligatoriedad de aplicar en todos los casos la *Comunicación de la Comisión* y el test AEC. En consecuencia, mientras que el test AEC y la *Comunicación de la Comisión* resultan esenciales para la evaluación de potenciales casos de abuso, quienes los apliquen nunca deben limitarse solamente a ellos si existen otros elementos que indiquen una conducta anticompetitiva. Más bien el test AEC debiera considerarse

<sup>21</sup> Caso C-413/14P - *Intel v. European Commission*, considerandos 138-147.

<sup>22</sup> Caso C-209/10 - *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, considerando 36.

<sup>23</sup> Caso C-52/09 - *Konkurrensverket mod TeliaSonera Sverige AB*, considerando 45.

<sup>24</sup> Ver, COMP/35.141 - *Deutsche Post AG*, O.J. 2001L 125/27 considerandos 6-7 y 36.

<sup>25</sup> Opinión del Abogado General Kokott en el caso C-23/14 - *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, considerando 4.

<sup>26</sup> Caso C-23/14 - *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, considerando 57-62.

una herramienta entre varias y cualquier conclusión que arroje debe ser mirada junto a todas las demás circunstancias.

### 3.2. *Aplicando los tests operativos al sector postal*

Mientras que los sectores postales ofrecen ricas oportunidades de abuso, algunos de ellos parecen más populares que otros. En *Pricing behavior of postal operators*<sup>27</sup> (2012), informe encargado por la Comisión de la UE, se proporcionan estadísticas sobre casos de abuso postal a nivel nacional. Esto incluye un desglose del abuso entre abuso discriminatorio (17), descuentos condicionales (11), precios excesivos (9), precios predatorios (5), colusión (3), ventas atadas y empaquetamiento (2), estrangulamiento de márgenes (1) y otros (8),

Si se tienen en cuenta estos 56 casos de abuso (donde algunos casos comprenden más de un abuso), aparece que el 28, o el 50% puede ser atribuido a discriminación o descuentos de fidelidad. Esto es coherente con la jurisprudencia, ya que *Deutsche Post I* incluía descuentos de fidelidad, mientras que *BdKEP/Deutsche Post AG* y *Royal Mail/Whistl* presentaban diferentes formas de discriminación.

A continuación, los test operativos relevantes pertinentes para los descuentos de fidelidad y las condiciones discriminatorias se traducirán al sector postal, seguidos de algunas consideraciones sobre el abuso en su caso específico.

#### 3.2.1. *Revisando descuentos que inducen la fidelización*

Si bien una decisión nunca debe limitarse solo a los principios esbozados en la *Comunicación de la Comisión*, esto serviría de punto de partida natural para cualquier caso de abuso. En el párrafo 32 se explica cómo se aplican los descuentos:

*“Una empresa dominante puede intentar excluir a sus competidores impidiéndoles que vendan a clientes mediante obligaciones de compra exclusiva o descuentos, denominados conjuntamente acuerdos exclusivos.”*

Una consideración que se hizo más operativa, cuando posteriormente se detalló cómo una empresa dominante puede ofrecer descuentos que induzcan a la fidelización como alternativa a la exclusividad formal. Descuentos incondicionales o condicionados alternativamente al cumplimiento de compras mínimas definidas a lo largo de un período de referencia, y que se asignan a todas las compras (descuentos retroactivos) o sólo a las que superan el umbral (descuentos

---

<sup>27</sup> *Pricing behavior of postal operators*, Copenhagen Economics, 1 de diciembre de 2012, página 186. Por favor considere que usted se refiere a este informe como *Okholm (2012)*.

incrementales). En particular, los descuentos retroactivos con largos períodos de referencia pueden tener un fuerte efecto de absorción al proveer precios de compra negativos cuando se está cerca de cumplir el umbral definido.

Esto es consistente con la jurisprudencia aplicada al sector postal. En *Deutsche Post*<sup>28</sup> (2001) se estableció, por ejemplo, que:

*“Como se desprende de la sentencia en el asunto Hoffmann-La Roche, una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado no puede concluir un acuerdo con un cliente por el que éste se comprometa a cubrir toda su demanda de un producto o una parte sustancial de la misma recurriendo exclusivamente a la empresa en posición dominante”.*

Permitiendo a la Comisión de la UE condenar un sistema de descuentos, condicionado a la exclusividad de facto. Además, como el precio efectivo (precio de lista menos el descuento) no cubría los costes directos (incrementales) de la prestación de los servicios, el abuso tenía un elemento adicional.

Por otra parte, ambos elementos, c.f. considerando 37, se iniciaron con el fin de denegar la escala mínima a la víctima, como:

*“Un acceso exitoso al mercado de los servicios de paquetería para la venta a distancia presupone un volumen de envíos determinado (...) Con los descuentos de fidelización aplicados a los socios de cooperación más importantes, [Deutsche Post] impedía de forma consciente que los competidores alcanzaran la “masa crítica” (...)”*

Esto también se desarrolló en *Post Danmark II*,<sup>29</sup> (2015), que también involucraba el mercado de correo comercial masivo, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció:

*“Además, es preciso destacar que el sistema de descuentos controvertido en el litigio principal se basaba en un período de referencia de un año. Pues bien, es inherente a cualquier sistema de descuentos concedidos en función de las cantidades vendidas durante un período de referencia relativamente dilatado que la presión para el comprador para alcanzar el volumen de compras necesario para obtener la ventaja o no incurrir en la penalización prevista para el conjunto del período aumente al final del período de referencia.”*

En el considerando 39 se hace referencia a: i) la participación de mercado del 95% de los operadores postales involucrados (en el caso de las cartas

<sup>28</sup> Ver, COMP/35.141 - *Deutsche Post AG*, O.J. 2001L 125/27 considerandos 33-34.

<sup>29</sup> Caso C-23/14 - *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, considerando 34.

comerciales a granel), **ii)** barreras altas, **iii)** las economías de escala y **iv)** ventajas estructurales en forma de monopolio en la entrega de cartas de menos de 50 gramos. Una posición que deja a la empresa implicada en una posición de ser un socio comercial inevitable. Consideraciones que permiten al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, establecer en el considerando 40:

*“En estas condiciones, resulta particularmente difícil a los competidores de la empresa en posición dominante mejorar estos descuentos fijados en función del volumen total de ventas.”*

Y luego en el considerando 42, establecer a modo de conclusión, que:

*“En estas condiciones, procede considerar que un sistema de descuentos aplicado por una empresa, como del que se trata en el litigio principal, que, sin comprometer mediante una obligación formal a los clientes de ésta, no obstante, sí tiende a dificultar el abastecimiento de estos clientes acudiendo a los competidores, produce un efecto exclusorio anticompetitivo...”*

Aunque solo un elemento en el cuadro de abuso, la *Comunicación de la Comisión*, en el considerando 41, resume la esencia de la evaluación de los descuentos condicionales, explicando:

*“En este contexto, la Comisión estimará qué precio tendría que ofrecer un competidor para compensar al cliente por la pérdida del descuento condicional si este último retirase parte de su demanda (el «rango de relevante») a la empresa dominante. El precio efectivo que el competidor tendrá que igualar no es el precio medio de la empresa dominante, sino el precio normal (de lista) menos el descuento que pierde por cambiar, calculado sobre el rango de relevante de las ventas y durante el período de referencia...”*

Además, la falta de cobertura de los costes podría implicar subvenciones cruzadas, como se explica en *Deutsche Post* <sup>30</sup> (2001):

*“Desde un punto de vista económico cabe hablar de subsidios cruzados cuando, por un lado, los ingresos de un servicio no son suficientes para cubrir los costes adicionales específicos imputables a dicho servicio y, por otro, existe un servicio o todo un ámbito empresarial cuyos ingresos superan los costes stand-alone. La sobrecobertura de los costes stand-alone indica la fuente de subsidios cruzados, y la infracobertura de los costes adicionales específicos vinculados a la prestación, el destino de dicha subvención. En el presente caso, el ámbito reservado puede constituir una fuente de financiación permanente,*

---

<sup>30</sup> Ver, COMP/35.141 - *Deutsche Post AG*, O.J. 2001L 125/27, considerando 6.

*dado que las cifras facilitadas por [Deutsche Post]... demuestran que los ingresos totales del ámbito reservado superan los costes stand-alone.”*

Suponiendo que los precios cobrados a los clientes comerciales no cubran los costos reales de la prestación de estos servicios, esto podría indicar la existencia de subsidios cruzados, por ejemplo, desde cartas no comerciales. Basado en la OCDE, entiendo que algunas actividades postales permanecen reservadas para Correos de Chile. Además, los subsidios cruzados pueden adoptar la forma de una deficiente imputación de los costos entre actividades, sujetas a un nivel de competencia diferente, y, por tanto, ser indirectas y, en cierta medida, convertibles.

También me gustaría volver a las observaciones anteriores sobre las limitaciones de capacidad, como se explica por la *Comunicación de la Comisión*, párrafo 39, que en algunos mercados:

*“... los competidores no pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual. Un descuento condicional otorgado por una empresa dominante puede permitirle utilizar la parte no contestable de la demanda de cada cliente (es decir, la cantidad que el cliente compraría en todo caso a la empresa dominante) como instrumento para disminuir el precio que debe pagarse por la porción contestable de la demanda (es decir, la cantidad que el cliente puede optar por sustituir y para la que puede encontrar sustitutos).”*

El tema de los mercados no competitivos tiene implicaciones estratégicas para efectos de los descuentos ofrecidos por Correos de Chile. Entiendo que Envía no ofrece una cobertura geográfica del 100%, lo que hace evidente que parte del mercado (cartas a zonas no cubiertas por Envía) se garantizaría a Correos de Chile. Además, los segmentos de mercado podrían reservarse de facto a Correos de Chile si Envía sufriera otras limitaciones, por ejemplo, financieras.

Como se explica en el párrafo citado anteriormente, el descuento debe ser evaluado en función de su efecto en el mercado sujeto a competencia. Por tanto, los precios pertinentes no son precios promedio calculados para todos los clientes, más bien corresponden al precio marginal ofrecido a un cliente específico, y si es que Envía puede igualarlo.

### *3.2.2. Revisando los descuentos discriminatorios*

La *Comunicación de la Comisión* no ofrece orientación directa sobre la evaluación de la conducta discriminatoria, incluidos los descuentos discriminatorios. Sin

embargo, el asunto se revisó en parte en *BdKEP/Deutsche Post AG*<sup>31</sup>, donde los descuentos se reservaron a los clientes que no utilizaban a terceros para prestar servicios de preparación del correo (impresión, envoltura, etiquetado, franqueo, recogida, empaquetado, clasificación y entrega a la distribución). La Comisión de la UE pudo explicar, en el considerando 86:

*"En el ámbito de la consolidación, las medidas imputadas llevan a [Deutsche Post] a discriminar entre los principales remitentes, por una parte, que tienen acceso a los centros de clasificación de salida y de entrada y a todos los descuentos en función de la cantidad aplicables para el acceso a la red aguas abajo sobre la base del acuerdo de acceso y descuento celebrado con [Deutsche Post], y, por otra parte, las empresas de preparación del correo comercial con volúmenes (consolidados) comparables de envíos postales, que no tienen acceso a ningún descuento para el acceso. Indirectamente, la discriminación contra las empresas de preparación del correo induce a [Deutsche Post] a discriminar entre los principales remitentes que cumplen el requisito de los descuentos basados en la cantidad a título individual y los remitentes de empresas más pequeñas que no cumplen estos requisitos a título individual, pero que podrían recoger y pre clasificar volúmenes comparables de correo si tuvieran acceso a la consolidación".*

En resumen, el descuento discriminaba entre **a)** clientes grandes que podían realizar servicios de preparación del correo internamente (o permitir a Deutsche Post proveerles tal servicio), y **b)** clientes más pequeños que dependían de un tercero para obtener estos servicios.

A modo de explicación sobre cómo el concepto de abuso también cubría este tipo de discriminación indirecta, la Comisión de la EU estableció en el considerando 93 que:

*"... El Artículo [102] exige que los socios comerciales de la empresa dominante se encuentren en desventaja competitiva como resultado de la discriminación. La redacción incluye tres tipos de discriminación, los dos primeros de ellos exclusivos y el último explotativo: i) el cliente de la empresa dominante se encuentra en una situación de desventaja competitiva con respecto a la propia empresa dominante, ii) con respecto a otros clientes de la empresa dominante; o iii) el cliente se ve perjudicado desde el punto de vista comercial, de tal manera que su capacidad para competir en cualquier mercado se ve afectada.*

---

<sup>31</sup> Caso 38.745 - *BdKEP/Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*.

*Es obvio que los tipos (i) y (iii) no requieren una relación competitiva entre los dos grupos de comparación".*

A continuación, en el considerando 94 lo relaciona con el caso específico y el abuso involucrado:

*"Ya se ha demostrado anteriormente... la imposibilidad de que las empresas de preparación del correo puedan acogerse mediante consolidación a los descuentos en función de la cantidad, lo que deja a estas empresas en una situación de desventaja competitiva con respecto a [Deutsche Post]. Los competidores de [Deutsche Post] no tienen la posibilidad de conseguir que sus clientes ahorren en gastos de envío, mientras que [Deutsche Post], al menos en un caso, mediante una interpretación amplia del régimen actual aplicable a los principales remitentes, estaba dispuesta a permitir una consolidación "virtual" de los envíos postales de sus "clientes" con el fin de conseguirles ahorros en gastos de envío. La discriminación constituye, pues, un abuso exclusorio del primer tipo mencionado en el párrafo precedente".*

De lo anterior se desprende que, la discriminación, aunque en principio vertical, puede tener un efecto anticompetitivo horizontal, que excluya a un competidor directo del operador postal dominante. Por otra parte, la exclusión podría producirse en el mercado de preparación de correo comercial masivo como en el caso de *BdKEP/Deutsche Post AG*, o en el mercado de la distribución efectiva de correo comercial masivo.

Esta última opción, en la que el abuso tenía por objeto cerrar el mercado de los servicios de distribución, se aplicó a *Royal Mail/Whist*<sup>32</sup> (2018), donde el operador tradicional de servicios postales del Reino Unido (Royal Mail) había ofrecido descuentos discriminatorios en el mercado británico de envíos masivos. Un mercado compuesto por dos componentes, en el que Royal Mail tenía una cuota de mercado del 98% en lo que se refiere a la actividad de entrega efectiva de las cartas, pero que sólo se encontraba en tercer lugar en lo que respecta a la recogida y a la clasificación inicial.

Con el fin de preservar su monopolio sobre el nivel de distribución, los precios se incrementaron en 0,25 libras esterlinas, es decir, en 1,2% para los operadores que utilizaban su propia red de distribución. Esto incluía un descuento para los operadores que respecto a la entrega de correo masivo comercial se mantuvieran 100% fieles a Royal Mail.

---

<sup>32</sup> CW/01/1122/01/14 - *Discriminatory pricing in relation to the supply of bulk mail delivery services in the UK*, Ofcom, 14 de agosto de 2018, páginas 11-12.

Al explicar cómo esta discriminación equivalía a un abuso, la Autoridad de Competencia del Reino Unido<sup>33</sup>, evaluó primero si se ofrecían condiciones diferentes para servicios idénticos y, a continuación, cómo afectaban a la competencia. Habiendo respondido afirmativamente a la primera pregunta, se pudo entonces, p. 222, concluir que:

*“La diferencia de precios equivalía en efecto a una sanción a los clientes entrantes que intentaban competir en el mercado de correo masivo/entrega end to end, dificultando significativamente la entrada y haciéndola menos probable...”*

Esto se debió al superávit recaudado de 0,25 libras esterlinas (o 1,2 %) por carta, que habría ascendido al 55% de las ganancias proyectadas de Whistl para sus operaciones de distribución durante el período 2014-2018. Incluso parecía que Royal Mail no ignoraba este efecto, ya que el probable impacto (negativo) sobre Whistl se habría discutido a nivel gerencial<sup>34</sup>, lo que indica una estrategia global de cierre del mercado.

### 3.3. Aplicación de los tests operativos a su caso

Entiendo que Correos de Chile se ha negado a revelar su actual sistema de descuentos, pero que el siguiente descuento por volumen fue ofrecido en 2009 a los clientes corporativos:

0 – 2.000	0 %
2.001 – 5.000	12 %
5.001 – 50.000	28 %
50.001 – 300.000	36 %
300.001-650.000	45 %
650.001-1.000.000	47 %
1.000.001-2.000.000	49 %
2.000.001- y más	56 %

También entiendo que los descuentos son incrementales (sólo se ofrecen en extras), calculados sobre una base mensual, y en dicho momento (2009) se

<sup>33</sup> CW/01/1122/01/14 - *Discriminatory pricing in relation to the supply of bulk mail delivery services in the UK*, Ofcom, 14 de agosto de 2018, páginas 199-248.

<sup>34</sup> CW/01/1122/01/14 - *Discriminatory pricing in relation to the supply of bulk mail delivery services in the UK*, Ofcom, 14 de agosto de 2018, páginas 196 y 215-221.

encontraban disponibles para todos los clientes con entrega dentro del territorio nacional y con un contrato de "Franqueo Convenido".

Como se ha explicado anteriormente, podría detectarse un abuso según el derecho de la competencia de la UE si **a)** Envía no puede igualar las condiciones y los precios ofrecidos por Correos de Chile o **b)** los descuentos hacen poco atractivo para los clientes obtener servicios de Envía, funcionando como un acuerdo de exclusividad. Sin embargo, también hay que tener en cuenta otros factores, por ejemplo, la necesidad de garantizar una escala crítica mínima con respecto a los clientes, tal como se explica en *Deutsche Post I*, y si sólo una parte del mercado y los clientes están sujetos a la competencia. Por otra parte, como se indica en el considerando 42 de *Post Danmark II*, es el test pertinente para determinar si el descuento:

*"... sin comprometer mediante una obligación formal a los clientes de la empresa, no obstante, si pretende dificultar el abastecimiento de estos clientes acudiendo a los productores competidores, produce un efecto de exclusión contrario a la competencia..."*

Aunque no se dispone de las tarifas recientes de descuentos aplicados por Correos de Chile, entiendo que el nivel máximo se ha elevado al 70 - 90%, y que ahora debe negociarse individualmente. Si bien esto último no se ha expresado directamente, sería la única explicación (legítima) de la falta de voluntad de Correos de Chile para revelar los niveles actuales. Además, entiendo que los descuentos no representan una reducción real de los costes y que, por lo tanto, podrían explicarse por ello.

Suponiendo que la naturaleza individual sea correcta, el descuento podría potencialmente adquirir un carácter discriminatorio, sujeto a pruebas más rígidas como en los casos *BdKEP/Deutsche Post AG* y *Royal Mail/Whistl*. Esto implicaba esencialmente si los descuentos, como se explica en *BdKEP/Deutsche Post AG*, considerando 93, estuvieran provistos de:

*"i) el cliente de la empresa dominante se encuentra en una situación de desventaja competitiva con respecto a la propia empresa dominante, ii) en relación con otros clientes de la empresa dominante, o iii) el cliente sufre comercialmente de tal manera que su capacidad para competir en cualquier mercado se ve perjudicada."*

O más claramente, si los descuentos distorsionan la competencia entre los clientes, cuando algunos obtienen mejores condiciones. Naturalmente, la desventaja competitiva no debe ser trivial, sino que debe tener cierta sustancia.

Además, las víctimas podrían ser clientes directos (por ejemplo, clientes pequeños o grandes) o competidores como Envía. Todo depende de cómo el descuento afecte a los mercados y a la competencia, y de si no existe una justificación objetiva, por ejemplo, reducciones de costos debidas al volumen de ventas.

#### **4. Defensas posibles**

Entiendo que Correos de Chile indica que su caso de imputación de abuso, si se concluye desfavorablemente (para Correos), podría comprometer su capacidad para asegurar el servicio postal universal en Chile, y como cuestión aparte, que el descuento representa un ahorro de costos que puede ser traspasado a los clientes. A continuación, ofreceré algunos comentarios sobre ambas defensas, que probablemente deberían ser refutadas.

##### *4.1 Servicio universal y el descreme*

Correos de Chile, invocando que su capacidad de asegurar el servicio postal universal en Chile se encuentra en peligro, se basa en dos (falsos) supuestos.

En primer lugar, que empresas como Envía, sólo quieren operar en segmentos rentables, dejando lo no rentable en manos de Correos de Chile; se dedican por tanto a lo que a menudo se conoce como "*cherry picking*" o descreme. En segundo lugar, que el servicio postal universal representa una carga financiera por la que la empresa debe ser compensada correctamente con cargo al presupuesto fiscal o que se produzca una excepción al derecho de la competencia.

El argumento del servicio postal universal a menudo se revoca, o se contempla, en casos de abuso postal, incluyendo *BdKEP/Deutsche Post AG*, *Royal Mail/Whistl* y *Deutsche Post I*. Sin embargo, por una serie de razones, su aplicación práctica es limitada.

En primer lugar, solamente cobra relevancia si efectivamente existe una obligación legal para la empresa de respetar ciertos requerimientos, por ejemplo, el servicio universal, rangos de tiempo definidos para ello y tarifas (socialmente) aceptadas. Sin esto, la empresa podría, en principio, decidir no ofrecer servicios no rentables o, como estructura mínima, ofrecerlos de manera más comercial. No dispongo de información suficiente para ofrecer orientación alguna sobre la situación en Chile, incluso si existe una obligación legal de servicio universal. Recomiendo que esta información se recopile a medida que avance el caso.

En segundo lugar, es discutible si el servicio postal universal efectivamente represente una carga financiera como se alega. Mientras que, la UE ha dispuesto

regulaciones<sup>35</sup> que permiten a los estados miembros: i) definir, ii) imponer (después de un proceso de licitación) y iii) bajo criterios estrictos, compensar una obligación de servicio postal universal, menos de un tercio de los estados miembros ha iniciado el elemento compensatorio<sup>36</sup>. Además, la carga solo se produciría si las obligaciones de servicio postal universal inducen al operador postal a ofrecer servicios que no habría ofrecido en un mercado competitivo. En estudios en Dinamarca<sup>37</sup> (2008) y Alemania<sup>38</sup> (2006), se refutó, por ejemplo, que el servicio postal universal, en este escenario, representara en aquel momento una carga financiera. Por supuesto, la situación geográfica en Chile difiere sustancialmente de la de estos países y mucho ha sucedido desde 2006/2008<sup>39</sup>. En cualquier caso, no debe asumirse que el servicio universal representa una carga *per se*.

En tercer lugar, están los test de abuso, muy beneficiosos para la empresa dominante al no incluir los costes más comunes y compartidos. Naturalmente, éstos no desaparecerán, sino que tendrán que asignarse a otras actividades afectando la rentabilidad de las mismas. Como señala *Deutsche Post I* (2001), si la estrategia de precios no logra cubrir los costos incrementales de la prestación de un servicio, se requeriría un subsidiocruzado de otros servicios. Si no se condenara esta estrategia de precios, sería más perjudicial para garantizar el servicio postal universal en una perspectiva más amplia que la inversa. Un tema que también fue comentado en *Deutsche Post I*, donde la Comisión observó en el considerando 43, que:

*“Por el contrario, los ingresos por encima del umbral de los costes adicionales vinculados a la prestación son, según ha declarado el propio [Deutsche Post], el mejor medio para contribuir a la cobertura de la infraestructura que, debido a la obligación de servicio público, se ha de mantener como capacidad de reserva. Ahora bien, las ventas por debajo de este umbral no contribuyen a esa cobertura y, por tanto, resultan incluso perjudiciales para el cumplimiento de la obligación de servicio público.”*

<sup>35</sup> Directiva 97/67/EC relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, modificada, artículos 3 y 7.

<sup>36</sup> *Main Developments in the Postal Sector (2013-2016)* Estudio para la Comisión de la UE, Dirección General de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y Pymes, página 31.

<sup>37</sup> *What is the cost of Post Danmarks Universal Service Obligation*, Copenhagen Economics, 11 de marzo de 2008.

<sup>38</sup> *The Profitability of The Mail Division of Deutsche Post – A final report*, octubre de 2006, NERA.

<sup>39</sup> Un mayor análisis de la EU se encuentra disponible en *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013)*, Estudio para la Comisión de la EU, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, WIK 2013, páginas 149-153.

En cuarto lugar, como indica *Deutsche Post I*, hay algunas formas de abusos que van en detrimento de la defensa [de Correos de Chile], ya que una reducción sustancial de los precios, por ejemplo, en forma de descuentos, podría afectar la capacidad de garantizar el servicio postal universal. Esto ocurrirá cuando el precio efectivo no asegure la cobertura de los costos reales de distribución. Como se explicará más adelante, la distribución de cartas supone la mayor parte (> 45%) de los costos totales, lo que lo hace problemático cuando se ofrecen descuentos sustanciales para la recogida de cartas. En particular, dado que los costes que aquí se soportan son limitados (< 10%), el ahorro potencial se diluye considerablemente.

En quinto lugar, la defensa solo tendría una incidencia real si la disminución en la distribución de correspondencia le negara la posibilidad al operador postal de lograr una masa crítica, impidiendo que este pueda operar una red con cobertura nacional. La cantidad de correspondencia (y cuotas de mercado) perdidas por el incumbente deben por tanto ser sustanciales para que la diferencia tenga alguna relevancia.

Naturalmente, no se puede ignorar por completo esta cuestión, lo que explica por qué la Directiva Postal de la UE<sup>40</sup> ha establecido un marco para garantizar el servicio postal universal. Esto incluye no sólo la compensación de cualquier pérdida neta, sino también: i) la obligación de revelar los términos, precios y estándares de servicio, ii) la adopción de bases de costos y precios uniformes, iii) una contabilidad separada, y iv) una regla sobre la distribución de costos para evitar subsidios cruzados. En particular, el requisito de la contabilidad separada y la regla sobre subsidios cruzados deben considerarse como una respuesta directa a los riesgos siempre persistentes de comportamiento abusivo y a los intentos de impedir la competencia.

Por otra parte, también podría ser pertinente recordar cómo se cerró *Deutsche Post I*. Además de ordenar que se pusiera fin al abuso, la Comisión de la UE también exigió **i)** la separación de las actividades comerciales en una entidad jurídica separada y, para los próximos tres años, informes sobre **ii)** los precios de transferencia utilizados internamente por el grupo y **iii)** las condiciones, incluidos los descuentos, ofrecidos a los seis principales clientes.

Frente a esto, es debatible, no solo que el servicio postal universal en Chile representa una carga, sino también que una decisión no favorable del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [para Correos de Chile], pudiera arriesgar dicho

---

<sup>40</sup> Directiva 97/67/EC relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, modificada.

servicio. Pero claro, el tema debe ser evaluado en la medida que mayor información se encuentre disponible.

#### 4.2. El tema de las reducciones de costos

Entiendo que el Profesor Islas en su informe rebate la existencia de reducciones de costos sustanciales para justificar los descuentos. Esto es consecuente con el análisis de la UE, por ejemplo, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013)*<sup>41</sup>, (2013), un estudio encargado por la Comisión de la UE. En este caso, el modelo de una red postal indica que el 45% del coste total debe asignarse a la entrega efectiva de cartas, mientras que sólo el 10% debe asignarse a la aceptación y recogida de cartas. Como se ha señalado anteriormente, la primera es una actividad aguas abajo de la segunda en una cadena de distribución vertical. Además, esto es coherente con las cifras que, según tengo entendido, ha facilitado el Profesor Islas.

De ello se deduce que la economía de escala es limitada (< 10%) con respecto a los volúmenes del cliente individual, por lo que es falso invocarla como defensa de los descuentos en el rango del 70 y el 90%. Más aún, en lugar de representar ahorros, tales descuentos podrían, como se ha indicado anteriormente, socavar la capacidad de garantizar el servicio postal universal.

En razón de lo anterior, me mantengo de todas formas escéptico sobre la capacidad de cualquier reducción de costos para justificar los descuentos muy sustanciales.

- o0o -

Por favor siéntase libre de contestar si cualquier elemento requiere aclaración.

Saludos cordiales,

Christian Bergqvist

---

<sup>41</sup> *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013)*, Estudio para la Comisión de la UE, Dirección General de Mercado Interno y Servicios, WIK 2013, página 197.

