



ELIMINACIÓN DE UN COMPETIDOR POTENCIAL Y ENTRADA ORGÁNICA AL MERCADO: COMPARACIÓN DE LOS CRITERIOS DE META/WITHIN Y UBER/ CORNERSHOP

Catalina Villalobos Hinojosa y Josefina Poblete Ormeño

Eliminación de un competidor potencial y entrada orgánica al mercado: comparación de los criterios de Meta/Within y Uber/Cornershop¹

Febrero 2023



Catalina Villalobos Hinojosa

Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma en Derecho y Política de la Competencia Universidad de Chile. LLM in Competition, Innovation and Information Law, New York University. Trabajó previamente en la Fiscalía Nacional Económica. Actualmente se desempeña como Asociada Senior del equipo de Libre Competencia de Barros & Errázuriz.



Josefina Poblete Ormeño

Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Asociada equipo Libre Competencia Barros & Errázuriz.

Abstract: Se analiza la medida cautelar presentada por la Federal Trade Commission ante una corte de California, para bloquear la operación de concentración entre Meta Platforms Inc. y Within Unlimited Inc. En particular, se analiza el estándar aplicado por la agencia estadounidense para calificar a un agente como “competidor potencial” y se compara dicho estándar con el aplicado por la Fiscalía Nacional Económica en su informe de aprobación de la operación de concentración entre Uber Technologies Inc., y Cornershop Technologies LLC. Se concluye que el estándar aplicado por la FTC es más laxo, lo cual a su vez incide en el contrafactual con el cual se mide la afectación competitiva en el mercado *post* concentración.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los casos más importantes del año 2022 en EE.UU. es el que enfrenta a la Federal Trade Commission (“**FTC**”) con las empresas Within Unlimited Inc. (“**Within**”) y Meta Platforms Inc (“**Meta**”)². La FTC solicitó bloquear la operación de concentración consistente en la adquisición de Within por parte de Meta, arguyendo que dicha operación conllevaría la eliminación de Meta como competidor potencial en el mercado de aplicaciones dedicadas de fitness para realidad virtual.

Dicho caso es consistente con el nuevo foco de la FTC, y su actual presidenta, Lina Khan, de frenar y limitar el crecimiento de las *Big Tech*, particularmente cuando se trata de *killer* o *nascent acquisitions*. Así, es este nuevo enfoque de la FTC el que puede dar mayor claridad acerca del análisis llevado a cabo en el caso Meta/Within respecto de la eliminación de un competidor potencial y el estándar utilizado para que una operación reduzca sustancialmente la competencia.

El análisis realizado por la FTC parece diferir de aquel utilizado por la autoridad de competencia en Chile, y en donde parece ser que se le exige al comprador -por parte de la autoridad estadounidense- un deber de crecimiento orgánico y no por medio de adquisiciones. Es esta diferencia de criterios y de evaluación de una operación de concentración la que amerita preguntarse si acaso la Fiscalía Nacional Económica debiese adoptar una nueva perspectiva en materia de eliminación competidor potencial.

¹ Catalina Villalobos participó en la operación de concentración Uber/Cornershop en su trabajo en la División de Fusiones de la Fiscalía Nacional Económica.

² El día 31 de enero de 2023, el juez del distrito norte de California rechazó la solicitud de medida cautelar (*New York Times*).

A continuación, se revisarán los dos criterios utilizados por la FTC y se hará el paralelo con la aprobación de la operación de concentración de Uber Technologies, Inc. (“Uber”) y Cornershop Technologies LLC (“Cornershop”)³, por parte de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”).

II. FEDERAL TRADE COMMISSION V. META

En julio de 2022, la FTC presentó una medida precautoria con el objeto de detener la adquisición de la empresa Within por parte de Meta, ante la corte del distrito norte de California.

En su solicitud, la FTC argumentó que, la adquisición de Within por parte de Meta, reduciría sustancialmente la competencia o tendería a crear un monopolio. Lo anterior, ya que Within es propietaria de la aplicación de fitness para realidad virtual (“VR”) “Supernatural”.

Meta (ex Facebook), tal como lo sugiere su nombre, ha buscado expandir sus actividades al VR a través de distintas adquisiciones y desarrollos en dicho mercado. Así, Meta es propietaria de cascos de realidad virtual y también de distintas aplicaciones, entre ellas “Beat Saber”.

Beat Saber es una aplicación en la que los jugadores destruyen bloques rítmicos a medida que estos van volando hacia el jugador. Esto acompañado por música y un ambiente futurista.

Por su parte, Supernatural es una aplicación de fitness en la cual los participantes pueden realizar entrenamientos con música en locaciones virtuales como, por ejemplo, la gran muralla China.

En su presentación inicial, la FTC indicó que la adquisición de Within por parte de Meta reduciría sustancialmente la competencia en el mercado de aplicaciones “dedicadas” de fitness de VR (“**mercado fitness-dedicado**”), y en el de aplicaciones de fitness “incidentales” de VR (“**mercado fitness-incidental**”)⁴. Esto pues, por un lado, en el mercado fitness-incidental, en el que competirían Beat Saber (Meta) y Supernatural (Within), se incrementaría la concentración y, por otro lado, en el mercado fitness-dedicado, se eliminaría la competencia potencial de Meta.

La eliminación de competencia potencial se produciría de dos formas: (i) eliminando cualquier posibilidad de que Meta ingresara al mercado fitness-dedicado a través de formas alternativas a la adquisición de Within; y, (ii) eliminando la actual y probable influencia beneficiosa para la competencia en el mercado fitness-dedicado, generada por la posición actual de Meta al borde de dicho mercado (a través de su aplicación Beat Saber)⁵.

En este marco, la FTC consideró que era razonablemente probable que Meta igualmente ingresara al mercado fitness-dedicado a través de formas distintas, de no mediar la adquisición. Adicionalmente, la FTC señaló que era razonablemente probable que una entrada alternativa de Meta desconcentrara el mercado fitness-dedicado y tuviera otros efectos procompetitivos. Igualmente, la autoridad estadounidense indicó que Within consideraba a Meta como un potencial entrante para ese mercado (fitness-dedicado) y que también otros actores lo percibían de esa manera, lo que influenciaba la competencia en ese mercado.

3 Rol FNE F217-2019, ver [ficha CeCo](#).

4 Las aplicaciones fitness de VR “dedicadas” son aquellas cuya primera finalidad es el entrenamiento físico. En cambio, las aplicaciones fitness de VR “incidentales” son aquellas en las que, si bien el ejercicio físico tiene incidencia, su objetivo es el juego (como las aplicaciones de baile).

5 Medida precautoria FTC, julio 2022. Párrafo 70.

Agregó la FTC que la adquisición de Within elevaría las barreras a la entrada al mercado fitness-dedicado, impidiendo que eventuales competidores de Meta ingresen o se expandan en él. Lo anterior, por cuanto se verían desalentados a competir con una compañía “*deep-pocket*” como Meta⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, la FTC modificó la solicitud inicial reduciendo las acusaciones en contra de Meta respecto del mercado fitness-incidental, manteniendo las demás acusaciones⁷.

Finalmente, el 31 de enero de 2023 un juez del distrito norte de California rechazó la solicitud de medida precautoria al no haberse acreditado por la FTC que Meta tuviera los medios viables disponibles para entrar al mercado de otra forma que no fuera a través de una adquisición⁸.

A continuación, analizaremos dos de los principales argumentos de la FTC para considerar anticompetitiva la adquisición de Within: (i) la eliminación de un competidor potencial; y, (ii) la entrada al mercado a fitness-dedicado través de adquisiciones y no de forma “orgánica”.

III. ELIMINACIÓN DE UN COMPETIDOR POTENCIAL

La medida precautoria de la FTC indica que Meta sería un potencial entrante al mercado fitness-dedicado, puesto que tendría los incentivos y la habilidad para entrar en él.

En los siguientes párrafos, analizaremos el riesgo de eliminación de un competidor potencial a través de una operación de concentración, comparando la evaluación que haría de este caso la FNE con la realizada hasta el momento por la FTC.

a. Análisis del competidor potencial en Chile

En la reciente Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales (“**Guía Operaciones Horizontales**”) de la FNE, se detalló el marco analítico y los principales análisis que efectúa la autoridad nacional cuando se está ante un caso de eliminación de un competidor potencial.

En primer lugar, señala que una operación de concentración podrá reducir sustancialmente la competencia en el evento que *“el competidor potencial hubiese ingresado al mercado o el entrante reciente hubiese expandido sus operaciones incrementando significativamente los niveles de presión competitiva que podían razonablemente preverse en el futuro cercano”*⁹.

Para determinar la posibilidad de que una operación genere riesgos, la FNE analizará: (i) la probabilidad que el potencial entrante convirtiera en un competidor efectivo; (ii) que, en ausencia de la operación, dicho agente ingresaría al mercado o expandiría sus operaciones; (iii) el comportamiento competitivo

6 Modificación de la medida precautoria de la FTC de 12 de octubre de 2022. Párrafo 103.

7 Modificación de la medida precautoria de la FTC de 12 de octubre de 2022.

8 Resolución de juez del distrito norte de California. Página 60.

9 FNE. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. 2022. Párrafo 57.

esperado del actor; y, (iv) si la pérdida de esta presión competitiva se puede compensar por el reposicionamiento o el reacomodo de actores en mercados conexos¹⁰.

Con anterioridad a la publicación de la Guía de Operaciones Horizontales la FNE aprobó la adquisición de Cornershop por parte de Uber, en donde precisamente se analizó el carácter de competidor potencial de Uber en el mercado de intermediación y entrega de productos de supermercados, en el que Cornershop era el principal actor. En dicho caso, se evaluó principalmente: (i) la probabilidad de que Uber fuera un competidor efectivo de Cornershop; y, (ii) la posibilidad de contrapesos de competidores.

En la primera parte del análisis, la FNE contó con una serie de documentos internos de Uber, incluyendo un programa piloto en el que se evaluó la probabilidad de celebrar un acuerdo con el supermercado Tottus. En particular, este programa consistió en una plataforma digital basada en el interfaz de Uber Eats mediante la cual se ofreciera productos de Tottus.

Estos antecedentes permitieron a la FNE determinar que existía una intención seria de Uber de entrar a este mercado, realizando distintos actos positivos¹¹ demostrativos que, en ausencia de la operación, proyectaba competir con Cornershop.

Asimismo, existiría una estrategia global de Uber de ofrecer servicios de distribución de productos de supermercados, por lo que, a pesar de que el programa piloto con Tottus no tenía una entidad asimilable a la de Cornershop, la capacidad financiera y técnica de Uber le permitiría evolucionar a ser un competidor eficaz del mismo.

b. Meta como competidor potencial de Within

Por otro lado, en el análisis efectuado por la FTC, se analiza si Meta puede ser considerado como un posible competidor de Within en el mercado fitness-dedicado y, por tanto, si la adquisición de esta empresa puede implicar la eliminación de este potencial entrante (Meta).

Para estos efectos la FTC determinó que existen antecedentes de Meta que son indicativos del objetivo de esta empresa de controlar y “conquistar”¹² el mercado de realidad virtual. Ello lo habría realizado mediante: (i) las ventas de los cascos o *headseats* de VR, “Quest 2”; (ii) el control de su propia *app store*, “Meta Quest Store”; (iii) el App Lab, un *marketplace* y herramienta de desarrollo de aplicaciones para terceros; (iv) la adquisición de una serie de estudios que están detrás del desarrollo y creación de *apps* de VR; y, (v) el desarrollo de sus propias *apps* de VR.

En este sentido, las recientes acciones de Meta en el mercado de VR serían demostrativas de su intención de controlar todos los distintos aspectos y segmentos de esta industria, siendo la adquisición de Within otra forma de lograr este objetivo.

Por una parte, la FTC determinó que no solo existiría una intencionalidad o un ánimo de Meta para entrar a este mercado, sino que también tendría la habilidad, tanto económica como financiera, para realizarlo.

10 FNE. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. 2022. Párrafo 58.

11 FNE. [Informe de Aprobación](#). Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc. Rol FNE F217-2019. Párrafo 145.

12 FTC. Press Release. FTC Seeks to Block Virtual Reality Giant Meta’s Acquisition of Popular App Creator Within. Disponible en: <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/07/ftc-seeks-block-virtual-reality-giant-metas-acquisition-popular-app-creator-within>>.

En efecto, Meta tendría los recursos financieros para desarrollar por su propia cuenta una *app* dedicada al fitness en un periodo razonable de tiempo, ya sea mediante modificaciones a *apps* ya existentes (como Beat Saber), o mediante la creación de una *app* nueva.

La FTC fundamentó esta capacidad de Meta para crear *apps* nuevas, a partir de diversos factores, tales como su experiencia previa en la creación de aplicaciones de VR, sus laboratorios de desarrollo para este tipo de productos, y sus conocimientos de *marketing* con Beat Saber para promover un nuevo producto de fitness.

El tamaño y los recursos económicos de Meta le han permitido entrar a distintas áreas de la industria de VR, y en conjunto con la información que obtiene de Beat Saber -que participa de un mercado más amplio de aplicaciones de fitness de VR (el mercado fitness-incidental)- le facilitaría un crecimiento orgánico hacia el mercado fitness-dedicado para así competir directamente con Within.

Esta afirmación de la FTC fue descartada por el juez que consideró que no era suficiente que Meta tuviese recursos para realizar una *app* de fitness-dedicado ya que *"no tenía ciertas capacidades únicas y críticas para el mercado de fitness-dedicado"*¹³.

Todo lo anterior, implica -para la FTC- que no sería necesaria la adquisición de Within para lograr que Meta pudiera entrar al mercado fitness-dedicado, existiendo un *"reasonable probability"*¹⁴ de que utilizara otras alternativas -distintas a esta adquisición- para ingresar a este mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante considerar que la FTC solo menciona brevemente que Meta habría considerado entrar orgánicamente al mercado fitness-dedicado, sin que exista una evidencia más clara de planes futuros de hacerlo¹⁵.

En efecto, según el mismo Meta, habrían evaluado esta entrada, pero considerando el posicionamiento de productos de otras entidades como Apple y Peloton, desistieron de la creación de un producto nuevo para competir en el mercado fitness-dedicado¹⁶.

c. ¿Sería considerado Meta un competidor potencial de Within bajo el marco normativo chileno?

De los análisis expuestos de la FNE y de la FTC en el caso Meta/Within, se pueden ver diferencias claras en cuanto a los criterios utilizados para determinar la calidad de una entidad como competidor potencial.

En el caso de la FNE, su Guía de Operaciones Horizontales establece que no solo es necesario identificar si una de las partes notificantes es un competidor potencial, sino también que éste sea efectivo.

13 Resolución Juez del Distrito Norte de California, San José. Página 44. Traducción libre de: *"lacked certain capabilities that are unique and critical to the VR dedicated fitness app market"*.

14 Modificación medida precautoria de 12 de octubre de 2022, párrafo 83.

15 *"Meta has the economic characteristics, size, resources, capabilities, advantages, and incentives to enter the VR Dedicated Fitness App market—and it has seriously considered doing so—by means other than this Proposed Acquisition."* (énfasis agregado). Modificación de medida precautoria de 12 de octubre de 2022, párrafo 53. En el fallo del juez del distrito norte de California, se incluye una potencial entrada al mercado de fitness-dedicado mediante una colaboración con Peloton, sin embargo, el juez desestimó que era razonablemente probable (*"reasonable probable"*) que reposicionara Beat Saber.

16 Meta. The FTC's Attempt to Block Meta's Acquisition of Within Is Wrong on the Facts and the Law. Disponible en: <<https://about.fb.com/news/2022/07/ftcs-attempt-to-block-metas-acquisition-of-within-is-wrong/#:~:text=Today%2C%20the%20Federal%20Trade%20Commission,ideology%20and%20speculation%2C%20not%20evidence>>.

En este sentido, en el caso de Uber/Cornershop se analiza el programa piloto que implementó Uber para determinar si su entrada podría competir de manera efectiva con Cornershop, y donde la capacidad técnica y financiera de Uber se utiliza como un indicativo de su posibilidad de ser un competidor efectivo en el mercado (no así para la determinación de la intención de entrada en el mercado).

Mientras que en el caso de Meta/Within la capacidad económica de Meta, al igual que sus habilidades técnicas en el desarrollo de aplicaciones de VR es utilizado para justificar y fundamentar la posibilidad de que ingrese al mercado. Es decir, el hecho que Meta sea una empresa con grandes recursos disponibles y que ha crecido fuertemente en la industria de VR puede -de acuerdo a la FTC- ser prueba para indicar que pretende entrar al mercado de aplicaciones dedicadas al fitness de VR.

Incluso, la FTC parece no realizar un análisis de si Meta sería o no un competidor eficiente frente a Within, sino que se limita a la probabilidad de ingreso al mercado.

Si bien, la incorporación de factores como la capacidad económica y de un *know how* sobre el negocio son relevantes para el análisis de un competidor potencial, éstos no pueden ser los únicos para determinar la probabilidad de ingreso a un mercado, como se señalará a continuación.

Por otra parte, del contenido de la medida precautoria, no se visualizan antecedentes o documentos internos que demuestren ser actos positivos para una futura entrada al mercado, sino que se basan principalmente en la posición de Meta en la industria de VR.

Lo contrario ocurre en el análisis de la FNE, donde los antecedentes recabados durante la investigación son clave para determinar la posibilidad de ingreso, al igual que su efectividad como competidor de Cornershop. Por lo que, bajo el criterio utilizado por la FNE, sería improbable que en un caso como el de Meta y Within se pudieran identificar actos positivos que demuestren la intención de Meta de entrar al mercado.

Es así que las principales diferencias entre el caso de Meta/Within con el análisis efectuado actualmente por la FNE parecen estar relacionadas con los antecedentes y documentos necesarios para acreditar la probabilidad de entrada a un mercado.

Lo anterior, implica que aplicando el criterio establecido por la FNE en la Guía de Operaciones Horizontales y en el caso de Uber/Cornershop, difícilmente se podría calificar a Meta como un competidor potencial de Within, considerando que no se ha evidenciado que, en ausencia de la operación, Meta hubiese entrado de todos modos al mercado de aplicaciones dedicadas al fitness de VR.

Así, para efectos de calificar a un agente económico como un competidor “potencial”, es posible ver en el análisis de la FNE una indagación y evaluación más profunda acerca de la existencia de una intención seria por parte de dicho agente de ingresar a un nuevo mercado. Lo anterior, en base a la revisión de una serie de actos positivos o demostrativos de esta intención, y no basándose únicamente en las capacidad o incentivos del agente en cuestión¹⁷.

Es mediante este análisis, que se puede evitar llegar a situaciones en que se extienda el concepto de competidor potencial a empresas que, aún de no materializarse la operación de concentración, no entrarían a un mercado.

17 De manera similar el juez del distrito norte de California señala “*the FTC may not rest solely on evidence of Meta’s considerable resources and the company’s clear zeal for the VR dedicated fitness app market as a whole; the evidence must show that Meta had some feasible and reasonably probable path to de novo entry*”. Resolución Juez del Distrito Norte de California, San José. Página 54.

La importancia de este análisis -y del criterio utilizado para ello- recae principalmente en que si una autoridad de competencia es especialmente laxa en esta calificación se identificarán riesgos que no existen en la realidad, limitando y restringiendo la posibilidad de que operaciones que no tengan efectos anticompetitivos sean cuestionadas y, en el peor de los casos, prohibidas.

IV. ¿EXISTE UN DEBER DE UN CRECIMIENTO ORGÁNICO?

Nos hemos referido al análisis de la FTC respecto del riesgo de eliminación de un competidor potencial y de cómo en la jurisprudencia chilena, con los antecedentes disponibles, no sería un riesgo que probablemente perseguiría la FNE.

Sin embargo, la “extensión” de este riesgo de competidor potencial da indicios de una segunda acusación de la FTC a Meta: la probabilidad razonable de que una entrada alternativa de esta empresa hubiera desconcentrado sustancialmente el mercado y generado otros efectos procompetitivos.

Para la FTC existiría una fusión anticompetitiva si, aquella empresa que pretende adquirir otra, tiene la opción de una entrada orgánica que hubiera sido procompetitiva. Pero ¿es ese el estándar del control de fusiones o está la FTC exigiendo a una compañía realizar solo adquisiciones procompetitivas?

Para evaluar si ésta es una exigencia propia de la FTC, a continuación, se expondrá sobre el análisis de control de fusiones chileno, para entender si se puede requerir un crecimiento orgánico en nuestro país.

a. Regla general: adquisición sin restricciones

Se debe tener a la vista que, en Chile, la adquisición de una empresa -o las asociaciones de distintas entidades económicas- está amparada por el derecho fundamental de la libre asociación económica, consagrado en Artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República. Así, por regla general, las empresas sí podrían realizar operaciones de concentración sin que se le impongan restricciones o limiten su posibilidad de realizarlo.

Sin embargo, dado los cambios estructurales que las operaciones de concentración pueden provocar en un mercado, en la competencia y en los consumidores, se ha entendido que para mantener un sistema de competencia eficaz¹⁸, es necesario contar con un sistema de control de estas operaciones.

De esta forma, a partir del año 2017 comenzó a regir un sistema de control de operaciones de concentración que establece qué operaciones deben ser notificadas ante la FNE previo a su materialización.

b. ¿Cuándo debe notificarse una operación de concentración?

En Chile, al igual que en otras jurisdicciones del mundo, solo algunas operaciones de concentración deben ser notificadas ante la FNE (entendiendo que son escasas aquellas que pueden tener por efecto reducir sustancialmente la competencia). De este modo, el hecho de establecer ciertos umbrales y requisitos para gatillar una notificación obligatoria dice relación con prever cuáles son las operaciones que pueden tender a reducir los niveles de competencia en un determinado mercado y que, por ello, requieren de un control preventivo.

18 OCDE. 2014. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile. Página 8.

Así, mediante la Ley N° 20.945 que modifica al Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), se estableció en Chile un nuevo régimen de operaciones de concentración que exige la notificación obligatoria únicamente cuando una transacción determinada cumple con dos requisitos copulativos: (i) que califique como una operación de concentración; y, (ii) que supere los umbrales de venta.

Respecto del primer requisito, se consideran operaciones de concentración cualquier hecho, acto o contrato que tenga por efecto que dos o más agentes económicos, previamente independientes entre sí, cesen en su independencia, y se realice mediante cualquiera de las siguientes figuras: (i) fusión; (ii) adquisición de control o influencia decisiva; (iii) *joint venture*; (iv) adquisición de activos.

Por otra parte, respecto del segundo punto (umbrales de venta la operación debe superar copulativamente un umbral individual y un umbral conjunto. Así, las empresas que pretenden concentrarse deben tener -individualmente- ventas en Chile por sobre 450.000 UF y -en conjunto- superar los 2.500.000 UF en el año previo al que notifican la operación.

Por su parte, en el caso de EE.UU., los umbrales que gatillan la notificación de una operación dependen del valor de la transacción y también de las ventas de las partes. En este sentido, la transacción debe superar los \$101 millones de dólares y -además- superar el umbral de ventas de las partes (alternativamente, si no supera el umbral de venta de las partes, entonces la transacción debe superar los \$403.9 millones de dólares). Por otro lado, el umbral de ventas que deben superar las partes es: (i) adquirente supera los \$202 millones de dólares y la sociedad adquirida supera los \$20.2 millones de dólares; o (ii) adquirente supera los 20.2 millones de dólares y la sociedad adquirida supera los \$202 millones de dólares.

c. Estadística operaciones de concentración en Chile

Tal como se ha señalado, la mayoría de las operaciones de concentración que han sido notificadas en Chile no reducen sustancialmente la competencia y son aprobadas de manera pura y simple por la FNE.

En ese sentido, desde el comienzo del sistema de notificación obligatoria en Chile el año 2017 hasta el día 31 de diciembre de 2022 de un total de 210 operaciones de concentración aprobadas, solamente 18 han sido aprobadas sujetas a medidas de mitigación y 3 han sido prohibidas.

Lo anterior, puede ser demostrativo de que -en general- las operaciones no tienen efectos anticompetitivos ni reducen sustancialmente la competencia y en la mayoría de los casos no se requiere de la intervención de la autoridad de competencia. Esta intervención procede, ya sea para establecer medidas que mitiguen los riesgos identificados o, en casos muy limitados, prohíban una operación.

d. El estándar para una adquisición anticompetitiva: reducción sustancial a la competencia

La FTC señaló que: *“la entrada de Meta al mercado de aplicaciones dedicadas de fitness de VR, ya sea añadiendo nuevas funciones a una de sus aplicaciones existentes o desarrollando desde cero una nueva aplicación dedicada de fitness de VR, hubiera tenido el efecto de desconcentrar sustancialmente el mercado y aumentar la competencia”*¹⁹.

Tal como indicamos, la gran mayoría de las operaciones de concentración que ha analizado la FNE han sido aprobadas de manera pura y simple. Esto es porque el estándar para que una operación de concentración

19 FTC Demanda Administrativa, agosto 2022, párrafo 96. Modificación medida precautoria de 12 de octubre de 2022, párrafo 84.

sea aprobada no es que ésta deba tener efectos procompetitivos, sino que para prohibirla, ésta debe ser apta para reducir sustancialmente la competencia.

En EE.UU. se ha entendido que una operación de concentración debe ser prohibida cuando puede reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio. Este “*substantial lessening of competition*” producirá efectos dependiendo del tipo de operación de que se trate.

En el caso de operaciones de concentración horizontales, una fusión reduce sustancialmente la competencia cuando crea o aumenta la habilidad de las partes de actuar de un modo coordinado (efectos coordinados), o bien, permite a la entidad resultante subir sus precios de forma independiente (efectos unilaterales).

También se han identificado riesgos en las operaciones que involucran a competidores potenciales. De esta forma, las autoridades de competencia estadounidenses tienen un criterio similar al que ya que utiliza la FNE.

e. El contrafactual como medida de la reducción sustancial a la competencia

Como hemos señalado, para que una operación de concentración que involucre un competidor potencial pueda ser prohibida, ésta debe reducir sustancialmente la competencia.

Para determinar lo anterior, se debe realizar un ejercicio de comparación entre dos escenarios: el escenario con la operación y el escenario sin la operación (o contrafactual). El contrafactual, como lo indica la misma FNE en su Guía de Operaciones Horizontales, generalmente corresponderá al escenario previo a la operación.

No obstante, para las operaciones en que se evalúe el riesgo de eliminación o pérdida de un competidor potencial, el contrafactual adecuado no será el escenario pre-fusión sino el escenario en que el competidor (adquirente o adquirido) ingresa al mercado.

La FTC entiende en medida precautoria solicitada que el contrafactual es que Meta ingrese al mercado fitness-dedicado de forma orgánica. Comparando ambos escenarios, uno en el que Meta “desconcentra el mercado e incentiva la competencia” y el post transacción en que esto no ocurre, la FTC considera que hay una reducción sustancial a la competencia.

Probablemente, siendo este escenario el correcto, la FNE también hubiese considerado que la adquisición por Meta reduce sustancialmente la competencia. Pero, como señalamos en el capítulo anterior, la FNE no hubiera considerado a Meta un competidor potencial, por ende, el contrafactual con el que hubiera comparado la adquisición hubiese sido el actual (sin Meta en el mercado) y el con la adquisición que –en el mercado determinado por la FTC- no hubiera producido ni siquiera una concentración en el mercado.

La postura de la FTC de cambiar el estándar de competidor potencial modifica entonces el contrafactual utilizado, que es el elemento esencial del control de fusiones.

f. El crecimiento orgánico como exigencia adicional en un control de fusiones

La solicitud de medida precautoria de la FTC no entrega mayor evidencia respecto de la efectividad de la entrada de Meta al mercado, más allá de indicar que la empresa tiene características económicas, tamaño, recursos, capacidades, ventajas e incentivos que hacen que se perciba razonablemente como un potencial entrante.

En este sentido, si el contrafactual no es correcto y en ausencia de la operación Meta igualmente no hubiese ingresado al mercado de forma orgánica, ¿consideraría la FTC la operación como anticompetitiva?

La FTC señala que Meta: *“en lugar de optar por competir en los méritos a través de su propia aplicación de fitness dedicada de VR Meta, ha recurrido a proponer esta adquisición ilegal”*²⁰. Con ello, la autoridad estadounidense parece indicar que, al tener la opción de entrar al mercado a través de un crecimiento orgánico o uno a través de una adquisición, es deber de Meta elegir la “competencia en los méritos” orgánica y no una adquisición.

No concordamos con esta obligación para Meta. Aunque una empresa sea muy grande, como lo es Meta, eso no implica que cualquier adquisición que esta haga deba ser procompetitiva, o que tenga un deber de aumentar la competencia en el mercado.

En este sentido, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H.TDLC”) señaló recientemente, al referirse al contrafactual, que: *“Al respecto, no es necesario que las operaciones de concentración mejoren la estructura o aumenten la intensidad competitiva del mercado, sino que se debe evaluar si la modificación en la estructura de un mercado, con ocasión de una operación de concentración, genera incentivos en las empresas que se fusionan para, una vez materializada la operación, incurrir en conductas anticompetitivas o que afectan el bienestar del consumidor”*²¹.

La modificación que hace la FTC del contrafactual termina por obligar a una empresa evaluar no solamente si la adquisición que pretende hacer puede reducir sustancialmente la competencia, sino que incluso evaluar si existe alguna alternativa “mejor para la competencia” que la adquisición.

Este estándar supone una carga mayor para las partes que quieren fusionarse, que no se ve justificado en la práctica. En efecto, tal como ya se señaló, la gran mayoría de las fusiones no son anticompetitivas.

V. CONCLUSIÓN

Tanto la FNE como la FTC identifican como un riesgo de las operaciones de concentración horizontal la eliminación de un competidor potencial. Sin embargo, como se señaló, para que la FNE considere a una empresa como un competidor potencial en el mercado, no basta con tener los recursos y capacidades para poder realizar una entrada orgánica, siendo además necesario que la empresa ya haya mostrado alguna intención de entrada.

La FTC, por otro lado, pareciera tener una interpretación más laxa sobre este punto al analizar el eventual riesgo de la operación entre Meta y Within²².

El asunto es que, de modificarse el criterio sobre qué se entiende por “competidor potencial”, se generan graves implicancias para el análisis sustantivo de la operación, al modificar también el contrafactual y, con ello el estándar con que se mide la reducción sustancial a la competencia. La postura de la FTC de fijar un estándar menos restrictivo en la hipótesis de competidor potencial modifica el contrafactual -elemento esencial del control de fusiones- y, por ende, altera la evaluación de los supuestos riesgos que generaría esta operación.

Lo anterior parece indicar que la FTC le está pidiendo a Meta que sus adquisiciones sean procompetitivas o que realice un crecimiento orgánico, lo que no es el estándar que ha utilizado la FNE ni el H.TDLC.

20 Modificación medida precautoria de 12 de octubre de 2022, párrafo 8.

21 TDLC. 2022. [Sentencia N° 182](#). Considerando cuarto.

22 Sin perjuicio de que dicha autoridad podría tener mayores antecedentes que aún no son públicos



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Catalina Villalobos Hinojosa y Josefina Poblete Ormeño, "Eliminación de un competidor potencial y entrada orgánica al mercado: comparación de los criterios de Meta/Within y Uber/Cornershop", *Investigaciones CeCo* (febrero, 2023).

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile