

CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN TRANSNACIONALES: DECISIONES DISCREPANTES Y OTRAS LECCIONES DEL CASO *SABRE/FARELOGIX*

Fernando Araya Jasma

Control de operaciones de concentración transnacionales: decisiones discrepantes y otras lecciones del caso *Sabre/Farelogix**

Diciembre 2020



Fernando Araya Jasma

Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Ha ejercido como consultor de organismos internacionales (OECD, UNCTAD) y se desempeñó como Coordinador del Área Internacional de la Fiscalía Nacional Económica. Actualmente es Co-director del Área de Libre Competencia en Estudio Lewin.

I. DESAFÍOS EN EL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN TRANSNACIONALES (“OCTS”)

Por razones estructurales (domicilio de las partes involucradas, origen de sus ingresos) o de efectos (participación en mercados en diferentes jurisdicciones), operaciones de concentración deben ser sometidas en paralelo al conocimiento de diversas autoridades de competencia, lo que implica desafíos significativos para las partes, sus asesores y las propias autoridades de competencia¹.

No es casual que la OCDE en su recomendación de 2005 en estos casos promueva especiales esfuerzos de coordinación y cooperación entre las autoridades de los países miembros².

En Chile, tanto en el sistema imperante previo a junio de 2017 como desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de control de operaciones de concentración, el TDLC y la FNE han conocido OCTs³. Y, en el tiempo reciente, una empresa originada en Chile que ha liderado la revolución de la última milla en el *retail* conoció el sabor amargo de que la autoridad de un país (Chile) apruebe su compra por un gran *retailer* transnacional⁴, mientras que la autoridad de otro (México), la rechaza⁵.

* El autor agradece a Ignacia Viveros quien colaboró con una versión preliminar de lo que aquí se presenta sobre el caso Sabre/Farelogix ante la CMA; a Nicolás Lewin cuyos comentarios sobre los rasgos del diseño institucional en EE.UU. en la impugnación de operaciones de concentración y sobre lo que se refiere hacia el final del texto en relación a aspectos políticos e ideológicos en los análisis de competencia, se tradujeron en notas al pie de página que se agregaron en esta versión; y, a Julio Tapia, por sus sugerencias de edición. Los errores que el texto conserve son de la sola responsabilidad del autor

1 Operación de concentración transnacional es una operación de concentración que queda sujeta a revisión según la normativa de control de operaciones de concentración de más de una jurisdicción. OECD Council, *Recommendation on Merger Review*, sección I, E, (2005) <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40537528.pdf>. Ver también, OECD, *Policy Roundtable on Cross-Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economies* (2011), 22, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50114086.pdf>.

2 OECD Council, *Recommendation on Merger Review*, sección I, B.

3 Entre las conocidas por el TDLC, según el sistema vigente previo a junio 2017, destacan: Telefónica Móviles/BellSouth (2005); Iberoamericana Radio Chile/Prisa (GLR Chile Ltda.) (2007); ING AFP Santa María /Bansander (2008); Copec/Terpel (2011); Lan/Tam (2011). Entre las conocidas por la FNE, sólo en el último año, vale la pena destacar algunas operaciones que involucran adquisiciones de activos por fondos de inversión, JVs en servicios auxiliares al transporte de contenedores y en el sector agroindustrial y, entre los cuatro procedimientos que han pasado a ‘fase 2’ durante 2020, tres de ellos corresponden a OCTs: Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A., EssilorLuxottica/GrandVision NV (Rotter&Krauss), ambos en actual tramitación y, Uber Technologies Inc./Cornershop, aprobada por la FNE a fines de mayo. EssilorLuxottica/GrandVision NV estaría siendo reconsiderada por el comprador a nivel global. Ruth David, “EssilorLuxottica Said to Be Reconsidering GrandVision Deal”, *Bloomberg* (9 de diciembre, 2020), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-12-09/essilorluxottica-is-said-to-be-reconsidering-grandvision-deal>.

4 “FNE aprobó venta de Cornershop a Walmart Chile”, *FNE* (14 de enero, 2019), <https://www.fne.gob.cl/fne-aprobo-venta-de-cornershop-a-walmart-chile/>.

5 “COFECE resolvió no autorizar la concentración entre Walmart y Cornershop”, *COFECE* (5 de junio de 2019), <https://www.cofece.mx/cofece-resolvio-no-autorizar-la-concentracion-entre-walmart-y-cornershop/>.

Frente a una decisión de rechazo en una jurisdicción, no es raro que las partes abandonen el negocio por completo en todos los países involucrados, sin siquiera intentar agotar las instancias encaminadas a la eventual obtención de un resultado diferente⁶⁻⁷.

Un caso reciente en la industria de servicios intermedios de apoyo al transporte aéreo de pasajeros, con un desenlace similar al indicado, atrajo la mirada de la comunidad internacional de competencia durante el 2020.

Es el caso de la operación Sabre/Farelogix, permitida en EE.UU. por una decisión de un juez federal de distrito⁸ y, dos días más tarde, prohibida en Reino Unido por la Competition and Markets Authority (CMA)⁹, lo que llevó a las partes a abandonar la operación¹⁰.

No se trata sólo de la anécdota que la autoridad de competencia de Reino Unido no autorizó la operación de concentración y el juez Stark en EE.UU. sí lo hizo al rechazar la demanda del Departamento de Justicia (DOJ) que solicitaba que la operación fuera prohibida. Por el contrario, de la aproximación al caso brotan diferencias centrales. Algunas de ellas, propias de la economía digital como son el cómo abordar los análisis de competencia en sectores con empresas que actúan como plataformas de dos o más lados o, cómo aproximarse al estudio del daño a la innovación. Otras, cuestiones más clásicas, como lo es la diferente aproximación en EE.UU. y en Europa al análisis de las conductas unilaterales de exclusión. En último término, subyace a estas discrepancias y a los análisis del caso el recordatorio de lo difuso que puede llegar a ser la distinción entre lo fáctico, lo jurídico y lo político en los análisis de libre competencia.

II. EL CASO SABRE/FARELOGIX

Sabre Corporation es una compañía estadounidense que suministra tecnología y software a la industria de viajes, a nivel global. Provee soluciones tecnológicas a aerolíneas y a agentes de viaje, por medio de un sistema de distribución global (GDS) que, entre otras actividades, ayuda a que la disponibilidad de vuelos e información de tarifas llegue al público objetivo. Se encuentra en la mitad de la cadena de suministro, proveyendo servicios de distribución de pasajes aéreos a las líneas aéreas aguas arriba y, servicios de distribución de información de vuelos a agencias de viaje aguas abajo.

Farelogix INC, por su parte, es una compañía estadounidense de tecnología informática (IT) que provee servicios de distribución a las aerolíneas, sin participar en el mercado aguas abajo.

6 Tal como es sabido, la prohibición de la COFECE para Walmart/Cornershop condujo a las partes a abandonar la operación. Oskar Hjertonnsson, "Confirmando que nuestra adquisición con Walmart no va por decisión de los reguladores mexicanos. Respetamos su decisión y de allí no hubo vuelta atrás." *Twitter* (19 de junio, 2019), <https://twitter.com/ohjertonnsson/status/1141496412967882753>. A modo de epílogo en este caso, la adquisición de Cornershop por Uber fue aprobada por la FNE a fines de mayo de 2020 y, en diciembre de 2020, aprobada por la COFECE de México.

7 Un resultado algo diferente, en cuanto no condujo a desestimar las alianzas a nivel global por el rechazo de su aprobación en Chile, fue lo experimentado en relación a los JBAs entre LATAM Airlines, American Airlines, British Airways e Iberia Airlines. "Chile Supreme Court rejects LATAM tie-up with American, British Airways and Iberia", *Reuters*, (23 de mayo, 2019), <https://www.reuters.com/article/chile-air-lines-latam/chile-supreme-court-rejects-latam-tie-up-with-american-british-airways-and-iberia-idUST5N22C000>.

8 *United States v Sabre Corp.*, No. CV 19-1548-LPS, 2020 WL 1855433, at *1 (D. Del. 7 de abril, 2020), https://www.ded.uscourts.gov/sites/ded/files/opinions/19-1548_0.pdf.

9 "CMA blocks airline booking merger", *CMA*, (9 de abril, 2020), <http://www.gov.uk/government/news/cma-blocks-airline-booking-merger>.

10 "Sabre Corporation Issues Statement on its Merger Agreement with Farelogix", *Sabre*, (1 de mayo, 2020), <https://www.sabre.com/insights/releases/sabre-corporation-issues-statement-on-its-merger-agreement-with-farelogix/>.

En noviembre de 2018, Sabre y Farelogix alcanzaron un acuerdo por medio del cual Sabre adquiriría Farelogix por US\$360 millones¹¹.

Las partes sometieron la operación a análisis de las autoridades de competencia de Estados Unidos y de Reino Unido.

El caso recae en el sector de los sistemas globales de reserva de boletos de vuelo y servicios complementarios (upgrades, equipaje extra, estacionamiento en aeropuerto, etc.) utilizados por aerolíneas. En este sector participan, por el lado de la oferta, compañías que proveen distintos tipos de soluciones tecnológicas y, por el lado de la demanda, aerolíneas, agentes de viajes y pasajeros.

Los sistemas tecnológicos utilizados poseen un carácter dinámico y están en continua evolución. Permiten un flujo de información relevante entre los participantes del mercado, la creación de nuevas ofertas y mayor cercanía entre la aerolínea, agentes de viaje y pasajeros. La innovación en el desarrollo de nuevos sistemas es, por tanto, fundamental.

Tanto Sabre como Farelogix proveen módulos IT de Passenger Service Systems (PSS), los que se dividen en dos categorías: (i) módulos core-PSS, utilizados para reservas, inventario y control de despegues; y (ii) módulos non-core-PSS, que otorgan a las aerolíneas servicios auxiliares o secundarios a los otorgados por los módulos core-PSS¹².

Sabre provee módulos IT de core y non-core PSS y es operadora de un Sistema de Distribución Global (GDS) que distribuye información entre aerolíneas y agencias de viaje para que éstas gestionen la reserva de tickets con los pasajeros. Es decir, tiene un modelo de negocios tipo plataforma de dos lados.

Farelogix suministra soluciones IT non-core PSS a aerolíneas, a nivel global, sin un modelo de plataforma de dos lados.

Por lo tanto, el traslape central, según sostuvo la CMA, se daba porque tanto Sabre como Farelogix proveen soluciones informáticas del tipo non-core PSS a líneas aéreas a nivel global, en los segmentos de comercialización y distribución de contenidos.

Para que una aerolínea pueda simultáneamente vender tickets y proveer servicios complementarios, es necesario que ambos módulos (core y non-core PSS) trabajen en conjunto.

Actualmente, las soluciones de comercialización de Sabre funcionan sólo con el PSS de Sabre, en consecuencia, su sistema es "PSS-dependent". Por otro lado, Farelogix provee soluciones de comercialización que cumplen con el estándar de New Distribution Capability (NDC)¹³ y funcionan con cualquier PSS, por lo tanto, su sistema es "PSS-agnostic".

11 Sabre, "Sabre enters agreement to acquire Farelogix, expanding its airline technology portfolio and accelerating its strategy to deliver next-generation retailing, distribution and fulfillment", *Sabre*, (14 de noviembre, 2020), <http://www.sabre.com/insights/releases/sabre-enters-agreement-to-acquire-farelogix-expanding-its-airline-technology-portfolio-and-accelerating-its-strategy-to-deliver-next-generation-retailing-distribution-and-fulfillment-capabilities/>.

12 P. ej., proveen soluciones IT para análisis de datos, vuelos y agenda y, para el manejo de los ingresos de las aerolíneas.

13 El año 2012, la International Air Transport Association (IATA) lanzó un nuevo estándar denominado "New Distribution Capability" (NDC) con el fin de abordar las limitaciones de la industria. El aporte de Farelogix fue fundamental en el desarrollo de este estándar de mensajería computacional. Los sistemas de retailing y distribución compatibles con el estándar NDC permiten a las aerolíneas crear ofertas dinámicas y personalizadas y la habilidad de entregar esta información en tiempo real a las agencias de viaje.

Con respecto a las soluciones de distribución, las aerolíneas distribuyen contenido a los pasajeros por medio de dos canales. El canal directo hace llegar la información a los pasajeros por medio de *call centers* o por el *website* de la aerolínea, mientras que el canal indirecto distribuye contenidos por intermedio de agencias de viaje.

Ambas partes, Sabre y Farelogix, proporcionan soluciones de distribución vía canal indirecto.

Dentro de este canal, las aerolíneas tienen la opción de hacer llegar información a los agentes de viaje por medio del sistema GDS o por medio de plataformas (softwares) que les permiten “saltar” la intermediación del sistema GDS y entregar la información a los agentes de manera más directa. Sabre opera con un sistema GDS, mientras que Farelogix utiliza un sistema GDS-bypass.

III. EL CASO ANTE LA CMA DE REINO UNIDO: OPERACIÓN PROHIBIDA¹⁴

Definición de mercado relevante

En el caso de la CMA, para la determinación del mercado relevante de producto, se consideró principalmente la respuesta de los consumidores al incremento del precio de los productos ofrecidos por las firmas fusionadas. Adicionalmente, la CMA evaluó factores no vinculados con el alza de precios, tales como la calidad de los productos y servicios y, el nivel de innovación.

El foco en la innovación fue clave para que la CMA decidiera prohibir la operación, por tratarse éste de un mercado dinámico que está desarrollando nuevas tecnologías de manera continua y en el cual las demandas de los consumidores y las ofertas de productos están cambiando constantemente.

Para la CMA, comercialización y distribución fueron los mercados relevantes de producto que habían de ser considerados en el análisis, en los siguientes términos: (i) suministro de soluciones de comercialización a aerolíneas, a nivel global y; (ii) suministro de soluciones de distribución a aerolíneas, a nivel global¹⁵.

Comercialización

Sabre suministra soluciones IT de comercialización por medio de dos módulos. El primero, “Dynamic Retailer”, permite que precios y servicios complementarios sean dinámicos y personalizados en su distribución por medio del canal directo (*website* de la aerolínea, *call centers*, etc.). El segundo, “Ancillary Services”, se dedica a generar y manejar la entrega de servicios complementarios. Ambos módulos son compatibles únicamente con el PSS de Sabre.

Farelogix suministra un programa denominado “FLX M”, solución informática que permite a las aerolíneas crear ofertas de servicios complementarios a través de múltiples canales. Por medio de “FLX M”, Farelogix ejecuta las mismas funciones que Sabre en los dos módulos mencionados, más ciertas funciones de soporte adicionales que permiten a las aerolíneas flexibilizar las ofertas de venta. Este sistema funciona con cualquier PSS y es compatible con la tecnología estándar NDC.

¹⁴ Los antecedentes del procedimiento, en CMA, “Sabre/Farelogix merger inquiry”, (última actualización, 19 de junio, 2020) <https://www.gov.uk/cma-cases/sabre-farelogix-merger-inquiry>. La decisión de la CMA, “Anticipated acquisition by Sabre Corporation of Farelogix Inc., Final Report”, (9 de abril, 2020), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5e8f17e4d3bf7f4120cb1881/Final_Report_-_Sabre_Farelogix.pdf. En lo que sigue, el contenido y referencias corresponden a este último documento.

¹⁵ CMA, “Anticipated acquisition by Sabre Corporation of Farelogix Inc., Final Report”, pág. 6.64.

Las partes declararon que una definición apropiada de mercado en relación a comercialización correspondería al suministro de soluciones non-core PSS en módulos de comercialización, señalando que este traslape se limitaría sólo a aquellos servicios en los cuales se preste asistencia para la generación y fijación de precios a líneas aéreas respecto de los servicios complementarios que éstas ofrecen¹⁶.

Por el contrario, la CMA consideró que el mercado relevante para evaluar el impacto de la operación de concentración consistía en el suministro de soluciones de comercialización, sin distinciones¹⁷.

Distribución

Sabre provee servicios de distribución a aerolíneas por medio de su plataforma GDS. Esta distribución tiene lugar en el canal indirecto ya que permite a las aerolíneas distribuir información a pasajeros por medio de un intermediario (en su mayoría, agencias de viaje). Sabre ofrece su plataforma GDS tanto a aerolíneas como a agentes de viaje, prestándoles múltiples servicios para facilitar la venta de boletos y complementos de vuelo. Adicionalmente, Sabre está desarrollando soluciones de distribución de próxima generación (NGS) que serán compatibles con el estándar NDC y permitirían a las aerolíneas la distribución de ofertas dinámicas y personalizadas en cualquier canal, dando a los agentes de viaje estas ofertas por medio del GDS.

Farelogix provee soluciones IT para distribuir contenido por cualquier canal a su elección, directo o indirecto. Estas soluciones se conocen como "FLX OC" y "FLX NDC API". FLX OC se integra al PSS de la aerolínea para habilitar la distribución de contenido a terceros. NDC API es una interfaz programadora que posibilita a las aerolíneas distribuir contenidos como ofertas dinámicas con servicios secundarios o complementos. Estos dos programas típicamente se proveen en conjunto.

Las soluciones de Farelogix y las tarifas que cobra por su utilización son independientes de los canales de distribución que decida utilizar la aerolínea.

Farelogix comercializa soluciones de distribución con aerolíneas pero no con agentes de viaje. En este caso las aerolíneas negocian directamente con los agentes para establecer una conexión. Esto contrasta con Sabre que comercializa su GDS con ambas partes. Sin embargo, Farelogix suministra un programa que permite a los agentes de viaje realizar reservas con aerolíneas con las cuales han establecido conexión directa.

Así las cosas, la CMA decidió que las soluciones de distribución para aerolíneas, basadas en sistemas NDC API y GDS, compiten en un mismo mercado.

Ambas soluciones facilitan la distribución de contenidos a agentes de viaje, antes que a viajeros en forma directa. Si bien la mayor parte del volumen de contenido de aerolíneas se distribuye por sistemas GDS, los sistemas GDS by-pass han aumentado, y es previsible que continúe su incremento.

La naturaleza del modelo de negocios de Sabre es el de una plataforma de dos lados. Esto difiere del modelo de canal agnóstico de suministro de soluciones de distribución ofrecido por Farelogix. Por medio de su

16 CMA, "Anticipated acquisition by Sabre Corporation of Farelogix Inc., Final Report", pág. 6.12.

17 Aspectos específicos dentro de la comercialización, tales como la capacidad de crear ofertas dinámicas o servicios complementarios, son tradicionalmente suministrados en conjunto, salvo en el caso de Sabre que los entrega por medio de dos módulos distintos. Por lo tanto, la evaluación de la operación de concentración había de recaer sobre el suministro de soluciones de comercialización a aerolíneas, considerando las similitudes y diferencias entre las soluciones ofrecidas por las partes y otros competidores y, a la luz de la evolución de las necesidades de las aerolíneas y de los planes de los proveedores para suplir dichas necesidades.

sistema GDS, Sabre atiende tanto a aerolíneas como a agentes de viaje y equilibra las demandas que surgen entre ambos segmentos en una plataforma de dos lados. La CMA consideró esta diferencia como parte de la propuesta de negocios de Farelogix, ya que el sistema NDC API constituye una opción de distribución alternativa al rol del sistema GDS, facilitando a las aerolíneas un manejo directo de sus relaciones con las agencias de viaje.

En conclusión, a pesar de la diferencia entre los modelos de negocios, ambas partes compiten en el lado de las aerolíneas y existe una competencia dinámica entre ambos productos¹⁸.

Decisión de la CMA

La CMA decidió prohibir la adquisición de Farelogix por Sabre. Concluyó que la operación tendría como resultado una disminución sustancial de la competencia en el suministro de soluciones informáticas de comercialización y de distribución de contenidos de aerolíneas a nivel global.

En el contexto, el incremento de competencia entre aerolíneas hacía necesario que éstas diferencien sus ofertas creando servicios más personalizados y experiencias de viaje para sus pasajeros, lo que tornaba imprescindible la innovación en sistemas que permitan precios más dinámicos y personalizados y un mejor control en sus relaciones con pasajeros.

La operación acarrearía efectos en precios e innovación. Sin la transacción, ambas compañías se mantienen compitiendo por clientes, ofreciendo nuevos productos y mejor calidad.

En comercialización, la disminución en la competencia se manifestaría como una pérdida de innovación, una reducción en el número de opciones disponibles para los consumidores y el retraso en los procesos de liberación de novedades y actualizaciones.

Si bien los efectos en innovación no serían inmediatos, una vez presentes en el mercado, afectarían la producción de innovación de manera sustancial y prolongada y con ello, a los consumidores.

En el corto plazo, la operación tendría un impacto mucho más rápido e inmediato en el proceso competitivo mismo. Sabre, al adquirir para sí la tecnología con que cuenta Farelogix, abandonaría sus esfuerzos por desarrollar de forma independiente su propia solución tecnológica de comercialización. De esta forma se reduce la amenaza competitiva en torno al desarrollo de nuevos programas de comercialización y las empresas del mercado responderían disminuyendo su presupuesto y esfuerzos en el desarrollo de innovación en este ámbito.

La pérdida de la independencia competitiva de Farelogix traería consigo un alza en los precios de soluciones IT para el área de comercialización. Al desaparecer una presión importante en la competencia los precios aumentarían, ya que el poder de negociación de las aerolíneas sobre las condiciones de compra de soluciones de comercialización y distribución se vería mermado producto de la disminución de opciones alternativas, como resultado de la pérdida de independencia competitiva entre las entidades parte en la operación.

En distribución, esta pérdida significativa de competencia conllevaría la reducción en innovación, particularmente, respecto del desarrollo de nuevos sistemas GDS pass-through por parte de las empresas que utilizan GDSs, perjudicando a todas las aerolíneas y agencias de viajes del sector. En el corto plazo, podría

¹⁸ CMA, "Anticipated acquisition by Sabre Corporation of Farelogix Inc., Final Report", pág. 6.45.

provocar que las empresas GDSs cobren precios inflados a las aerolíneas, al no contar estas últimas con la posibilidad de utilizar el sistema FLX de Farelogix como canal alternativo. Una de las razones por las cuales las aerolíneas optan por el sistema GDS-bypass de Farelogix es la reducción en sus costos de distribución¹⁹.

La mayor parte de las aerolíneas tiene estrategias de adopción del estándar y soluciones NDC. Esto ha aumentado la demanda de tecnologías y modelos de negocios que provean una alternativa a los sistemas GDS, así como la respuesta competitiva de las compañías que ofrecen este sistema y que se encuentran trabajando en el desarrollo de programas que cumplan con este estándar²⁰.

Los documentos de estrategia de Sabre mostraron que planeaba desarrollar capacidades de distribución compatibles con el estándar NDC en respuesta a la amenaza del valor de su modelo de negocios GDS. Sabre tiene la habilidad para implementar esta estrategia y ya ha progresado en el desarrollo de sus soluciones de distribución NDC. Sin la operación, la compañía podría continuar estos planes de inversión en el desarrollo de soluciones de distribución que cumplen con el estándar NDC²¹.

Entonces, sin la operación, Sabre continuaría el desarrollo de su propio sistema de distribución compatible con el estándar NDC, aumentando la presión competitiva para con los otros proveedores de sistemas GDS. Los procesos de innovación de sistemas, necesarios para que las aerolíneas puedan suplir sus necesidades, seguirían el curso que hasta ahora llevan.

IV. EL CASO ANTE EL JUEZ STARK EN EE.UU.: OPERACIÓN PERMITIDA

¿Qué había llevado a una solución diferente al otro lado del Atlántico, tan sólo un par de días antes de la decisión de la CMA?

En agosto de 2019, el Departamento de Justicia de EE.UU. (DOJ) había presentado una demanda ante el Tribunal Federal de Distrito de Delaware, solicitando que la operación Sabre/Farelogix fuera prohibida por ilegal²².

En el análisis de mercado por el DOJ, la dominancia de Sabre en las reservas aéreas por medio de agencias de viaje se veía efectivamente desafiada por Farelogix; Sabre había ejecutado conductas orientadas a impedir las presiones competitivas de Farelogix; la tecnología de Farelogix, alternativa a GDS, había brindado alternativas a las líneas aéreas, lo que las había hecho menos dependientes de GDS; las presiones competitivas de Farelogix han obligado a Sabre a actualizar su propia tecnología de servicios de reserva; y, en el desarrollo de Farelogix, resultaba esperable que, en lo sucesivo, ella pudiera ejercer presiones competitivas sobre Sabre incluso más intensamente.

A partir de lo anterior, los fundamentos del DOJ para solicitar la prohibición de la operación fueron que: (i) la adquisición de Farelogix por Sabre eliminaría la competencia directa entre ambas compañías y probablemente ello conduciría a precios más elevados y a una reducción en la calidad de los servicios; (ii) la

19 CMA, "Anticipated acquisition by Sabre Corporation of Farelogix Inc., Final Report", pág. 13.5.

20 CMA, "Anticipated acquisition by Sabre Corporation of Farelogix Inc., Final Report", pág. 24.

21 CMA, "Anticipated acquisition by Sabre Corporation of Farelogix Inc., Final Report", Summary, pág. 64.

22 Los escritos del DOJ en este procedimiento, en "US v Sabre Corp., et al.", DOJ, (última actualización, 29 de mayo de 2020), <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-sabre-corp-et-al>.

adquisición disminuiría la innovación; y, (iii) no existirían elementos de contrapeso que permitieran evitar o remediar los probables efectos anticompetitivos de la operación²³.

La sentencia del juez Stark no le dio la razón al DOJ procediendo al rechazo de la demanda²⁴. El tribunal, en base a la evidencia, anticipa que la operación “no incrementará los precios ni disuadirá la innovación, a pesar de que podría reducir una de las fuentes del apalancamiento de las aerolíneas en la negociación con servicios GDS”²⁵.

A pesar de la abundante evidencia de que, en los hechos, Sabre y Farelogix se veían como competidores entre sí, el juez Stark, interpretando el precedente del caso Amex²⁶ –en una errónea interpretación según los críticos– sostuvo que las empresas, desde un punto de vista jurídico, no podían entenderse como competidoras, desde que las empresas de plataforma de dos o más lados (Sabre, en el caso) sólo podían competir con otras empresas de plataforma de múltiples lados (que no era el caso de Farelogix)²⁷.

Otros fundamentos en la sentencia apuntaron a la falta de establecimiento claro de un mercado relevante de producto y un mercado relevante geográfico²⁸; a que el DOJ no había demostrado la existencia de barreras a la entrada²⁹; a que no se había aportado evidencia de que, tras la adquisición, Sabre eliminaría la tecnología desarrollada por Farelogix que amenazaba el sistema GDS de Sabre o que elevaría los precios de la misma³⁰; y a que tampoco se había rendido evidencia persuasiva de que la operación dañaría la innovación³¹.

V. OCTS Y MIRADAS SUSTANTIVAS DISCREPANTES

Son manifiestas las posiciones sustantivas discrepantes de, por una parte, la sentencia del juez Stark y, por la otra, la CMA y el DOJ, posición esta última a la que se suman algunas voces críticas contra la sentencia del juez Stark.

En OCTs de esta naturaleza ¿cómo pueden las partes, sus asesores y las propias autoridades de competencia disminuir las brechas en aspectos sustantivos tan elementales para el análisis? He ahí el desafío.

Identificar descriptivamente cuáles son esas discrepancias es sólo un primer peldaño, pero ineludible. Es lo que intentamos hacer en lo que sigue.

23 DOJ, *Complaint, US v Sabre Corp., et al.*, (29 de agosto, 2019), <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1196836/download>.

24 *United States v Sabre Corp.*

25 *United States v Sabre Corp.*, p. 265.

26 *Ohio et al v American Express et al* 585 U.S. ____ (2018), https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454diff_6579.pdf.

27 *United States v Sabre Corp.*, 69-74.

28 *United States v Sabre Corp.*, *ibid.*, pp. 74-82.

29 *United States v Sabre Corp.*, *ibid.*, pp. 85-87.

30 *United States v Sabre Corp.*, 87-90.

31 *United States v Sabre Corp.*, 90-91.

VI. DISCREPANCIAS SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN PLATAFORMAS

La utilización del precedente *Amex* por parte del juez Stark para fines de descartar, como una cuestión de derecho, que una plataforma de dos lados (Sabre) pudiera enfrentar competencia de un oferente que participa en uno solo de los lados (Farelogix), permite ilustrar las discrepancias que plantea la determinación del mercado relevante en plataformas.

Como bien plantean Greene y Mordoj (2020)³², en el caso *Amex*, la posición de mayoría de la Corte Suprema sostuvo que los modelos de plataforma dan lugar a un mercado único, donde todos los servicios implicados en la operación de una plataforma se consideran parte de un mismo mercado relevante en el cual sólo compiten otras plataformas.

La posición de mayoría en *Amex* y su extensión a cualquier modelo de negocios tipo plataforma, sin distinciones, ha sido promovida por quienes tienen una mirada del derecho de la libre competencia de mínima intervención. El fenómeno de la interdependencia de los distintos lados de la plataforma en el establecimiento de los precios junto con factores adicionales de análisis sería el criterio determinante para concluir que nos encontramos ante un mercado relevante único de plataforma³³.

Pero, dado que los servicios ofrecidos por los diferentes lados de la plataforma no suelen ser sustitutos entre sí, sino frecuentemente bienes complementarios, carecería de base una conclusión tal. Esto, si nos mantenemos apegados al rigor del análisis de sustituibilidad por el lado de la demanda en que se basa la determinación del mercado relevante, lo que sería recomendable por razones de seguridad jurídica³⁴.

Por el contrario, sostienen los críticos contra la mayoría en *Amex* y de su lectura por el juez Stark, establecer si un modelo de plataforma puede o no ser considerado como un único mercado, corresponde a una indagación fáctica, conducente a determinar si nos encontramos o no ante una plataforma transaccional (en principio, un mercado relevante) o bien, una plataforma no transaccional (tantos mercados relevantes cuantos sean los productos o servicios ofrecidos por cada lado)³⁵.

Lo que caracterizaría las plataformas transaccionales es que en ellas no puede hacerse una venta en un lado de la plataforma sin simultáneamente hacer una venta en el otro lado³⁶.

Pero ni aún toda plataforma transaccional amerita ser tratada como un todo único para los efectos de la determinación del mercado relevante. Para que ello sea así, deben concurrir que: (i) los diversos usuarios de los diversos lados se coordinen a través de la plataforma en una operación simultánea única; y (ii) los efectos

32 Elisa Greene y Benjamín Mordoj, "Mercado relevante en plataformas: el caso Ohio v. Amex", *Investigaciones CeCo* (14 de febrero, 2020), <https://centrocompetencia.com/mercado-relevante-en-plataformas-el-caso-ohio-v-amex/>.

33 Así, p. ej. Geoffrey A. Manne, "In defence of the Supreme Court's 'single market' definition in Ohio v. American Express" 7 *J. Antitrust Enf.* 104, 106–07 (2019), <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2019/03/Manne-In-defence-of-the-Supreme-Court%E2%80%99s-%E2%80%99single-market%E2%80%99-definition-in-Ohio-v-American-Express-vs-Tim-Wu-2019.pdf>.

34 Randy M. Stutz, "We've Seen Enough: It Is Time to Abandon *Amex* and Start Over on Two-Sided Markets", *American Antitrust Institute* (21 de abril, 2020), 3-4. <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2020/04/Amex-Commentary-4.21.20-Final.pdf>.

35 Jonathan B. Baker, "What's Wrong with the Way the US v. Sabre Opinion Interprets Amex?" *A Thread, Threadreader* (14 de abril, 2020), <https://threadreaderapp.com/thread/1249725862888570880.html>.

36 Baker, "What's Wrong with the Way the US v. Sabre Opinion Interprets Amex?".

de red sean tan significativos que hagan imposible a empresas que no estén estructuradas como plataforma competir en alguno cualquiera de los lados³⁷.

Así, se entiende entonces que en la determinación del mercado relevante no puede aplicarse un mismo criterio para tarjetas de crédito que para periódicos. A pesar de haberse utilizado la idea de plataforma en una y otra industria, parece evidente que los requisitos indicados concurren en el primer caso y no en el segundo. Consecuentemente, cualquiera de 'los lados' en un negocio de periódicos puede enfrentar independientemente competencia de actores que sólo participan en uno de ellos, sea en la oferta de espacios publicitarios o en la oferta de contenidos noticiosos, pudiendo determinarse mercados relevantes diferentes³⁸.

Tales diferenciaciones parecen claras en la decisión de la CMA que admite la presión competitiva que Farelogix representa para Sabre. Pero cuando el juez Stark omite toda esta indagatoria fáctica (sobre la simultaneidad en la operación en ambos lados, sobre la intensidad de los efectos de red, sobre las preferencias de los consumidores en cada lado, etc.) y, en lugar de ello, trata como una cuestión de derecho el que una plataforma no puede enfrentar competencia sino por parte de otras plataformas, aparece una debilidad manifiesta en la fundamentación³⁹.

VII. DISCREPANCIAS SOBRE TEORÍAS DEL DAÑO A LA INNOVACIÓN Y KILLER ACQUISITIONS

¿Qué hizo a la CMA identificar en su proyección post-operación un riesgo para la innovación y al juez Stark descartarlo? ¿Qué hizo a la CMA entender que existía un riesgo de que Sabre discontinuara la amenaza tecnológica de Farelogix post-operación o redujera sus propios esfuerzos autónomos de innovación y al juez Stark descartar esto?

Los hechos de Sabre/Farelogix permiten subsumir el caso en aquella categoría de casos recientes en los cuales la perspectiva de la 'competencia potencial' es central. El análisis de 'competencia potencial' implica evaluar si acaso, en ausencia de la operación, las partes que actualmente se desenvuelven en actividades complementarias, en definitiva, se habrían expandido o no para competir cada una de ellas –o al menos una de ellas– en el ámbito de la otra; evaluar si la operación haría o no desaparecer esa competencia futura reduciendo en el agregado los niveles de innovación en relación a un escenario contrafactual⁴⁰.

El análisis de competencia potencial es clave en mercados donde la innovación es importante ya que, en éstos, las tendencias estarán guiadas por el surgimiento de nuevos productos que podrán desafiar e incluso reemplazar el *status quo*. Por tanto en estos mercados resulta fundamental para la política de

37 Baker, "What's Wrong with the Way the US v. Sabre Opinion Interprets Amex?".

38 Baker, "What's Wrong with the Way the US v. Sabre Opinion Interprets Amex?".

39 Y es éste uno de los principales argumentos que fundaron la solicitud del DOJ, encaminada a anular la decisión del juez Stark conforme a la doctrina *Munsingwear* atendido el abandono de la operación por las partes. DOJ, "US' Suggestion of Mootness and Motion to Vacate the District Court's Decision", DOJ, (12 de mayo, 2019), pp. 5-6, <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1277201/download>. La Corte de Apelaciones del Tercer Circuito Federal, con fecha 20 de julio de 2020, acogió la nulidad solicitada por el DOJ. Peter Reap, "Decision clearing Sabre's Farelogix acquisition vacated at U.S. request", *Wolters Kluwer*, (21 de julio, 2020), <https://rus.wolterskluwer.com/news/antitrust-law-daily/decision-clearing-sabre-s-farelogix-acquisition-vacated-at-u-s-request/116595/>.

40 Cristina Caffarra, Gregory Crawford y Tommaso Valletti, "How tech rolls: Potential competition and 'reverse' killer acquisitions", *Vox EU* (11 de mayo, 2020), <https://voxeu.org/content/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions>.

competencia velar por la intensidad de los esfuerzos de innovación en el mercado y el impacto de éstos en los consumidores⁴¹.

Una perspectiva de mínima intervención, favorable a la aprobación sin cuestionamientos de operaciones de concentración en mercados de innovación, se apoyará en lo incierto e improbable de que todas las partes podrían de igual modo conseguir el desarrollo de productos viables en competencia, en que permitir la operación garantizaría las oportunidades para que a lo menos una de ellas consiga el desarrollo de un producto viable y en que, permitiendo la operación, se evitarían duplicidades en las inversiones en innovación.

No obstante, la literatura económica parece mostrar que los consumidores incrementan su bienestar por mayores niveles de innovación en sí mismos, que si bien es posible concebir situaciones excepcionales en las que una operación de concentración incrementa los incentivos para innovar, en términos generales, los consumidores y la sociedad mejoran su bienestar cuando a empresas innovadoras se les impide concentrarse. Asimismo, la participación de gigantes tecnológicos con superdominancia en nichos de mercado de innovación ya sería un fuerte desincentivo para invertir en tecnologías que desafíen a la superdominante anulando oportunidades de competencia por parte de tecnologías que no llegan siquiera a surgir: la política de competencia debería servir de contrapeso a esos incentivos presentes en estos mercados. Finalmente, los efectos de hacer desaparecer uno de dos esfuerzos en innovación que tenía chances de llegar a ser un real competidor son fácilmente medibles: no hacerlo conduce a indeseables situaciones de monopolio/ superdominancia⁴².

Este año han proliferado las discusiones en torno a las *'killer acquisitions'*, las *'reverse killer acquisitions'*, o las *'acquisitions of a nascent competitor'*⁴³. Bajo estas denominaciones se intenta abarcar los riesgos para la innovación de adquisiciones, principalmente por parte gigantes tecnológicas, de empresas *start-ups* que se encuentran en etapas iniciales en el desarrollo de tecnologías innovadoras. Tales riesgos pueden implicar la compra con el solo fin de frenar la amenaza del desarrollo de la start-up rival objeto de la adquisición (*'buy-and-kill'*, *'killer acquisition'*), o bien, en la adopción de la alternativa estratégica entre *'buy-or-build'*, comprar con el fin de que el adquirente sea quien ponga fin a sus esfuerzos en innovación (*'reverse killer acquisitions'*, *'acquisitions of a nascent competitor'*).

Sabre/Farelogix tiene de todo esto. Por una parte, Sabre, al adquirir para sí la tecnología con que cuenta Farelogix, abandonaría sus esfuerzos por desarrollar de forma independiente su propia solución tecnológica de comercialización (*'reverse killer acquisition'*). Y, en distribución, al no contar las líneas aéreas con la posibilidad de utilizar el sistema FLX de Farelogix como canal alternativo (*'killer acquisition'*) las empresas GDSs cobrarían precios inflados a las aerolíneas y la operación conllevaría la reducción en el desarrollo de nuevos sistemas GDS pass-through por parte de las empresas que utilizan GDSs, perjudicando a todas las aerolíneas y agencias de viajes del sector (*'reverse killer acquisition'*). Sin la operación, Sabre podría continuar estos planes de inversión en el desarrollo de soluciones de distribución que cumplen con el estándar NDC (*'reverse killer acquisition'*).

Este análisis, que resultó tan evidente para la CMA y que condujo a su prohibición de la operación, no tuvo acogida por parte del juez Stark en EE.UU.:

41 Caffarra, Crawford y Valetti, "How tech rolls'...".

42 Caffarra, Crawford y Valetti, "How tech rolls'...".

43 Así, p. ej., las reuniones del Comité de Competencia de la OCDE de junio de este año tuvieron estos temas en su agenda. Materiales disponibles en: <http://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control.htm>.

“La evidencia no sugiere que Sabre esté adquiriendo Farelogix para eliminar del mercado a FLX OC. Más bien, ella apoya la conclusión opuesta: que Sabre intenta continuar ofreciendo FLX OC integrándolo en la plataforma Sabre GDS, permitiendo a Sabre responder mejor a las demandas de las líneas aéreas y de las agencias de viaje.”⁴⁴

“Si bien el DOJ sostiene que la adquisición de Farelogix por Sabre reducirá la competencia por innovar, el tribunal no se ve persuadido. / El DOJ no ofrece nada en apoyo de su planteamiento más que las teorías vagas del Dr. Nevo quien testificó que la operación de concentración involucra ‘tomar una empresa innovadora que ha impulsado, liderado y sacudido a la industria y colocarla bajo una empresa que no tiene el mismo incentivo’. Tales generalidades no ayudan al tribunal a concluir que la operación de concentración dañaría la innovación. / Más aún, la evidencia acompañada, en su conjunto, sugiere lo opuesto. Si bien no es discutido que Farelogix desarrolló el sistema original NDC y ha sido un innovador, ninguna parte ofreció evidencia que Farelogix más recientemente haya creado o introducido productos o servicios innovadores. Más aún, ... la disponibilidad pública del sistema NDC ha permitido (y seguirá permitiendo) a nuevas empresas entrar al mercado y competir exitosamente contra FLX OC. / El DOJ tampoco logró persuadir al tribunal que Sabre está comprando Farelogix para retardar la innovación. ... / Finalmente el tribunal tiene la convicción que la operación de concentración podría promover la innovación, según varios testigos han podido anticipar. ... Más aún, el gerente de tecnología de Farelogix, Tim Reiz de modo creíble anticipa que la operación de concentración le permitirá desarrollar nuevos proyectos (tales como una nueva generación de PSS) utilizando inteligencia artificial, porque tendría acceso a los recursos de Sabre, incluidos los datos, cuya falta previamente constituía un obstáculo para ello”⁴⁵.

A diferencia de la discrepancia del punto anterior, los resultados opuestos en esta materia tendrían que ver menos con el entendimiento de que la afectación a la innovación es uno de los riesgos que deben ser particularmente evaluados en mercados intensivos en tecnología, sino que con la diferente apreciación que tuvieron el juez en EE.UU. y la CMA en Reino Unido sobre la evidencia que respaldaba las teorías del daño a la innovación en el caso. El estándar de apreciación de la evidencia sobre este tipo de riesgo/daño, no parece un asunto consensuado a la fecha, a nivel comparado.

VIII. DISCREPANCIAS SOBRE LA APROXIMACIÓN A LAS CONDUCTAS UNILATERALES DE EXCLUSIÓN

Según lo planteado por el DOJ⁴⁶ y lo establecido en la sentencia del juez Stark⁴⁷, Farelogix desde el año 2005 intentó moverse hacia un modelo de plataforma ingresando al lado del mercado de oferta hacia las agencias de viaje, dominado por Sabre. Pero Sabre y otros oferentes en ese segmento se lo impidieron.

“102. En 2005, Farelogix introdujo una plataforma de agregación para agencias de viaje que gestionaba contenido tanto para GDSs como para conexiones directas...A medida que esta plataforma comenzó a atraer demanda, Sabre desplegó una iniciativa para ‘dar de baja’ a Farelogix.../ 103. En 2009, Sabre y Amadeus cancelaron sus acuerdos de desarrollador con Farelogix, bloqueando con ello la alimentación de Farelogix al contenido GDS... Esto obligó a Farelogix a dar de baja su negocio de cara a las agencias de viaje.../ 104. En torno a 2011, Sabre y los otros GDSs intentaron impedir a las agencias de viaje establecer conexiones directas con aerolíneas utilizando la tecnología de Farelogix...”⁴⁸.

44 *United States v Sabre Corp.*, 88. Además, en 88-90, descarta riesgos de elevación de precios.

45 *United States v Sabre Corp.*, 90-91, notas omitidas.

46 DOJ, “Complaint, US v Sabre Corp., et al.”, pág. 29-35.

47 *United States v Sabre Corp.*, pág. 102-104.

48 *United States v Sabre Corp.*, pág. 102-104, notas omitidas.

Estos indicios de dominancia de la empresa establecida y de conductas de exclusión, de boicot colectivos de exclusión, en cualquier sistema robusto de derecho de la competencia, habrían invitado al entrante a aproximarse a la autoridad de competencia o al tribunal e intentar establecer un ilícito de exclusión.

Pero es suficientemente conocido que es en el ámbito de las conductas de exclusión, en especial en las unilaterales, donde se encuentra una de las distinciones más importantes –acaso no la más importante– entre los sistemas de competencia de EE.UU. y Europa. Y esto se debe menos a diferencias legislativas y más a las ideas e ideologías que subyacen a la aplicación del derecho de la competencia por los operadores jurídicos, en especial, por los miembros de los tribunales superiores en cada lado del Atlántico⁴⁹.

Aquí nos permitimos sólo dos reflexiones breves.

Por una parte, cuando la realidad en la aplicación del derecho delegada por el legislador en órganos de la administración y en el poder judicial termina distanciándose tan excesivamente de la función que el legislador esperó que tal o cual cuerpo normativo satisficiera, cobra sentido que el legislador haga una revisión encaminada a introducir modificaciones. Es lo que se ha estado presenciando en la discusión política reciente en EE.UU. en este ámbito, por ejemplo, con el proyecto de ley de la Senadora Klobuchar presentado en marzo de este año, 'Anticompetitive Exclusionary Conduct Prevention Act'⁵⁰ o, especialmente, ante el próximo cambio de gobierno⁵¹.

Por otra parte, no deja de llamar la atención la constatación de indicios conductuales ocurridos con más de una década de antelación en el contexto de un análisis prospectivo, como lo es el control de operaciones de concentración. Tal vez haya una diferencia institucional sobre la cual sea necesario reflexionar. En EE.UU. tocaba al DOJ persuadir a un juez sobre los fundamentos para impedir la operación, a diferencia del asunto ante la CMA⁵². Pero hay una cuestión más de fondo que parece oportuno recordar. Y es que la evaluación prospectiva de riesgos (la perspectiva 'ex-ante') y la fiscalización y reproche de conductas (la perspectiva 'ex-post') corresponden a instrumentos complementarios de política cuyo diseño e implementación deben ser concebidos e internalizados como complementarios, ya que es la única manera de que contribuyan de mejor manera a comprender lo que ocurre en industrias tan intensivas en innovación. En el caso, a riesgo de caricaturizar un relato hipotético: "*¿Amenaza incipiente?, te excluyo, el derecho no me lo prohíbe; ¿amenaza seria?, te compro, la regulación me lo permite*".

49 James Keyte, "Why the Atlantic Divide on Monopoly/Dominance Law and Enforcement Is So Difficult to Bridge", *Antitrust* (otoño, 2018), <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/12/fall18-keyte.pdf>.

50 Amy Klobuchar, "Klobuchar Introduces Legislation to Deter Anticompetitive", *klobuchar.senate.gov* (10 de marzo, 2020), [https://www.klobuchar.senate.gov/public/index.cfm/2020/3/klobuchar-introduces-legislation-to-deter-anticompetitive-abuses#:~:text=The%20Anticompetitive%20Exclusionary%20Conduct%20Prevention%20Act%20prohibits%20anticompetitive%20exclusionary%20conduct,Book%20\(D%20DNJ\)](https://www.klobuchar.senate.gov/public/index.cfm/2020/3/klobuchar-introduces-legislation-to-deter-anticompetitive-abuses#:~:text=The%20Anticompetitive%20Exclusionary%20Conduct%20Prevention%20Act%20prohibits%20anticompetitive%20exclusionary%20conduct,Book%20(D%20DNJ)).

51 "¿Cómo revivir la política de competencia en EE.UU.?", *CentroCompetencia* (9 de diciembre, 2020), <https://centrocompetencia.com/revivir-la-politica-de-competencia-en-ee-uu/>.

52 La literatura en EE.UU. que ha dado consideración a los aspectos institucionales en general no hace cuestión sobre el rasgo del diseño institucional de hacer recaer sobre las agencias de competencia la carga de demandar ante un tribunal la prohibición de una operación, probablemente, por lo relativamente excepcional de estas situaciones en el universo de casos. Lo anterior es así para las miradas más tradicionales, v. p.ej. Daniel Sokol, "Antitrust, Institutions and Merger Control", *George Mason Law Review* 17, (2010), pp. 1055 y ss. <https://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/228/> donde se inclina por la existencia de jueces especialistas, pero sin privar al sistema de la necesidad de revisión judicial por jueces no especialistas; o Daniel Crane, "A Neo-Chicago Perspective on Antitrust Institutions", *Antitrust Law Journal* 78, no.1, (2012), pp. 43 y ss. <https://repository.law.umich.edu/articles/1439/> donde celebra el sistema de control de operaciones de concentración posterior a la Ley Hart-Scott-Rodino como un éxito del modelo administrativo-tecnocrático en contraposición al modelo de litigación y adjudicación previamente existente. Pero lo es también para las voces más críticas, v. p.ej. John Kwoka, "Reviving Merger Control: A Comprehensive Plan for Reforming Policy and Practice", *SSRN*, (9 de octubre, 2018), pp.54-55 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3332641 donde apunta a soluciones tales como una mejor formación para jueces no especialistas con instancias que sirvan de contrapeso a la educación continua provista por entidades de perfil pro *laissez faire*.

IX. LO DE HECHO, LO DE DERECHO Y LO POLÍTICO EN EL ANÁLISIS SUBSUNTIVO DE LIBRE COMPETENCIA

El análisis prospectivo que se lleva a cabo en el control de operaciones de concentración es sin duda una de las actividades en política de competencia que mayor arsenal técnico requiere, para equilibrar las necesidades de seguridad jurídica con un ejercicio que bordea la futurología. Con todo, abundante evidencia sobre evaluación ex-post de decisiones sobre control de operaciones de concentración apuntaría a que los sistemas habrían pecado por defecto y no por exceso de intervención⁵³.

No es infrecuente en el mundo jurídico suponer que la distinción entre los asuntos de hecho y los de derecho es nítida. Establecer qué sucedió sería la cuestión de hecho y determinar qué debe hacer el derecho respecto de lo que se estableció como sucedido sería la cuestión de derecho. Pero la dificultad en el control de operaciones de concentración no es sólo que la primera cuestión muta por la de 'establecer qué sucedería sí' –un ejercicio mucho más complejo, por cierto⁵⁴–. Sino que además y, de manera más general, en los procesos de razonamiento de los operadores jurídicos, los hechos y el derecho se confunden⁵⁵. Ahora, cuando esa confusión responde a un sesgo consciente de individuos respecto de los cuales el sistema espera imparcialidad, parece importante estar alerta.

Recordar esto resulta oportuno porque en la decisión del juez Stark se identifican dos razonamientos interdependientes en donde la distinción entre lo fáctico y lo jurídico se ve difuminada, tal vez artificialmente.

Primero, el razonamiento que conduce al juez a la prescindencia de toda la indagación fáctica, que es la que permitiría fundar la conclusión de si, en un caso determinado, puede o no establecerse un único mercado de plataforma. En lugar de ello, según ya indicamos, el juez aplica un precedente –ya criticado, pero además de dudosa aplicación al caso– y fija, como una cuestión de derecho, que se está frente a un mercado de plataformas y que Sabre, en cuanto tal, sólo puede enfrentar competencia de otras plataformas.

Segundo, el razonamiento que lleva al juez a descartar la evidencia que demostraba con suficiente verosimilitud que los ejecutivos de las empresas parte de la operación, en los hechos, sí las veían como competidoras entre sí. Por el contrario, el juez entiende que como jurídicamente no era posible establecer un mercado relevante en el cual ambas empresas participaran, resultaba imposible hacer un análisis de competencia.

Establecer qué motivaciones tuvo el juez en este caso para incurrir en esta confusión escapa de lo que aquí podemos desarrollar⁵⁶.

53 Entre otros, para EE.UU., John Kwoka, *Mergers, Merger Control and Remedies* (Cambridge, MA: The MIT Press, 2015).

54 Diego Hernández y Beatriz Hidalgo, *¿Por qué se aprueban tantas fusiones?* (Santiago: ThomsonReuters, 2018), 8-19.

55 Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009), 205.

56 Y de hecho, en relación a lo que sigue en el texto, no tenemos antecedente alguno para sostener que la decisión del juez Stark obedezca a razones ideológicas. Leonard Stark posee una sólida formación académica que incluye un doctorado en la Universidad de Oxford y el J.D. en la Universidad de Yale. Fue nombrado juez en el año 2010 por el presidente Obama y, si bien no milita, parecería más cercano al mundo Demócrata. Antecedentes de su biografía y carrera, aquí: https://ballotpedia.org/Leonard_Stark.

Pero hay dos realidades que no es posible desconocer. Y ellas son que los jueces no son libres de ideología⁵⁷ y que el derecho de la competencia –especialmente en EE.UU. desde hace algún tiempo– se viene discutiendo en términos de ideología⁵⁸.

Lo anterior tiene algo de bueno, al hacer perder cierta ingenuidad frente a cómo concebimos el derecho y entender que la ideología del individuo a cargo de la decisión, en muchos casos, termina alimentando fundamentos discutiblemente articulados para respaldar ulteriormente una decisión que ya tomó con anterioridad. El derecho de origen judicial no sería fruto del cúmulo impersonal del razonamiento acumulado por años, independiente de la política, sino manifestación de la posición política de quienes deciden⁵⁹.

Pero mantener lo anterior en exclusiva envuelve el peligro de socavar los valores del imperio del derecho, renunciar a la idea que vivimos sometidos a reglas y a la legalidad vigente y dirigirnos a la convicción de que nos desenvolvemos sometidos a otros, que la técnica no es más que fachada de la ideología de quienes ostentan el poder influyendo, incluso, en quienes tienen el poder de decisión en materias administrativas y judiciales.

Cuando las instituciones parecen mostrar ciertos desajustes respecto de las necesidades de la sociedad, abrazar una renuncia tal parece una tentación que de tiempo en tiempo puede aflorar, en especial, si la evidencia, en no pocas ocasiones, respalda que los sesgos de los encargados de decisiones en realidad responden a conflictos de interés mal resueltos⁶⁰.

Sin embargo, ni siquiera ante la ‘más sórdida de las realidades’ parece aconsejable dejar de abrazar una mirada más neutra del derecho, complementaria a la anterior, una mirada donde el imperio del derecho se concibe como un ideal, como aspiración del sentido hacia dónde debiera conducirse la mejora institucional continua⁶¹.

Y, lo anterior, incluso cuando esperamos de las instituciones que hagan buena futurología⁶².

57 Sobre esto, recientemente, Siying Cao, “Judges Who Use Economic Reasoning in Court Decisions Rule In Favor of Business More Often”, *Promarket* (3 de diciembre, 2020) <https://promarket.org/2020/12/03/judges-who-use-economic-reasoning-in-court-decisions-rule-in-favor-of-business-more-often/> donde expone estudio que concluye que la sofisticación en el razonamiento económico por los jueces está positivamente correlacionada con una frecuencia mayor de decisiones pro-empresa incluso controlando variables tales como la ideología política de los jueces; o Daisuke Wakabayashi, “Big Tech Funds a Think Tank Pushing for Fewer Rules. For Big Tech.”, *New York Times* (24 de julio, 2020) <https://www.nytimes.com/2020/07/24/technology/global-antitrust-institute-google-amazon-qualcomm.html> donde sostiene que jueces que han participado en un programa de formación impartido por una entidad pro *laissez faire* eran más proclives a aprobar operaciones de concentración, a resolver en contra de medidas de protección medioambientales y de trabajadores y, a utilizar lenguaje económico en sus fundamentaciones.

58 Aldo González, “Antitrust bajo ataque”, *Investigaciones CeCo* (26 de agosto, 2020), <https://centrocompetencia.com/antitrust-bajo-ataque/>.

59 Jeremy Waldron, *The Law* (Oxford: Routledge, 1990), 15, describiendo lo que califica como el modelo ‘partisano’ del derecho.

60 Y aquí vale la pena reiterar lo indicado anteriormente en nota al pie: no tenemos indicio alguno para plantear que la decisión del juez Stark en el caso obedezca a razones ideológicas. La afirmación, por el contrario, busca dar cuenta de una percepción que podría encontrarse en expansión en ciertos círculos, tal vez en exceso, en los últimos años.

61 Waldron, *The Law*, 25.

62 En este sentido, lo planteado por algunas de las voces que critican el estado del derecho antimonopolios estadounidense actual, por problemas de sub-aplicación, podrían ameritar una atención mayor en relación a aquella que han recibido, hasta ahora, las voces *Neo-Brandeisian*.

X. REFLEXIÓN FINAL

En EE.UU., el caso Sabre/Farelogix, por ahora, concluyó con la resolución de 20 de julio de 2020 de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito Federal que acogió la nulidad de la sentencia del tribunal federal de distrito solicitada por el DOJ⁶³. En Reino Unido, en tanto, a comienzos de diciembre de 2020, la solicitud de nulidad de la decisión de la CMA promovida por Sabre se encuentra pendiente de ser resuelta ante el Competition Appeal Tribunal⁶⁴.

Hablar hoy día de servicios intermedios auxiliares al transporte aéreo, una industria que en pandemia ha estado ‘en el suelo’, podría llamar la atención.

Pero parece claro que las lecciones a inferir del caso trascienden la industria en análisis. A partir del caso se identifican dos temas centrales para los desafíos del análisis de libre competencia en la economía digital y la innovación, se recoge la clásica mirada distinta sobre conductas unilaterales que existe a los dos lados del Atlántico y se invita a la reflexión sobre temas de teoría del derecho en los análisis de libre competencia.

Para el sistema chileno, no son temas del todo desconocidos. Pero colocar su estudio dedicado en la agenda debiera contribuir a la mejora continua de nuestro sistema.

En el caso pareció operar buena coordinación y colaboración entre la CMA y el DOJ y los resultados discrepantes hasta ahora podrían deberse a cuestiones de diseño institucional propios de cada jurisdicción.

Pero el caso parece un buen recordatorio de que, a pesar de la coordinación y colaboración internacional, discrepancias en cuestiones elementales en el análisis pueden llevar a diferentes soluciones en diferentes jurisdicciones frente a operaciones de concentración transnacionales.

63 Resolución en la cual la Corte explicita el dicta “*We also express no opinion on the merits of the parties’ dispute before the District Court*”. Order Granting Government’s Motion for Mootness, *U.S. v. Sabre Corp.*, No. 20-1767, Dkt. 23-2, at 1 (3d Cir. July 20, 2020), <http://business.cch.com/ald/USvSabreCorp7212020.pdf>.

64 Los antecedentes del procedimiento ante el Competition Appeal Tribunal (CAT) en “*Sabre Corporation v Competition Markets Authority*”, CAT (última actualización, 4 de diciembre de 2020), <https://www.catribunal.org.uk/cases/134541220-sabre-corporation>. La audiencia pública principal en el caso tuvo lugar entre los días 24 y 26 de noviembre de 2020.



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:

Fernando Araya Jasma, "Control de operaciones de concentración transnacionales: decisiones discrepantes y otras lecciones del caso *Sabre/Farelogix*", *Investigaciones CeCo* (diciembre, 2020),
<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