



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

# EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA FRENTE A LOS MERCADOS DIGITALES: PANORAMA ACTUAL

PROGRAMA UC - LIBRE COMPETENCIA



# EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA FRENTE A LOS MERCADOS DIGITALES: PANORAMA ACTUAL

## ÍNDICE

|                               |   |
|-------------------------------|---|
| I. Introducción               | 3 |
| II. Cuenta pública del TDLC   | 3 |
| III. Cuenta pública de la FNE | 6 |
| IV. Conclusiones              | 6 |
| V. Referencias                | 7 |

## 1. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte – y ciertamente con mayor vertiginosidad a raíz de la crisis sanitaria del COVID-19 y sus consecuentes confinamientos –, la economía ha experimentado una disrupción digital de sus mercados que ha modificado drásticamente el modo en que estos se desenvuelven y, por consiguiente, cómo las autoridades de libre competencia los abordan.

El presente trabajo tiene como objeto analizar las posturas actuales de las autoridades de libre competencia de Chile – el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica – frente a los mercados digitales, especialmente a la luz de sus más recientes cuentas públicas.

## 2. CUENTA PÚBLICA DEL TDLC [VER AQUÍ](#)

En el contexto actual, si bien hasta el momento Chile se ha caracterizado por una escasez en cuanto a propuestas legislativas que aborden directamente la materia – con ciertas excepciones que lo hacen de manera más bien tangencial (1) –, las autoridades de competencia afortunadamente no se han restado del debate.

Es sí como el presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"), en su Cuenta Anual Pública correspondiente al año 2021, hizo especial incapié en la expansión de la economía digital:

*“Otro tema ineludible cuya relevancia ha adquirido niveles de primer orden con la pandemia, es la denominada economía digital. Si antes de esta epidemia ya era un desafío para las autoridades de libre competencia enfrentar el crecimiento sustancial de transacciones electrónicas y, finalmente, de la dependencia de las personas a ellas, esto hoy ha adquirido un carácter urgente y de la máxima prioridad.*

*La experiencia internacional nos demuestra que la aproximación adecuada a estos temas es difícil ya que las herramientas que habitualmente son utilizadas por las agencias no son del todo útiles para analizar correctamente este tipo de casos; por lo que resulta complejo medir los efectos de las eventuales conductas anticompetitivas.”*

Asimismo, el TDLC destacó una serie de problemáticas que la materia suscita, y que insta a que sean abordadas con prontitud:

- a) Los fines de la política de competencia
- b) Mejor coordinación entre reguladores
- c) Definición de mercado relevante y medición de poder de mercado
- d) Killer acquisitions

---

1 Véase, por ejemplo, Proyecto de ley que establece garantías básicas a las personas que prestan servicios a través de plataformas digitales (Boletín N° 13.496-13); Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (Boletín N° 11.144-07); Proyecto de ley que exige del comercio minorista que se desarrolla a través de plataformas digitales, proveer al público información transparente y de libre acceso sobre los precios de los productos que comercializa (Boletín N° 12.782-03).

- a) Umbrales de notificación para operaciones de concentración
- b) Detección de coordinación algorítmica entre competidores
- c) Big Data y servicios de precio cero

A continuación, se analizará brevemente cada una de ellas, a la luz de la experiencia comparada y de las posiciones doctrinarias que han ido surgiendo a su respecto.

### **a. Fines de la política de competencia**

Tradicionalmente asociados al bienestar social o del consumidor, los fines de la política de competencia urgen ser replanteados en el marco de la economía digital, especialmente si se considera que muchas veces el costo de bienes y servicios no es explícito. A este respecto, cobrará particular importancia la experiencia comparada y las discusiones legislativas que allí se están dando.

### **b. Mejor coordinación entre reguladores**

Las características de los mercados digitales abordadas en el acápite anterior hacen que se superpongan diversas regulaciones a la hora de examinar determinadas conductas anticompetitivas (e.g., protección de los consumidores, protección de datos, etc.). Es así como – en la misma línea de los recientemente anunciado en Reino Unido (2) – la cooperación entre reguladores y una mirada holística de los mercados digitales es fundamental.

### **c. Definición de mercado relevante y medición de poder de mercado**

Si el propósito de la definición de mercado relevante es el de proveer un contexto al examen que surja en un asunto de competencia – por ejemplo, ayudando a determinar si el demandado tiene suficiente poder de mercado como para incurrir en determinadas prácticas anticompetitivas y si acaso dichas prácticas pueden producir el efecto de aumentar o mantener dicho poder de mercado; o en el caso del control de operaciones de concentración, ayudando a identificar las firmas que se verían afectadas por un aumento de precios por las partes fusionadas y por tanto ayuda a determinar si acaso las partes fusionadas obtendrán un aumento significativo de poder de mercado–, y el enfoque que suelen utilizar las autoridades de competencia para llevarla a cabo es más bien estándar y mecánico, cuando hay mercados digitales involucrados debe hacerse con especial cuidado (3), con especial atención a las dificultades que suscitan las plataformas multilaterales, los servicios de precio cero y los ecosistemas digitales(4).

En cuanto al poder de mercado, se suele decir que debido a los efectos de red (aquellos en virtud de los cuales las utilidades de un producto para el usuario aumentan en la medida que otros usen el producto) y al control sobre los datos de los usuarios (el acceso a datos de los consumidores permite a las plataformas entallar de mejor forma sus servicios y calibrar la demanda; una plataforma que se involucra en varios mercados puede utilizar los datos de consumidores obtenidos en un mercado para otro; facilidad para firmas

<sup>2</sup> Véase <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2619797/cma-ico-public-statement-20210518.pdf>

<sup>3</sup> David S. Evans, The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, 20 Yale Journal on Regulation Vo. 20 (2003). Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol20/iss2/4>

<sup>4</sup> Eben/Robertson, The Relevant Market Concept in Competition Law and Its Application to Digital Markets: A Comparative Analysis of the EU, US, and Brazil. Graz Law Working Paper No 01-2021.

dominantes de ingresar a nuevos mercados), los mercados de plataformas tecnológicas inevitablemente sucumbirán a la dominancia de un pequeño número de firmas. Es lo que se ha denominado mercado winner-take-all.

Lo anterior sucede debido a que la dinámica de los mercados de las plataformas digitales hace que sea económicamente racional buscar aumentar poder de mercado a expensas de rivales mediante prácticas predatorias: las plataformas operan en mercados donde los efectos de red y el control sobre datos de los consumidores solidifica una dominancia temprana, de modo tal que una compañía que busque competir en estos mercados debe intentar capturarlos, incluso en desmedro de las utilidades a corto plazo (dado que la mejor garantía de utilidades a largo plazo es un crecimiento inmediato). (5)

#### d. Killer acquisitions

Una de las principales características de los mercados digitales es la rápida y constante innovación, tanto drástica (principalmente efectuada por entrantes) como no drástica o incremental (principalmente efectuada por participantes del mercado).

En este contexto, las start-ups suelen venderse a actores con poder de mercado establecido sin siquiera haber prestado servicios a ningún consumidor. Si bien en algunos casos esto puede ser un incentivo a la innovación, en casos extremos esto se ha denominado killer acquisition (“adquisiciones asesinas”) y constituyen fuertes barreras entradas a los mercados para nuevos agentes económicos, exacerbado por la marcada tendencia hacia la concentración que presentan los mercados digitales.

#### e. Umbrales de notificación para operaciones de concentración

En consonancia con lo dicho anteriormente acerca de la definición de mercado relevante y la medición de poder de mercado en los mercados digitales, se vuelve necesario modificar los métodos tradicionales para determinar los umbrales que gatillan las notificaciones de operaciones de concentración. En este sentido, sería relevante ponderar el traspaso de datos entre las partes de la operación.

#### f. Detección de coordinación algorítmica entre competidores

Las nuevas tecnologías de blockchain y algorítmicas, a la vez que presentan numerosas ventajas en términos de eficiencia y de economías de escala, sugieren potenciales nuevos desafíos para la detección de conductas colusivas. Como un territorio aún poco explorado por el derecho de la competencia, las autoridades se ven en la necesidad de desarrollar nuevas herramientas para adaptarse al nuevo panorama y, como lo han hecho países como Reino Unido, crear unidades especializadas al interior de las agencias de competencia.

#### g. Big Data y servicios de precio cero

Muchos servicios digitales funcionan sin una contraprestación monetaria de parte de los usuarios (e.g. Facebook, Google), lo cual aumenta enormemente su apreciación por parte de los usuarios, pero además dificulta la definición de mercado(6). Inicialmente, en Estados Unidos y en Europa se rechazó la aplicación de las leyes de libre competencia sobre servicios “gratuitos” al no considerarlos propiamente una actividad económica que operase en un mercado determinado. Sin embargo, gradualmente tribunales y autoridades de

5 Khan, Lina, Amazon's Antitrust Paradox (January 31, 2017). Yale Law Journal, Vol. 126, 2017, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2911742>

6 John M. Newman, Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations, 164 U. Pa. L. Rev. 149 (2015).

competencia han aceptado que este tipo de servicios no implica necesariamente una ausencia de relación comercial entre usuarios y plataformas.

VER AQUÍ

### 3. CUENTA PÚBLICA DE LA FNE

La Fiscalía Nacional Económica, por su parte, también ha dado a conocer su más reciente Cuenta Pública Participativa, en donde se detalla las acciones ejecutadas y los resultados obtenidos por la institución durante el 2020 y el primer trimestre del 2021.

Dentro de los desafíos experimentados por el ente persecutor durante el periodo en cuestión – además de los derivados de las consecuencias del estallido social y de la pandemia –, el Fiscal Nacional Económico, Ricardo Riesco, destacó el profundizar en el análisis sustantivo de libre competencia:

*“Creemos que el balance de la Fiscalía a este respecto es positivo. Es así como el año pasado analizamos nuestra primera operación de concentración horizontal entre plataformas digitales, como fue Uber-Cornershop(8).”*

Asimismo, destaca la creación de una nueva Unidad de Inteligencia, al interior de la Unidad Anti-Carteles:

*“Quisiéramos destacar importancia de la creación de la Unidad de Inteligencia de la Fiscalía, que ha estado trabajando activamente para detectar carteles a través del uso de técnicas de ciencia de datos y del desarrollo de inteligencia de datos provenientes de fuentes abiertas tanto públicas como privadas.”*

Finalmente, en lo que concierne a mercados digitales, se destacó el trabajo realizado por la División de Fusiones en una nueva Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales (9), que viene a reemplazar la versión de 2012:

*“Esta Guía describe el marco conceptual que utiliza para analizar sustantivamente el impacto de una operación de concentración horizontal en la competencia.”*

Cabe destacar que el documento se encuentra actualmente en proceso de consulta pública y que trata específicamente las plataformas y mercados digitales, caracterizándolos y refiriéndose a la definición de su mercado relevante y análisis competitivo (deteniéndose aquí en los efectos de red y tipping, además del rol del uso de datos).

### 4. CONCLUSIONES

Los mercados digitales han transformado a la economía más rápido de lo que las legislaciones han sido capaces de adaptarse. En este contexto, es fundamental el rol de las agencias de competencia para velar por que el enforcement ex post llegue donde la regulación ex ante aún no lo hace.

8 Disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/inap2\\_F217\\_2020.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/inap2_F217_2020.pdf)

9 Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>

En Chile, tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como la Fiscalía Nacional Económica han realizado una labor en la materia que sigue la misma línea que agencias de países más desarrollados – y, por tanto, con más actividad en la materia –, de modo tal que es esperable que en el marco de sus potestades puedan desarrollar el ámbito aún más y, al igual que en otras ocasiones, ser un ejemplo en la región.

## REFERENCIAS

Eben/Robertson, The Relevant Market Concept in Competition Law and Its Application to Digital Markets: A Comparative Analysis of the EU, US, and Brazil. Graz Law Working Paper No 01-2021.

Evans, David S., The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, 20 Yale Journal on Regulation Vo. 20 (2003).

Khan, Lina, Amazon's Antitrust Paradox, Yale Law Journal, Vol. 126, (2017).

Newman, John M., Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations, 164 U. Pa. L. Rev. 149 (2015).