



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

“Economía Digital y Libre Competencia” Una primera mirada¹

PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA

**ANTITRUST RESEARCH LAB
Nº 1/ MARZO 2020**

¹ Documento elaborado por Cristián Reyes Cid. Abogado y Magister en Derecho de la Empresa de la P. Universidad Católica de Chile (LLM-UC). Jefe de las Divisiones Jurídica y de Litigios de la Fiscalía Nacional Económica entre 2009 y 2012.

1. Introducción

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) define la economía digital como aquella compuesta por mercados basados en tecnologías digitales que facilitan el intercambio de bienes y servicios a través del comercio electrónico. Agregando que *“la expansión del sector digital ha sido un motor clave del crecimiento económico en los últimos años, y el cambio hacia un mundo digital tiene efectos en la sociedad que se extienden más allá del contexto de la tecnología digital”*².

Por su parte, la Comisión Económica para la América Latina y el Caribe (CEPAL) señala que los principales elementos que componen la economía digital, son la infraestructura de telecomunicaciones, la industria de aplicaciones TIC³ y la red de actividades económicas y sociales facilitadas por internet, la computación en la nube, y además las redes móviles, las sociales y de sensores remotos; a lo que se agregan los usuarios finales, que son quienes demandan los servicios y utilizan las aplicaciones⁴.

Pues bien, aun cuando la economía digital, también llamada “nueva economía”, fue reconocida como tal hace más de 20 años⁵, lo cierto es que el desarrollo de la misma -a lo largo de todo el mundo- ha sido notoriamente exponencial en los últimos 10 años, en especial de la mano de otros fenómenos, tales como la economía colaborativa^{6/7}, la economía circular⁸ y la sostenibilidad social⁹.

² OCDE (2012), The Digital Economy, pág. 5.

³ Tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC).

⁴ CEPAL (2019), Economía digital para el cambio estructural y la igualdad. Pág. 9 y ss.

⁵ Tapscott, Don (1996). The digital economy: promise and peril in the age of networked intelligence. New York: McGraw-Hill.

⁶ En palabras de Janire Carazo Alcalde: *“La economía colaborativa engloba todas aquellas actividades que suponen un intercambio entre particulares de bienes y servicios a cambio de una compensación pactada entre ambos. En muchas ocasiones se trata de bienes o servicios que no estaban siendo completamente utilizados y gracias a la economía colaborativa una persona puede beneficiarse de ese bien o servicio, mientras la propietaria obtiene una ganancia. Por ello al consumo de bienes y servicios de forma colaborativa entre particulares se le conoce como consumo colaborativo”*. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/economia-colaborativa.html>.

⁷ Ejemplos de emprendimientos basados en esta filosofía existen muchos, entre los cuales destacan Uber, Airbnb, los crowdfunding e incluso Wikipedia.

⁸ La economía circular ha sido definida como *“una estrategia simple, pero convincente, que tiene como objetivo reducir tanto la entrada de materiales vírgenes como la salida de desechos mediante el cierre de lazos económicos y ecológicos de los flujos de recursos”* (Haas, Willi; Krausmann, Fridolin; Wiedenhofer, Dominik; Heinz, Markus (2015). «How Circular is the Global Economy?: An Assessment of Material Flows, Waste Production, and Recycling in the European Union and the World in 2005». Journal of Industrial Ecology. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jiec.12244>. Bajo esta concepción se encuentran, por ejemplo, diversas empresas que utilizan materiales reciclados para la elaboración de nuevos productos e insumos, y las plataformas que permiten vender o regalar ropa u otros artículos usados a quienes tengan interés en ellos.

⁹ En términos simples, este concepto persigue el desarrollo empresarial bajo un enfoque que se preocupa, entre otros temas, de la equidad social, la habitabilidad, el desarrollo comunitario, el capital social, el apoyo social, los derechos humanos, la responsabilidad social, la justicia social, la adaptación humana y, en general, de la sostenibilidad ecológica, económica, política y cultural. Es el enfoque que representa, por ejemplo, el conocido como Sistema B (<https://sistemab.org/>).

Ello ha derivado en una serie de nuevos escenarios, en los que los actores y conceptos propios de la economía tradicional se han visto enfrentados a emprendimientos innovadores, disruptivos y no necesariamente sujetos a unas mismas reglas; y en los que además las autoridades nacionales han debido asumir inéditos desafíos regulatorios y de fiscalización, muchas veces difíciles de resolver.

La libre competencia no ha estado exenta de tal fenómeno. Los recientes casos contra Facebook, Google y Amazon a lo largo de todo el mundo, han sido los más paradigmáticos, dado que el enfoque de libre competencia ha debido no sólo adaptarse a la nueva realidad tecnológica, adecuando conceptos tradicionales como el mercado relevante y el poder de mercado, sino que además ha debido incorporar en su análisis diversas materias que antes le eran menos frecuentes, como el derecho del consumidor y el tratamiento de los datos personales.

2. Algunos desafíos para la libre competencia

El análisis de libre competencia, en el escenario de esta nueva economía, ha de tener en consideración algunas características relevantes de la misma que, en general, son transversales entre los distintos emprendimientos surgidos en este entorno disruptivo. Entre ellas, destacan las que se indican a continuación.

2.1. Las plataformas digitales.

Una plataforma digital es mucho más que un sitio web. En términos simples, es un documento o sistema electrónico que contiene información textual, visual y/o sonora alojada en un servidor, que puede ser accesible a través de navegadores de diferentes dispositivos, y que cumple con la misión de conectar o intermediar múltiples intereses y personas, promoviendo interacciones de valor entre quienes la usan¹⁰.

¹⁰ En el interesante documento OECD (2018), titulado "Plataformas Digitales y Competencia en México" (pág. 7), constan dos definiciones relevantes de plataformas, bajo la perspectiva económica: "Según la clasificación de Evans (2007), las plataformas son empresas que dan servicio (a) a dos o más grupos de clientes; (b) que se necesitan uno al otro de alguna manera; (c) pero que no pueden captar por sí mismos el valor de su atracción mutua, y (d) dependen del catalizador de la plataforma para facilitar interacciones entre ellos que generen valor. Smicek (2016) define a las plataformas digitales como "infraestructuras digitales que posibilitan la interacción de dos o más grupos. Por lo tanto, se posicionan como intermediarios que reúnen a diferentes usuarios: clientes, anunciantes, prestadores de servicios, productores, proveedores y hasta objetos físicos". Ejemplos de plataformas digitales son las redes sociales, los sitios web de comercio electrónico, los sistemas operativos para computadoras y dispositivos móviles, etcétera".

De acuerdo a la OCDE¹¹, pueden distinguirse dos categorías principales de plataformas: aquellas en las que se genera una transacción (también conocidas como *plataformas de matching*) y aquellas en las que no existe una transacción (denominadas *plataformas de attention*)¹². En general, estas últimas, en las que podríamos clasificar por ejemplo las redes sociales, proveen servicios aparentemente gratuitos que suelen ser subsidiados por la publicidad. Y esa gratuidad es aparente porque los consumidores finalmente también pagan, suministrando datos respecto de sus preferencias y comportamiento, o derechamente ingresando información personal.

Por su parte, las plataformas de matching operan más como un *marketplace* tradicional, en el sentido que proveen un sitio donde distintos actores pueden interactuar, como compradores y vendedores, empleados y empleadores. En general, estas plataformas suelen cobrar un monto fijo por acceder a las mismas y montos variables por transacción. Habitualmente, el grupo de usuarios cuya demanda es más elástica es, en los hechos, subsidiado por el otro grupo, sin perjuicio de que en este caso también son recopilados los datos privados de los distintos usuario.

Si bien, a simple vista, la creación de una plataforma digital no poseería mayores barreras a la entrada, el gran desafío para operar de manera viable es intentar atraer usuarios en uno u otro lado de dicha plataforma, lo que -una vez conseguido- promueve una mayor competencia en los mercados involucrados, ampliando su tamaño y pudiendo intensificar la rivalidad competitiva. Ahora bien, esta necesidad de crear mayores efectos de red, economías de escala y, en definitiva, costos de cambio, no está exento de riesgos competitivos, tales como la posibilidad de aumentar la concentración en dichos mercados y derechamente generar conductas ilegales en algunos casos, en especial si se considera además la cantidad de datos personales que se obtiene, la aplicación de algoritmos para tratar dichos datos y personalizar la oferta de bienes y servicios y, en general, la tendencia de dichas plataformas a promover que los usuarios las utilicen sin tener que recurrir a otras plataformas (*single-homing*).

¹¹ OCDE (2016), *Big data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, págs. 12 y ss.

¹² Existen autores que, con una mayor precisión, clasifican las plataformas -por ejemplo- de acuerdo a si se realizan transacciones a través de ellas o no, denominándolas *plataformas transaccionales* y *no transaccionales* (Filistrucchi, L.; Geradin, D.; Van Damme, E. y Affeldt, P., 2014, "Market definition in two-sided markets: Theory and practice". *Journal of Competition Law & Economics*, 10(2), 293-339); o conforme a la fuerza relativa transversal de los efectos de la red producidos en ambos lados, distinguiendo entre *plataformas de emparejamiento* y *proveedoras de audiencia* (Bundeskartellamt, 2016, *Market Power of Platforms and Networks*).

2.2. Efectos de Red.

Por regla general, las plataformas digitales son mercados multilaterales o “mercados de dos lados”, de modo tal que una de sus principales características es la presencia de *efectos de red* en los diversos lados del mercado; entendiéndose por tales aquellos que ocurren cuando el valor de un bien o servicio depende del número de personas que lo utilizan. De este modo, cuando existe un efecto de red, mientras mayor sea el número de usuarios, mayor valor o utilidad tendrá ese bien o servicio¹³.

En efecto, las plataformas digitales no escapan de ello, pues conectan dos o más grupos de agentes, tales como los consumidores y los oferentes; los miembros de cada grupo valoran interactuar con los miembros del otro grupo; y no pueden capturar el valor de su mutua atracción por sí mismos. De este modo, la participación en un lado u otro es más atractiva para cada grupo o individuo cuantos más usuarios participen en la plataforma.

Los efectos de red suelen clasificarse en *directos* (donde un incremento en el uso del bien genera un incremento en su valor, como ocurre con las redes sociales); *indirectos* (cuando el uso de un producto o servicio impulsa la producción y valor de otros complementarios, lo que a su vez aumenta el valor del producto original, como puede ocurrir con los sistemas operativos y las aplicaciones y productos complementarios)¹⁴; *de dos lados* (cuando el aumento en el uso por un segmento de usuarios aumenta el valor de un producto complementario para otro segmento de usuarios y viceversa, como ocurre con las plataformas de compraventa o publicidad); y *de un lado* (cuando el aumento del valor del bien por el mayor número de usuarios va en una sola dirección).

Por regla general, los efectos de red conllevan incentivos para atraer y mantener el mayor número de usuarios posibles a cada lado de las plataformas, ofreciéndose incluso servicios “gratuitos” para ello, y utilizando la gran cantidad de datos recopilados para personalizar la experiencia de los grupos o individuos y emparejar a los miembros de un lado con los del otro, principalmente a través de la aplicación de algoritmos y filtros. Ello puede derivar en una intensa disputa por el o los mercados en que cada plataforma participe.

Sin embargo, en muchos casos, esto podría resultar en que sólo algunas de dichas plataformas terminen atrayendo las preferencias de todo o gran parte del público; lo que, atendidos los costos de cambio que podría implicar pasar de una red a otra, podría derivar en una concentración importante en dichos mercados y, en el extremo, en conductas que podrían

¹³ Fuente: <https://economipedia.com/definiciones/efectos-de-red.html>.

¹⁴ OCDE (2012), *The Digital Economy*, pág. 8.

perjudicar a otros competidores que quisieren participar en aquellas plataformas que ofrezcan similares bienes o servicios a los integrados en éstas.

2.3. Big data y algoritmos.

Ya no es un secreto que, con el surgimiento de las plataformas y otros medios digitales, los usuarios suelen acceder a servicios gratuitos a cambio de brindar grandes cantidades de información personal; dado que la información es un insumo valioso para que las empresas puedan ofrecer bienes y servicios de una manera más personalizada, directa y eficiente.

Ello implica la obtención de una gran cantidad de información, no siempre estandarizada ni ordenada entre sí, lo que generalmente se conoce como *Big data* o *Macrodatos*, concepto que podemos definir por tanto como un conjunto de datos tan grandes y complejos que requieren aplicaciones informáticas no tradicionales de procesamiento de datos, generalmente algoritmos, para tratarlos adecuadamente.

La *big data* posee tres características principales, denominadas “Las tres V”: *Volumen* (gran cantidad de datos heterogéneos); *Velocidad* (obtención, evaluación y utilización de los datos en tiempo real); y *Variedad* (existencia tanto de datos estructurados como no estructurados -texto, audio o video-, provenientes de fuentes diversas, que requieren un procesamiento adicional).

Atendida sus características, la *big data* hace necesaria la aplicación de un conjunto ordenado de operaciones sistemáticas que permite hacer un cálculo y hallar la solución de un tipo de problemas, conocidos también como *algoritmos*, a fin de aumentar la transparencia y disminuir las asimetrías de información entre consumidores y proveedores; pudiendo unos comparar productos, precios, calidad, tiempos de envío, etc., y otros conocer mejor a los consumidores y competidores, realizar ofertas dinámicas de acuerdo a sus necesidades y preferencias, reducir costos de producción y mejorar la asignación de recursos. Todo lo cual se debiera traducir en menores precios para el usuario final¹⁵.

Así las cosas, el uso de *big data* acarrea múltiples beneficios para la competencia en los mercados. Entre ellos:

- Permite el mejor conocimiento de los clientes y sus preferencias.
- Permite reducir costos de búsqueda y comparación por los consumidores.
- Permite hacer más eficiente la oferta, comercialización y distribución.

¹⁵ OECD (2017), *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, pág. 14.

- Constituye fuente de ingresos para algunas empresas. El medio de cambio ya no es el dinero.
- Disminuye asimetrías de información entre consumidores y proveedores.
- Incentiva a los oferentes a innovar y competir.

Sin embargo, existen a su vez serios riesgos para la competencia en el uso de *big data* y algoritmos, entre los cuales basta mencionar los siguientes:

- Posibilidad de generar un poder de mercado irreplicable, en base al acceso privilegiado a información que sus competidores no tienen, sea por costo o por acceso.
- Posibilidad de bloquear a competidores en plataformas multiservicios.
- Posible concentración y uso inadecuado de los datos (ofreciendo bienes y servicios no solicitados o no previstos; bloqueando cierta información y mostrando sólo la elegida por la plataforma; comercializando datos con terceros, etc.).
- Posibles conductas explotativas, relacionadas con la vulneración de la confidencialidad y de la finalidad del dato proporcionado por su titular, o la posible imposición de términos comerciales no acordados.
- Posible facilitación de conductas colusivas, dado que al producir comportamientos dinámicos por parte de los oferentes, los algoritmos pueden conllevar una coordinación entre proveedores¹⁶.
- Otros posibles abusos de posición dominante, bajo la forma de restricciones verticales. Por ejemplo, un proveedor con poder de mercado que quiere imponer un precio de reventa a un distribuidor puede usar un algoritmo para detectar si un distribuidor ofrece a través de una plataforma un precio inferior¹⁷.

Precisamente, por riesgos como los señalados, es que recientemente -por ejemplo- se ha cuestionado a la empresa Facebook en países como Estados Unidos¹⁸, Alemania¹⁹ y Hungría²⁰, por uso no autorizado de datos, incumplimiento de sus políticas de privacidad y bloqueo de competidores,

¹⁶ OECD (2017), *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, págs. 24 y ss.

¹⁷ Macedo, Luciana (2019), *Economía Digital y Competencia*. Artículo publicado en la obra colectiva *Desafíos de la Libre Competencia en Iberoamérica*, p.290.

¹⁸ Véase, por ejemplo, en: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2019/07/ftcs-5-billion-facebook-settlement-record-breaking-history>.

¹⁹ Véase, por ejemplo, en: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html>.

²⁰ Véase, por ejemplo, en: <https://www.facua.org/es/noticia.php?id=14862>.

lo que en algunos casos ha sido considerado por parte de las autoridades de libre competencia como un abuso de posición dominante por parte de dicha compañía.

3. Nuevos mecanismos de evaluación de las autoridades de libre competencia

Si bien los principios básicos de política de competencia aplican en los mercados digitales, dado que éstos comparten un gran número de características con los mercados tradicionales, cabe reconocer que aquéllos presentan ciertas características que les son particulares, tales como la mayor existencia de efectos de red, la importancia de las plataformas de múltiples lados, cierta tendencia a la monopolización temporal de los mercados, la recopilación y uso de información como variable competitiva relevante (dejando muchas veces al precio de los productos o servicios en un segundo plano en el análisis de la dinámica de competencia), y una mayor intensidad de inversiones en investigación y desarrollo tecnológico.

Ello implica la necesidad de que las autoridades de libre competencia deban, en muchos casos, adaptar y crear nuevas herramientas para estudiar los casos de competencia, en materias tales como las que se reseñan a continuación.

3.1. Definición del mercado relevante.

Como es sabido, por regla general, los casos de libre competencia son abordados en torno a un marco que permita analizar los efectos competitivos o anticompetitivos del asunto particular, considerando las alternativas más significativas de un determinado bien o servicio y las demás condiciones que dichos mercados posean, por ejemplo, para la entrada o salida de los mismos. Al efecto, es conocida la tradicional definición que la Fiscalía Nacional Económica hizo en su oportunidad, en cuanto a que *“se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”*²¹.

Como puede intuirse, la definición del mercado relevante es mucho más compleja tratándose de la economía digital, ya que -sobre todo en el caso de plataformas de dos o más lados- puede existir más de un mercado involucrado, por lo que es importante considerar la interacción entre todos

²¹ Fiscalía Nacional Económica (2012), Guía para el análisis de operaciones de concentración. Pág. 10. No vigente en la actualidad.

los lados de dichas plataformas. Además, la variable precio podría ser poco relevante en el análisis, considerando que diversos servicios digitales tienen precio cero o que algunos de ellos tienen precios dinámicos y múltiples, a lo que se suma el hecho de que la velocidad de estos mercados implica una continua apertura y cierre de los mismos, ante la permanente innovación en los modelos de negocios.

Es por ello que en Europa se recomienda que la evaluación de una restricción competitiva comience por el análisis de cómo las plataformas digitales generan beneficios en general, no solo por precio, y que el análisis de sustituibilidad no se realice sólo por el lado de la demanda o de la oferta, sino también de la innovación y la entrada disruptiva²²

Acorde con ello, la autoridad de competencia de Canadá ha medido el grado de sustituibilidad entre los productos gratuitos ofrecidos por distintas plataformas, llegando a la conclusión que en tales casos las empresas no compiten en precio. De este modo, en la aplicación de herramientas como el *test del monopolista hipotético* ha evaluado también cambios en el consumo como respuesta a un cambio pequeño pero significativo en la *calidad* de los productos o servicios, para lo cual ha resultado valiosa -entre otros- la aplicación de encuestas a los consumidores y la evidencia de los costos de cambio entre dichos productos o servicios²³.

En Chile, este prisma es aún incipiente y algunos atisbos es posible apreciar, más que en la definición de mercado relevante, en el análisis de competencia a propósito de ciertas operaciones de concentración. Es el caso, por ejemplo, de la fusión entre Cine Hoyts y Cinemundo (2012)²⁴, en que se evaluó -a través de los costos operativos- aspectos cualitativos tales como los tiempos de espera para comprar boletos, la higiene, el aire acondicionado, la calidad de sonido e imagen, el tamaño de la pantalla y la disponibilidad de servicios complementarios; y del frustrado joint venture entre diversos bancos para la administración de cajeros automáticos (2015)²⁵, en cuyo contexto la FNE tuvo especial consideración la eventual afectación en la cantidad de máquinas disponibles en Chile, dados los altos incentivos para desinstalar algunas de las existentes y los bajos incentivos para instalar nuevas²⁶.

²² Parlamento Europeo (2015), Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy. Pág. 56.

²³ Competition Bureau (2017), *Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada*. Pág. 12.

²⁴ Investigación Rol 2003-11 FNE y autos Rol C N° 240-12 TDLC.

²⁵ Investigación Rol F56-15 FNE.

²⁶ OECD (2018), *Non-price Effects of Mergers - Note by Chile*. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)55/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)55/en/pdf).

3.2. Evaluación del poder de mercado.

De manera general, el poder de mercado puede entenderse como el poder de una empresa en un mercado concreto, traducido en la capacidad de ésta para fijar los precios por encima de su costo marginal, de un modo que le resulte rentable. En el análisis tradicional de la competencia, el poder de mercado se determina con ayuda de un análisis estructural del mismo, en particular del cálculo de las participaciones de mercado, de si existen otros productores de un producto igual o sustituible, de las posibles barreras de entrada o al crecimiento, del grado de innovación, y de los niveles de precio y de márgenes, entre otros factores²⁷.

Sin embargo, tal como reconoce el Parlamento Europeo, en los mercados digitales el uso de muchos de estos indicadores es mucho más difícil, ya que algunos servicios se ofrecen de manera gratuita y algunos modelos de negocios presentan bajos beneficios, lo que -en todo caso- de ningún modo significa que no existan empresas con poder de mercado²⁸.

Por lo mismo, es que el citado organismo propone como punto de partida analizar la fortaleza de las restricciones competitivas, incluyendo al efecto indicadores de contestabilidad, de barreras a la entrada y a la expansión, y los costos de cambio (*switching costs*), en atención a que puede resultar costoso para los consumidores -por ejemplo- transferir sus datos de una plataforma a otra. Ello toma en consideración, además, el hecho de que las restricciones al poder de mercado pueden provenir -directa o indirectamente- de cualquier lado de una determinada plataforma.

Lo anterior es aún más evidente, si se considera que, en el contexto de la economía digital, el hecho que una determinada plataforma tenga una participación predominante en un momento determinado, de modo alguno quiere decir que tal posición sea permanente y mucho menos que pueda establecer condiciones de mercado superiores al equilibrio competitivo.

La autoridad de competencia de Canadá, vanguardista en estas materias, ha señalado además que el mero análisis de las cuotas de mercado podría subestimar o sobreestimar el poder de mercado de una empresa. Por lo mismo, señala, las agencias de competencia deben considerar la importancia de los datos adquiridos, ya que estos pueden resultar en futuras barreras a la entrada²⁹.

A todo lo indicado, se agrega la necesidad de considerar respecto de un determinado asunto u operación enmarcada en la nueva economía,

²⁷ Unión Europea, Dirección General de Competencia. Glosario de la política comunitaria de competencia. Disponible en: https://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/80/pyc804_es.htm.

²⁸ Parlamento Europeo (2015), Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy. Pág. 51 y ss.

²⁹ Competition Bureau (2017), *Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada*. Pág. 15.

aspectos tales como los efectos de red, las economías de escala, el acceso y utilización de la *big data*, la aplicación de algoritmos y el potencial para innovar, incluso teniendo presente que -en algunos casos- la compra de una pequeña empresa tecnológica podría ser una estrategia para enfrentar amenazas derivadas precisamente de la innovación.

3.3. Colusión algorítmica.

En fin, entre los tantos mecanismos que las autoridades deberán implementar en virtud de la economía digital, se encuentra el análisis de los algoritmos utilizados a partir de la *big data* obtenida producto de la información que los usuarios proporcionan, consciente o inconscientemente, a las plataformas.

En torno esta problemática, algunos autores han planteado que estos algoritmos debiesen ser regulados por un panel de expertos que revise su funcionamiento, ya sea analizando su código, para ver si existe pre programado algún comportamiento anticompetitivo, o bien simulando distintas situaciones de mercado y ver qué precios arroja³⁰.

Otros autores proponen el concepto de “*compliance by design*”, de manera que, ante la dificultad de acreditar ex post un comportamiento anticompetitivo, los algoritmos deban tener considerado dentro de su diseño el cumplimiento de la normativa del país, antes de decidir un nuevo precio³¹.

Otros, por su parte, sugieren que los algoritmos sean más transparentes y, por tanto, creados de forma que el proceso de toma de decisiones que tienen incorporado, pueda ser interpretado y entendido por un potencial ente regulador³².

Finalmente, la OCDE, si bien señala que los algoritmos podrían generar vacíos legales, por lo que es posible que estas leyes deban ser reformadas en el futuro, recomienda que los cambios sean implementados paulatinamente, compartiendo las diversas experiencias con el fin de nutrir el debate³³.

³⁰ Harrington J E. (2018), Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Artificial Agents, *Journal of Competition Law & Economics*, 14(3), 331-363.

³¹ Ai Deng (2019), From the Dark Side to the Bright Side: Exploring Algorithmic Antitrust Compliance. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334164.

³² Ezrachi A. and Stucke M E. (2017), Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition, *University of Illinois Law Review*, 1775.

³³ OCDE (2017), Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age.

4. A modo de conclusión: Libertad Económica y Regulación Económica Eficiente

Como se puede apreciar, la llegada de la economía digital ha venido aparejada de diversas problemáticas, siendo sólo cuestión de tiempo su esclarecimiento y debida implementación en cada jurisdicción.

Una posible intervención de las autoridades públicas en este nuevo escenario, debiera considerar los principios de la *regulación económica eficiente*³⁴, de manera tal que la regulación sólo se justifique en caso de existir fallas de mercado (poder de mercado, externalidades, problemas de información, bienes públicos), que hagan necesaria su aplicación de manera proporcional a los riesgos que pretende mitigar.

Ello podría ser coherente con el *orden público económico* que la actual Constitución Política de Chile establece, destacando al efecto el fundamental artículo 19 N° 21, que garantiza la plena libertad para desarrollar actividades económicas (*Principio de Libertad Económica*), de modo que dicha norma constituye desde ya un título habilitante para que toda persona natural y jurídica actúe en forma libre y válida en sus respectivos emprendimientos, incluso en aquellas áreas económicas cuya regulación no está perfectamente delimitada o definida, lo que sólo podría ser regulado por ley (*Principio de Reserva Legal de la Regulación Económica*)^{35/36}.

Sin embargo, este tema aun está pendiente de una mirada clara y precisa para Chile y Latinoamérica.

³⁴ Concepto desarrollado principalmente en Europa. Véase, por ejemplo, en: http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/006_maudes-ice.pdf.

³⁵ Son múltiples los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia chilenos que han ratificado estos principios en casos concretos, destacando -en materia de libre competencia- la sentencia de la Excmá. Corte Suprema en los autos Rol 6236-06, sobre recurso de reclamación contra la Sentencia N° 45 del TDLC, fundamentalmente en sus considerandos Trigésimo Sexto y Septuagésimo Séptimo; y la sentencia de la misma Excmá. Corte en causa Rol 15.389-2017, sobre reclamación contra la Sentencia N° 156 del TDLC.

³⁶ Diversa doctrina dedicada a libre competencia confirma este mismo principio, destacando al efecto el artículo titulado "*Una mirada económica y jurídica al fallo Voissnet contra CTC y su impacto en el esquema de libre competencia chileno*", elaborado por los señores María de la Luz Domper Rodríguez y Víctor Manuel Avilés Hernández, que hace un detallado análisis de la fundamental Sentencia N° 45 de TDLC.