



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE

## Comentarios al Informe de Aprobación de la FNE - Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.<sup>1</sup>

**PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA**

Opinión técnica  
N° 9/ Junio 2020

---

<sup>1</sup> Documento elaborado por Crispulo Marmolejo. Abogado de la Universidad Central, Magíster en Derecho de la Universidad de Chile y Master en Estudios Internacionales de la Universidad of St. Thomas. Profesor de Derecho Económico de la Universidad de Valparaíso. Ex Ministro Suplente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

## Comentarios al Informe de Aprobación de la FNE - Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.

**Críspulo Marmolejo**

El Informe de Aprobación de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) sobre la Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies (29 de mayo de 2020)<sup>2</sup> constituye una decisión interesante en el medio nacional, particularmente porque expone un análisis muy exhaustivo del tratamiento que el Derecho de la Libre Competencia ha ido configurando respecto de conductas y estructuras vinculadas a plataformas tecnológicas. Sin duda que esta materia constituye, a nivel global, una de las temáticas que vigorosamente están desafiando las categorías tradicionales del Derecho de la Libre Competencia.

La decisión de la FNE – cuya extensión es de 106 páginas – efectúa un análisis general de la industria de plataformas digitales y sistematiza ordenadamente la infraestructura conceptual vigente en estas materias. Al mismo tiempo, considera que el contexto de la actual crisis sanitaria ha funcionado como un verdadero test para estudiar las variaciones en el comportamiento de la industria y consumidores, pues las resoluciones administrativas que implementaron cuarentenas y limitaciones al desplazamiento, han incrementado la demanda por servicios que ofrecen plataformas como Cornershop.

Las agencias de libre competencia, asumiendo este rol supervisor de conductas o estructuras que involucran plataformas digitales, se enfrentan a una tarea que no resulta sencilla. Son numerosos los encuentros, reuniones, recomendaciones normativas, guías de reguladores, opiniones de académicos y decisiones de autoridades que, en diferentes jurisdicciones, se han volcado a estudiar el funcionamiento de estas tecnologías, en las que se aprecia un abundante trabajo en progreso, muy dinámico y a la vez, interdisciplinario.

Una revisión preliminar de la literatura jurídica y económica sobre mercados “*hi tech*” e Internet - como soporte de estas industrias – evidencia tres características comunes: a) normalmente, se trata de mercados de dos lados (*two sided markets*) y efectos de red (*network effects*)<sup>3</sup>; b) son

---

<sup>2</sup> Rol FNE F2717-2019.

<sup>3</sup> En este ámbito, los efectos de red, también conocidos como economías de escala del comprador o de la demanda, surgen cuando el valor de un producto para los compradores depende de la cantidad de otros usuarios. Pueden ser directos, como en el caso de redes de comunicaciones, o también indirectos, como, por ejemplo, un periódico de alta circulación puede ser más valioso para sus lectores porque genera más ingresos

mercados que exhiben altos grados de innovación, y; c) son mercados muy sensibles a los cambios regulatorios (Boliek, 2017). Adicionalmente, otra parte de la doctrina agrega a estas características los llamados efectos “*winner – takes – it – all*” (Weber, 2019) que son referidos en el Informe de la FNE.

Más allá de estos rasgos generales, lo cierto es que no todas las plataformas digitales son iguales, y esa diversidad dependerá, por ejemplo, del tipo de servicio que prestan y la potencialidad de desarrollar riesgos anticompetitivos. En el caso que se analiza, la decisión de la FNE clasifica estos riesgos en horizontales (referidos al competidor potencial e incentivos de innovación) y de conglomerados (aquellos vinculados a eventuales conductas exclusorias y explotativas).

La innovación – como valor jurídico y económico - es un rasgo esencial de los mercados “*hi tech*”, pero no solo cumple una función meramente descriptiva, sino que además construye una dimensión práctica. Esto significa que el valor de la innovación – clasificada en progresiva y disruptiva por la decisión de la FNE - se traduce en la creación de nuevos bienes y servicios, nuevos procesos productivos, nuevos métodos para ensamblar y distribuir esos productos, y por cierto nuevos modelos de negocios, facilitados por estas plataformas digitales (Kovacic, Gavil, Baker, Wright, 2017).

Desde luego, en un análisis integral de estas plataformas surgen las cuestiones referidas al uso de datos personales, privacidad, propiedad intelectual y una serie de consideraciones similares que deben ser observadas con rigor, buen estudio y ponderación por los reguladores actuales. Por ello, a partir de las investigaciones que se han iniciado sobre mercados *hi tech* – particularmente por las autoridades europeas – se ha ido configurando una convergencia cada vez más estrecha entre el Derecho de la Libre Competencia y el Derecho de Propiedad Intelectual. Desde este punto de vista, entre las referencias empleadas por la FNE, destaca un criterio utilizado por la autoridad de competencia alemana, en relación a la pertinencia de analizar las políticas de privacidad - y resguardos de la misma – en un proceso de estudio de integración.<sup>4</sup> A este respecto, es conveniente recordar que en el caso Google y DoubleClick, la Federal Trade Commission (FTC) estableció que el derecho de la libre competencia

---

publicitarios, lo que permite que el periódico incluya más contenido, que los lectores valoran directamente [Baker, Jonathan (2019) *The Antitrust Paradigm*, Harvard University Press, Massachusetts p.123].

<sup>4</sup> En la referencia número N° 344, la FNE adopta la reflexión del Informe Competition and Data, de 2016 en el que se afirma: “Por lo tanto, las políticas de privacidad podrían ser consideradas en el análisis competitivo cuando estas puedan afectar a la competencia, en particular cuando son ejecutados por una empresa dominante para la que los datos sirven como insumo principal de sus productos o servicios. En esos casos, puede haber un estrecho vínculo entre la posición de dominio de la empresa, sus procesos de recopilación de datos y la competencia en los mercados pertinentes, lo que podría justificar la consideración de las políticas de privacidad en los análisis de competencia”.

no necesariamente genera una base determinante para bloquear o imponer condiciones en una fusión, con el único fin de salvaguardar la privacidad. Esto, porque si bien la privacidad es un valor jurídico que debe resguardarse – qué duda cabe sobre aquello - el potencial daño a la competencia por motivos de privacidad, no era más probable que el daño a la competencia ocasionado por cuestiones de precios u otros aspectos conductuales (Burri, 2019).

En una coyuntura global trazada por la pandemia, el intenso debate<sup>5</sup> que se ha producido entre los más destacados expertos de *Antitrust Law* en Estados Unidos – precisamente sobre el escrutinio de mercados y plataformas tecnológicas – se ha visto opacado. Esta discusión enfrenta dos perspectivas sobre la temática en estudio. Por una parte, están los especialistas que sostienen que las instituciones del derecho de la libre competencia se han configurado conforme a una sólida tradición forjada en el tiempo, y tratándose entonces de un *corpus* de pausada evolución jurídica y microeconómica, tiene el mérito de haber recogido experiencias complejas y con adecuado sentido técnico. Al mismo tiempo, estos autores argumentan que la creación de una nueva agencia diseñada para monitorear exclusivamente conductas anticompetitivas en mercados digitales es, sencillamente, una pretensión excesiva. Por otra parte, están quienes plantean la necesidad de reformas más intensas al actual derecho de la libre competencia, dado que el creciente poder de mercado que ostentarían estas plataformas significaría la eliminación de nacientes o potenciales competidores, debido a que el *enforcement* sobre estos mercados ha sido débil.

Sobre el particular, el tratamiento de los riesgos de exclusión (que la autoridad chilena clasifica en razón de empaquetamiento y por concentración de información) resulta necesario de determinar en un estudio riguroso de plataformas digitales. La decisión de la FNE expone este análisis con minuciosidad, siguiendo directrices de la Comisión Europea, y aplicando un test que incluye criterios tales como habilidad de exclusión, incentivos para la misma, y efectos perjudiciales para consumidores.

---

<sup>5</sup> Se trata de un par de cartas enviadas al Comité de asuntos judiciales de la Cámara de Representantes, acerca del actual estado del Derecho de la Libre Competencia y sus implicancias en mercados digitales. Por una parte, la misiva fechada en 30 de abril de 2020, suscrita por los profesores Jonathan Baker, Andrew Gavil, Fiona Scott Morton, Douglas Melamed, Carl Shapiro, entre otros y otras. [En línea: <https://equitablegrowth.org/wp-content/uploads/2020/04/Joint-Response-to-the-House-Judiciary-Committee-on-the-State-of-Antitrust-Law-and-Implications-for-Protecting-Competition-in-Digital-Markets.pdf>]. Por la otra, un conjunto de académicos y abogados que, a través de International Center for Law and Economics, publicaron la suya, con fecha 15 de mayo de 2020, suscrita por los profesores Joshua Wright, Jonathan Barnett, la ex comisionada de la FTC Maureen Ohlhausen, Daniel Crane, Geoffrey Manne, y el premio Nobel Vernon Smith, entre otros y otras. [En línea : [https://laweconcenter.org/resource/joint-submission-of-antitrust-economists-legal-scholars-and-practitioners-to-the-house-judiciary-committee-on-the-state-of-antitrust-law-and-implications-for-protecting-competition-in-digital-market/?doing\\_wp\\_cron=1589805778.2728240489959716796875](https://laweconcenter.org/resource/joint-submission-of-antitrust-economists-legal-scholars-and-practitioners-to-the-house-judiciary-committee-on-the-state-of-antitrust-law-and-implications-for-protecting-competition-in-digital-market/?doing_wp_cron=1589805778.2728240489959716796875)].

Incluidas en la categoría de “riesgos de conglomerado”, la autoridad chilena establece - conforme a criterios del derecho comparado - que las conductas potenciales dentro de este género podrían incrementar su probabilidad de ocurrencia, sin descartar que estos efectos pueden también ser positivos para una industria. En la práctica, esto significa que un adecuado análisis *ex ante* permite una razonable proyección de efectos, que en general no resultaría pertinente declarar *per se* como anticompetitivos, sólo por tratarse de plataformas digitales.

Entre muchas otras consideraciones que formula este Informe de Aprobación - y que por razones de extensión no pueden examinarse en esta oportunidad - la agencia chilena de Competencia se pronuncia sobre el funcionamiento de algoritmos, en la parte referida al análisis de eficiencias. Los párrafos 349 a 351 dan cuenta del modo de interacción de ambas compañías, específicamente respecto de la relación que existiría entre el algoritmo de Cornershop y como éste “se beneficiaría de las mejoras provistas por la utilización de los algoritmos de Uber”. Este punto resulta de suyo atractivo, puesto que el estudio de plataformas digitales generalmente implica una mirada a las relaciones entre Inteligencia Artificial y variables competitivas, en especial aquellas materias sobre cartelización digital (Capobianco, 2019; Schwalbe, 2019). Sin embargo, para compañías como Uber y Cornershop, a primera vista la integración de algoritmos potenciaría aquello que los autores denominan las “5 V’s” en el manejo de la información (volumen, velocidad, variedad, veracidad y valor) (Burri, 2019). En este aspecto, es conveniente considerar que, aun cuando la referencia a algoritmos pudiera generar *a priori* un sesgo anticompetitivo, estos suelen generar beneficios y reducción de costos, excluyendo ciertamente los casos de coordinación y efectos colusivos.

En general, el Informe de Aprobación de la FNE, de 29 de mayo de 2020, constituye una decisión que, a partir de una reseña adecuada y pormenorizada del actual del tratamiento jurídico de plataformas digitales, se pronuncia con prudencia y razonabilidad sobre una operación compleja y de singular relevancia para nuestro país, y que ciertamente merecerá un análisis aún más detallado sobre su contenido y proyecciones.