



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Mercados digitales en la nueva Guía de Fusiones de la FNE¹

PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA

**Opinión técnica
N° 15/ JUNIO 2021**

¹ Documento elaborado por el Programa UC | Libre Competencia con la colaboración de Cristián Reyes Cid, Fernanda Pizarro Muñoz, y Diego Ramos Bascuñán.

Mercados digitales en la nueva Guía de Fusiones de la FNE

Cristián Reyes, Fernanda Pizarro y Diego Ramos

Introducción

En mayo de 2021, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) puso en conocimiento público una nueva versión de la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales (“Guía de Fusiones” o la “Guía”), que pretende sustituir su antecesora de 2012 y en la que se incorporan importantes aspectos, tales como una regulación más detallada de los *joint ventures*, la emisión de un instructivo para la realización de pre-notificaciones y la inclusión de capítulos enteros relacionados a cómo abordar el análisis de las plataformas y los mercados digitales en general.

Si bien la FNE ha abierto un periodo de consulta para quien tuviere interés en aportar comentarios al texto publicado, lo cierto es que esta Guía de Fusiones abordará ampliamente dicho análisis, de manera inédita para las autoridades de libre competencia en nuestro país, que sólo se habían acercado a los mercados digitales a propósito de unos pocos casos específicos². Para tales efectos, la FNE recoge los principales criterios contenidos en diversos documentos de amplia difusión en esta materia, elaborados tanto por reconocidos autores³ como por organizaciones internacionales⁴.

Tal como la Presentación de dicho documento señala, reconociendo que durante los últimos años las innovaciones y las tecnologías vinculadas a la digitalización, uso y acceso a la información han cobrado vital importancia

² En este sentido, especial relevancia tienen los casos Rol FNE F217-2019, caratulado “*Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.*”, y Rol FNE F243-2020, caratulado “*Asociación entre CMA CGM, COSCO Shipping Lines, COSCO Shipping Ports, SIPG, Hapag-Lloyd, PSA, Hutchinson Ports, OOCL y Qingdao Port Lines*”, entre otros que la misma Guía señala.

³ Destacan al efecto, entre otros, el “Informe Furman” (Furman, Jason, Diane Coyle, Amelia Fletcher, Derek McAuley, Philip Marsden, P. ‘Unlocking Digital Competition: report of the UK Digital Competition Expert Panel.’ 2019), el “Informe Stigler” (Stigler Center for the Study of the Economy and the State, ‘Stigler Committee on Digital Platforms: Market Structure and Antitrust Subcommittee’, 2019), y el “Informe Crémer” (Crémer, Jacques; de Montjoye, Yves-Alexandre; Schweitzer, Heike. Competition Policy for the Digital Era. 2019).

⁴ De marcada importancia han tenido diversos documentos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), tales como “The Digital Economy” (2012), “Big data: Bringing Competition Policy to the Digital Era (2016), y Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age (2017), entre muchos otros.

en el desarrollo de muchas industrias, *“La Guía constituye un esfuerzo para explicitar algunos criterios generales que serán utilizados por esta Fiscalía para evaluar operaciones de concentración horizontal que involucren mercados digitales, ilustrando especialmente los elementos que difieren del análisis tradicional que se efectúa en operaciones en otros mercados”*⁵.

En las siguientes líneas, hacemos una breve reseña del contenido de la referida Guía en relación a este tema.

Definición del mercado relevante

Entre otros aspectos señalados principalmente en el capítulo II de la Guía, para la determinación del mercado relevante sujeto al análisis de una operación de concentración, la FNE considerará los **mercados de dos lados**, dado que *“cuando existen mercados que conectan distintos grupos de consumidores, no relacionados entre sí, como en el caso de plataformas digitales u otros, puede ser necesario considerar las relaciones entre dichos grupos al definir el o los mercados relevantes respectivos”*^{6/7}.

Si bien es posible apreciar esta característica de mercado en diversos mercados tradicionales, como la radiodifusión y la prensa, esta es especialmente relevante tratándose de las plataformas digitales, y así lo reconoce la FNE en el texto⁸.

Considerando también esta nueva realidad, la FNE señala que, cuando las características del mercado así lo requieran, *“podrá analizar las participaciones de mercado históricas, así como su evolución a través del tiempo”*, lo que la Fiscalía considera especialmente relevante en mercados

⁵ Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales (2021) p.3. Fiscalía Nacional Económica. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (en adelante, la “Guía”).

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

⁶ Página 13 de la Guía.

⁷ Característica que marca una nueva línea de pensamiento y recogida desde el 2018 por The Federal Trade Commission en el juicio caratulado *OHIO ET AL. v. AMERICAN EXPRESS CO. ET AL FTC*, número 2018-0050, donde reconoce expresamente que *“(…) aquello que los economistas llaman una ‘plataforma de dos lados’, que provee servicios a dos grupos diferentes (los usuarios de las tarjetas y los oferentes), que dependen de la plataforma que media entre ellos (...). La característica clave de estas plataformas de transacción, es que no se puede realizar una transacción hacia un lado de la plataforma, sin que, simultáneamente, se realice una transacción hacia el otro lado”* p.1 –traducción propia-.

https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf.

⁸ Véase apartado 26, numeral iii, de la Guía.

con participaciones volátiles, “como aquellos mercados caracterizados por la innovación”⁹.

Del mismo modo, al momento de evaluar los *índices de concentración* de la operación en análisis, la FNE señala que mirará con mayor detención los efectos competitivos en el mercado de las operaciones en las que -incluso si no sobrepasan los umbrales de concentración a que refiere la Guía- concurren circunstancias tales como:

- i. Que una de las partes involucradas sea un competidor potencial, o un entrante reciente, con una cuota de mercado pequeña que no necesariamente refleje la participación que podría razonablemente alcanzar en un futuro cercano.
- ii. Que una de las partes involucradas sea un innovador importante o un competidor especialmente vigoroso e independiente en un sentido que no se refleje en sus cuotas de mercado¹⁰.

Efectos sobre la competencia

En relación a este aspecto, la Guía se hace cargo de las nuevas realidades digitales. Por ejemplo, respecto a los **riesgos unilaterales**^{11/12}, la FNE reconoce que una entidad concentrada “podría, bajo ciertas circunstancias, adquirir un poder de mercado tal que le otorgase la capacidad e incentivos para afectar unilateralmente variables de competencia en forma negativa, tales como alzar sus precios, disminuir las cantidades producidas o reducir los niveles de innovación, calidad o variedad que ofrece a sus consumidores, entre otros”, haciendo expresa conexión de ello con los mercados en los que la competencia dinámica y la innovación juegan un rol preponderante¹³.

⁹ Apartado 31 de la Guía.

¹⁰ Apartado 36 de la Guía.

¹¹ Conceptualizados en el apartado 40 de la Guía, como: “La forma más evidente en que una Operación podría generar efectos competitivos adversos es eliminando la competencia entre las partes que se concentran, permitiendo a la entidad resultante de la Operación ejercer poder de mercado en forma unilateral”.

¹² Así lo ha representado también la jurisprudencia de la Comisión Europea en Febrero del 2008 (ratificada por la Corte de Luxemburgo en enero del 2012), cuando se sancionó a Microsoft por su negativa de venta, en abuso de su posición dominante en el mercado de los PC, al haber pretendido cobrar precios excesivos por documentación sobre su interface, que permitiría desarrollar a potenciales competidores, nuevos productos compatibles con dicho sistema operativo. Todo, a pesar de la obligación que la Comisión Europea impusiera el 2004, sobre la venta de dicha información (Case T-167/08 Microsoft v Commission).

¹³ Véase apartado 41 de la Guía.

En cuanto a los **riesgos coordinados**¹⁴, la FNE reconoce que evaluará, entre otros aspectos, los siguientes:

a. El nivel de transparencia respecto a variables competitivas relevantes, identificando posibles flujos de información entre competidores del mercado, y *“analizando qué y cuánto pueden inferir los agentes económicos acerca del comportamiento de sus competidores a partir de la información que tienen disponible”*, señalando la Guía al efecto que la existencia de *big data*¹⁵ podría facilitar la coordinación¹⁶;

b. La rapidez e inmediatez entre el eventual desvío que se detecte y el castigo asociado, así como el costo del castigo tanto para el agente económico que sea reprendido como para el resto de los partícipes de la coordinación, señalando al efecto la FNE que la existencia de ciertas cláusulas contractuales, como la de *cliente más favorecido*, podría aumentar el costo esperado del desvío al garantizar una respuesta de los competidores¹⁷; y,

c. La reducción de la asimetría en los incentivos de las partes a participar de una eventual coordinación, por ejemplo, derivada de la adquisición de un *maverick*¹⁸, entendidos estos como *“jugadores atípicos en un mercado, usualmente firmas pequeñas, que suelen actuar de forma independiente y sin necesariamente seguir la tendencia de los restantes actores o de el/los agente(s) económico(s) líder(es), lo que las vuelve competidoras vigorosas y que usualmente ejercen presión competitiva efectiva en el mercado o segmento en el que participan”*, tal como define el apartado 36 de la Guía de Fusiones, plenamente aplicable a las empresas innovadoras¹⁹.

¹⁴ En palabras de la FNE, *“una Operación podría reducir los niveles de competencia en uno o más mercados, si su perfeccionamiento permite, facilita o hace más efectivo el comportamiento coordinado de la entidad resultante de la Operación con uno o más de sus competidores”* (apartado 62).

¹⁵ Tema que ya ha sido abordado por la OECD el 2016, al publicar una serie de documentos denominados *“Big data: Bringing competition policy to the digital era”*, referente al uso del *big data*, tanto para generar eficiencias de mercado que beneficien la segmentación de consumidores, como por el riesgo de provocar monopolios, incluso a través de la fusiones pequeñas de proveedores de servicios que a primera vista parecieran no ser parte del mismo mercado.

<https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.

¹⁶ Véase apartado 76 de la Guía.

¹⁷ Véase apartado 77 de la Guía.

¹⁸ Apartado 78 de la Guía.

¹⁹ Definición concordante con aquella reconocida en la Guía de Fusiones Horizontales del Departamento de Justicia de Estados Unidos, que indica *“En ciertas circunstancias, la coordinación puede ser prevenida o limitada eficazmente por agentes Maverick – firmas que tienen grandes incentivos económicos para desviarse de los términos de una conducta coordinada, incluso más que sus competidores (e.g. firmas usualmente disruptivas y que tienen cierta influencia en el mercado)”* p. 21. –traducción propia libre–.

<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-0#10>.

Mercados dinámicos y de innovación

La FNE reconoce la existencia de una *competencia dinámica* en los mercados, no solo relacionada a variables como precio o cantidad, sino además a aspectos tales como el mejoramiento de los productos ya existentes, la creación de nuevos productos, el establecimiento de nuevas formas de resolver las necesidades de los consumidores u otros tipos de rivalidad que impliquen actividades de innovación²⁰.

En este sentido, la Guía reconoce que el análisis tradicional de los mercados podría ser insuficiente en aquellos mercados en que la variable innovación es relevante para competir, *“por cuanto la estructura de los mercados se encuentra en desarrollo y puede evolucionar, en el corto o mediano plazo, hacia escenarios distintos a los observados”*^{21/22}.

De hecho, el mismo texto es expreso en señalar que ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando en un mercado afectado se observan procesos de **innovación disruptiva**²³, en que parte importante de la competencia se da ‘por el mercado’ y no ‘en el mercado’, de modo tal que se desarrolla *“una innovación que luego es preferida por los consumidores y que tiene la capacidad de desplazar a los demás competidores”*²⁴.

Similar fenómeno podría ocurrir respecto de los denominados procesos de **innovación progresiva**²⁵, en los que las partes podrían competir por mejorar

²⁰ Apartado 85 de la Guía.

²¹ Apartado 87 de la Guía.

²² Tema que no es nuevo ni desconocido en la Unión Europea ni en Estados Unidos, donde se ha reconocido expresamente los mercados de Tecnología e Innovación desde 1995 con la publicación de ese año realizada por Department of Justice (DOJ) y Federal Trade Commission (FTC), llamada "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property". En este mismo sentido, la división de antimonopolio del DOJ publicó en 1996 un análisis denominado "Competition, Innovation, and Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries", que aclaraba que *“para evaluar mercados con productos relativamente homogéneos y con una base tecnológica de lento desarrollo, la División Antimonopolio normalmente se enfoca en el efecto sobre los precios que podrían tener las eventuales conductas anticompetitivas. Sin embargo, en mercados dinámicos, el cambio tecnológico y la innovación, no afecta tanto los precios sino más bien la calidad de los productos del mercado, especialmente cuando se desarrollan nuevos y mejores productos. Es la fuerza de la innovación la que puede nos puede llevar, en el futuro, a tener productos de mucha más calidad a precios más bajos (...). Es importante entonces, enfocarse (...) también en mercados dinámicos”*. –traducción propia libre- p.17.

https://www.justice.gov/atr/speech/competition-innovation-and-antitrust-enforcement-dynamic-network-industries#footbody_15.

²³ Definidos por la FNE como *“escenarios en que un producto innovador se transforma en el estándar de la industria, desplazando a las versiones previas”*.

²⁴ Apartado 88 de la Guía.

²⁵ Entendidos por la FNE como *“instancias en que la incorporación de una innovación en el mercado no sea capaz de desplazar completamente a los demás competidores”*.

sus servicios o desarrollar algún nuevo producto para obtener una 'ventaja de primer movimiento', puesto que los riesgos de una operación en tal caso podrían no depender de la estructura previa del mercado, sino que de la disminución de incentivos a innovar que implique la desaparición de una amenaza competitiva²⁶.

Interesante es destacar, además, que -entre otros aspecto- la FNE considera que una operación podría reducir los incentivos a innovar de las partes que se concentran especialmente "*cuando éstas tengan proyectos de innovación de una naturaleza similar y en estado avanzado*"²⁷, frente a la posibilidad que se elimine o postergue alguno de los proyectos, se afecte la velocidad de entrada al mercado o la variedad disponible para los consumidores²⁸.

Plataformas digitales y mercados digitales

Desde el apartado 96 en adelante, la Guía dedica extensos pasajes sobre esta materia, haciendo diversas referencias conceptuales que incluso superan el mero análisis de las operaciones de concentración, pues tales definiciones perfectamente podrían ser utilizadas -por ejemplo- en la evaluación de eventuales conductas anticompetitivas que la FNE investigue.

En primer término, la Fiscalía reconoce la existencia de diversos tipos de plataformas digitales²⁹, considerando el ámbito o segmento en que participan, señala -a modo ejemplar- las siguientes:

²⁶ Apartado 90 de la Guía.

²⁷ Apartado 92 de la Guía.

²⁸En este sentido, es importante mencionar el caso de la Fusión Dow/DuPont, no sólo respecto a la resolución que otorgara la FNE, sino en especial a la causa seguida ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en marzo del 2017, en donde se autoriza a estos dos gigantes de la agroindustria a fusionarse. En dicha decisión, la Comisión se detuvo extensamente a analizar si esto significaría un desincentivo en la innovación para crear nuevos pesticidas y productos químicos agrícolas, mejores y más seguros, debido a la gran inversión que ambas empresas tuvieron sobre el I+D del área, en virtud de las consecuencias que provocaría en la entrada de nuevos competidores a ese mercado. Fue la decisión de la Comisión Europea aprobar la fusión aunque condicionándola a una fuerte desinversión en el área I+D debido a que "*el análisis de los datos de las patentes, revela que Dow y DuPont son importantes -y cercanos- innovadores en el área de la protección de cultivos, específicamente en herbicidas e insecticidas, por lo cual se considera que la transacción propuesta puede llevar a una pérdida significativa en la innovación de la competencia, en nuevas IAs*" (Considerando 3.4.6 de la Comisión Europea M.7932 Dow/DuPont, 2017) -traducción propia libre-

https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf.

²⁹ Definiendo estas como "*un caso particular de plataformas que se caracterizan por un uso intensivo de datos y tecnologías*".

- i) Plataformas digitales de información³⁰;
- ii) Plataformas digitales de comunicación³¹;
- iii) Plataformas digitales de intermediación de bienes y/o servicios³²;
- iv) Plataformas digitales para cadenas de suministro y logística (*supply chain and logistics platforms*)³³;
- v) Plataformas digitales que facilitan la contratación de capital humano (*task platforms*); y
- vi) Plataformas digitales que facilitan sistemas de pago y otros servicios financieros (*fintech*)³⁴.

Por su parte, de acuerdo al ámbito en que participan las plataformas digitales, la FNE distingue entre aquellas cuyo objeto es facilitar transacciones (*'plataformas transaccionales'*) –como las de intermediación de servicios o las *fintech*– y aquellas cuyo fin no es intermediar transacciones, sino que facilitar otro tipo de interacciones (*'plataformas no transaccionales'*), tales como las plataformas digitales de información o las plataformas digitales de comunicación³⁵.

Seguidamente, la Guía de Fusiones hace referencia a diversas características particulares que presentan los mercados digitales, las que pasamos a reseñar:

a. Definición de mercado relevante

Tratándose de mercados de plataformas digitales, la FNE reconoce que la definición del mercado relevante “*considerará la interacción entre distintos grupos de usuarios, toda vez que la presencia de efectos indirectos de red implica que el valor que un grupo de usuarios obtiene al usar la plataforma puede depender del volumen de consumidores de otro grupo*”, reconociendo que la aplicación del *test del monopolista hipotético* podría generar ciertas dificultades en estos casos, especialmente considerando

³⁰ Definidas como “*aquellas que permiten a sus usuarios obtener información, tales como los motores de búsqueda a través de Internet, servicios de mapas y ubicación geográfica, sitios web informativos, vinculados a periódicos, radios o televisión, enciclopedias, etc.*”.

³¹ Definidas como “*aquellas que facilitan el traspaso de contenidos y opiniones entre personas, tales como redes sociales, sitios web que permiten compartir archivos de música, videos, o participar en juegos a través de Internet, etc.*”.

³² Definidas como “*aquellas que posibilitan el comercio electrónico o que facilitan la oferta de servicios, como por ejemplo la compra y entrega de productos de supermercados o restaurantes, o compartir vehículos para el transporte en áreas urbanas (ride-sharing)*”.

³³ Definidas como “*aquellas que sirven a un determinado proceso logístico, mediante la recepción y entrega de información, junto con la realización de transacciones y optimización de procesos administrativos*”.

³⁴ Apartado 97 de la Guía.

³⁵ Apartado 98 de la Guía.

que podría no haber necesariamente un precio único para ambos conjuntos de consumidores a los que aplicar un alza pequeña pero significativa y no transitoria de precios³⁶.

Ante ello, la Guía expresa que, en estos mercados, el análisis competitivo podría considerar una única definición de mercado relevante que incorpore a todos los grupos de usuarios de las plataformas, o bien un solo mercado relevante para cada lado de la misma, aunque considerando las relaciones entre los distintos mercados que atienden, dependiendo de las características particulares de la operación respectiva³⁷.

b. Análisis competitivo

Particularmente relevante es la declaración de la FNE en cuanto a que, en materia de mercados digitales, utilizará las herramientas cualitativas y cuantitativas que se encuentren razonablemente disponibles y tomará en consideración los posibles efectos en todos los lados del mercado, “*aun cuando alguno de ellos tenga un precio cero*”, fenómeno muy habitual en la actualidad³⁸.

Agrega luego la Fiscalía que analizará los posibles efectos de una operación tomando en consideración no solo su dimensión horizontal, sino que también aspectos verticales y/o de conglomerado, y en relación a los aspectos horizontales, señala que analizará con mayor detención efectos tales como los siguientes:

- i. Que un agente económico pueda eliminar a competidores potenciales o entrantes recientes que pudieran desafiar su posición competitiva.
- ii. Que pueda existir menoscabo de variables distintas al precio, “*tales como términos de uso de las plataformas (ej. políticas de privacidad) y los incentivos a innovar de las partes*”.
- iii. Que se puedan gatillar posibles estrategias de monetización de plataformas no transaccionales, aun cuando dichas estrategias no se estén explotando.

³⁶ Véase el apartado 100 de la Guía.

³⁷ Apartado 101 de la Guía.

³⁸ Apartado 103 de la Guía.

- iv. Que, a consecuencia de la combinación de ciertos activos de información de las partes (ej., bases de datos de sus consumidores y de sus preferencias), *“se facilite levantar barreras a la entrada o de expansión que pueda generar un debilitamiento de competencia, en caso de que con ello les otorgase una ventaja competitiva difícil de replicar”*^{39/40}.

Como se aprecia, la FNE en estos pasajes busca adecuarse a realidades que cada vez cobran mayor fuerza, como la existencia de bienes o servicios “gratuitos” y los efectos en la competencia que podría producir el tratamiento de datos en ciertos casos.

c. Efectos de red y tipping

La FNE destaca que las plataformas digitales se caracterizan por la presencia y relevancia de los **efectos de red**, los que pueden ser tanto positivos como negativos, dado que *“implican que la valoración de la plataforma para cada usuario depende (positiva o negativamente) del número de otros usuarios del mismo grupo o lado que la utilicen (‘efecto directo de red’), o del número de usuarios de otros grupos o lados que la utilicen (‘efecto indirecto de red’)”*⁴¹.

Ante ello, la Guía señala que, en mercados digitales, una teoría de riesgo usual consistiría en *“proyectar razonablemente que la entidad resultante adquiriría una importancia tal que, debido a los efectos de red positivos, difícilmente pueda ser desafiada por sus rivales en el mercado”*⁴², agregando que es frecuente la presencia de economías de escala en la provisión de los servicios que ofrecen las plataformas digitales, en que generalmente existen costos medios de comercialización decrecientes

³⁹ Véase apartado 104 de la Guía.

⁴⁰ Los modelos de negocios denominados “freemium” también han sido objeto de escrutinio en el derecho comparado de libre competencia, como en el caso de Google ante la FTC (2013), entidad que sancionó la implementación de algoritmos de búsqueda de la empresa -Google Search-, servicio gratuito y “universal”, al preferir mostrar resultados de servicios de Google, como Google Books o Google Shopping, aprovechando su posición dominante en cuanto a motor de búsqueda en internet, sin una causa legítima que justificara su actuar y en detrimento de la calidad del servicio ofrecido a los consumidores, quienes no tendrán resultados eficientes (Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163 January 3, 2013).

https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf.

⁴¹ Apartado 99 de la Guía.

⁴² Apartado 105 de la Guía.

respecto a las unidades vendidas, dados los altos costos fijos que presenta y los bajos costos de atender a un consumidor adicional⁴³.

Tales características, según la FNE, podrían generar que algunos mercados deriven en **flipping**, de manera tal que *“una vez superada una determinada escala de operación, los mercados tiendan a concentrarse y eventualmente a cerrarse bajo un único actor o uno dominante”*⁴⁴. Esta situación, señala la Guía, podría derivarse de una operación de concentración, de prácticas que limiten las posibilidades de cambio de plataforma por parte de los usuarios e incluso de una tendencia previa del mercado, todo lo cual debe analizarse ante la posibilidad o no de que se dispute la posición de la plataforma líder a través de innovaciones disruptivas^{45/46}.

d. Número de actores

La Guía menciona además las principales características que favorecen la existencia y desarrollo de diversos actores en un mercado de plataformas digitales, destacando al efecto:

- i. La presencia de restricciones de capacidad en la provisión de los productos;
- ii. Las posibilidades de diferenciación por parte de las plataformas digitales;
- iii. La compatibilidad entre distintas plataformas digitales; y
- iv. La presencia de bajos costos de cambio para los consumidores⁴⁷.

Al efecto, la Fiscalía distingue entre plataformas *‘multi-homing’* (“aquellas que los usuarios utilizan con frecuencia simultáneamente con otras que prestan el mismo servicio”) y *‘single-homing’* (“aquellas cuyo uso significa que se prescinde de las demás alternativas”), dado que -a su juicio- si existe una cantidad relevante de usuarios que utilizan con frecuencia múltiples plataformas, los efectos de red indirectos no necesariamente

⁴³ Apartado 106 de la Guía.

⁴⁴ Apartado 107 de la Guía.

⁴⁵ Apartado 108 de la Guía.

⁴⁶ La Comisión Europea investigó la compra que hiciera Google de Fitbit el 2020, debido al riesgo de que la enorme cantidad de datos que ya maneja Google se incrementara aún más, limitando o anulando la competencia en el mercado de la publicidad online, ya que dichos datos contribuirían a la entrega de publicidad personalizada. Finalmente la fusión fue aprobada el 2021, aunque con compromisos que dicen relación con como Google utilizará esos datos y con qué propósito, como se resguardará la interoperabilidad entre Android y otros wearables, y como sus usuarios pueden continuar compartiendo sus datos si así lo quieren (M.9660 GOOGLE / FITBIT 2021).

https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202120/m9660_3314_3.pdf.

⁴⁷ Apartado 109 de la Guía.

inducirán a altos grados de concentración, sin perjuicio del riesgo que conlleva tal situación en cuanto a incrementar la cercanía competitiva entre las partes de una fusión⁴⁸.

e. Uso de datos

La Guía de Fusiones destaca, además, la importancia competitiva que podría tener la presencia de **big data**, entendida como *“la acumulación de grandes volúmenes de información que pueden analizarse computacionalmente para revelar patrones, tendencias y diversos aspectos del comportamiento de los consumidores y/o competidores u otros agentes del mercado”*, y aclara que en los casos en que los datos se transen en el mercado, el análisis seguirá fundamentalmente los lineamientos utilizados para analizar mercados de bienes diferenciados⁴⁹.

Además, la FNE reconoce que pueden existir efectos horizontales en el uso estratégico de datos, especialmente si el acceso a mejores datos que los demás competidores entrega una escala tal que, debido a los efectos de red, difícilmente pueda ser desafiada por dichos rivales. Y declara que la posibilidad de interoperar y/o utilizar conjuntamente bases de datos por parte de plataformas digitales podría tener el efecto de dificultar la entrada o la expansión de competidores en el mercado, si es que aporta una ventaja competitiva significativa y no replicable⁵⁰.

Incluso anticipándose a ciertas discusiones que se han presentado en Europa y Estados Unidos⁵¹ respecto a la relación entre la libre competencia y la protección de datos, la FNE señala desde ya que, en caso de existir poder de mercado y ello posibilitar la obtención de una cantidad aún mayor de información mediante la disposición de políticas de privacidad más invasivas, tal retroalimentación podría llegar a considerarse riesgosa^{52/53}.

Cabe señalar, en relación al uso de datos, que -a nuestro juicio- resultaría relevante incorporar en esta materia la relevancia que podría tener en el

⁴⁸ Apartados 110 y 111 de la Guía.

⁴⁹ Apartado 113 de la Guía.

⁵⁰ Apartados 114 y 115 de la Guía.

⁵¹ Véase notas al pie 39 y 45 –Casos Google–.

⁵² Apartado 116 de la Guía.

⁵³ En este punto, la Guía de Fusiones no es suficientemente clara. Pero si se lee a la luz de lo dispuesto en el Informe de Aprobación emitido en el caso Rol FNE F217-2019 “Adquisición de control en Comershop por parte de Uber Technologies, Inc.”, pág. 79 y siguientes, es posible apreciar con mayor detalle las preocupaciones de la FNE en este sentido (principalmente, monetización de los datos y aumento de barreras de entrada o de expansión).

análisis de la FNE la presencia, desarrollo, proyección o integración de *algoritmos*, que son los que generalmente facilitan de mejor manera el procesamiento y utilización de las grandes bases de datos. Tal incorporación, por lo demás, sería coherente con la referencia que la Guía de Competencia de la FNE hace a los algoritmos en su párrafo 103⁵⁴.

Condiciones de entrada

Este es otro aspecto que la Guía de la FNE vincula con mercados digitales, sin perjuicio de las reglas de aplicación general contenidas en el mismo documento.

Así, por ejemplo, al tratar las barreras a la entrada -generalmente clasificadas en legales, estructurales y estratégicas-, la Fiscalía señala que examinará especialmente la presencia de 'costos hundidos' ("*aquellos que el agente económico no puede recuperar en un plazo razonable al salir del mercado*"), señalando como ejemplo de éstos -entre otros- los costos de investigación y desarrollo, y los costos de innovación y tecnología⁵⁵.

En el mismo sentido, la FNE agrega que en los mercados digitales, la presencia de economías de escala, sumada a la existencia de efectos de red, también podría dificultar la entrada de nuevos competidores⁵⁶.

Eficiencias

Finalmente, en relación a las eficiencias, que en este caso podrían operar como contrapeso a los riesgos detectados en una operación de concentración, la FNE reconoce que el desarrollo de innovaciones tiene como fuente primaria la propia dinámica competitiva de cada mercado, sin perjuicio de que las mismas operaciones de concentración puedan generar también *eficiencias dinámicas*, según se aprecie caso a caso^{57/58}.

⁵⁴ El citado párrafo expresa: "*La Fiscalía considera que el concepto de activos es amplio, e incluye tangibles e intangibles. A modo de ejemplo, se entienden comprendidos dentro de dicho concepto, entre otros, plantas de producción, fábricas, oficinas, instalaciones de transporte, laboratorios o dependencias de investigación y desarrollo, trabajadores, reputación, datos o información, derechos de propiedad intelectual o industrial, plataformas de tecnología de la información, carteras de clientes, algoritmos, fórmulas*".

⁵⁵ Sobre este aspecto, es un referente el caso rol FNE F80-2017 "*Notificación Operación de Concentración Dow Chemical y DuPont*", págs.32-33, citado por la misma Guía.

⁵⁶ Apartado 140 de la Guía.

⁵⁷ Véase apartado 153 de la Guía.

Bajo dicho contexto, la FNE señala que en aquellos mercados donde la pérdida de competencia dinámica pueda implicar una reducción sustancial de la competencia, *"las eficiencias dinámicas, en general, tendrán una mayor relevancia, atendido que la innovación y mejora continua de los productos son elementos constitutivos de éstos"*. De hecho, a juicio de la Fiscalía, si dichas eficiencias son mayores que la pérdida de innovación por la superposición de proyectos similares de los agentes económicos que se concentran, aquéllas podrían operar como un contrapeso directo a los riesgos de pérdida de innovación o del uso estratégico de datos⁵⁹.

Conclusiones

No cabe duda que es un tremendo avance para la libre competencia en Chile que nuestra agencia de competencia haya abordado por primera vez, de manera general, sintética y didáctica en una Guía, los principales aspectos relacionados con los mercados y plataformas digitales, esta vez, a propósito del análisis de operaciones de concentración.

Incluso es posible vislumbrar con ello la posible aplicación de criterios que en otros países todavía se discuten, como ocurre con la no resuelta relación entre la libre competencia y la protección de datos.

Sin embargo, cabe la duda de si ha sido esta Guía el instrumento idóneo para incorporar todo o parte de estas definiciones y consideraciones relativas a los mercados digitales. En efecto, mucho del contenido sobre esta materia podría tener una aplicación más general -por ejemplo, respecto de la investigación de conductas-, lo que permite preguntarse si párrafos como los extractados en esta reseña, podrían haberse plasmado en un documento de la FNE distinto y específico, tal como ocurrió en Europa con el Reglamento de Servicios Digitales y de Mercados Digitales⁶⁰.

⁵⁸ La FNE entiende por eficiencias dinámicas *"complementariedades entre las partes que se concentran u otros cambios en la habilidad y/o los incentivos con ocasión de la Operación que propician el desarrollo de nuevos, o mejores productos"*.

⁵⁹ Apartado 154 de la Guía.

⁶⁰ Ambas propuestas de reglamentos del Parlamento europeo y del Consejo, denominadas *"on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)"* y *"on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC"*, fueron presentadas en diciembre del 2020.

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-european-parliament-and-council-single-market-digital-services-digital>.

https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf.