

APORTE DE ANTECEDENTES

Operación de concentración Rol FNE F217-219 entre Uber y Cornershop:

El rol de la concentración de datos en la evaluación de sus riesgos competitivos¹

1. Antecedentes generales

Mediante notificación presentada a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) se puso en conocimiento por Uber Technologies Inc. (“Uber”) y los accionistas de Cornershop Technologies LLC (“Cornershop”), en conjunto en adelante “las Partes”, una eventual adquisición de derechos que permitiría a Uber influir decisivamente en la administración de Cornershop (la “Operación”).

Con fecha 7 de febrero de 2020, la FNE publicó en su sitio web, su resolución de 24 de enero de 2020 (la “Resolución”), por la cual en concordancia a lo establecido en el artículo 54 letra c) del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 y sus modificaciones posteriores (“DL N°211”), decidió extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales, por estimar que la la Operación podría reducir sustancialmente la competencia.

Derechos Digitales es una organización sin fines de lucro con entidad legal en Chile, cuya misión es la defensa, promoción y desarrollo de los derechos humanos en el entorno digital en América Latina, mediante el estudio, la difusión de información, y la incidencia en políticas públicas y prácticas privadas, para propiciar un cambio social en torno al respeto y dignidad de las personas. En cumplimiento de dicha misión, que representa el interés público de los consumidores en el territorio nacional que se serán eventualmente afectados de materializarse la Operación, venimos a aportar antecedentes que puedan ilustrar a la FNE respecto de la evolución que a nivel comparado se ha desarrollado en el Derecho de la Competencia, respecto de los elementos a tener en consideración para evaluar el rol que la concentración de datos puede tener en la determinación de los riesgos competitivos que pueden desarrollarse con ocasión de una operación de concentración que involucra servicios digitales.

La concentración de datos es un elemento que tradicionalmente no se ha tenido a la vista a la hora de evaluar los riesgos competitivos de operaciones de concentración. Su

¹ El presente aporte de antecedentes ha sido elaborado con la valiosísima contribución del Estudiante de Derecho de la Universidad de Chile Joaquín Martínez.

entendimiento como una arista propia de protección a la privacidad y datos personales, mantuvo alejadas a las autoridades de libre competencia, a nivel nacional y comparado, de evaluar tal variable en cuanto a su impacto en las condiciones de competencia.

Sin embargo, es posible constatar que esta tendencia está cambiando en la actualidad en lo que se refiere al análisis de mercados digitales intensivos en el uso de tecnología que utilizan como base para sus operaciones los datos personales de millones de usuarios. A partir de importantes casos de operaciones de concentración de gigantes tecnológicos, se ha abierto espacio para una más directa colaboración entre las autoridades de Libre Competencia y Protección de Datos en distintas jurisdicciones², revelando que la capacidad de acumular y usar grandes volúmenes de datos puede ser un elemento indispensable para sopesar el impacto que puede generar en un mercado una operación de concentración, en la cual el incumbente adquiera o incremente su acceso a un volumen de datos de difícil replicación por competidores actuales o potenciales.

En Chile, no se han examinado a la fecha casos en los cuales se haya abordado la concentración de datos y las capacidades de análisis de grandes volúmenes de datos como parte de la evaluación de operaciones de concentración referidas a mercados de servicios de tecnología, que usan en forma intensiva datos para su funcionamiento. Al revisar la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) sobre operaciones de concentración, existen muy escasas referencias a cómo en otros mercados, tales como los de venta minorista o *retail*, el volumen o valor de los datos acumulados por las partes como resultado de una operación de concentración, puede representar riesgos competitivos en el mercado.

Las razones expuestas, nos llevan a considerar oportuno nuestro aporte de antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales sobre el eventual impacto que tendrá en el mercado local esta Operación, y en función de ello allegar elementos que permitan a la FNE decidir si esta puede realizarse de forma pura y simple, o bajo condiciones de mitigación, o si debe rechazarse.

La FNE recoge en su Resolución, que la notificación presentada por las partes expresa que la finalidad de la Operación es permitir la expansión de Cornershop y acelerar la entrada de Uber Eats al mercado del delivery de bienes consumibles de

² Véase Stauber, Peter. Facebook’s Abuse Investigation in Germany and Some Thoughts on Cooperation Between Antitrust and Data Protection Authorities, CPI, 25 de febrero 2019, disponible en :<https://www.competitionpolicyinternational.com/facebooks-abuse-investigation-in-germany-and-some-thoughts-on-cooperation-between-antitrust-and-data-protection-authorities/>

supermercados. Durante la primera fase de la investigación, la FNE pudo constatar que, en cuanto al mercado relevante de producto, nos encontramos frente a plataformas de múltiples lados, donde, por cada uno de ellos, encontramos a (i) las tiendas asociadas, (ii) usuarios finales, y (iii) los usuarios repartidores. Dada la naturaleza de este tipo de mercados, la FNE advierte que es posible llegar a diversas conclusiones a la hora de definir el mercado relevante de producto, debido a las diferencias en las presiones competitivas que enfrentaría cada lado de la plataforma³. En segundo lugar, define los servicios de intermediación como aquellos que suceden a propósito de la entrega de productos de (a) restaurantes, (b) supermercados y (c) otras tiendas, así como los actores que influyen en cada uno de estos segmentos, sin que preliminarmente pueda constatar la sustituibilidad entre tales segmentos⁴.

En función a lo anterior, la FNE resalta la existencia de barreras de entrada a estos mercados debido a la existencia de economías de escala y de ámbito, volviendo necesarias una masa crítica e inversiones para desarrollar las tecnologías que permiten participar en estos mercados, identificando adecuadamente lo perjudicial para la competencia actual y futura que podría significar la desaparición de uno de los competidores para el mercado⁵.

Creemos que el análisis preliminar de la FNE puede ser reforzado con algunas consideraciones de la doctrina y jurisprudencia comparada para ponderar en forma más detallada los diferentes niveles en los cuales la concentración de datos en los mercados debe ser abordada como una variable de análisis, **(i)** en la definición del mercado relevante en los cuáles los riesgos competitivos deben ser medidos, **(ii)** en la evolución de las barreras de entrada que pueden sufrir los mismos, **(iii)** en la configuración del poder de mercado, y finalmente **(iv)** en la posibilidad de abusos de poder de mercado a través de conductas unilaterales.

2. Definición de mercado relevante en mercados de tecnología basados en el uso intensivo de datos

La identificación del mercado relevante de producto resulta esencial para luego determinar las fuerzas competitivas presentes, y evaluar la existencia de poder de mercado de los agentes en él, y así vislumbrar los riesgos que puede generar para el mercado una operación de concentración específica.

³ Resolución de fecha 24 de enero de 2020, Rol FNE F217-2019, párrafos 5- 6.

⁴ Ibid. párrafo 7.

⁵ Ibid. párrafos 14-16.

El análisis tradicional de mercado relevante se centra en la determinación de la totalidad de bienes y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio, o el uso que se prevea hacer de ellos, dentro de una zona geográfica en que operan los proveedores⁶.

La definición del mercado relevante de producto tradicionalmente se ha desarrollado a través de la evaluación de dos elementos: (a) la sustituibilidad de la demanda, y (b) la sustituibilidad de la oferta⁷. Esta metodología, se caracteriza por tener en consideración elementos estáticos: observa la oferta y demanda de un bien o servicio, y los bienes que podrían sustituirle, en un momento determinado.

El análisis de la sustituibilidad de la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera sustitutos. Para lograr determinarlo, se aplica el método del monopolista hipotético, más el test SSNIP (*Small but significant and non-transitory increase in Price*), con atención en la elasticidad cruzada de la demanda⁸. Realizando una variación pequeña y no transitoria de los precios, se observa la elasticidad cruzada de la demanda, y si existe, se incorpora el nuevo bien que sustituye al original al mercado relevante⁹.

La sustituibilidad de la oferta requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. La producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo en la competencia de las empresas afectadas. Este impacto en términos de eficacia y respuesta inmediata es equivalente al efecto de sustitución de la demanda¹⁰.

Sin embargo, las plataformas que operan en internet que ofrecen servicios tecnológicos basados en el uso intensivo de datos, gozan de ciertas particularidades que hacen difícil el poder definir su mercado de producto de acuerdo a las definiciones tradicionales. Así

⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, párrafo 8, disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31997Y1209(01))

⁷ Ibid. párrafo 13

⁸ Market definition U.C Berkeley, boalt hall school of law, Silicon Valley antitrust, fall 2014, p.3

⁹ Ibid. párrafos 15-19

¹⁰ Op. cit. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, párrafos 20-23

lo constató en su momento la Comunicación de la Comisión Europea, al conceptualizarlas en la siguiente forma:

“Las plataformas en línea comparten una serie de importantes características específicas, concretamente:

-tienen capacidad para crear y modelar nuevos mercados, planteando a los tradicionales un verdadero desafío, así como para organizar nuevas formas de participación o para efectuar en línea negocios consistentes en la recogida, tratamiento y edición de grandes cantidades de datos;

-actúan en mercados plurifacéticos pero con diversos grados de control sobre las interacciones directas entre grupos de usuarios;

-se benefician de los «efectos de red», lo que significa en sentido amplio que el valor del servicio aumenta con el número de usuarios;

-suelen apoyarse en las tecnologías de la información y la comunicación para llegar a sus usuarios de forma instantánea y sin esfuerzo;

-desempeñan un papel de crucial importancia en la creación de valor digital, especialmente atrayendo niveles significativos de valor (por ejemplo, mediante la acumulación de datos), facilitando nuevos proyectos empresariales y creando nuevas dependencias estratégicas.

Estas características han aportado importantes beneficios a la economía y la sociedad digitales. En efecto, las plataformas en línea impulsan mayores grados de eficacia y actúan como imanes de los procesos de innovación basados en los datos. Aumentan, además, las posibilidades de elección de los consumidores, contribuyendo así a la mayor competitividad de las empresas y reforzando el bienestar de aquellos”¹¹.

Son estas características las cuales desafían el uso de los criterios tradicionales para la evaluación de los potenciales riesgos de competencia envueltos en una operación de concentración que las implica. Ellas basan su desempeño competitivo en una innovación vertiginosa basada en datos que pone en cuestión la aplicación estandarizada del análisis tradicional.

Los grandes volúmenes de datos que se acumulan a través de la interacción de cada una de estas plataformas con sus usuarios tienen la potencialidad para ser usados y reusados con fines distintos de aquellos para los cuales fueron originalmente recolectados, entregando una ventaja competitiva de creciente relevancia al titular de las mismas. Tal como lo indica el reporte de una Comisión experta creada en el Reino

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa, Mayo 2016, pp. 2 y 3. disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN>

Unido para el análisis de la competencia en mercados digitales (en adelante, el “reporte Furman”), el acceso a los datos permite a las empresas participar en la innovación basada en datos que para mejorar su comprensión de las demandas, hábitos y necesidades de los clientes, consolidando así su ventaja competitiva.

“Algunos estudios han encontrado que las empresas que utilizan la innovación basada en datos han experimentado un crecimiento de productividad entre 5% y 10% más rápido que las empresas que no lo hacen. Las nuevas ideas obtenidas de los datos pueden mejorar la toma de decisiones en una variedad de formas, en todas las industrias, y puede conducir a una amplia gama de beneficios, tales como:

- mejoras en la calidad de los productos o servicios: a través de una mayor comprensión de los comentarios, explícitamente a través de los comentarios e implícitamente a través de lo que compran los clientes
- mejoras en la productividad: una mayor capacidad para pronosticar la demanda y las tendencias del mercado permite a las organizaciones producir y distribuir sus bienes y servicios de una manera más eficiente
- explotación de nuevas oportunidades de negocio: los datos recopilados en el contexto de un servicio pueden reutilizarse para un propósito diferente, lo que puede conducir a una comprensión más eficiente de las brechas en el suministro
- modelos de negocio más orientados a objetivos, por ejemplo, promociones personalizadas”¹².

La Operación en estudio exige cuestionar la adecuación del uso de la metodología clásica en la definición de mercado relevante, para realizar una evaluación apropiada de los riesgos y ventajas competitivas que puede aparejar una operación de concentración en un mercado tecnologías basadas en el uso intensivo de datos.

En este sentido, los beneficios de la acumulación de un gran volumen de datos para la entidad fusionada pueden ser de distintos órdenes: el primero, es el aumento en la eficiencia en la producción o distribución de productos y servicios, incrementando de tal forma las utilidades de su titular; el segundo, está representado por la posibilidad de que el activo estratégico configurado por la información asegure el liderazgo de la empresa, limitando la posibilidad de entrada y de competencia efectiva por otros

¹² Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel, marzo de 2019, U.K., párrafo 1.40, disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

agentes en el mercado; y el tercero, se relaciona con el valor como *commodity* en sí mismo que adquiere la información, que puede ser traspasada o vendida a terceros¹³.

La Comisión Europea en su informe “Política de Competencia para la era digital” (en adelante el “Reporte Vestager”), se refiere a que una de las formas más adecuadas de aproximarse a este tipo de operaciones de concentración puede ser evaluarlas como una fusión de conglomerado. Aunque en muchos casos las superposiciones horizontales entre las partes de la operación pueden parecer bastante inocuas, ya que mirado el análisis de mercado de producto tradicional ellas participan de mercados diferentes, la empresa adquirida puede claramente identificarse como un competidor potencial en el mercado en que opera la adquirente, sin perjuicio de que con frecuencia sea alta la incertidumbre de si la empresa adquirida realmente podría llegar a convertirse en un competidor en el mercado de la adquirente, y el horizonte temporal en que ello deba ser evaluado resulte bastante largo¹⁴.

Precisamente ese fue el análisis conducido en relación al mercado del *retail* por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“en adelante “TDLC”) ya en el año 2008, al sostener:

“54. Un tema de la mayor importancia en el análisis de los casos en que se analiza la estructura del mercado, es determinar la existencia de un real poder de mercado de las empresas fusionadas, para lo cual no debe estudiarse sólo la participación estática en un determinado mercado geográfico, como han pretendido las consultantes, sino una serie de elementos, tales como la participación de mercado de las empresas actuales y potenciales, su tamaño, su capacidad de influir en los precios de mercado, su capacidad de liderazgo en publicidad y marketing, las economías de escala, de ámbito y de densidad actuales y potenciales, los recursos financieros disponibles, la capacidad de entregar servicios complementarios y productos integrados y otros elementos similares. 55. Es decir, es un conjunto de elementos como los indicados a modo ejemplar lo que determina la o las empresas que dominarán el mercado, dado que, a juicio de este Tribunal, el dominio del mercado no es un concepto que involucre sólo una variable, como el tamaño o la participación de mercado, ni un concepto que se pueda aplicar en un contexto completamente estático, en términos de sacar una fotografía del mercado en un momento del tiempo, sin considerar la evolución que ha tenido y se estima que tendrá.”

¹³ Ver Shelanski, Howard, Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet, 161 U. PA. L. REV. 1663 (2013), p.1679, disponible en: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=penn_law_review

¹⁴ Ver Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer. Comisión Europea. Competition Policy for the digital era, 2019, p. 116, disponible en: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

56. Por ello, el análisis que realizará este Tribunal no puede centrarse en las condiciones del estado final de equilibrio *post* fusión, sino que estará orientado por una visión dinámica de la competencia, es decir, por el estudio de los efectos que la operación consultada tendría en las condiciones del proceso de rivalidad en los mercados afectados por ella (como, por ejemplo, los efectos de la operación en la actuación independiente de los competidores en el mercado y la posibilidad de que rivales presentes y potenciales, sean suficientes para obtener resultados competitivos en el mismo). Esto es especialmente adecuado tratándose de la[s] industria[s] (...) en que la innovación es esencial¹⁵.

El estudio dinámico del mercado relevante de producto que aquí se propone, implica no solo evaluar los mercados en los cuales actualmente se desempeñan las Partes -que han sido correctamente identificados por la Resolución- sino que incorporar en el análisis el impacto que la concentración tendrá en la posibilidad de la empresa resultante de extender su actuación a mercados potenciales conexos, e incluso la identificación de un mercado de datos en sí mismo, como insumo estratégico de los anteriores. El eje central en torno al cual gira este análisis es la posibilidad de que la empresa resultante a través de la barrera de entrada que implica la concentración de datos, cuente con un poder de mercado representado por la ventaja considerable que tales datos le otorgan para innovar en oferta de productos y servicios, en sus actuales mercados de operación, o en otros potenciales conexos.

A este respecto, el Reporte Vestager caracteriza claramente las posibilidades expansión de las empresas que operan plataformas intensivas en el uso de datos de la siguiente manera que resulta ilustrativa:

“En un entorno de mercado caracterizado por unas pocas empresas grandes con posiciones de dominio altamente arraigadas en algunos mercados clave y que al mismo tiempo sirven como punto focal de un ecosistema digital en expansión, es posible que se deban explorar nuevas teorías del daño. En ese entorno, la adquisición de una nueva empresa puede conducir al fortalecimiento del dominio del ecosistema, incluso si la superposición no se encuentra dentro del mercado de productos más estrechamente definido donde el adquirente es dominante, o si la superposición en este mercado de productos separado como tal no plantearía preocupaciones competitivas”¹⁶.

¹⁵ Tribunal de defensa de la libre competencia, resolución 24/2008 de 31 de Enero de 2008, Fusión Falabella y de D&S, ROL NC N° 199-07, párrafos 54-56. [Énfasis agregado]

¹⁶ Traducción libre de: “In a market environment characterised by a few large firms with highly entrenched positions of dominance in some core markets and which simultaneously serve as a focal point of an expanding digital ecosystem, new theories of harm may need to be explored. In that environment, the acquisition of a start-up may lead to the strengthening of the dominance of the ecosystem even if the overlap

La dominancia en mercados potenciales conexos depende esencialmente de la acumulación de datos que permiten identificar tendencias y desarrollar productos, y por lo tanto, la concentración de datos afecta directamente la creación y condiciones de competencia de nuevos mercados, llegando incluso a ser un factor suficiente para motivar operaciones de concentración de carácter defensivo para limitar las posibilidades de desplazamiento de incumbentes a través de la innovación por parte de terceros desafiantes¹⁷.

En tanto, la acumulación de datos que permiten el perfilamiento de los hábitos y necesidades de los consumidores los vuelve un insumo valioso y eventualmente transable por sí mismo¹⁸, interactuando con la demanda por parte de publicistas, desarrolladores, propaganda, *machine learning* y *consumer relationship management*, entre otros¹⁹, generando la posibilidad de identificación de un mercado de datos por sí mismo. Ampliar el análisis a este mercado relevante permitiría realizar una mejor apreciación de los riesgos competitivos que provocaría la adquisición y combinación de bases de datos, o de la concentración de datos que resultaría de una fusión²⁰.

De acuerdo con lo anterior, vemos que en la jurisprudencia comparada la incorporación del análisis dinámico ha ido avanzando a través de distintos casos emblemáticos que ilustran las dificultades que implica la consideración de esta variable, pero también los beneficios que trae, para sopesar adecuadamente el impacto en el mercado.

Así, aún aplicando un análisis estático y tradicional, la Comisión Europea en los casos de adquisición de Google sobre DoubleClick y Facebook sobre WhatsApp (adquisición que fue aprobada en la Fase I), determinó que en los respectivos mercados, las empresas no podían ser consideradas competidoras directas en los mercados relevantes de los servicios que ofrecían. En el primer caso, la comisión determinó que Google y DoubleClick no ejercían la suficiente presión competitiva la una sobre la otra

is not within the more narrowly defined product market where the acquirer is dominant, or if the overlap in this separate product market as such would not raise competitive concerns.” Reporte Vestager, p. 112.

¹⁷ Graef, Inge, When data evolves into market power – Data concentration and data abuse under competition law” Digital Dominance: The power of Google, Amazon, Facebook and Apple, p. 77-78.

¹⁸ Tal posibilidad depende también del marco regulatorio vigente en materia de protección de datos personales que en Chile no se encuentra suficientemente actualizado, ni cuenta con autoridades y recursos que puedan actuar en forma expedita en caso de infracción.

¹⁹ Ibid. pp. 76-77.

²⁰ Ibid. p. 77

en el mercado de la publicidad en línea, mientras que en el caso de Facebook y Whatsapp, no eran competidores cercanos en el mercado de las comunicaciones²¹, aprobando ambas operaciones.

Este fue el resultado de la aplicación de la definición de mercado relevante de producto tradicional, que solo mira a los bienes y servicios que se ofertan y demandan específicamente para ser incluidos en el mercado relevante. Este análisis no presta atención a un insumo que no se comercializa directamente, y por el que no existe ni oferta ni demanda actual, por relevante que este resulte para fijar las condiciones de desempeño competitivo²².

Sin embargo, como lo demuestra la evolución de la empresa resultante de la fusión entre Facebook y Whatsapp, así como informaciones reveladas con posterioridad, es plausible cuestionar que el objetivo tras la adquisición de la segunda por la primera era realmente el de “eliminar una amenaza para el negocio principal de la empresa”²³.

Por lo expuesto, la doctrina ya ha sugerido hace algún tiempo analizar el potencial mercado de los datos²⁴ como una manera de ponderar el análisis en mercados referidos a productos y servicios intensivos en el uso de datos.

La Comisión Europea fue pionera –y aunque no exenta de críticas– en esta aproximación, al evaluar la adquisición de Microsoft sobre LinkedIn. En tal caso, tuvo en cuenta las consecuencias para el mercado de la publicidad en línea que significaría combinación de los datos obtenidos por ambas empresas. De acuerdo a la Comisión:

“[La combinación de los datos de ambas empresas] incrementaría el poder de mercado de la entidad resultante, en el hipotético mercado de los datos o incrementaría las barreras de entrada o de expansión en el mercado actual o para potenciales competidores que puedan requerir dichos datos para operar en el mercado”²⁵.

²¹ Ibid. p.75.

²²Ibid. p.76.

²³Sam Schechner and Parmy Olson, Facebook Feared WhatsApp Threat Ahead of 2014 Purchase, Documents Show. The Wall Street Journal, 6 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.wsj.com/articles/facebook-feared-whatsapp-threat-ahead-of-2014-purchase-documents-show-11573075742>

²⁴ Ver Jones Harbour, Pamela y Isa Koslov, Tara: Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets. Disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/6cfc/7022e5302264817c4b5bf8baa3d975403200.pdf>

²⁵ Caso M8124 - MICROSOFT/LINKEDIN, Comisión Europea, diciembre del 2016, párrafo 179. [Énfasis agregado]

Además, la Comisión advirtió que, pese a que las empresas no tuvieran intención o la posibilidad de combinar los datos que adquirirían,

“Es posible que, antes de la fusión, las dos compañías compitan entre ellas respecto a los datos que controlan, y dicha competencia se eliminaría por la adquisición”.²⁶

El marco de análisis así establecido por la Comisión Europea fue posteriormente aplicado en la evaluación de la operación de concentración entre Verizon y Yahoo, sintetizando que los peligros para la competencia pueden surgir cuando:

“Primero, la combinación de dos bases de datos post-fusión incrementa el poder de mercado de la empresa resultante en un hipotético mercado de datos, o incrementa las barreras de entrada o expansión en este, o
Segundo, cuando pese a que no hay intención o capacidades técnicas para combinar los dos bases de datos, las empresas estaban compitiendo entre ellas pre-fusión respecto a los datos que controlaban”²⁷.

La evolución que ha tenido el tratamiento de los datos en la evaluación del mercado relevante, tanto a nivel nacional en el caso de Falabella/D&S, así como en los casos de jurisprudencia comparada expuestos, nos invitan en esta operación a ampliar el análisis de mercado relevante para evaluar los efectos competitivos de la Operación que implica a plataformas de múltiples lados que utilizan intensivamente datos.

Las Partes de la Operación cuentan con importantes efectos de red, economías de escala y ámbito, que son fruto de la vertiginosa innovación del mercado tecnológico de aplicaciones del que participan. Al tratarse de entrantes tempranas en tales mercados, hoy se benefician de una trayectoria acumulada en la recogida de datos, que resultaría difícil de desafiar para otros agentes interesados en innovar en el ecosistema de las aplicaciones basadas en datos. Recordemos que Uber fue creada hace 11 años, y Cornershop fue fundada el 2015, acumulando como entrantes tempranos en en sus

²⁶ Op. Cit. Graef, Inge .p. 79

²⁷ Traducción libre de: “First, the combination of two datasets post-merger may increase the merged entity's market power in a hypothetical market for the supply of this data or increase barriers to entry/expansion in the market for actual or potential competitors, which may need this data to operate on this market. Competitors may be required to collect a larger dataset in order to compete effectively with the merged entity than absent the merger

Second, even if there is no intention or technical possibility to combine the two datasets, it may be that pre-merger the two companies were competing with each other on the basis of the data they controlled and this competition would be eliminated by the merger.”. Caso M.8180 -VERIZON / YAHOO, Comisión Europea, diciembre 2016. Párrafos 81-83, disponible en https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8180_240_3.pdf

mercados respectivos años de relación establecida con clientes de los cuales han extraído información para el diseño de sus negocios.

En suma, por las características de las plataformas tecnológicas intensivas en el uso de datos aquí descritas, una metodología de evaluación dinámica para la determinación del mercado relevante de producto en el cual tendrá lugar la Operación resulta esencial para poder efectuar una ponderación correcta de los riesgos de competencia que de ella puedan eventualmente derivarse.

3. Evaluación de las barreras de entrada y la competencia potencial en mercados de tecnología basados en el uso intensivo de datos

Como quiera que se defina el mercado relevante de producto -en la forma tradicional o atendiendo al impacto de los datos en la forma dinámica antes propuesta- debe luego prestarse atención al rol que la concentración de datos puede cumplir en cuanto al levantamiento de barreras de entrada y el desarrollo de competencia potencial en el mercado por otros agentes incumbentes o entrantes.

En este sentido, se ha señalado que aquellos que disfrutan de más puntos en los cuales recopilar datos, y que cuentan con una base de datos sustancial con la cual pueden comparar datos nuevos, o que poseen herramientas únicas de síntesis y análisis de datos, pueden disfrutar de una ventaja competitiva comparativa²⁸. Y es así que el reporte Furman constata que durante la investigación desarrollada por sus expertos, muchos entrevistados afirmaron que los grandes volúmenes de datos en poder de las empresas incumbentes son la mayor barrera de entrada en la economía digital, y aunque esa opinión no es universalmente aceptada, la idea de que la titularidad de grandes volúmenes de datos es la barrera de entrada más importante para la entrada a empresas más pequeñas fue compartida por el Panel²⁹.

Las barreras de entrada se hacen presente cuando se generan costos de cambio para los consumidores, que pueden ser generados a partir de la información acumulada por la empresa respecto de sus clientes, que hace imposible para un competidor poder generar una oferta más atractiva independiente del precio. Estos costos de cambio permiten la mantención del poder de mercado en el tiempo, y tienen el potencial para

²⁸ Ver Rubinfeld and Gal, Access to barriers to big data, Arizona Law Review Vol.59:339, 2016, p. 342, disponible en: <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizlrev339.pdf>

²⁹ Reporte Furman, párrafo 1.72.

generar exclusión de otros competidores actuales o potenciales inhábiles para replicar la ventaja del incumbente. En tal sentido se ha afirmado:

“La marginalización de competidores más pequeños debido a la diferencia en el acceso a información puede reforzarse en sí misma: el acceso a una gran cantidad de información sustenta mejores servicios, lo que luego atrae más clientes –y más información (‘efecto bola de nieve’). En contraste, empresas más pequeñas pueden atraer menos clientes y como resultado tener menos información. En la medida que la diferencia en la participación de mercado se incrementa, también lo hace la diferencia en la recolección de información, lo cual puede posteriormente incrementar la diferencia en la calidad de los servicios presentados a los clientes. Finalmente, mientras mayores las ganancias obtenidas por los agentes más grandes, ellas pueden financiar mayores inversiones (tales como nuevos algoritmos, nuevas funcionalidades, entrada en mercados adyacentes, etc.) y por tanto atraer incluso más clientes y más información. Tal tendencia podría dañar la competencia a través de la convergencia hacia la monopolización de mercados intensivos en el uso de datos”³⁰.

A este respecto, el reporte Furman, señala:

“Los datos actúan como barreras de entrada a los mercados digitales. Los incumbentes que gozan de grandes cantidades de datos son capaces de cimentar su posición al mejorar sus servicios y hacerlos más dirigidos a sus usuarios, a la vez de hacer más dinero al dirigir mejor su publicidad. El mecanismo a través del cual los datos proveen a los incumbentes establecidas ventajas competitivas es conocido como bucle de retroalimentación. Hay de dos tipos:

- Bucle de retroalimentación de usuarios: ocurre cuando las compañías recolectan datos de sus usuarios, y luego los usan para mejorar la calidad del producto o servicio que ofrecen, lo que atrae a más usuarios, generando un círculo virtuoso.

³⁰ Traducción libre de: “[T]he marginalization of smaller competitors due to differentiated data access might be self reinforcing: access to a larger amount of data may support better services, which in turn attract more customers – and more data (“snowball effects”). By contrast, smaller companies might attract fewer consumers and as a result have less data. As the gap in market share increases, so might the gap in data collection, which could further increase the gap in the quality of services proposed to customers. Finally, the higher revenues earned by larger undertakings could fuel higher investments (such as new algorithms, new functionalities, entry on adjacent markets, etc.), thereby attracting even more customers and more data. Such a trend could harm competition by converging towards a monopolization of data-related markets”. Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 2016, p.13, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=F088AF79365ECEA175A6F04698D41BEE.2_cid362?_blob=publicationFile&v=2

- Bucle de retroalimentación monetaria: permite generar ingresos provenientes del mercado de los usuarios (como publicidad dirigida) para ser reinvertida en mejorar la calidad del servicio y atraer más usuarios.”³¹

Esto se manifiesta, según la autoridad europea, en que la concentración de grandes cantidades de datos se vuelva un requisito para competir de forma efectiva con la empresa fusionada³². La estructura de gastos que importa la colecta, almacenaje, procesamiento y análisis de datos se traduce en altos costos fijos y bajos (o inexistentes) costos marginales. Esta economía de escala y alcance trae ventajas de costos sobre competidores pequeños, lo que se puede traducir, por el valor del volumen y variedad de datos, en barreras de entrada³³.

El reporte elaborado por un comité de expertos convocado por el George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State de la Universidad de Chicago (en adelante, el “reporte Stigler”), destaca que irónicamente barreras adicionales a la entrada son generadas por los mismos consumidores que son perjudicados por ellas.

“Los consumidores no avanzan para ver más resultados de búsqueda, aceptan las configuraciones elegidas por el servicio, se hospedan en una sola plataforma y generalmente toman medidas que favorecen el *statu quo* y dificultan que un entrante atraiga a los consumidores. En general, los hallazgos de la literatura de economía del comportamiento demuestran un poder de mercado poco reconocido por las plataformas digitales existentes”³⁴.

³¹ Traducción libre de: “Data can act as a barrier to entry in digital markets. A data-rich incumbent is able to cement its position by improving its service and making it more targeted for users, as well as making more money by better targeting its advertising. The mechanism through which data provide incumbent businesses with a competitive advantage is known as a feedback loop. There are two distinct types:

- user feedback loops occur when companies collect data from users which they use to improve the quality of their product or service, which then draws in more users, creating a virtuous circle
- monetisation feedback loops enable revenues generated from business users (such as for targeted advertising) to be reinvested in improving the quality of service and attracting more users”. Furman Report, párrafo. 1.73.

³² Op. cit. Graef, Inge. p. 78.

³³ Ibid. p. 85-86.

³⁴ Traducción libre de: “Consumers do not scroll down to see more search results, they agree to settings chosen by the service, they single-home on one platform, and they generally take actions that favor the status quo and make it difficult for an entrant to attract consumers. In general, the findings from the behavioral economics literature demonstrate an under-recognized market power held by incumbent digital platforms”. Report of Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee, julio de 2019, p. 6., disponible en: <https://som.yale.edu/sites/default/files/CompetitionDigitalPlatformsStigler19.pdf>

No resulta extraño el incentivo a la adquisición de un competidor en el mismo mercado o en uno relacionado para generar o potenciar una ventaja de acceso a grandes volúmenes de datos, que puede resultar en el incremento de las barreras de entrada en el mercado respectivo, y así ser apta para crear o reforzar la posición dominante de la empresa en el mercado, haciendo aún más difícil para terceros actuales o potenciales competidores desafiar su posición. De acuerdo con cifras otorgadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económicos, entre el 2008 y el 2012, las fusiones y adquisiciones motivadas por los grandes volúmenes de datos aumentó en más del doble.³⁵ Autoridades europeas de la competencia han afirmado a este respecto:

“En muchos mercados, una fusión entre un actor establecido y un entrante innovador tiene sólo un bajo impacto en la estructura de mercado existente debido a la baja participación de mercado del entrante o incluso la ausencia de superposición horizontal. Sin embargo, en mercados de uso intensivo de información, tal fusión podría resultar en un acceso diferenciado a información e incrementar la concentración de información relacionada a ese mercado si el entrante tiene acceso a una gran base de datos (obtenida en otro mercado, por ejemplo)”³⁶.

Reforzando lo anterior, Margrethe Vestager, la comisaria europea de Competencia y comisionada para Una Europa Adaptada a la Era Digital, señaló en un discurso de 2016 a propósito de las razones detrás de una adquisición en mercados digitales:

“(…) No siempre es el volumen de ventas lo que vuelve atractivo una fusión con una empresa. A veces, lo que importa son los insumos. Eso puede ser su clientela o incluso los datos que maneja. (...) Una compañía puede ser valiosa simplemente por su habilidad para innovar.”³⁷

³⁵ En Stucke, Maurice y Grunes, Allen, “No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data”, The Antitrust Source. Abril de 2015. p. 3. Disponible en : <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=704004065004023011085004072008087101050000093043060085030075098000064080030097081022028107099061116032008084123069095087016084102052030015033025102024064012070110072033049121021100080010126107026009089093070027094079119000066115065024124117097126091&EXT=pdf>

³⁶ Traducción libre de: “In many markets, a merger between an established undertaking and an innovative newcomer has only a low impact on the existing market structure because of the newcomer’s low market shares or even the absence of horizontal overlap. However, in data-related markets, such a merger could result in differentiated data access and increase the concentration of data related to this market if the newcomer has access to a large database (gained on another market for instance)”. Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, p.16. [Énfasis agregado]

³⁷ Traducción libre de “(...) it’s not always turnover that makes a company an attractive merger partner. Sometimes, what matters are its assets. That could be a customer base or even a set of data. (...) a company might be valuable simply because of its ability to innovate.” Comisionada Vestager, Discurso “Refining the EU merger control system”, Disponible en: <https://wayback.archive->

La Comisión Europea se ha referido a los riesgos de este tipo de adquisiciones en los siguientes casos: Decisión de 6 Septiembre de 2018 en Caso M.8788 –Apple/Shazam; Decisión de 6 de Diciembre de 2016 en Caso M.8124 –Microsoft/LinkedIn; Decisión de 3 de Octubre de 2014 en Caso M.7217 –Facebook/WhatsApp; Decisión de 4 de Septiembre de 2012 en Caso M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV; Decisión de 11 Marzo de 2008 en Caso M.4731 – Google/DoubleClick.

Por su parte, la justicia norteamericana en el cuestionamiento de la adquisición por Bazaarvoice de PowerReviews puede verse un ejemplo claro de cómo para la Corte fue posible identificar motivaciones defensivas en la adquisición. La sentencia que declara anticompetitiva la fusión, establece que Bazaarvoice, quien era el líder indiscutido del mercado de las plataformas de “*ratings and reviews*”, y quien ya se encontraba beneficiada por importantes efectos de red y costos de cambio, que le daban una ventaja sustancial sobre los competidores pequeños y competidores potenciales, que la empresa definía como sus fortalezas competitivas³⁸, decidió adquirir a su único competidor directo, eliminando la competencia potencial, que hubiese significado inversiones de entre 30 a 50 millones de dólares para ser desplazado competitivamente³⁹. La Corte concluyó que la adquisición importaría aumentar el alcance de la red de Bazaarvoice, y privaría al resto de los competidores de la escala suficiente para competir efectivamente, inclinando la balanza a su favor de forma permanente⁴⁰.

En esta misma línea, la evidencia recolectada por el Panel de expertos que desarrolló el Reporte Furman, apunta a que las grandes compañías digitales han utilizado adquisiciones para desarrollar ecosistemas sólidos en múltiples capas de cadenas de valor con el fin de consolidar su posición en su mercado principal, aunque esto no quiere decir que cada adquisición deba verse desde esta perspectiva⁴¹. El mismo reporte da cuenta de que en su investigación muchos de los entrevistados se refirieron a que las grandes empresas establecidas en los mercados digitales actúan de una manera que, en el mejor de los casos, absorben la innovación para protegerse de la

[it.org/12090/20191129204644/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en)

³⁸ US vs Bazaarvoice, inc. Sentencia de 8 de enero de 2014, de la Corte de Distrito de California del Norte, Case No. 13-cv-00133 WHO. p. 7.

³⁹ Ibid. p. 21.

⁴⁰ Ibid. p. 96.

⁴¹ Reporte Furman, párrafo 1.108.

competencia potencial y, en el peor de los casos, utilizan adquisiciones para eliminar o distorsionar la innovación, creando una 'zona de muerte' alrededor de sus posiciones⁴².

Adicionalmente el Reporte Furman apuntó a que las empresas multimercado pueden desarrollar una posición de entrada estratégica en un mercado, aprovechando sus posición en mercados adyacentes para concederse un trato preferente y obtener una ventaja desleal a través su acumulación de datos, entre otros⁴³.

Como da cuenta el reporte Stigler, hoy las plataformas entienden que, en algunos entornos, pueden mejorar sus márgenes si intentan expandirse para proveer todos los servicios adicionales o se posicionan como un cuello de botella obligatorio entre socios y clientes. En particular, las plataformas digitales a menudo tienen mucho cuidado de mantener un control completo sobre la relación del usuario para no verse enfrentadas a ninguna amenaza de desintermediación por un servicio adicional. Estas opciones tecnológicas y políticas pueden usarse para reducir la posibilidad de entrada exitosa por parte de un competidor directo. Las plataformas también pueden usar otras estrategias, como contratos exclusivos, paquetes o incompatibilidades técnicas para restringir la entrada de competidores⁴⁴.

El mismo reporte Stigler da cuenta de que existe una evidencia acumulada de que las plataformas digitales de conglomerado están en una posición ventajosa para detener o bloquear la entrada de rivales de nicho en comparación con las empresas tradicionales. Atendido los diferentes ámbitos verticales en que operan, y la variedad del tipo de datos que recolectan de los consumidores, cuentan con una inteligencia más ágil para enfrentar eventuales amenazas competitivas. Así son capaces de determinar más certeramente qué empresas deberían bloquear, cuáles deberían comprar y cómo deberían crecer estratégicamente. Esto le da a la plataforma una ventaja sobre un competidor rival considerando el mismo conjunto de oportunidades, y aumenta sus habilidades para excluir a dichos rivales⁴⁵.

De lo anterior puede concluirse que un elemento al cual debe prestarse particular atención en el análisis de la Operación propuestas es a que las Partes puedan acreditar que ésta se encuentra motivada por eficiencias u otras justificaciones pro-competitivas que descarten la plausibilidad de la una motivación defensiva anticompetitiva en la adquisición. La posibilidad de que la Operación sea una de naturaleza defensiva resulta

⁴² Reporte Furman, párrafo 1.109.

⁴³ Reporte Furman, párrafo 1.64.

⁴⁴ Reporte Stigler, p. 7.

⁴⁵ Reporte Stigler, pp.49-50.

alta por la evidente conexión de los mercados en que operan las Partes, como quiera que ellos se definan en un análisis estático tradicional, o dinámico como el aquí propuesto.

4. Configuración del poder de mercado en mercados de tecnología basados en el uso intensivo de datos

El poder de mercado está constituido por el conjunto de elementos que concurren en un agente del mercado relevante identificado que le permiten actuar con independencia de sus competidores y de los consumidores⁴⁶. Como se ha encargado de señalarlo la Comisión Europea, este concepto de independencia está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión. El poder de mercado se encuentra presente cuando la presión competitiva no es suficientemente eficaz. Esto significa que las decisiones de la empresa son en gran parte insensibles a las acciones y reacciones de sus competidores, sus clientes y, en último término, de los consumidores⁴⁷.

Las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil sobre la estructura del mercado y la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado, sin embargo, ellas no proveen ninguna información sobre la competencia potencial o sobre el poder de negociación de la demanda. Es así que la Comisión Europea indica como elementos de análisis concurrente a la participación de mercado para la determinación del poder de mercado de un agente, los siguientes factores: la amenaza creíble de una expansión futura de los competidores existentes o de una entrada de competidores potenciales (expansión y entrada); y, las presiones ejercidas por la capacidad de negociación de los clientes de la empresa (poder de negociación de la demanda)⁴⁸.

Como hemos visto, una alta concentración de datos genera barreras de entrada que hacen difícil para un retador poder ingresar al mercado o disputar la participación de mercado del agente que ha acumulado tales datos. Es por ello que en los mercados

⁴⁶ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) define la dominancia como “aquella situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y finalmente, los consumidores”. Asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continental/Comisión, Rec. 1978, p. 207, apartado 65

⁴⁷ Ver Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, pp. 97-118, párrafo 10, disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=ES)

⁴⁸ Ibid, párrafo 12.

tecnológicos basados en el uso intensivo de datos, la mera métrica de participación de mercado -cualquiera sea la definición del mismo que se adopte- no resulta útil para medir el nivel de tensión competitiva a la cual se encontrará sometida la entidad resultante de la Operación.

Este tipo de análisis no ha sido ajeno para el TDLC al señalar que el valor de los datos para generar poder de mercado está en:

“la posibilidad de desarrollar bases de datos sobre patrones de consumo, difícilmente replicables por competidores que operen a escalas menores y con más bajos grados de integración entre distintos negocios de retail. Tales bases de datos implican una significativa ventaja de costos y una capacidad privilegiada para competir, que se traducen en la capacidad de desarrollar estrategias de marketing y de fidelización de clientes a la medida para distintos tipos de consumidores, en cada uno de los segmentos de negocios que formen parte del retail integrado”⁴⁹.

El agente de mercado que a través de una operación de concentración asegura acceso a un cúmulo información variada y específica está en condiciones de producir un efecto de “bola de nieve”, donde el actor que posee la información tiene la herramienta necesaria para aumentar y perpetuar su poder de mercado, y finalmente, puede dar cabida a una serie de conductas anticompetitivas.

Algunas autoridades de competencia en el Derecho Comparado, además de la doctrina, han sugerido modelos a través de los cuales se puede evaluar la generación de poder de mercado por la acumulación de datos en una empresa mediante indicadores que permiten medirlo a propósito de la concentración. Estos son:

- a) Caracterización de los datos⁵⁰
 - i. Se trata de bienes no rivales. ¿Está el incumbente permitiendo acceso a los datos?
 - ii. La estructura de costos para recolectar, almacenar, procesar y analizar datos responde a una economía de escala y alcance. ¿Está generando barreras de entrada la posesión de volúmenes de datos?
 - iii. Los datos tienen diversos valores y usos, y estos varían, trascienden, o pierden todo su valor. ¿El incumbente está generando valor a largo plazo?

⁴⁹ Tribunal de defensa de la libre competencia, resolución 24/2008. párrafo 58.

⁵⁰ Ver “The commercial use of consumer data: Report on the CMA’s Call for information”. junio 2015, párrafo 3.6. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf

b) Disponibilidad de los datos⁵¹

Escasez o disponibilidad de acceso a los datos que permiten reproducir la información valiosa.

c) Datos y algoritmos⁵²

El valor que tienen el acceso y volumen de datos no es inherente, sino que se obtiene a través de su procesamiento. En ese sentido, la tecnología, la ingeniería y los algoritmos cumplen un rol elemental, ya que permiten convertir la información en mejoras para los productos y servicios. Aquí juega un papel fundamental el *Machine Learning*, ya que el acceso a los datos eficientiza los algoritmos detrás del funcionamiento de las plataformas, volviéndolos un insumo que da ventaja competitiva, ya que permite ver cómo van cambiando las preferencias de los usuarios, a la vez que permite adaptarse rápidamente a los nuevos desarrollos.

En lo que toca al factor relativo al poder de negociación del lado de la demanda, al tratarse de mercados de producto de múltiples lados, el nivel de atomización de los demandantes en cada uno de ellos, y la captura de los mismos a través de los efectos de redes y las economías de ámbito, hace poco plausible que éstos puedan ejercer un rol disciplinador de la conducta de la entidad resultante de la Operación.

Como lo apunta el reporte Furman, con independencia de cómo se haya alcanzado históricamente esa situación, hoy el resultado es que muchas plataformas gozan de un “alto grado de control e influencia sobre la relación entre compradores y vendedores, o sobre acceso de anunciantes a compradores potenciales. Como estos mercados son con frecuencia rutas importantes para el mercado, o puertas de enlace para otras empresas, dichas plataformas pueden actuar como guardianes entre las empresas y sus posibles clientes. Esto le da a las plataformas tres formas distintas de poder: la capacidad de controlar el acceso y cobrar tarifas altas; la capacidad de manipular clasificaciones o prominencia; y la capacidad de controlar reputaciones”⁵³.

Una plataforma que tiene un control total de la demanda debido al control sobre el marco de las elecciones de los consumidores, las políticas para los servicios adicionales y los estándares técnicos, puede dirigir a los clientes al contenido y a los servicios

⁵¹ Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Op. Cit. pp. 42-47.

⁵² Ver Graef, Inge. Op. Cit. p. 87-88.

⁵³ Reporte Furman, párrafo 1.117.

adicionales que más le beneficien. Se aseguran de este modo las plataformas que el contenido más beneficioso sea dentro de su propiedad en lugar de ser provisto por empresas independientes que podrían extraer rentas o incluso desafiar el poder de mercado de la plataforma en el futuro. En la medida en que los consumidores se mantienen cautivos de una sola plataforma, pueden no ser conscientes de como la plataforma los empuja en esa dirección, o si lo son, pueden no tener alternativas competitivas a las que puedan recurrir⁵⁴.

Tales condiciones que configuran a los titulares de plataformas en *gatekeepers* de las comunicaciones entre los múltiples lados en que la plataforma opera, genera un grado de dificultad adicional al desarrollo de competencia potencial, en cualquiera de ellos, generando una ventaja de acción de portafolio para el incumbente, de la cual es difícil que otros desafiantes puedan gozar para generar una amenaza competitiva efectiva, y que adicionalmente es expandible a nuevos productos y servicios, por las economías de ámbito que caracterizan a estos servicios.

Por las razones aquí expresadas, resulta plausible concluir que en la Operación en examen la empresa resultante gozará de un poder de mercado no desafiado por otros agentes actualmente activos en los mercados relevantes de producto que se identifiquen, y en otros conexos, que no se encontrará previsiblemente sometida a la acción disciplinadora de de competidores actuales o potenciales.

5. Conductas unilaterales de abuso de poder dominante en mercados de tecnología basados en el uso intensivo de datos

Una vez abordada la potencialidad de la concentración de datos para generar poder de mercado en mercados de tecnología intensivos en el uso de datos, en este último apartado nos proponemos abordar cómo ese poder de mercado puede llegar a dar lugar a abusos de posición dominante, a través de conductas explotativas, que afecten directamente a los consumidores, y conductas exclusorias de competidores, que afecten indirectamente al usuario final, al restringir la competencia en los mercados relevantes.

Los modelos de negocios que descansan fuertemente en el uso de grandes volúmenes de datos necesitan mantener su ventaja competitiva respecto de sus rivales y de potenciales competidores, por lo que existe el riesgo de que ello se intente hacer a través de acciones que no se ajusten a la normativa de libre competencia.

⁵⁴ Reporte Stigler, p. 7.

a) Abusos explotativos

Las conductas posibles de desarrollarse incluyen abusos explotativos de los clientes intermedios o finales de los diferentes lados de la plataforma, que de acuerdo a lo explicado en los acápite anteriores se encontrarán privados de alternativas atractivas a los servicios ofrecidos por la empresa resultante de la Operación, pudiendo ésta incurrir en el deterioro de las condiciones del servicio prestado o en un incremento de sus precios en los diferentes lados de la plataforma.

Las plataformas digitales pueden utilizar la información de clientes en formas que pueden ser más o menos beneficiosas para los consumidores. Ellas pueden usar la información para mejorar sus ofertas y hacer su servicio más rápido y más individualizado, o ellas pueden simplemente recoger datos y acumularlos por su solo valor como activo o ventaja competitiva. Las plataformas pueden proteger los datos de sus clientes a través de fuertes medidas de seguridad y políticas de privacidad, o ellos pueden invertir poco en protección de datos y en cambio usar la información en formas que benefician a la empresa pero que no son del agrado de los consumidores. Una medida del poder de mercado de una plataforma es la posibilidad que tiene ésta de incurrir en ese último tipo de conducta sin ningún beneficio a los consumidores que compense la pérdida de privacidad y aún así retener sus usuarios⁵⁵.

El ente resultante de la Operación, podrá recolectar información de forma mucho más eficiente, tendrá poder para instaurar términos y condiciones de uso perjudiciales para el consumidor final de su plataforma, en cuanto a la recolección y uso de datos. Este riesgo es reconocido en el reporte Stigler al señalar,

“Una forma en que las plataformas digitales a menudo explotan su poder de mercado, y aumentan sus ganancias, es exigiendo a los consumidores que acepten términos y condiciones que no están claros, son difíciles de entender y cambian constantemente, pero que le dan a la plataforma la libertad de monetizar los datos personales de los consumidores”⁵⁶.

⁵⁵ Ver Shelanski, Howard, Op. Cit. p.1689.

⁵⁶ Traducción libre de: “One way in which digital platforms often exploit their market power – and increase their profits – is by requiring consumers to agree to terms and conditions that are unclear, difficult to understand, and constantly changing, but which give the platform freedom to monetize consumers’ personal data.” Reporte Stigler, p. 6.

Las empresas se reservan el préstamo de su servicio a la adhesión de sus términos de uso, que obligan al usuario a prestar sus datos para ser recolectados, almacenados y usados. Cuando las plataformas no se enfrentan a la competencia, pueden reducir la calidad, por ejemplo, disminuyendo las protecciones de privacidad, sin perder clientes ni ingresos⁵⁷.

A propósito de este tipo de conductas abusivas, el año 2019 la Autoridad alemana de libre competencia sancionó a Facebook por abusar de su posición dominante en el mercado de las redes sociales al requerir a sus usuarios que aceptaran de forma excluyente sus términos y condiciones, que permitían a la plataforma recolectar datos obtenidos a través de Facebook, sus plataformas asociadas (WhatsApp e Instagram) y de terceros que utilizan servicios de Facebook.

De acuerdo a la autoridad alemana, el abuso de posición dominante se configura por la condición de *todo o nada* de acceder a una recolección de datos excesiva para poder usar los servicios prestados por Facebook, que desde la perspectiva de los mercados digitales de precio cero, es análoga a la imposición de precios excesivos⁵⁸.

En concreto, la autoridad alemana determinó que la posición dominante de Facebook se configura cuando el procesamiento ilimitado de datos provenientes de sus múltiples fuentes, no puede ser prevenido simplemente con cambiar de red social. Significaría para los usuarios una limitación mayúscula y desproporcionada del uso de plataformas de internet, si no pueden usar los servicios de Facebook⁵⁹. Según la autoridad:

“Los usuarios de Facebook.com solo podrían prevenir que sus datos sean recolectados fuera de la red social si dejasen de usar una gran cantidad de internet, y no usaran más servicios populares como Whatsapp”⁶⁰.

⁵⁷ Ver Agustín Reyna, *The Psychology of Privacy—What Can Behavioural Economics Contribute to Competition in Digital Markets?*, 8 INT.DATA PRIVACY L. 240 (2018)

⁵⁸ Background information on the Bundeskartellamt’s Facebook proceeding, 7 february 2019, pp. 5-6, disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6

⁵⁹ Bundeskartellamt, decisión del caso B6-22/15, 6 de febrero del 2019, Párrafos 901 - 903. Disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5

⁶⁰ Traducción libre de “Facebook.com users could only prevent their data from being collected outside the social network if they ceased using the internet to a large extent and stopped using widespread services such as WhatsApp” *ibid.* párrafo 903

Si bien el riesgo concreto de que la empresa resultante de la Operación incurra en las conductas unilaterales de abuso explotativo de los demandantes de sus servicios en sus diferentes lados de operación, a través de imposición de términos y condiciones de uso que impliquen un deterioro de la calidad de su servicio, resulta incierto en este punto, los ejemplos del Derecho Comparado aquí provistos permiten trazar analogías con la situación experimentada por otros tipos de plataformas que por su poder de mercado han sido consideradas abusivas al establecer condiciones de uso del tipo todo o nada para poder acceder a los servicios ofrecidos, en la ausencia de plataformas alternativas que oferten similares servicios. Lo anterior lleva a concluir que existe una probabilidad razonable de ocurrencia de algunas de tales conductas de materializarse la Operación, ausentes mecanismos específicos de mitigación a su respecto.

b) Abusos exclusorios

La empresa resultante de la Operación contará con la capacidad de incurrir en conductas exclusorias con sus competidores o eventuales retadores en los diferentes lados de su plataforma por ejemplo a través de: la negativa de acceso a los datos por otros competidores, acceso a sus servicio en condiciones discriminatorias a clientes no integrados verticalmente, la exigencia de contratos exclusivos, contratos atados o el uso cruzado de datos entre las distintas plataformas a las que el incumbente pueda extender sus servicios⁶¹.

Los acuerdos de exclusividad podrían ser utilizados por la empresa que goza de posición dominante para privar a los otros competidores del acceso a los datos, y así preservar su poder de mercado⁶². Los riesgos de abuso de posición dominante a través de este tipo de conductas están en que se limiten las posibilidades de actuales o eventuales competidores de realizar una oferta más atractiva de productos y servicios que les permita adquirir una masa crítica de clientes, con lo cual se asegura la mantención de una posición dominante en el mercado, que brinda la posibilidad de establecer precios más elevados que en situación de competencia⁶³.

⁶¹ Ver Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Op. Cit., pp. 17-25.

⁶² Ver Stucke, Maurice y Grunes, Allen, Op. Cit. p. 3

⁶³ “Tal posible incremento en las barreras de entrada podría aislar a los competidores establecidos de sus rivales más pequeños y de potenciales entrantes, y de tal forma permitirles incrementar sus precios”. Traducción libre de: “Such a possible increase in entry barriers could isolate established competitors from smaller rivals and potential entrants, thereby allowing them to increase their prices”. Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Op. Cit., p.13.

Tal como da cuenta el reporte Stigler, un temor común de las plataformas es su sustitución por parte de un socio que ya opera como parte del ecosistema. Si el socio de una plataforma puede acceder y atender directamente a los clientes de la plataforma, puede sustituir a la plataforma. Así, las plataformas cuentan con un incentivo para frustrar regularmente a las empresas que compiten con ellas por la demanda de los usuarios. Una plataforma que tiene un control total de la demanda puede dirigir a los clientes al contenido y a los servicios adicionales que ofrece, en lugar de aquellos provistos por empresas independientes que podrían desafiar su poder de mercado⁶⁴.

“Los contratos exclusivos y los programas de fidelidad también se pueden utilizar para lograr la exclusión. Por ejemplo, un contrato a largo plazo que requiere que un anunciante no use un participante puede excluir la demanda de ese participante, lo que lleva a la salida. Un contrato exclusivo con alcance global puede evitar que un competidor de nicho capaz crezca y obtenga economías de escala. La agrupación de servicios por parte de la plataforma establecida puede diseñarse para excluir la entrada o excluir a los rivales existentes. Los contratos entre plataformas y anunciantes que permiten la negociación individual pueden proteger a un titular de perder ventas específicas a un participante sin requerir que el titular reduzca sus precios en todos los ámbitos. Una plataforma establecida con poder de mercado a menudo tendrá el incentivo y la capacidad de llevar a cabo estas estrategias y, por lo tanto, preservar sus ganancias”⁶⁵.

A través del control de acceso a la plataforma ésta puede regular las relaciones de conexión entre tiendas, supermercado o restaurantes (proveedores genéricamente), y el otro lado en que se ubican los clientes finales. Las plataformas tienen por su ubicación estratégica la posibilidad técnica y económica de establecer reglas que les permitan maximizar sus rentas en este entramado de relaciones.

Los proveedores operan en un entorno arriesgado donde los caprichos de la plataforma pueden determinar su futuro tanto o más que la satisfacción del consumidor. Siempre que el consumidor continúe encontrando positiva la totalidad de la experiencia de la plataforma, este poder de negociación permite que la plataforma dicte los términos comerciales⁶⁶. El Reporte Vestager describe el entorno claramente:

“Otras plataformas imponen reglas e instituciones que van más allá de los servicios de intermediación y modelan el funcionamiento del mercado y, potencialmente, la relación

⁶⁴ Reporte Stigler, p. 50.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid. p. 51.

entre los distintos lados de la plataforma, v. gr. regulando el acceso y la exclusión de la plataforma, regulando la forma en que los vendedores pueden presentar sus ofertas, los datos y las API a las que pueden acceder, estableciendo sistemas de evaluación, regulando el acceso a la información que se genera en la plataforma, imponiendo estándares mínimos para políticas de entrega y devolución, proporcionando contratos modelo, imponiendo controles de precios y cláusulas NMF, etc. Dichas normas y "diseño de mercado" determinan la forma en que se lleva a cabo la competencia"⁶⁷.

La visibilidad con que la plataforma cuenta de la información que fluye desde cada uno de los mercados de producto que se interconectan a través de ella, y el control que ejerce sobre la demanda de cada uno de ellos, le permite modelar estas reglas de comportamiento sin que pueda existir una clara visibilidad de cada uno de los agentes participantes cada uno de sus lados, sobre de qué forma esas reglas están modelando la respuesta del lado contrario. Como todo ente económico racional la plataforma actuará para maximizar sus utilidades a través de este entramado de reglas, sin que sea posible para el consumidor final (o para los proveedores en los mercados intermedios) determinar con claridad el nivel de extracción de rentas que conforme al modelo diseñado están sufriendo, ni cuáles serían escenarios contrafactuales posibles, como consecuencia de esta profunda asimetría de información.

Ausente normativa que regule la portabilidad de los datos entre plataformas, la plataforma cuenta con una posición extremadamente difícil de desafiar por cualquier potencial competidor, ya no solo en los mercados de producto de actual operación, si no también en los adyacentes. Ello ya que la información de un mercado puede ser con un bajo o nulo costo marginal ser utilizada para poder ingresar e impulsar la participación de la empresa en otro mercado relacionado, excluyendo competidores en estos mercados conexos.

Este punto genera cierto nivel de controversia debido a la propiedad que las empresas reclamarán sobre los procesos de inteligencia los datos desarrollada, así como las implicancias de privacidad envueltas en el acceso a datos personales provistos por sus clientes para finalidad de prestación de sus servicios. Si bien ambas cuestiones resultan atendibles, muchas veces son usadas como excusa para incurrir en diseños técnicos y políticas de uso que restringen el acceso y la portabilidad de los datos por parte de los clientes titulares de los mismos, con el objeto de que se limiten las posibilidades de actuales o eventuales competidores de realizar una oferta más atractiva de productos y servicios que les permita adquirir una masa crítica de clientes, con lo cual se asegura la

⁶⁷ Reporte Vestager, p. 60.

mantención de una posición dominante en el mercado, que brinda la posibilidad de establecer precios más elevados que en situación de competencia⁶⁸.

Si bien el riesgo concreto de que la empresa resultante de la Operación incurra en las conductas unilaterales de exclusión aquí descritas no puede determinarse en forma precisa, las características de la operación de plataformas tecnológicas de múltiples lados intensivas en el uso de datos hacen posible prever una probabilidad razonable de ocurrencia de algunas de tales conductas de materializarse la Operación, ausentes mecanismos específicos de mitigación a su respecto.

6. Conclusiones

1. La Operación en estudio exige cuestionar la adecuación del uso de la metodología clásica en la definición de mercado relevante, para realizar una evaluación apropiada de los riesgos y ventajas competitivas que puede aparejar una operación de concentración en un mercado tecnologías basadas en el uso intensivo de datos.
2. El estudio dinámico del mercado relevante de producto propuesto en este aporte de antecedentes, implica no solo evaluar los mercados en los cuales actualmente se desempeñan las Partes -que han sido correctamente identificados por la Resolución- sino que incorporar en el análisis el impacto que la concentración tendrá en la posibilidad de la empresa resultante de extender su actuación a mercados potenciales conexos, e incluso la identificación de un mercado de datos en sí mismo, como insumo estratégico de los anteriores.
3. Una forma práctica en la cual este análisis puede concretarse por la FNE, siguiendo la aproximación sugerida por las autoridades de competencia europeas, es a través del examen de la Operación como una fusión de conglomerado, enfoque previamente desarrollado por el TDLC para el análisis de la competencia en el mercado del *retail*.
4. Las características de las plataformas objeto de la Operación examinadas a lo largo de este aporte de antecedentes, dan cuenta de la existencia de barreras de entrada relevantes que serán severamente incrementadas de concretarse la Operación. La ventaja competitiva representada por la acumulación de datos de la entidad resultante y la posición de control (*gatekeeper*) de las relaciones entre los diferentes lados de la plataforma, tiene el potencial de

⁶⁸ Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt, Op. Cit., p.13.

generar costos de cambio para los demandantes en cada lado de la plataforma, haciendo imposible para un competidor poder generar una oferta más atractiva independiente del precio. Estos costos de cambio permitirán a la entidad resultante de la Operación la mantención de su poder de mercado en el tiempo.

5. Ausente el disciplinamiento de la competencia potencial, determinado por las barreras de entrada recién examinadas, la ventaja de acción de portafolio otorgada por la Operación a la entidad resultante del acceso a grandes volúmenes de datos, no sólo le garantiza poder de mercado en los mercados en actual operación, si no también provee un a probabilidad razonable de que tal poder pueda ser expandido a nuevos productos y servicios, por los efectos de red, las economías de escala y de ámbito que caracterizan a estos servicios.
6. Si bien el riesgo concreto de que la empresa resultante de la Operación incurra en las conductas unilaterales de explotación de los consumidores o de exclusión de sus competidores actuales o potenciales no puede determinarse en forma precisa, las características de la operación de plataformas tecnológicas de múltiples lados intensivas en el uso de datos hacen posible prever una probabilidad razonable de ocurrencia de algunas de tales conductas de materializarse la Operación, ausentes mecanismos específicos de mitigación a su respecto.

Quedamos a vuestra disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente aporte de antecedentes.

Saluda atentamente a Ud.,

María Paz Canales
Directora Ejecutiva
Derechos Digitales

Otrosí: Acompaña copia simple de Escritura Pública de fecha 15 de Mayo de 2017, de la 7º Notaría de Santiago, de Don Sergio Jara Catalán, en la que se acredita mi personería como representante legal de la ONG Derechos Digitales.