

PLATAFORMAS DIGITALES Y RIESGOS DE CONGLOMERADO: DESAFÍOS PARA LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN IBEROAMÉRICA EN EL ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

DIGITAL PLATFORMS AND CONGLOMERATE RISKS: CHALLENGES FOR COMPETITION AUTHORITIES IN IBERO-AMERICA IN THE ANALYSIS OF CONCENTRATION OPERATIONS

Andrea Von Chrismar Medina*

Prieto Abogados

Benjamín Grebe Lira**

Prieto Abogados

This article explores the subject of merger operations, specifically, on digital platforms. Thus, it analyzes the possible risks of these and the challenges that antitrust agencies must face when analyzing them. In this way, the authors highlight various characteristics of this market such as its dynamism and unpredictability, which allows it to adapt to the increase in demand, and the important role of user data in merger operations.

To fulfill this objective, the article begins with a theoretical approach, providing definitions of key concepts for the understanding of merger operations on digital platforms. Nevertheless, it also offers a practical analysis, by exploring how these types of mergers have been taking place in reality, through recent cases of judgements relevance.

KEYWORDS: *Digital platforms; merger control; competition agencies; user data.*

El presente artículo explora el tema de las operaciones de concentración, específicamente, en plataformas digitales. Así, analiza los posibles riesgos de estas y los retos que deben afrontar las agencias de competencia al analizarlas. De esta manera, los autores destacan variadas características de este mercado como su dinamismo e impredecibilidad –las cuales permiten que el mismo se adapte al aumento de demanda– y el importante papel de los datos de los usuarios en las concentraciones.

Para cumplir con su objetivo, el artículo empieza con un recorrido teórico mediante la definición de conceptos clave para el entendimiento de las operaciones de concentración en plataformas digitales. No obstante, también se hace un análisis práctico al exponer cómo se han venido dando este tipo de concentraciones en la realidad, a través de casos recientes de gran relevancia.

PALABRAS CLAVE: *Plataformas digitales; control de concentraciones; agencias de competencia; datos del usuario.*

* Abogada. Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad Adolfo Ibáñez (Santiago de Chile, Chile) y Master of Science in Regulation London School of Economics and Political Science, University of London (Londres, Reino Unido). Directora en Prieto Abogados (Santiago de Chile, Chile). Contacto: avonchrismar@prieto.cl

** Abogado. LL.M. en International Economic Law en Warwick University (Coventry, Reino Unido). Socio de Prieto Abogados (Santiago de Chile, Chile). Contacto: bgrebe@prieto.cl.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THEMIS-Revista de Derecho el 24 de enero de 2021, y fue aceptado por el mismo el 15 de abril de 2021.

I. INTRODUCCIÓN

El año 2004, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (en adelante, TDLC) aprobó la fusión de dos de las principales compañías de telecomunicaciones y televisión pagada presentes en el país en ese entonces. Ello fue su primera resolución respecto a una operación de concentración. Con una visión que hoy en día parece obvia, pero que en esa época era algo más difícil de aventurar, el voto de mayoría del TDLC señaló que tenía el ‘convencimiento’ de que, en el mediano plazo, el “dinamismo tecnológico esperable de esta industria” podría “restringir o eliminar en el futuro las barreras a la entrada y hacer muy inestable las fronteras del mercado” (Resolución 01/2004, 2004, p. 45). Resulta interesante esta visión futurista pero tan clara acerca del aumento de la sustituibilidad en el tiempo y los cambios en la definición de los mercados (que demostró ser muy real), frente a todo lo que está ocurriendo hoy, casi veinte años después, con las nuevas plataformas digitales (y todas las que imaginamos y no imaginamos que vendrán) y el análisis que de ellas se hace bajo el prisma de la libre competencia.

Lo que comúnmente se denomina como plataforma digital engloba múltiples tipos de compañías tecnológicas, aplicaciones y sitios disponibles a través del acceso a datos de internet. Si bien un concepto delimitado o una categorización exhaustiva muy probablemente requeriría una actualización constante, atendiendo al rápido desarrollo de la tecnología y de los negocios digitales, es posible para cualquiera de nosotros identificar algunos tipos de plataformas con las que interactuamos a diario.

Algunas plataformas digitales operan como vitrina para la oferta de bienes y servicios (conocidas como Marketplace, Amazon y Mercado Libre); en otras, los usuarios pueden compartir contenido de texto y multimedia (por ejemplo, Twitter, Facebook, Instagram y Pinterest). También, existen aplicaciones de reproducción de contenido musical, multimedia en general o vía *streaming* (como es el caso de Netflix, Amazon Prime, DisneyPlus, Spotify y Youtube); aplicaciones de mensajería y redes con un número determinado de usuarios (como es el caso de Whatsapp, TikTok y Snapchat); aplicaciones de economía colaborativa, en los que los servicios con bienes intercambiados entre pares (como es el caso, por ejemplo, de tomar un viaje en automóvil por medio de Uber o de alojar en la casa de alguien por medio de Airbnb). Por otra parte, existen aplicaciones de reparto de comida y/o compras en tiendas y supermercados (UberEats, PedidosYa, Rappi, Grubhub, entre muchas otras) y aplicaciones con información acerca

del estado del tráfico vehicular (Waze y Google Maps), entre muchas otras.

Con la llegada de la pandemia del COVID-19, los servicios y mercados digitales han acelerado la presencia y uso de estas plataformas en la vida cotidiana de las personas. En ese contexto, las distintas aplicaciones y sitios de internet que conocemos como plataformas digitales han pasado a tener un rol cada vez más relevante en la provisión de bienes y servicios. Todo ello explicado por la intensificación exponencial en su uso durante el último tiempo, asociado a las medidas de confinamiento adoptadas por las autoridades en gran parte del mundo.

Sin embargo, con anterioridad a la pandemia del COVID-19, las autoridades a cargo de velar por la protección y promoción de la libre competencia en diversas jurisdicciones a nivel global han analizado distintas operaciones de concentración (fusiones, adquisiciones y *joint ventures* permanentes) en las que alguna de las partes, o todas ellas, operan por medio de plataformas digitales o empresas incipientes de tecnología (conocidas estas últimas como *startups* tecnológicos).

En términos generales, durante el análisis de los eventuales efectos en la competencia de un mercado que puede tener una operación de concentración, es posible distinguir efectos adversos para la competencia de –al menos– tres tipos: (i) efectos unilaterales, cuando la entidad resultante de la operación de concentración puede ejercer poder de mercado en forma unilateral, ya sea sobre los clientes o consumidores o para excluir competidores; (ii) efectos coordinados, cuando la operación facilita o puede hacer más efectivo el comportamiento coordinado de la entidad resultante de la operación con sus competidores (Fiscalía Nacional Económica [FNE], 2012); y (iii) efectos de conglomerado, cuando la operación, que involucra a entidades que operan en distintos mercados, puede facilitar a la entidad resultante de ella la capacidad de restringir el acceso al mercado de los competidores por medio de la vinculación de compras o empaquetamiento en productos o servicios complementarios (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2017).

El análisis de estos tipos de efectos unilaterales, coordinados y de conglomerado también es realizado por las autoridades de competencia respecto de aquellas operaciones de concentración en las que participa alguna plataforma tecnológica o *startup*.

Debido a determinadas características presentes en algunos mercados digitales, como es su dina-

mismo, las externalidades de red o el hecho de tratarse en algunos casos de mercados de dos lados (es decir, que intermedia a dos grupos de usuarios distintos; por ejemplo, en el caso de los Market-place, que conecta vendedores y compradores), el análisis de estas –desde el punto de vista de la libre competencia– puede representar desafíos para las autoridades expertas en la materia.

El presente artículo desarrolla, en primer lugar, una revisión de la literatura reciente sobre los desafíos que enfrentan las autoridades de competencia al analizar mercados en los que operan las plataformas digitales, especialmente, respecto del planteamiento y desarrollo de argumentos referidos a los riesgos de conglomerado en el análisis de competencia de operaciones de concentración entre plataformas. En segundo lugar, por medio de la síntesis de seis casos seleccionados referidos a plataformas digitales, se analiza de qué manera cuatro distintas autoridades de competencia a nivel iberoamericano (específicamente en Chile, México, Brasil y España) han abordado los desafíos de incerteza y los riesgos de conglomerado asociado al uso de datos en sus decisiones más recientes. Finalmente, en tercer lugar, se presentan las conclusiones.

II. ANÁLISIS DE COMPETENCIA EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN QUE INVOLUCRAN PLATAFORMAS DIGITALES

En general, las plataformas digitales representan un desafío desde el punto de vista del análisis de competencia. Todo esto es producto de los efectos de red, la importancia de los datos de los usuarios, los riesgos de conglomerado derivados de los datos, los altos componentes de innovación y dinamismos de los mercados digitales, que se traduce en muchas ocasiones en una falta de certeza y asimetrías de información en desmedro de las agencias de competencia a cargo de su análisis y fiscalización; la probabilidad de operaciones que busquen solo anticiparse y evitar la competencia; y las eventuales conductas de empaquetamiento. A continuación, se desarrolla cada uno de estos desafíos.

A. Efectos de red

El uso de las plataformas puede generar efectos de red, es decir, que el uso de la plataforma por parte de un número determinado de usuarios influye –de manera positiva o negativa– en la utilidad que tenga la plataforma para un determinado usuario (Arroyo Barrigüete, 2007). Esto puede llevar a que los potenciales entrantes o competidores no logren disciplinar la conducta de una firma relevante en el mercado.

Un ejemplo claro del efecto de red que se genera en las plataformas digitales es el atractivo mayor que presenta, por ejemplo, una red social, en la medida que tenga más usuarios. En esos casos, estaremos frente a una externalidad de red positiva, porque el uso de la plataforma aumentará en la medida que crezca el uso de los otros usuarios.

En efecto, es común realizar la distinción entre efectos de red directos e indirectos en las plataformas digitales. Los efectos directos de red consisten en aquellos dados por un valor del producto o servicio de cara al consumidor o usuario en la medida que aumente el número de usuarios de la plataforma, como por ejemplo ocurre con las aplicaciones de tráfico vehicular. Por su parte, los efectos indirectos de red son aquellos referidos al valor del producto o servicio derivado del aumento en el número de productos o servicios complementarios que ofrezca la plataforma, lo que a su vez incide en el número de usuarios de la plataforma. Estos últimos, son los efectos de red que se analizan, por regla general, como riesgos de conglomerado en el análisis de operaciones de concentración en mercados digitales referidos a los incentivos de una firma digital para entrar a nuevos mercados (Bourreau & de Streel, 2019).

B. Datos de usuarios

Otro desafío que enfrentan las autoridades de competencia es lograr realizar un análisis de los efectos de red ya señalados teniendo en consideración la relevancia de los datos de los usuarios de las distintas plataformas digitales como activo valioso con una mirada prospectiva, sobre todo tratándose de mercados altamente dinámicos como es el caso de las plataformas digitales.

Diversas agencias de competencia y académicos han argumentado que la acumulación de datos de usuarios de una plataforma digital en un determinado actor puede ser una circunstancia que podría alterar los niveles de competencia del mercado.

Así, se ha observado una creciente preocupación respecto de las ventajas competitivas que puede otorgar el *big data* a las empresas tecnológicas, dotándolos de poder de mercado (Nayak, 2019). En estos casos, las autoridades de competencia deben evaluar las implicancias competitivas de los datos, si es que logran identificar que un determinado actor cuenta con alguna ventaja. Un ejemplo de esas ventajas sería una base de datos de usuarios que sea difícil o costosa de replicar, o que se requiera mucho tiempo para ello por parte de un competidor o entrante al mercado (McSweeney & O’Dea, 2018).

Si bien en ciertos casos una categoría particular de datos puede representar un mercado relevante en sí mismo (Caso *Dun & Bradstreet Corp.*, 2010), los riesgos identificados con mayor frecuencia por las autoridades de competencia al analizar estos mercados han sido los riesgos respecto de apalancamiento del poder de mercado. Este riesgo se materializa cuando una plataforma es capaz de trasladar el poder de mercado que tiene en una actividad en la cual ya cuenta con datos, hacia otra actividad o mercado producto de su entrada a través de la operación de concentración que se somete al análisis de la agencia de competencia.

En este sentido, se ha observado que una plataforma digital con poder de mercado puede generar una mayor preocupación desde el punto de vista de, por un lado, la protección de datos personales de los usuarios y de su privacidad; y, por otro, la protección de la competencia en el mercado, producto de los riesgos de conglomerado. Esto surge, precisamente, porque las ventajas o efectos de red antes señalados también pueden hacerse extensivas al acceso de datos que las plataformas tienen con relación a los usuarios y sus preferencias de consumo, de manera desagregada y prácticamente en tiempo real, generando incentivos para que la plataforma se incorpore a nuevos mercados.

Conforme a lo anterior, las plataformas digitales acceden a una gran cantidad de datos sobre el mercado y sus usuarios, los que alimentan diversos algoritmos que mejoran constantemente la eficiencia de la plataforma. Estos datos no están disponibles para los competidores de esa plataforma ni para las autoridades que regulan esa actividad (Petropoulos, 2017).

Si bien en algunas jurisdicciones la protección de los derechos de los consumidores, los datos personales y la competencia están radicadas en una misma agencia o institución¹, lo cierto es que, desde el punto de vista de la libre competencia, lo relevante para el análisis será determinar si el acceso a los datos puede o no implicar una ventaja competitiva para la plataforma en un determinado mercado. Al respecto, algunos autores han señalado que las plataformas incumbentes en un determinado mercado tienen una ventaja competitiva por el acceso a los datos de los usuarios, lo que sería muy difícil de igualar por parte de una plataforma rival, aun cuando pueda esta última tener un producto o servicio de mejores características (De Elejalde, 2020).

El análisis por parte de autoridades de competencia acerca de la intersección entre aspectos referidos a los datos de los usuarios de las plataformas y los efectos en la competencia derivados de operaciones de concentración en mercados digitales no es algo nuevo. En efecto, se ha planteado al respecto, por ejemplo, que una estrategia de apalancamiento de poder de mercado por medio de la integración vertical de plataformas en distintos mercados o actividades podría generar efectos excluyentes en el largo plazo.

Así, este tipo de estrategias serían problemáticas, desde el punto de vista de la competencia, al aumentar el poder de mercado producto de operaciones de concentración con firmas altamente innovadoras, cuando estas no tienen otro objetivo que el uso de datos de usuarios de gran escala como ventaja competitiva de conglomerado respecto de los competidores actuales o potenciales (Chirita, 2019a).

Esto ha sido reconocido por la doctrina como un dilema regulatorio que enfrentan, principalmente, las autoridades con competencia en materias de política de protección del consumidor y antimonopolios (Botta & Wiedemann, 2019). Ello se debe, principalmente, a que las legislaciones de protección del consumidor, por lo general, establecen reglas más limitadas y sanciones que, en términos de desincentivo de las conductas infractoras, serían menos efectivas que las aplicables en materia de antimonopolios.

Así, de acuerdo a Botta y Wiedemann (2019), si bien las agencias con competencia en ambas áreas tendrían incentivos para adoptar el camino fácil de aplicar la protección de los consumidores en ciertos casos para evitar procesos complejos de análisis de definiciones de mercado relevante y poder de mercado, este no sería el camino más efectivo. Esto porque, a juicio de estos autores, la legislación en materia de competencia debiese ser más atractiva de implementar, en la medida que ella contemple sanciones más severas y la posibilidad de adoptar compromisos de conducta, otorgando flexibilidad y dinamismo (Botta & Wiedemann, 2019).

Este planteamiento cobra relevancia tratándose de plataformas y datos de usuarios, ya que esos compromisos por parte de las empresas y/o de las entidades resultantes de las fusiones u operaciones de concentración podrían ser revisados si las condiciones del mercado cambian, lo que es alta-

¹ Como es el caso, por ejemplo, de la Comisión Europea, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato en Italia, entre otras.

mente probable tratándose de mercados dinámicos como los digitales. Además, los autores indican que las medidas en materia de competencia son más propensas a fomentar la competencia en los mercados digitales, ya que imponer condiciones más duras a las plataformas dominantes podría favorecer la entrada de nuevos actores al mercado (Botta & Wiedemann, 2019).

C. Riesgos de conglomerado

En línea con lo anterior, se ha planteado que los riesgos de conglomerado en el análisis de fusiones y concentraciones se acentuarían tratándose de operaciones en las que participa alguna plataforma digital.

Así, algunos autores sugieren que las teorías de daño que las autoridades de competencia planteen en sus análisis, deben adaptarse a los incentivos de las firmas en la economía digital. En particular, esto implicaría extender las teorías de empaquetamiento, flexibilizar los requisitos de la doctrina de las facilidades esenciales para el caso del acceso a datos y tomar directamente en cuenta los efectos de una operación de concentración en la innovación (Bourreau & de Streel, 2019).

Inclusive, otra parte de la doctrina ha sido más severa aún respecto de cómo debiesen las autoridades de competencia enfrentar este tipo de riesgos al momento de analizar operaciones de concentración que involucren plataformas digitales. Así, se ha postulado que el análisis de operaciones de concentración en mercados digitales debe considerar las implicancias económicas de la privacidad, de modo que ninguna operación debiese ser aprobada de manera incondicional si esta involucra el uso de datos de una cantidad relevante de usuarios (Chirita, 2019b).

En este sentido, desde hace algunos años se ha observado un aumento en la preocupación referida a los datos y la presunta concentración del acceso a los mismos en manos de menos empresas. Esto ha generado solicitudes a las autoridades, por parte de la opinión pública, de una regulación al respecto, y una mayor supervisión por parte de la legislación y autoridades antimonopolios (Körber, 2016).

Asimismo, otra preocupación desde el punto de vista regulatorio surge de las bases de datos de usuarios que están en manos de las plataformas digitales de economía colaborativa más relevantes (como por ejemplo, Uber y Airbnb), quienes –a su vez– compiten en cierta medida con los actores ‘tradicionales’ de esas industrias, pudiendo en esos casos la tecnología resultar disruptiva para muchas de esas empresas (Petropoulos, 2017).

Otras publicaciones más recientes postulan que los ecosistemas digitales se generan por los datos que recolectan, como un subproducto del *engagement* de los usuarios con sus plataformas gracias a la tasa y diversificación de los gigantes tecnológicos (como Amazon, Google, Netflix y Facebook, que incluyen transacciones y compras), y no solo por las externalidades y efectos de red o las economías de escala y ámbito (Petit & Teece, 2020, pp. 7-8).

Conforme a las posturas descritas, en todo caso, los datos representarían tanto una oportunidad de negocios como incerteza en el desarrollo de los mismos. Lo anterior, se debería a la indefinición acerca de las razones por las cuales algunos ecosistemas digitales superan sin mayor dificultad la falta de certeza respecto de la producción conjunta y los problemas de activos de conocimiento, mientras que otras no lo logran.

D. Innovación y dinamismo del mercado e incertidumbre para las autoridades de competencia

La indefinición acerca de lo que hace que una plataforma enfrente, con o sin dificultades, el dinamismo propio del mercado digital y/o se adapte por medio de la innovación genera –evidentemente– un problema de incertidumbre e información imperfecta para las autoridades a cargo de la aplicación de las legislaciones antimonopolio.

Este problema se vería exacerbado cuando se trata de plataformas digitales. Así, autores como Petit y Teece (2020, p. 10) plantean que es imposible determinar, durante el análisis que realiza la autoridad de competencia, la diferencia entre una práctica observada y alguna circunstancia alternativa que no existe actualmente y que pudiese observarse a futuro, dada la naturaleza dinámica de la industria digital. Esto lleva a las autoridades de competencia a alcanzar conclusiones en ocasiones erróneas (Petit & Teece, 2020, p. 10).

Al respecto, los mismos autores han planteado que una solución para este problema, desde el punto de vista de la legislación en materia de competencia, sería que se complementen las herramientas que tienen disponibles las autoridades con lo que denominan como “capacidades dinámicas” para el enfoque del análisis que realicen tanto economistas como abogados, llamando a una suerte de renacimiento en materia antimonopolio (Petit & Teece, 2020, p. 12).

Este planteamiento de Petit y Teece, aunque suene disruptivo, es posible de evidenciar en los análisis que ya han venido realizando diversas autoridades

en materia de competencia. En efecto, el dinamismo característico de los mercados digitales ha llevado a que algunas agencias reconozcan teorías de daños o riesgos derivados de fusiones y operaciones de concentración referidas a conglomerados distintos a aquellos identificados por las autoridades de competencia de acuerdo a la literatura económica clásica (OCDE, 2020b, p. 27).

Tratándose de análisis de competencia en casos de operaciones de concentración entre plataformas, es posible identificar la organización de productos o servicios de cara al usuario, organizados como parte de un ecosistema digital. La existencia de estos ecosistemas digitales generaría sinergias para los consumidores o usuarios, en el sentido de poder acceder a un solo ecosistema o plataforma que vincule diferentes productos y mercados, por ejemplo, bajo una marca y condiciones de privacidad.

Si bien lo anterior resultaría muy atractivo de cara al usuario, desde el punto de vista de la libre competencia, la integración de varias actividades en una misma plataforma podría ser problemático. Esto atendiendo a que la proliferación de estos ecosistemas digitales que vinculen distintos mercados puede, a la vez, generar barreras a la entrada de otros actores cuando un actor con poder de mercado busque adquirir otras empresas o plataformas. Esto, además, aumentaría los riesgos de coordinación derivados del aumento del contacto multimercado entre las distintas empresas tecnológicas (OCDE, 2020b, p. 28).

E. *Killer acquisitions*

Otra preocupación que es posible identificar en el análisis de las operaciones de concentración en mercados digitales es el eventual efecto de cierre en el mercado de la empresa adquirida, aun cuando la plataforma que la adquiere tenga una participación relevante en un mercado distinto. Esto porque la operación puede responder, más bien, a una estrategia de la plataforma ya presente en el mercado para evitar la competencia, eliminando a un competidor incipiente, en las denominadas *killer acquisitions* (OCDE, 2020b, p. 28).

De acuerdo a Cunningham, Ederer y Ma (2021), las plataformas incumbentes podrían tener incentivos para adquirir empresas incipientes o nuevas solo con el objeto de discontinuar los proyectos innovadores de esas empresas y así adelantarse —y evitar— a la competencia futura.

Al respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) ha señalado recientemente que las autoridades de

competencia han tenido un rol más bien tímido respecto de este tipo de riesgos para la competencia al analizar adquisiciones de empresas nuevas o incipientes, siendo necesario un enfoque más vigoroso (2020c).

Sin embargo, en este análisis es importante distinguir —y he ahí un dilema para la autoridad reguladora o de libre competencia— si la supuesta *killer acquisition* es realmente una operación de esa naturaleza o, más bien, es parte de un proceso legítimo de consolidación del mercado como resultado de la sobrevivencia de aquellos actores más eficientes por sobre otros que no lo son, o que no tienen capital o escala para lanzar un producto innovador.

Por otra parte, esta preocupación también surge cuando, de concretarse una adquisición de otra plataforma en otra actividad o mercado, se permite a la plataforma adquirente o resultante de la operación incurrir en una conducta de exclusión paralelamente en múltiples mercados digitales. Esto podría darse, de acuerdo a la OCDE, por ejemplo, por medio de la aplicación generalizada, de la plataforma, de cláusulas de precios de reventa o de nación más favorecida en todos los mercados en los que esté presente (2020b, p. 28).

F. *Conductas de empaquetamiento*

Por otra parte, otros riesgos de conglomerado que preocupan a las autoridades de competencia pueden surgir en operaciones de concentración de plataformas digitales cuando estas aplican una política de empaquetamiento de las políticas de privacidad o términos del consentimiento para el uso de datos con los que deben estar de acuerdo los usuarios. Esto se daría, por ejemplo, si una plataforma con una posición dominante obtiene el consentimiento para la recolección de datos de los usuarios en varias circunstancias. Así, si luego esa misma plataforma decide entrar a un nuevo mercado, en el cual existe un traslape de los usuarios respecto de los cuales cuenta con datos, podría usar ese consentimiento —ya existente— para recolectar datos de los usuarios en ambos mercados (OCDE, 2020b, p. 27).

En este sentido, y en la línea de lo planteado por Petit y Teece (2020), el empaquetamiento de políticas de privacidad sugiere que el enfoque dinámico de riesgos de conglomerado puede ajustarse a las características y comportamientos particulares en, al menos, algunos de los mercados de plataformas digitales, manteniéndose el desafío para las autoridades de competencia de desarrollar capacidades dinámicas para el análisis en los demás casos.

Conforme a lo anterior, se observa que –aun cuando el desarrollo de los mercados digitales es más bien reciente y esencialmente dinámico– existe cierto consenso, a nivel académico, de organismos internacionales como la OCDE y de autoridades de libre competencia, respecto de la existencia de los importantes desafíos en materia de fusiones y operaciones de concentración en mercados digitales, y en particular de plataformas, conforme a los desafíos ya descritos.

Sin descartar que esto responda a un fenómeno de isomorfismo normativo (producto de la pertenencia de distintas economías a la OCDE y a la reputación técnica de su Comité de Competencia) o mimético (producto de la imitación de criterios y recomendaciones dados por la OCDE por parte de las agencias de competencia, aun cuando estas pertenezcan a economías que no son partes de la organización), lo cierto es que los riesgos de conglomerado ya descritos han sido ampliamente identificados y analizados tratándose de operaciones de concentración en mercados digitales. Esto ha generado, durante los últimos años, el consecuente desarrollo de casuística por parte de las distintas agencias competentes en la materia.

En ese contexto, es posible observar que el análisis realizado por diversas agencias de competencia a nivel iberoamericano, con relación a operaciones de concentración referidas a plataformas digitales que han sido sometidas a su conocimiento, ha sido consistente con las distintas preocupaciones para la competencia vinculadas a los riesgos de conglomerado, indicados por la amplia literatura revisada como cruciales respecto del análisis de competencia referido a plataformas digitales.

III. CASOS

Los casos referidos en este artículo son los siguientes: (i) operación de concentración entre Walmart y Cornershop en Chile y en México; (ii) operación de concentración entre Uber y Cornershop en Chile y México; (iii) operación de concentración entre Naspers y Delivery Hero en España; y (iv) operación de concentración entre Just Eat y La Nevera Roja en España.

A. Caso Walmart /Cornershop

1. Chile

La operación sometida al análisis de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE), consistió en la adquisición por parte de Walmart Chile, dedicada al negocio de supermercados, del negocio de servicios de compra y entrega a domicilio de productos consumibles *on demand* de Cornershop en

Chile. Esta operación, finalmente, no se concretó, a pesar de contar con la aprobación de la autoridad.

En su informe, la FNE destacó el dinamismo del mercado de las plataformas *online* que permiten las compras de supermercados, considerando importantes cambios registrados entre 2017 y 2018, como el aumento considerable del tamaño del mercado, el ingreso de tres nuevos actores y las variaciones significativas en las participaciones de mercado de los distintos actores (Informe de aprobación, Rol FNE F161-2018, 2019, p. 5).

Con relación al mercado relevante, la autoridad distinguió el mercado *online* de las compras presenciales en supermercados (*brick and mortar*). Aquello principalmente porque los primeros serían utilizados solo por un número limitado y diferente de consumidores, junto con no encontrarse disponibles en todo el territorio nacional. En consecuencia, ambos segmentos en los que participaban las partes de la operación atenderían a públicos objetivos distintos.

Resulta interesante que la FNE reconoce en su informe que un análisis de riesgos a partir de la estructura actual de mercado no reflejaría adecuadamente las condiciones futuras de competencia entre las plataformas al tratarse de un mercado, esencialmente, dinámico. Conforme a lo anterior, el análisis asume expresamente un grado relevante de incertidumbre sobre la posición en el mercado en el futuro de los distintos actores (Informe de aprobación, Rol FNE F161-2018, 2019, p. 16). Luego, la FNE incluye una especie de *'disclaimer'*, por medio del cual indica que su análisis obedece a las condiciones actuales de un mercado con especial dinamismo, cuya evolución en el tiempo no es previsible para la autoridad (Informe de aprobación, Rol FNE F161-2018, 2019, pp. 20-21).

Con relación al uso de datos, la FNE descartó que Walmart pudiese obtener una ventaja competitiva relevante al acceder a datos sobre el comportamiento y patrones de consumo de los clientes de los supermercados competidores en un contexto de comercio digital en el cual no es desafiado.

Según la FNE, lo anterior es producto de que, si bien los datos recolectados por la plataforma de Cornershop constituían una herramienta valiosa para Walmart, a su juicio no sería relevante como riesgo. Walmart solo tendría acceso a información referida a un número acotado de clientes, considerando que la penetración del *e-commerce* en ese segmento era menor al 1%, por lo que no se generaría una asimetría competitiva significativa en favor del supermercado (Informe de aprobación, Rol FNE F161-2018, 2019).

Además, la FNE consideró en su análisis los riesgos referidos al acceso de datos recopilados por Cornershop por parte de Walmart, descartando que el riesgo fuese de tal magnitud que no pudiese ser respondido por los competidores existentes en el segmento de supermercados.

Conforme a lo anterior, el análisis desarrollado por la autoridad en este caso incluyó nuevamente una mirada dinámica del mercado, reconociendo la incertidumbre inherente a los mercados digitales, pero realizando una proyección acerca de cómo podrían responder los distintos actores.

2. México

La Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, Cofece) resolvió rechazar la operación de concentración por medio de la cual Walmart Holdings pretendía adquirir Cornershop MX (Resolución Expediente CNT-161-2018, 2019).

Walmart Holdings, filial de Walmart Inc., operaba al momento de la notificación de la operación en el mercado mexicano por medio de sociedades subsidiarias dedicadas a operar tiendas de autoservicio, farmacias y tiendas en línea, y a la comercialización de bienes por cuenta propia o de terceros a través de supermercados, almacenes y tiendas en línea. Por su parte, Cornershop MX pertenecía a Cornershop LLC, y prestaba servicios logísticos de exhibición, compra y entrega inmediata a usuarios finales de productos al por menor ofrecidos por tiendas de autoservicio y otros comercios a través de páginas de internet y de aplicaciones para dispositivos móviles.

La Cofece observó que las actividades desarrolladas por las partes de la operación objeto de su análisis estaban relacionadas en la cadena de valor del servicio logístico de compra y entrega inmediata de productos ofrecidos por comercios a través de páginas de internet y la plataforma de Cornershop MX. Así, identificó que Walmart Holdings y Cornershop MX participaban en distintos eslabones de la cadena de compra y entrega inmediata de productos ofrecidos por comercios a través de internet, por lo que la operación tendría efectos verticales (Resolución Expediente CNT-161-2018, 2019).

Al respecto, y atendiendo a que Cornershop MX operaba en un mercado de dos lados², la Cofece consideró que el análisis del mercado relevante

debía considerar el análisis de sustitución en ambos lados de la demanda. Así, explicó que la plataforma debía mantener la demanda de los dos grupos de consumidores para poder existir, ya que el beneficio que un lado de los consumidores obtiene de la plataforma depende de la existencia de demanda del otro lado de clientes, y viceversa (Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece], 2019).

El planteamiento de la Cofece, en este sentido, guarda relación con los efectos de red indirectos que se observan en las plataformas, las que serán viables en la medida que cuenten con una base sustentable de usuarios y de comercios que fortalezcan los efectos de red.

Esos efectos se ven disminuidos si es que las plataformas establecidas cuentan con contratos de exclusividad. En efecto, la Cofece señaló al respecto que en la medida que la exclusividad limite el número de socios comerciales a los que la nueva plataforma puede acceder, será menos competitiva en términos de variedad de productos ofrecidos en comparación con sus competidores, junto con ponerlas en desventaja en términos de precios (Resolución Expediente CNT-161-2018, 2019, p. 52).

Luego, dicha entidad procedió a analizar la competencia que enfrentaba Cornershop MX en distintas ciudades mexicanas, concluyendo que en varias de ellas no enfrenta competencia, a la vez que Walmart Holdings era la tienda de autoservicio mejor posicionada dentro de las plataformas en esas ciudades (Resolución Expediente CNT-161-2018, 2019). Conforme a lo anterior, la autoridad mexicana consideró la importante participación de mercado de Walmart Holdings, tanto en el mercado de las tiendas físicas como en el mercado digital en ciertas localidades, como indicativo de que esta podría desplazar a los competidores de Cornershop MX. Para ello, solo se requeriría que Walmart negara la oferta de sus productos a través de esas plataformas, o lo hiciera bajo condiciones distintas y desfavorables.

Además, la Cofece estimó que Walmart podría desplazar a sus competidores a través del uso indebido de la información detallada de los usuarios que utilizaban la plataforma de Cornershop MX. En la misma línea, estimó que Cornershop también tendría incentivos para establecer ventajas exclusivas en favor de Walmart o incluso, podría impedir el

² Esto quiere decir que tiene como clientes, por un lado, a los consumidores finales usuarios de la plataforma y, por otro lado, a los comercios que al estar en la plataforma pueden llegar al consumidor final sin necesidad de involucrarse en la recolección y envío de los productos.

acceso a la plataforma a los competidores de este. Finalmente, resolvió rechazar la operación, atendiendo que las condiciones propuestas por las partes no corregían los riesgos detectados y porque la empresa resultante de la operación podría tener la capacidad de establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado o desplazar a sus competidores en el mercado de las plataformas y de las tiendas de autoservicio (Cofece, 2019, p. 5).

La Cofece, al analizar el riesgo del uso de la información para fines anticompetitivos, consideró que la información que recababa la plataforma de Cornershop MX era estratégica. Esto contrasta con lo resuelto por la autoridad chilena respecto de la misma operación en Chile. En efecto, la Cofece consideró que la información a la que accedería Walmart por medio de Cornershop MX le permitiría conocer el patrón de consumo de clientes específicos en áreas específicas, lo que constituía, a su juicio, una ventaja competitiva y un riesgo de conglomerado.

Si bien las partes de la operación propusieron a la autoridad mexicana abstenerse de utilizar los datos referidos a información proporcionada por los comercios, así como la recopilada o desarrollada por la plataforma de Cornershop MX, la Cofece estimó que el compromiso era ineficaz para mitigar el riesgo de que Walmart desplazara indebidamente a otras tiendas de autoservicio a través del uso de dicha información (Resolución Expediente CNT-161-2018, 2019, pp. 85-86).

Conforme a lo anterior, el planteamiento de la Cofece en esta decisión estuvo fundado en el riesgo de cierre de mercado, ante la eventualidad de implementar Walmart una estrategia para evitar la competencia.

B. Caso Uber/Cornershop

1. Chile

La operación notificada a la FNE consistía en la adquisición por parte de Uber, empresa constituida en Estados Unidos dedicada al desarrollo de plataformas digitales a nivel mundial, de derechos que le permitirían influir decisivamente en la administración de Cornershop. Esta última, participaba en el comercio electrónico mediante plataformas digitales que intermedian la compra en línea y despacho a domicilio de productos de supermercados y otros comercios.

En Chile, y al momento de la notificación, Uber ofrecía servicios de intermediación para el transporte de pasajeros en automóviles por medio

de la plataforma Uber, y de compra y entrega a domicilio de comida preparada por restaurantes y otros comercios por medio de la plataforma Uber Eats. Por su parte, Cornershop operaba a través de su plataforma del mismo nombre que provee servicios de compra en línea y entrega de bienes, principalmente de supermercados u otros comercios.

El análisis de la FNE señala que, durante la etapa final de la investigación, la pandemia de COVID-19 constituyó una instancia para la recopilación de información valiosa y adicional acerca del efecto de dicha contingencia en el mercado de las plataformas de intermediación (Resolución de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020, p. 4).

En efecto, la autoridad de competencia evidenció que, desde la perspectiva de la demanda, se aceleraron cambios relevantes en el mercado producto de la pandemia, aumentando la demanda para los servicios de reparto de pedidos de supermercados. Ante esto, la estructura de la oferta habría sufrido modificaciones, apresurándose o anticipándose, por ejemplo, el desarrollo o despliegue de planes de expansión en el segmento de ventas en línea por parte de los competidores tanto de Uber como de Cornershop (Resolución de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020, p. 4).

La FNE, en este sentido consideró la pandemia del COVID-19 como un experimento natural, que corroboró que la expansión de los rivales de las partes de la operación eran proyectos predecibles que ante la contingencia sanitaria se aceleraron. Sin perjuicio de ello, la autoridad chilena aclaró en su decisión que la pandemia del COVID-19 no alteró ni determinó los resultados de la investigación, sino que solo vino a reforzar algunas de las estimaciones y conclusiones de la misma, especialmente el dinamismo de los mercados digitales (Resolución de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020). Así, la FNE terminó por aprobar la operación entre Uber y Cornershop, después de haber extendido su tramitación tras estimar que la operación podía reducir sustancialmente la competencia, por lo que ameritaba un estudio en profundidad de esta (Resolución de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020, p. 1).

A mayor abundamiento, en su informe, la FNE analizó diversos riesgos, entre ellos los de conglomerado por empaquetamiento de servicios de mercados relacionados. Para ello, la FNE realizó una encuesta a los usuarios, contenida en el Anexo del Informe (Informe de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020, Anexo). Los resultados mostraron que las estrategias de utilización de la posición de Cornershop para debilitar la competencia en

los mercados donde participa Uber y de utilización de la posición de Uber para debilitar la competencia en el segmento de supermercados, resultarían costosas para la entidad fusionada (Resolución de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020, p. 8).

Esto, porque la encuesta realizada por la autoridad chilena demostró, por un lado, que los consumidores finales de Cornershop no tendrían a la fecha del estudio una alta valoración de programas de fidelización que incorporen beneficios en los otros segmentos, por lo que las plataformas digitales de restaurantes tendrían posibilidades competitivas equivalentes (Resolución de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020, p. 8). Por otro lado, concluyó que una estrategia de empaquetamiento suficiente como para limitar las posibilidades de expansión de los competidores de Cornershop era poco plausible, dada la baja valoración de los consumidores finales de Cornershop por beneficios en otros mercados de plataformas de intermediación, según los resultados de la encuesta (Resolución de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020, p. 8).

Además, la investigación de la FNE habría demostrado que los competidores en el segmento de supermercados contaban con herramientas competitivas para reaccionar frente a estrategias de esta naturaleza por parte de la entidad resultante de la operación, lo que —en todo caso— además se habría acelerado ante la crisis sanitaria causada por la pandemia del COVID-19 (Resolución de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020, pp. 8-9).

Finalmente, y con relación a los riesgos de exclusión derivada de la concentración de datos e información de usuarios, la FNE evaluó si dicha información podría aportar una ventaja competitiva relevante a la entidad fusionada que le confiriera poder de mercado. Al respecto, la autoridad de competencia señaló que, si bien la información y datos de los consumidores finales representaba un elemento de utilidad para competir en este mercado, no constituirían el principal insumo para operar, sino únicamente un elemento de mejora funcional de los servicios ofrecidos (Resolución de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020, p. 9).

Finalmente, y con relación a un posible riesgo explicativo derivado de la disminución de la protección de los datos personales de los consumidores, la FNE examinó la capacidad de la entidad fusionada para condicionar una mayor cantidad de servicios a la aceptación de una política de privacidad común. Una estrategia de este tipo, a juicio de la FNE, se traduciría en una disminución de la calidad de los servicios ofrecidos a los consumidores finales. Al respecto, la autoridad chilena concluyó

que la operación no significaría un cambio relevante para afectar las políticas de privacidad de los consumidores finales. Agregando luego que estos eventuales riesgos explotativos emanarían, más bien, de una condición propia de los mercados de plataformas, sin que resultara atribuible como efecto propio de la operación analizada (Resolución de aprobación, Rol FNE F217-2019, 2020, pp. 9-10).

Conforme a lo anterior, el análisis desarrollado por la autoridad en este caso incluyó una mirada dinámica del mercado, aprovechando incluso el experimento natural del impacto de la crisis sanitaria y las medidas de confinamiento en el aumento de la demanda por intermediación de compras.

Además, la FNE incluyó en su análisis consideraciones referidas a los datos como ventaja competitiva y a las posibles implicancias de determinadas políticas de privacidad, en línea con lo planteado por gran parte de la doctrina. Con todo, la FNE aprobó la operación sin medidas ni condiciones respecto del uso de datos, aun cuando ambas plataformas combinaban una cantidad relevante de usuarios. Lo anterior, en consideración al tamaño y capacidad de respuesta de los otros actores del segmento de supermercados, adoptando así la FNE una decisión en línea con lo planteado por la OCDE, pero con un criterio más laxo que el planteado por algunos autores, como Chirita (2019a; 2019b).

2. México

La Cofece conoció recientemente de la operación consistente en la compra de la plataforma Cornershop por parte de la plataforma Uber, la cual fue autorizada por la autoridad mexicana en diciembre de 2020.

Esta decisión fue resuelta, una vez que la competencia por parte de Cofece para realizar el análisis de dicha operación fuera establecida por el Primer Tribunal colegiado en Materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radio-difusión y Telecomunicaciones, tras haberse atribuido el Instituto Federal de Telecomunicaciones esa competencia a finales de 2019, una vez que las partes habían notificado la operación a la Cofece.

En particular, la Cofece exploró los potenciales riesgos de conglomerado, donde Uber pudiese trasladar los efectos de red hacia el negocio de *groceries* (comestibles) o viceversa, concluyendo que existían otros agentes que ejercen presión competitiva en ese negocio, además de competidores potenciales que podrían dar una oferta en dicho servicio en un tiempo relativamente corto (Cofece, 2021).

Este caso resulta interesante, en parte, porque el análisis de competencia fue realizado por la autoridad de competencia mexicana durante la crisis sanitaria generada por la pandemia del COVID-19, al igual que en el Caso Uber/Cornershop en Chile. Las circunstancias de la pandemia generaron cambios relevantes en el sector del comercio electrónico en general en México. En efecto, la Cofece estableció dentro de los antecedentes que tuvo a la vista para aprobar la operación, la información recopilada por la Asociación Mexicana de Venta Online, en sus reportes de impacto del COVID-19 en la venta *online*. Estos reportes muestran un crecimiento de un 152% de las visitas a las plataformas de entrega de comida en México entre los meses de febrero y octubre del 2020, contrastando con la disminución de las visitas a plataformas de pagos de servicios *online* y movilidad (Asociación Mexicana de Venta Online, 2020, p. 34).

De este modo, el análisis desarrollado por la autoridad mexicana en este caso incluyó una mirada dinámica del mercado, considerando datos acerca del uso de las plataformas generados con posterioridad a la notificación, es decir, sobre la base de circunstancias observadas en el transcurso de la investigación. Lo anterior podría considerarse, en concepto de Petit y Teece (2020), como el ejercicio de capacidades dinámicas para el enfoque del análisis de los mercados digitales, en línea con lo recomendado por organismos internacionales como la OCDE.

C. Caso Naspers/Delivery Hero en Brasil

El Consejo Administrativo de Defensa Económica (en adelante, CADE) del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Brasil resolvió aprobar sin condiciones la operación mediante la cual Naspers Limited (en adelante, NL) adquirió participación en Delivery Hero (en adelante, DH) (Parecer 5/2018/CGAA1/SGA1/SG, 2018).

A la fecha del análisis desarrollado por el CADE, NL era una empresa sudafricana que, en sus operaciones en Brasil, invertía en empresas que operaban en los segmentos de publicidad, pagos, comercio y pedidos de comida hechos *online*, operando en el segmento de pedidos de alimentos en línea por medio de plataformas iFood y Spoonrocket. Por su parte, DH era un actor global en el segmento de pedidos y entregas de comida *online* y operaba en Brasil por medio de las plataformas OrdersJá y Subdelivery.

El CADE analizó el traslape horizontal entre NL y DH en el segmento de los pedidos de comida en línea, y resolvió aprobar la operación; aquello, considerando que la posición relevante de iFood en el

mercado existía con anterioridad a la operación, sin que esta cambiara sustancialmente producto de la misma. Además, la autoridad brasilera de competencia señaló que la operación tenía lugar en un mercado con fuertes oportunidades de expansión, con la entrada de actores relevantes a nivel internacional en los últimos años (como Uber Eats), y respecto del cual se esperaba a futuro una intensificación en la rivalidad competitiva (Parecer 5/2018/CGAA1/SGA1/SG, 2018). En este sentido, el análisis del CADE muestra que la autoridad veía como alta la probabilidad de entrada de nuevos actores con potencial disruptivo, lo que llevó a concluir que la operación no dañaba el entorno competitivo.

Asimismo, resulta interesante observar que la decisión del CADE incluye una advertencia. Señala que iFood ya había adquirido diez empresas en Brasil, entre *startups* y empresas de grupos internacionales, estrategia que, ante el riesgo de representar una barrera a la entrada de nuevos agentes, debía ser monitoreada de cerca por la autoridad de competencia en casos futuros (Parecer 5/2018/CGAA1/SGA1/SG, 2018). Además, la decisión del CADE indicó que la existencia de contratos de exclusividad entre iFood y grandes cadenas de restaurantes, con alta visibilidad y mayor capacidad de atraer a los consumidores, también podrían representar eventuales barreras a la entrada de nuevos actores, haciendo menos atractivas a las plataformas rivales de cara a los clientes finales.

Considerando todo esto, la decisión de la autoridad brasilera aprueba sin condiciones la operación y al mismo tiempo advierte a NL el monitoreo que tendrá en eventuales futuras adquisiciones por parte suya, considerando la posición dominante que detenta iFood en el mercado de las plataformas, a manera de desincentivar una posible estrategia de *killer acquisitions*.

D. Caso Just Eat/La Nevera Roja en España

La Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) de España resolvió aprobar la operación de concentración por medio de la cual Just Eat Holding Limited (en adelante, JE) adquirió el 100% del capital social de la compañía Digital Services LII (Gp), S.A.R.L., que indirectamente disponía del 100% del capital social del Grupo Yamm Comida a Domicilio, S.L., que operaba bajo el nombre La Nevera Roja (en adelante, LNR) (Resolución del Expediente C/0730/16, 2016).

Al momento del análisis de la operación por parte de la CNMC, JE pertenecía a un grupo empresarial

británico que operaba en el sector de la gestión de pedidos de comida a domicilio por internet, actuando como intermediario entre consumidores finales y restaurantes, a través de su plataforma *online*. Por su parte, LNR era una sociedad española que también actuaba como intermediario entre consumidores y restaurantes, por medio de su plataforma *online*.

La CNMC consideró que el modelo de negocios que desarrollan estas plataformas *online* depende de dos demandas interdependientes, dando lugar a un contexto de los denominados mercados de dos caras o *two-sided markets*.

Conforme a ello, la autoridad española en su análisis distingue dos mercados: por un lado, el mercado de plataformas *online* de gestión de pedidos de comida a domicilio, en el que actuarían como demandantes los restaurantes; y, por otro lado, el mercado de los servicios de comida a domicilio, en el que actúan como demandantes los clientes finales.

Finalmente, la CNMC resolvió aprobar la operación, con compromisos por parte de JE, todos ellos, respecto del mercado de los servicios en el cual los restaurantes representan la demanda (Resolución del Expediente C/0730/16, 2016). En este sentido, si bien la operación fue aprobada con medidas o compromisos, ninguno de ellos guardó relación con el uso de los datos de los clientes finales a los que tenían acceso ambas plataformas.

En efecto, los compromisos adoptados guardaron relación, más bien, con mitigar los riesgos identificados respecto de la demanda de los restaurantes y que pudiesen actuar como cerrojo respecto de otras plataformas (riesgos de abusos excluyentes por medio de la implementación de exclusividades).

Los compromisos quedaron establecidos en los siguientes términos: (i) JE se comprometería a no mantener o establecer ningún tipo de exigencia de exclusividad formal o *de facto*, total o parcial, en la relación contractual que mantuviese con los restaurantes afiliados (actuales o futuros) a sus plataformas en España; (ii) JE se comprometería a no vincular, ni directa ni indirectamente, el nivel de las comisiones acordadas con los restaurantes (actuales o futuros) con ninguna relación de exclusividad con las plataformas de JE en España; y (iii) JE se comprometería a no implementar ninguna medida, formal o *de facto*, que pudiera penalizar a un restaurante afiliado (actual o futuro) con motivo de su afiliación a una plataforma de un tercero (Resolución del Expediente C/0730/16, 2016).

IV. CONCLUSIONES

Las autoridades de competencia enfrentan diversos desafíos al momento de aprobar, con o sin medidas, o prohibir, operaciones de concentración que involucren plataformas digitales.

El análisis de los efectos de red que generan las plataformas y los ecosistemas digitales va de la mano, además, con el problema de la incertidumbre e información imperfecta. En efecto, los mercados digitales muestran comúnmente significativas economías de escala, con altos costos fijos y bajos o nulos costos variables (OCDE, 2020a, p. 17). Esto los dota de gran dinamismo e impredecibilidad, lo que exige a las autoridades antimonopolios contar con una mirada prospectiva en su análisis de competencia de estos mercados.

El dinamismo propio de las plataformas digitales, así como las interrogantes que se generan respecto del uso de datos y su evolución, han sido reconocidos por algunas autoridades de competencia, quienes —en determinados casos— han debido enfrentar experimentos naturales de *shock* exógeno en los mercados de plataformas de intermediación. Sin ir muy lejos, la pandemia del COVID-19 sin duda ha sido, al menos para el caso de la operación de concentración entre Uber y Cornershop analizada por las autoridades de competencia en Chile y México, un antecedente que vino a corroborar el dinamismo del mercado y las capacidades de los rivales de adaptarse a aumentos de demanda por los servicios.

También, las autoridades de competencia han tenido la oportunidad de desarrollar capacidades dinámicas en sus análisis de operaciones de concentración de plataformas. En este sentido, destaca el análisis del CADE en el caso de Naspers y Delivery Hero, en el cual la autoridad brasilera mostró una preocupación por intervenir sin afectar negativamente la innovación, considerando las perspectivas de crecimiento del mercado y la presencia de actores internacionales, lo que dificultaría —a juicio de esa autoridad— decir que una plataforma cuenta con un poder de mercado estable (Parecer 5/2018/CGAA1/SGA1/SG, 2018).

Asimismo, la creciente relevancia de las plataformas ha venido aparejada de una mayor preocupación respecto de los datos de los clientes y usuarios de las plataformas. Si bien esto puede ser relevante desde el punto de vista de los derechos de los consumidores y de la protección de la privacidad, los casos comentados han señalado que, para efectos del análisis de libre competencia de una operación de concentración, los datos de usuarios son relevantes, en la medida que puedan ser con-

siderados como un activo valioso, que otorgue una ventaja difícil de replicar en el tiempo o a un costo determinado.

Los riesgos de conglomerado en el análisis de competencia de operaciones de concentración entre plataformas han sido planteados en los casos analizados. La mayoría de las decisiones incluyeron argumentos bajo la lógica de que una plataforma digital con poder de mercado podría tener incentivos para utilizar los datos de los usuarios para luego incorporarse a nuevos mercados. De este modo, aun cuando con matices, se observa que en determinados casos recientes de análisis de operaciones de concentración en mercados digitales, las autoridades de competencia a nivel iberoamericano objeto de estudio en este artículo han abordado los desafíos de incertidumbre y de riesgos de conglomerado asociados al uso de datos de los usuarios en sus decisiones.

Con todo, es necesario recordar que las reglas que promueven y defienden la libre competencia no prohíben ni sancionan el poder de mercado en sí. Por ende, tampoco está prohibido el poder sobre datos de usuarios que un determinado actor del mercado pudiese tener, ya que para la procedencia de sanciones se requiere de una conducta abusiva de ese poder de mercado (ya sea explotativa o exclusiva). En este sentido, aun cuando los casos de operaciones de concentración que involucran plataformas digitales son cada vez más frecuentes, todavía existen muchas incógnitas acerca de la relevancia de los datos en los mercados digitales, por lo que se requiere mayor investigación a este respecto (Körber, 2016).

En este sentido, la recomendación formulada por la OCDE en esta materia está orientada a las autoridades de competencia, quienes deberán ser capaces de aplicar análisis basados en efectos, junto con la necesidad de evitar la adopción de acciones que puedan crear desincentivos a la innovación (OCDE, 2020a, p. 59). Asimismo, la organización ha hecho un llamado a las agencias de competencia para que estas adopten un rol más vigoroso en el análisis de las adquisiciones de empresas nuevas o incipientes, levantando el riesgo de un posible *under-enforcement* en esta materia (OCDE, 2020a)

Conforme a lo anterior, el análisis de riesgos para la competencia derivados de operaciones de concentración que involucran plataformas digitales representa un desafío tanto para aquellas agencias que ya vienen conociendo de casos referidos

a mercados digitales, como para aquellas que deberán conocer de estos a futuro sin contar con experiencia previa, como consecuencia, por ejemplo, de la entrada en vigencia de nuevos sistemas de control de operaciones de concentración³.

En consecuencia, un mayor conocimiento e investigación en estas materias, sin duda, sería un aporte para las autoridades de competencia y reguladores a nivel iberoamericano. Esto lograría reducir el riesgo de intervenciones apresuradas o decisiones adoptadas con escaso entendimiento de los mercados digitales, las que en ocasiones pueden generar más daño que aquel que pretendían evitar. ■

REFERENCIAS

- Arroyo Barrigüete, J. L. (2007). *Externalidades de Red en la Economía Digital Introducción a la modelización de mercados de redes mediante la teoría de sistemas dinámicos*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Asociación Mexicana de Venta Online (2020). *Reporte 5.0 Impacto Covid-19 en Venta Online México*. <https://www.amvo.org.mx/estudios/reportes-5-0-impacto-covid-19-en-venta-online-mexico/>
- Botta, M., & Wiedemann, K. (2019). The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey. *The Antitrust Bulletin*, 64(3), 428-446. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3462983>
- Bourreau, M., & de Stree, A. (2019). *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. Centre on Regulation in Europe. <http://www.crid.be/pdf/public/8377.pdf>
- Chirita, A. (2019a). *Abusive Global Platform Dominance or Competition on the Merits?* (Durham Law School Research Paper 2019). <https://ssrn.com/abstract=3540987>
- (2019b). Data-Driven Mergers Under EU Competition Law. En J. Linarelli & O. Akseli (eds.), *The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation* (pp. 147-183). Hart Publishing.
- Comisión Federal de Competencia Económica [Co-fecfe] (2019). *Sobre el análisis de concentraciones con modelos de negocios innovadores: Operación no autorizada Walmart-Cornershop*.

³ Como en el caso de Perú, a partir de la publicación, con fecha 7 de enero de 2021, de la Ley 31112 que establece el Régimen del control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial.

- Análisis de casos. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/08/AnCAs-CornerShop-12agsoto2019.pdf>
- (2021). *Concentración Uber-CornerShop*. Análisis de caso. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/02/art-Uber-cornershop-03febrero2021.pdf>
- Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. (2021). Killer Acquisitions. *Journal of Political Economy*, 129(3), 649-702. <https://doi.org/10.1086/712506>
- De Elejalde, R. (2020). Plataformas digitales: nuevos desafíos para políticas de defensa de la libre competencia. *Observatorio Económico FEN-UAH*, (148), 4-5. <https://doi.org/10.11565/oe.vi148.377>
- Fiscalía Nacional Económica [FNE] (2012). *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>
- Körber, T. (2016). Is Knowledge (Market) Power? - On the Relationship Between Data Protection, 'Data Power' and Competition Law. *NZKart*, 303-334.
- McSweeney, T., & O'Dea, B. (2018). Data, Innovation, and Potential Competition in Digital Markets - Looking Beyond Short-Term Price Effects in Merger Analysis. *CPI Antitrust Chronicle February 2018*, 1-7.
- Nayak, N. (2019). *Barrier to Entry and Disruptive Innovation Potential in Big Data Markets: A Literature Review*. <https://ssrn.com/abstract=3388218>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2017). *Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia. Sesión II: Control de fusiones en América Latina y el Caribe - Evolución y tendencias recientes*. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)2/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)2/es/pdf)
- (2020a). *Abuse of Dominance in Digital Markets*. <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>
- (2020b). *Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers - Background Note by the Secretariat*. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/en/pdf)
- (2020c). *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control - Background Note by the Secretariat*. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/en/pdf)
- Petit, N., & Teece, D. (diciembre de 2020). *Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy*. Trabajo presentado en Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Lausana, Suiza.
- Petropoulos, G. (2017). An economic review of the collaborative economy. *Bruegel Policy Contribution Issue*, (5), 1-17.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece], 27 de mayo de 2019, Pleno Resolución Expediente CNT-161-2018 (Méx.).
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [CNMC], 31 de marzo de 2016, Resolución del Expediente C/0730/16 (Just Eat/La Nevera Roja) (Esp.).
- Consejo Administrativo de Defensa Económica [CADE], 8 de marzo de 2018, Parecer 5/2018/CGAA1/SGA1/SG, Processo 08700.007262/2017-76 (Naspers/Delivery Hero) (Bras.).
- Dun & Bradstreet Corp., F.T.C. 091 0081, Docket No. 9342 (2010) (EE.UU.).
- Fiscalía Nacional Económica [FNE], 11 de enero de 2019, Informe de aprobación, Rol de causa: FNE F161-2018 (Chile).
- Fiscalía Nacional Económica [FNE], 29 de mayo de 2020, Anexo del Informe de aprobación, Rol de causa: FNE F217-2019 (Chile).
- Fiscalía Nacional Económica [FNE], 29 de mayo de 2020, Informe de aprobación, Rol de causa: FNE F217-2019 (Chile).
- Fiscalía Nacional Económica [FNE], 29 de mayo de 2020, Resolución de aprobación, Rol de causa: FNE F217-2019 (Chile).
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 25 de octubre de 2004, "Consulta sobre fusión de Metropolis Intercom S.A. y VTR S.A.", Resolución 1/2004 (Chile).