



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

**DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE EN OPERACIONES DE
CONCENTRACIÓN ENTRE PLATAFORMAS DIGITALES INTENSIVAS EN EL
USO DE DATOS**

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

Autor:

Joaquín Ignacio Martínez Layuno

Profesora Guía:

Nicole Nehme Zalaquett

Santiago, Chile

2024

ÍNDICE

Resumen	4
Introducción.....	5
Capítulo I El rol de los datos en el estudio de la libre competencia.....	14
I. ¿Qué son los datos?.....	14
A. Datos y era digital.....	16
II. Datos y libre competencia ¿puede la concentración de los datos restringir la libre competencia?	27
Capítulo II Definición de mercado relevante en el control de operaciones de concentración ..	34
I. Definición tradicional de mercado relevante	40
A. Definición de mercado relevante de producto	40
B. Definición de mercado relevante geográfico.....	44
II. Aplicación de definición de mercado relevante tradicional a operaciones de concentración entre plataformas tecnológicas.....	45
A. Caso Google-DoubleClick.....	46
B. Caso Facebook-WhatsApp	52
III. Análisis crítico a la aplicación de definición tradicional de mercado relevante.....	61
Capítulo III Mercado Relevante: Nuevas perspectivas	66
I. Mercado de los datos	71
II. Evolución de la definición de Mercado Relevante en operaciones de concentración entre plataformas tecnológicas	78
A. Microsoft- LinkedIn	78
B. Google-Fitbit	80
Capítulo IV Definición de mercado relevante en operaciones de concentración entre plataformas digitales en Chile: Rol de los datos y análisis crítico del procedimiento a la luz de la adquisición de Cornershop por Uber	88
I. Fusión Uber-Cornershop.....	89
A. Definición de mercado relevante.....	92
B. Análisis de los riesgos de la operación.....	95

Capítulo V Comentario crítico a la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales.....	104
I. Análisis crítico a la Guía de operaciones de concentración horizontales	105
II. Forma en que pudo haber operado la FNE en el caso Uber-Cornershop, de acuerdo a la propuesta levantada	114
Conclusiones.....	120
Abreviaturas.....	124
Bibliografía.....	124

RESUMEN

Este trabajo aborda la definición de mercado relevante en operaciones de concentración entre plataformas digitales, las cuales se caracterizan por el uso intensivo de datos, centrándose en cómo la acumulación y comprensión masiva de datos por un actor puede afectar la libre competencia y plantear desafíos significativos en el derecho de competencia. En la era digital, los datos personales se han convertido en un activo especializado para los mercados tecnológicos, donde su generación, adquisición, y uso por plataformas digitales permiten modelar nuevos mercados y afectar la participación en ellos. La investigación expone cómo la metodología tradicional para definir el mercado relevante -basada en la sustituibilidad de productos y servicios desde la perspectiva de los consumidores- no aborda adecuadamente las presiones competitivas en mercados tecnológicos. Tras un análisis crítico de casos como Google-DoubleClick y Facebook-WhatsApp, y considerando la evolución jurisprudencial y doctrinal, este estudio propone la definición de un mercado relevante de datos, al comprender los datos como un activo especializado.

La tesis se estructura en cinco capítulos, comenzando con una discusión sobre el rol central de los datos en la libre competencia y cómo estos constituyen un bien económico con características únicas. Posteriormente, se revisa la aplicación de la definición tradicional de mercado relevante en el contexto de operaciones de concentración tecnológica, destacando las limitaciones de este enfoque. Se propone una aproximación que considera los datos como un activo especializado, sobre el cual se puede definir un mercado relevante en sí mismo, argumentando que esta perspectiva es esencial para comprender el impacto de la concentración de datos en la competencia. Finalmente, el trabajo examina el enfoque actual en Chile, culminando con recomendaciones para incorporar la dimensión de datos en el análisis de operaciones de concentración, con el fin de proteger y promover la libre competencia en mercados digitales.

INTRODUCCIÓN

Los datos personales cumplen un rol central en la era digital¹. Se trata de un activo especializado en los mercados tecnológicos², y su generación, adquisición, comprensión y uso por parte de un actor económico plantea importantes desafíos a la hora de aplicar el derecho de la libre competencia.

Cuando se habla de datos personales, se entiende que es cualquier información relacionada con una persona identificada o identificable. Ejemplos de datos personales incluyen nombre y apellidos, dirección, número de documento, ingresos, perfil cultural, dirección de protocolo de Internet, datos en poder de hospitales médicos, entre otros³.

Como bien económico, estos tienen la particular característica de ser un activo cuyo valor existe y aumenta de forma exponencial en la medida que ellos se controlen en forma masiva. En otras palabras, los datos son un bien de especial valor en la medida en que un agente controle vastas cantidades que le permitan establecer patrones y relaciones que predigan comportamientos de consumo⁴.

El vertiginoso desarrollo tecnológico y uso de Internet es una realidad. La universalización de tecnologías digitales basadas en el procesamiento de datos⁵ ha propiciado la generación de nuevos modelos de negocios e industrias y de plataformas digitales. Estas plataformas consisten

¹World Economic Forum. *"Personal Data: The Emergence of a New Asset Class. An Initiative of the World Economic Forum"*, en colaboración con Bain & Company Inc., enero de 2011.

²Crémer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike. *"Competition Policy for the Digital Era"* Directorate-General for Competition (European Commission), 2019. El concepto de activo especializado será definido en el capítulo I, y profundizado en las siguientes secciones de este trabajo.

³Your Europe. *"Protección de Datos conforme al reglamento RGPD"*. Accedido 19 de junio de 2023. https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_es.htm.

⁴Ver, Shelanski, Howard A. *"Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet"*. University of Pennsylvania Law Review 161, 2013. "Mientras que la información de los consumidores siempre es valiosa para los negocios, lo es aún más para las plataformas digitales. Hay dos razones para esto: (1) las plataformas digitales generalmente tienen un acceso mucho mayor que los negocios convencionales a un gran espectro de información acerca de sus consumidores, y (2) los negocios digitales pueden estar mejor preparados para procesar y usar esa información para múltiples propósitos.". P.1679. Traducción libre de: "While customer information is perhaps always valuable for a business, it is even more so for digital platforms. There are two main reasons for this: (1) digital platforms generally have much greater access than conventional businesses to a broad range of information about their consumers, and (2) digital businesses may be better able to process and use that data for a variety of purposes."

⁵ Para efectos de esta investigación, cuando se hable de datos será en el sentido de datos personales.

en un ecosistema basado en Internet (proporcionado por una aplicación móvil (“App”)⁶, página web, dispositivos, entre otras) de varios lados, que prestan servicios al menos a dos grupos de consumidores distintos e interrelacionados⁷.

Con diseños optimizados para que se realicen transacciones en ellas, las plataformas buscan disminuir los costos de transacción, beneficiándose de los efectos de red, sustentándose a través del cobro de tarifas por transacciones, y por los datos obtenidos en ellas⁸. Beneficiarse de los efectos de red implica que el valor del servicio está directamente relacionado con la cantidad de usuarios que las utilicen⁹.

Es por ello que las plataformas digitales, a través del uso que pueden hacer de los datos, tienen una capacidad especial para modelar nuevos mercados y afectar la participación en ellos. Aún más, dichas plataformas pueden efectuar negocios directamente relacionados con la recolección y el tratamiento de datos, actuando con "*diversos grados de control sobre las interacciones directas entre grupos de usuarios*"¹⁰. De tal forma, la generación, posesión y comprensión masiva de datos es un factor clave para el posicionamiento de una empresa dentro de mercados tecnológicos¹¹.

⁶ “Se denomina aplicación móvil o app a toda aplicación informática diseñada para ser ejecutada en teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos móviles. Por lo general se encuentran disponibles a través de plataformas de distribución, operadas por las compañías propietarias de los sistemas operativos móviles como Android, iOS, entre otros. Campión, Raúl; Trbaldo, Susana; Kamijo, Mercedes y Fernández, Alvaro. “*Mobile Learning: Nuevas realidades en el aula*” (Grupo Océano, 2015). P.7

⁷ Evans, David S. “*Platform Economics: Essays on Multi-Sided Businesses*” Competition Policy International, 2011. P.135 “[Las plataformas de dos o más lados consisten] en proveedores de servicios a distintos grupos de consumidores que se necesitan entre ellos de una u otra forma, donde el núcleo del negocio consiste en generar un espacio común (físico o virtual) de encuentro para facilitar las interacciones entre los miembros de los distintos grupos de consumidores”. Traducción libre de: “These businesses serve distinct groups of customers who need each other in some way, and the core business of the two-sided platform is to provide a common (real or virtual) meeting place and to facilitate interactions between members of the two distinct customer groups.”

⁸ Piffaut, Henri. “*Platforms, A Call For Data-Based Regulation*”. 18 de mayo del 2018. Accedido 5 de marzo de 2024. https://www.pymnts.com/cpi_posts/platforms-a-call-for-data-based-regulation/.

⁹ Comisión Europea “*Las Plataformas en Línea y el Mercado Único Digital. Retos y Oportunidades para Europa*”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones mayo 2016. PP.2 y 3.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Véase Op. cit. “*Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*”. “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”. P.1676 Traducción libre de: “One way to think of the value of customer data to Internet platforms is through three purposes this information serves. First, customer information can be an input of

Estas cualidades han traído beneficios significativos tanto a la economía como a la sociedad digital. Es posible observar que los datos han adquirido un rol fundamental en la innovación basada en datos, y las plataformas digitales han permitido ampliar las opciones disponibles para los usuarios, traduciéndose en un incremento en la competencia entre empresas y un aumento en el bienestar de los consumidores¹².

Lo expuesto se ve materializado en cómo las grandes plataformas han ido tomando una creciente importancia en los mercados actuales. Los motores de búsqueda, las redes sociales, plataformas de economía colaborativa, y tiendas de aplicaciones son espacios en los cuales normalmente se ofertan una gran diversidad de bienes y servicios. No obstante, dicha diversidad colisiona con el panorama actual de casi nula competencia que se presenta en varios de estos mercados. Unos pocos son los actores dominantes de este espacio: Amazon, Apple, Meta (“Facebook”), Alphabet (“Google”), Alibaba y Microsoft¹³.

Los datos son una nueva clase de *commodity*, que a la manera de un nuevo tipo de combustible, impulsan la era digital¹⁴. Pero es importante distinguir que no es cualquier uso aquel que distingue a dichos actores dominantes. Lo que ha hecho que hoy estos agentes económicos sean actores predominantes de la economía mundial¹⁵ es el uso intensivo que estas empresas hacen de los datos que obtienen de sus usuarios en el entorno digital.

En cuanto a lo que a este trabajo atañe, son particularmente interesantes los desafíos que han significado los datos y las nuevas tecnologías para el estudio de la libre competencia. Entendiendo como pivotes para este orden jurídico el bienestar de los consumidores y la defensa

production that enables a business to improve its service offerings and increase its returns. Second, customer data can be a strategic asset that allows a platform to maintain a lead over rivals and to limit entry into its market. Third, customer information can be a valuable commodity, which the firm could sell to other businesses that cannot collect the data themselves.”

¹² Op. cit. “*Las Plataformas En Línea Y El Mercado Único Digital. Retos Y Oportunidades Para Europa*”. P.3

¹³ Estas compañías fueron las 5 más valiosas empresas del mundo durante partes del 2018. Digital Competition Expert Panel. “*Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*”, 13 de marzo de 2019. P.22. En adelante, este reporte hecho por una comisión experta creada en el Reino Unido para el análisis de la competencia en mercados digitales será denominado “reporte Furman”.

¹⁴Marr, Bernard. “*Here’s Why Data Is Not The New Oil*”. Forbes. Accedido 27 de julio de 2020. <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/03/05/heres-why-data-is-not-the-new-oil/>.

¹⁵ Forbes. “*Global 2000 - The World’s Largest Public Companies 2020*”. Accedido 9 de junio de 2020. <https://www.forbes.com/global2000/>.

de la competencia dentro de los mercados¹⁶, surge la pregunta sobre si se deben analizar los datos como factor relevante para la aplicación del derecho de la libre competencia a las plataformas tecnológicas, en particular respecto del análisis de las operaciones de concentración. Una operación de concentración importa todo acto y convención que tiene por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial¹⁷⁻¹⁸.

Esta interrogante aparece, entre otras razones, debido al importante número de operaciones de concentración entre empresas que se realiza en la economía digital. El 2015, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) reportó que la actividad en operaciones de concentración tuvo un crecimiento explosivo en los mercados tecnológicos en las últimas dos décadas¹⁹. Esto ha provocado que, hoy en día, el sector tecnológico sea el principal gestor de fusiones y adquisiciones en la economía mundial, donde una de cada cinco operaciones de concentración involucra a agentes tecnológicos²⁰.

No obstante, la autorización de importantes fusiones en la jurisprudencia comparada ha mostrado afectar negativamente a la competencia en sus respectivos mercados²¹. Esto podría

¹⁶ OCDE. “*The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*”. 2023.

El desarrollo del bien jurídico protegido por la libre competencia no constituye el foco central de este trabajo. Se omite deliberadamente su abordaje detallado debido a la amplitud y complejidad de la discusión que ello conlleva. Como referencia en la jurisprudencia chilena a las distintas apreciaciones sobre el bien jurídico tutelado, consultar: Sentencia TDLC 77/2008, de fecha 4 de noviembre de 2008. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Ilustre Municipalidad de Curicó; Sentencia TDLC 82/2009, de fecha 22 de enero de 2009. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra la Asociación Gremial de Buses Interbus y otros.; Sentencia TDLC 166/2018, de fecha 27 de noviembre de 2018. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Recurso de Revisión Especial de Ideal S.A. y otro en contra de la Resolución de la FNE de 10 de mayo de 2018.

¹⁷ “La [Fiscalía Nacional Económica] entiende por operación de concentración o concentración, las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial” – Fiscalía Nacional Económica. “*Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*”, mayo de 2021.

¹⁸ En adelante, e indistintamente, Fusión o Concentración.

¹⁹ OCDE. “*Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*”. OECD publishing, 2015. Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

²⁰ Boston Consulting Group. “*2017 Mergers & Acquisitions (M&A) Report - The Technology Takeover*”. <https://www.bcg.com>. Accedido 9 de junio de 2020. <https://www.bcg.com/publications/2017/corporate-development-finance-technology-digital-2017-m-and-a-report-technology-takeover.aspx>.

²¹ Argentesi, Elena; Buccirosi, Paolo; Calvano, Emilio; Duso, Tomaso; Marrazzo, Alessia; Nava, Salvatore. “*Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*”, informe final preparado por Lear para la Competition and Markets Authority, 9 de mayo de 2019. P.117

sugerir que la metodología de evaluación de los “riesgos sustanciales a la competencia”²², que las autoridades de libre competencia han utilizado al momento de evaluar estas operaciones, no ha sido eficaz en lograr su cometido.

Un factor que puede explicar el defecto de los mecanismos tradicionalmente usados para el análisis de este tipo de operaciones es que el impacto de la concentración de datos, generalmente, no se ha tenido a la vista²³. Esto es problemático ya que, como será planteado en el primer capítulo, la generación, posesión y comprensión masiva de datos es un factor clave para el posicionamiento de una empresa dentro de los mercados tecnológicos.

Sin embargo, su comprensión como un elemento propio de la protección a la privacidad y datos personales ha mantenido alejadas a las autoridades de libre competencia en la evaluación de su impacto en las condiciones de competencia²⁴⁻²⁵.

Mirando el escenario local, desde agosto del 2016 en Chile existe un sistema de control de operaciones de concentración obligatorio, según dispone el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL211”). Para dar certeza y predictibilidad al mercado, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”)²⁶, publica guías que transparentan el marco conceptual utilizado para analizar sustantivamente el impacto de una operación de concentración. Podemos observar que hasta mayo de 2021 la FNE utilizaba como principal herramienta para analizar operaciones de concentración, el documento denominado “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”²⁷, que sintetizaba los

²² Op. cit.. “Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”. P.5

²³ Como se explica más adelante, recién en mayo de 2021 la Fiscalía Nacional Económica adaptó su guía para la evaluación de operaciones de concentración horizontales e incorporó dentro del análisis a los datos como un activo cuya concentración podría fortalecer progresivamente la posición dominante de un actor.

²⁴ Derechos Digitales “Fusión Uber-Cornershop: El rol de la concentración de datos en la evaluación de sus riesgos competitivos.” 2020. P.2 Disponible en https://www.derechosdigitales.org/tipo_publicacion/documentos/

²⁵ Nota de transparencia: El autor de este trabajo participó en la redacción del documento “Fusión Uber-Cornershop: El rol de la concentración de datos en la evaluación de sus riesgos competitivos”, elaborado por la ONG Derechos Digitales. La experiencia adquirida y los conocimientos desarrollados durante esa colaboración inspiraron la idea de esta tesis, que busca profundizar y expandir las ideas y análisis presentes en aquel trabajo. Para eso, parte del material y la bibliografía utilizados en dicho documento han servido como base inicial y fuente principal para el desarrollo de esta investigación.

²⁶ Agencia chilena encargada de defender y promover la Libre Competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena, cuyas atribuciones incluyen investigar todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la Libre Competencia, o que tienda a producir dichos efectos.

²⁷ Fiscalía Nacional Económica. “Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración”, octubre de 2012. Disponible en <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>

principales elementos metodológicos trabajados por la literatura y otras agencias de competencia hasta el año de su elaboración (2012). En esta Guía, el factor datos y su concentración no tenía un tratamiento directo, lo que derivó que desde el inicio del control obligatorio de ciertas operaciones de concentración, varias de ellas fueran aprobadas en fase I²⁸, sin mayor profundización en sus efectos en esta materia²⁹.

Es posible constatar, sin embargo, que esa realidad está cambiando en la actualidad. Podemos apreciar en el desarrollo jurisprudencial comparado que el factor "concentración de datos" ha ido ganando espacio en el análisis de una operación de concentración, en sus distintas fases. Por ejemplo, se ha incorporado el estudio de su capacidad para levantar barreras de entrada o generar poder de mercado hasta su potencial para generar efectos en la competencia por la vía de conductas abusivas. Sin ir más lejos, en mayo del 2021, la FNE actualizó su guía de operaciones de concentración horizontales incorporando un acápite sobre los desafíos de las operaciones de concentración entre plataformas digitales. Esto evidencia que evaluar la capacidad con que un actor acumula y usa grandes volúmenes de datos es clave para sopesar el impacto que una operación de concentración puede generar en un mercado, en la cual el incumbente³⁰ acceda a un volumen de datos de difícil replicación por competidores actuales o potenciales³¹.

En esa línea, el objetivo de este trabajo es un subtema dentro de esa discusión, en concreto, la definición de mercado relevante en operaciones de concentración entre plataformas tecnológicas, caracterizadas por el uso intensivo que hacen de los datos de sus usuarios.

El análisis tradicional de mercado relevante, considerando los factores de producto y geográficos, 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

²⁸ El análisis realizado por la fiscalía se divide en dos eventuales fases: Fase I: evaluación sumaria de la operación, con un plazo máximo de 30 días hábiles; Fase II: Evaluación en profundidad de la operación, con un plazo de 90 días hábiles.

En la Fase I, la FNE puede extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia.

²⁹ Un ejemplo de esto es la autorización de la adquisición de Cornershop por parte de Walmart, la cual, finalmente, no se concretó. Ver Fiscalía Nacional Económica, resolución de fecha 11 de enero de 2019, Rol FNE F-161-2018 “Resolución de aprobación de concentración entre Walmart y Cornershop”.

³⁰ Se entenderá como incumbente a la empresa resultante de la fusión, o la que adquiera los activos producto de la adquisición.

³¹ Op. cit. “Fusión Uber-Cornershop: El rol de la concentración de datos en la evaluación de sus riesgos competitivos.” P.2

precio, o el uso que se prevea hacer de ellos, dentro de una zona geográfica en que operan los proveedores³².

Así, de acuerdo con la "*Comunicación de la Comisión Relativa A La Definición De Mercado De Referencia A Efectos De La Normativa Comunitaria En Materia De Competencia*" de 1997³³, de la Comisión Europea:

*"La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva"*³⁴.

Este trabajo postula que la aplicación que las autoridades han hecho sobre esta aproximación no abarca la totalidad de las presiones competitivas que afectan a las empresas que utilizan los datos de forma masiva para desarrollar su negocio. En concreto, esta investigación busca dejar en evidencia que la definición tradicional de mercado relevante no es la herramienta más adecuada para evaluar los riesgos y beneficios que una operación entre plataformas digitales puede traer a la competencia.

Para eso, en el desarrollo de este trabajo se indagará en el estudio del mercado relevante de datos, propuesto por la doctrina. Esto consiste en evaluar no sólo los mercados en los cuales actualmente se desempeñan las partes que buscan fusionarse, sino que incorporar la identificación de un mercado de información en sí mismo, como activo especializado de los mercados principales³⁵.

³² Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, "*Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia*" 1997. P.1

³³ Durante la redacción de esta tesis, la "*Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia*" de 1997 fue el documento normativo vigente en materia de definición de mercado relevante para la Comisión Europea. Con fecha 8 de febrero del 2024, se publicó una nueva comunicación que reemplazó a la anterior. Sin embargo, debido a que el análisis realizado y los argumentos expuestos se basaron en la normativa que estuvo en vigor durante el desarrollo de este trabajo, se ha decidido, por razones prácticas y de coherencia, continuar utilizando la comunicación de 1997 como referencia primaria, sin incorporar modificaciones derivadas de la nueva comunicación.

³⁴ Op. cit. "*Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia*". P.1

³⁵ Op. cit. "*Fusión Uber-Cornershop: El rol de la concentración de datos en la evaluación de sus riesgos competitivos.*", P.8.

El objetivo es demostrar que esta aproximación al estudio del mercado relevante es indispensable para analizar operaciones de concentración entre plataformas tecnológicas, siendo esta la única forma de abrir las puertas para evaluar el potencial de los datos de generar poder de mercado para los agentes u otros efectos relevantes para la competencia.

Para ello, esta tesis se estructura en cinco capítulos. En el primero de ellos, se caracterizará el rol de los datos en el derecho de la libre competencia, y cómo este es un factor central para entender las presiones competitivas que afectan a los diversos mercados, observando la evolución que la literatura y jurisprudencia han tenido en cuanto a su entendimiento. Con ello, se podrá comprender la necesidad de incorporar el factor datos al estudio de mercado relevante.

En el segundo capítulo, se estudiará la concepción tradicional que se ha tenido sobre la definición de mercado relevante. Se revisarán los puntos centrales de esta definición, así como los test y elementos clave para realizarla. Luego de esto, podrá observarse como este análisis tradicional ha sido aplicado a operaciones de concentración entre actores que utilizan los datos de forma intensiva. Esto revelará el desajuste que hay entre la definición tradicional de mercado relevante y las características y presiones competitivas propias a las que se enfrentan este tipo de actores.

A través del tercer capítulo se dará cuenta de las nuevas perspectivas que en la literatura se desarrollan sobre la definición de mercado relevante en operaciones de concentración entre agentes que utilizan datos de forma intensiva. Se revisarán las principales propuestas, así como la evolución e incorporación que estas teorías han tenido en el avance de la jurisprudencia comparada. Con esto se observará que dichas propuestas de definición de mercado relevante permiten sopesar con mayor eficacia los riesgos a la libre competencia que puede provocar una operación de concentración entre actores que usan los datos de forma intensiva.

A la luz de las nuevas perspectivas ofrecidas en el capítulo precedente, en el cuarto capítulo se realizará un análisis crítico sobre el rol que han tenido los datos en operaciones de concentración en Chile, y cómo se ha llevado a cabo la definición de mercado relevante, con las consecuencias que eso ha tenido.

Para finalizar, en el quinto capítulo, se ofrecerá un comentario a la nueva Guía de análisis de operaciones de concentración horizontales de la FNE, desde la postura de este ensayo, para

luego cerrar con una propuesta de cómo podría analizarse en particular futuras operaciones de concentración entre plataformas digitales que utilizan datos de forma intensiva.

Con estos antecedentes, se demostrará que una determinación del mercado relevante adecuada a las particularidades de este tipo de mercados nos permitirá evaluar de mejor manera las presiones competitivas a las que se enfrentan dentro de este, y así ver cómo esto impacta en su estructura, funcionamiento y en el bienestar de los consumidores. Gracias a esto se abren nuevas posibilidades para que el análisis del resto de los factores pueda hacerse de forma adecuada y así, dejar en manifiesto que para la Fiscalía, es necesario adaptar continuamente sus prácticas para abordar las cambiantes realidades del mercado, y de esa forma lograr con su misión de promover y proteger la libre competencia en los mercados chilenos.

CAPÍTULO I

EL ROL DE LOS DATOS EN EL ESTUDIO DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. ¿QUÉ SON LOS DATOS?

Cuando se habla de datos, se puede hacer referencia a distintas acepciones en función a los diversos tipos de datos que existen. Para comenzar de la forma más amplia posible, la Real Academia Española define datos como “*información sobre algo concreto que permite su conocimiento exacto o sirve para deducir las consecuencias derivadas de un hecho*”³⁶.

El desarrollo del ser humano, ya sea en su aspecto social o económico, está acompañado por la producción de información o de datos. Los datos, ya sea como elementos discretos o considerados en su conjunto, tienen un gran valor cuando estos pueden ser interpretados por las personas, ya que permiten entender el pasado y estimar la probabilidad de ocurrencia de situaciones futuras.

Así, aun desde una perspectiva predigital, el rol que cumplen los datos es trascendental. En un clásico escrito de 1945, HAYEK sugiere que el verdadero problema económico de la sociedad no es un problema de administración eficiente de recursos, sino más bien es un problema de administración de información y datos dispersos en la sociedad. El autor plantea que la coordinación y uso de la información debe estar al centro de los modelos económicos³⁷.

Lo anterior ha llevado a la necesidad de desarrollar infraestructuras que permitan una mejor forma de generar, almacenar e interpretar información: desde la escritura y los libros, impulsados posteriormente por la imprenta, hasta los computadores, Internet y tecnologías digitales de comunicación asociadas, llamadas Tecnologías de la Información (“IT” por sus siglas en inglés)³⁸.

³⁶ RAE- ASALE y RAE, “*dato* | *Diccionario de la lengua española*”, Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario, accedido 20 de octubre de 2022, <https://dle.rae.es/dato>.

³⁷ Hayek, Friedrich A. “*The Use of Knowledge in Society*” *The American Economic Review* 35, n°4: 519-530. 1945.

³⁸ Brynjolfsson, Erik, y Lorin M Hitt. “*Beyond Computation: Information Technology, Organizational Transformation and Business Performance*”. *Journal of Economic Perspectives* 14, n°4, noviembre de 2000. Disponible en <https://doi.org/10.1257/jep.14.4.23>. P.24

Esto a su vez ha resultado en la generación de los más diversos tipos de información, y a la producción de ella de forma masiva. Dependiendo de qué es la información que se obtiene, o cómo es esta obtenida, así como la cantidad de información que se maneja, se pueden clasificar de distintas maneras los tipos de datos que existen. Uno de estos son los datos personales, correspondientes a “*cualquier información relativa a un sujeto identificado o identificable*”³⁹. Esta información incluye: (1) datos voluntarios, creados y explícitamente otorgados por las personas; (2) datos observados, capturados al seguir las acciones de los individuos; y, (3) datos inferidos, que es la información sobre personas basada en el análisis de los datos voluntarios u observados⁴⁰.

Gracias a estas características, los datos personales tienen una importancia enorme dentro del desarrollo social, empresarial y económico. Ejemplo de esto se manifiesta en cómo estos se han ido diversificando en diversos tipos de datos personales: financieros (información sobre ingresos y evaluación crediticia), de contacto (dirección del hogar o trabajo de una persona, correo electrónico y número de teléfono), socio-demográficos (edad, género, ocupación, clase social, grupo étnico), transaccional (compras realizadas con tarjetas de fidelización en línea, así como los precios pagados), contractuales (como los detalles de servicios y el historial mantenido), información abierta y pública (nacimientos, muertes, matrimonios, registro electoral, jurisprudencia y registros de insolvencia), entre otros⁴¹.

La posibilidad de hacer uso de estos datos ha permitido el desarrollo de innovadores modelos comerciales. Entre ellos, puede reconocerse el aumento de ventas a través de publicidad y ventas dirigidas; el análisis de riesgos de carteras de clientes; la personalización de productos y servicios, que permite ajustar el comportamiento de una empresa a los intereses de los consumidores; el desarrollo y perfeccionamiento de productos, permitiendo arreglar problemas de estos o crear nuevos; y, finalmente, el mejoramiento de procesos productivos, eficiencias y estrategias comerciales⁴².

³⁹ OCDE, “*Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*”. Digital Economy Papers. Vol. 220. OCDE Digital Economy Papers, 2 de abril de 2013. Disponible en <https://doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>.

⁴⁰ Op. cit. “*Personal Data: The Emergence of a New Asset Class*”

⁴¹ Ibid. P.24

⁴² Competition & Markets Authority. “*The Commercial Use of Consumer Data.*” Report on the CMA's Call for Information. Junio 2015. P.50

Así, el rol que cumplen los datos, desde una perspectiva económica, depende del uso que les den las personas y empresas según los distintos modelos de negocios en que estos sean utilizados. Es posible observar cómo en la industria bancaria, por ejemplo, los datos financieros son un insumo para sus productos crediticios, los que, a su vez, son obtenidos de un proveedor que comercializa la información financiera como un bien⁴³.

Por otra parte, de acuerdo con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”)⁴⁴, en el mercado del *retail*, los datos:

“[Permiten] 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”⁴⁵.

En función a lo expuesto, es correcto afirmar que para una empresa los datos personales son un activo especializado, es decir, un bien empleado para la producción de otros bienes, o un bien en sí mismo, afecto a una oferta y demanda dentro de un mercado.

A. DATOS Y ERA DIGITAL

La revolución tecnológica, caracterizada por la creación de los computadores de escritorio, computadores portátiles, y posteriormente *smartphones (hardware)*, los sistemas operativos de uso doméstico (*software*) y el desarrollo y acceso a Internet, trajeron aparejada una nueva forma

⁴³ Sentencia N° 124/2012, de fecha 9 de diciembre de 2012. TDLC, Requerimiento de la FNE contra la Cámara de Comercio de Santiago A.G.

⁴⁴ Tribunal creado por la Ley N° 19.911, de 2003, sujeto a la superintendencia correctiva, direccional y económica de la Corte Suprema. La función más reconocida del TDLC es la jurisdiccional, esto es, conocer y juzgar los conflictos derivados de atentados en contra de la libre competencia en un procedimiento contencioso especial regulado en los artículos 19 y siguientes del DL211.

⁴⁵ Resolución 24/2008, de fecha 31 de enero de 2008. TDLC, Consulta sobre fusión entre S.A.C.I Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A. NC 199-07.

de producir, almacenar y entender los datos. Esto dio origen a lo que hoy conocemos como *Big Data*.

Big Data se entiende como un “conjunto de gran-volumen, gran-velocidad y gran-variedad de activos de información que demandan formas rentables e innovadoras de procesamiento de información para una mejor comprensión y toma de decisiones”⁴⁶.

El *Big Data* se caracteriza por lo que la doctrina ha denominado las 4 Vs: volumen de los datos, velocidad de recolección de los datos, la variedad de los datos y valor de los datos⁴⁷.

En cuanto al volumen de los datos, las nuevas tecnologías han permitido disminuir los costos que significa recolectar, almacenar, procesar y analizarlos⁴⁸. Esto ha permitido la digitalización de casi todos los medios de comunicación, la migración de las actividades sociales y económicas a Internet (a través de servicios digitales tales como las redes sociales, comercio electrónico, entre otras), actividades que generan cantidades de datos sin precedentes.⁴⁹ Así, la cantidad de datos generados por las personas, según una aproximación realizada por el Internet Data Center era de 33 *Zettabytes*⁵⁰ en 2018, y crecerá a 175 *Zettabytes* para el 2025⁵¹.

Por su parte, la velocidad de los datos que caracteriza al *Big Data* dice relación con la rapidez con que los datos son generados, accedidos, procesados y analizados, llegando incluso en algunos casos a realizarse en tiempo real. Esto se manifiesta en que los efectos que produce el *Big Data* sean en muchos casos instantáneos⁵², con fenómenos como el *nowcasting*, es decir,

⁴⁶ Op. cit. “*The Commercial Use of Consumer Data*”. Traducción libre de: *Big Data* is high-volume, high-velocity and high-variety information assets that demand cost-effective, innovative forms of information processing for enhanced insight and decision making. P.23

⁴⁷ Stucke, Maurice E., y Allen P. Grunes. “*Big Data and Competition Policy*”. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016. P.16

⁴⁸ Ibid. P.17

⁴⁹ Op. cit. “*Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*” P.133 Traducción libre de: The digitisation of nearly all media and the increasing migration of social and economic activities to the Internet (through Internet-based services such as social networks, e-commerce, e-health and e-government) have been two of the most important developments leading to the generation of unprecedented volumes of digital data across all sectors of the economy and in all areas of social life.

⁵⁰ Un *Gigabyte* equivale a 1.000.000.000 *bytes*, mientras que un *Zettabyte* equivale a 1.000.000.000.000.000.000 *bytes*. Para ponerlo en perspectiva, un *Zettabyte* equivale al tamaño de almacenamiento de 17.200 millones de Iphones de 64 *Gigabytes*.

⁵¹ Reinsel, David, John Gantz, y John Rydning. “*The Digitization of the World from Edge to Core*”, 2018.

⁵² Op. cit. “*Big Data and competition policy*”. P.19

recolección y análisis de datos en tiempo real, mejorando las tomas de decisiones de los usuarios en los más diversos aspectos, desde lo comercial hasta la salud⁵³.

Con relación a la tercera característica del *Big Data*, la variedad de los datos, debido a la cantidad y velocidad con que estos se generan, y la posibilidad de procesarlos y analizarlos, ha permitido comprender vastas cantidades de datos y estructurarla, distinguirla y conectarla con otras bases de datos⁵⁴.

Se puede distinguir entre datos estructurados, semiestructurados, y datos sin estructurar. Se trata de datos estructurados cuando responden a un modelo predefinido, es decir, representaciones abstractas de objetos o fenómenos del mundo real. Por su parte, los datos semiestructurados no tienen dicho modelo explicitado. Finalmente, los datos sin estructurar son aquellos a los cuales sólo se les puede asignar un modelo a un alto costo⁵⁵.

Sin embargo, gracias a la capacidad de procesar datos, esta diferencia entre datos se ha desdibujado, ya que la capacidad de procesamiento de datos actuales permite extraer información y estructurar los datos instantáneamente, aún de datos sin estructurar⁵⁶.

La cuarta y última característica del *Big Data*, el valor de los datos, es causa y efecto de las anteriores. Los datos tendrían menos valor si las compañías no pudiesen analizarlas velozmente y reaccionar conforme a estos.⁵⁷ De acuerdo con Rubicon Project, empresa especializada en la automatización de compra y venta de publicidad:

“Mientras procesamos un mayor volumen de datos en nuestra plataforma automatizada, acumulamos más información, como precios, ubicación, preferencias, datos sobre como optimizar de la mejor manera la producción de vendedores y más. Estos datos adicionales ayudan a hacer nuestros algoritmos de ‘machine learning’ más inteligentes y esto lleva a conectar de forma más efectiva a compradores y vendedores. De esta forma, más vendedores y compradores son atraídos a nuestra plataforma, de los cuales obtenemos más datos, los cuales

⁵³ Op. cit. “*Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*”. P.152

⁵⁴ Ibid. P.151.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Ibid. P.23

refuerzan los efectos de red y por lo tanto, incrementan la liquidez del mercado y beneficia tanto a compradores como vendedores.”⁵⁸.

Lo anterior representa el bucle de retroalimentación de los datos, que es caracterizado de la siguiente manera:

*“El mecanismo a través del cual los datos proveen a los incumbentes establecidos 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. [Por su parte, un] 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”*⁵⁹.

La existencia del *Big Data* solo puede entenderse desde la perspectiva de las nuevas tecnologías. Es el resultado de la revolución digital y tecnológica que produjo el desarrollo de herramientas computacionales, técnicas y destrezas requeridas para analizar y darle sentido a dicha voluminosa información⁶⁰. La principal de esas herramientas son los algoritmos, mecanismos computacionales que, a través de un procedimiento programado, generan un producto a propósito de información entregada⁶¹.

⁵⁸ The Rubicon Project, “*Amendment No 3 to Form S-1 Registration Statement*”, 30 abril del 2014. Traducción libre de: “As we process more volume on our automated platform, we accumulate more data, such as pricing, geographic and preference information, data on how best to optimize yield for sellers and more. This additional data helps take our machine learning algorithms more intelligent and this leads to more effective matching between buyers and sellers. As a result, more buyers and sellers are attracted to our platform, from which we get more data, which further reinforces the network effect and thereby increases market liquidity, which benefits both buyers and sellers.”

⁵⁹Op. cit. “*Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*”, P.33 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
- monetization 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”.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ OCDE, “*Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*”. (2017). P.8. Disponible en: www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm

Estos algoritmos, dan origen a otra gran herramienta de las nuevas tecnologías, que es el *Machine Learning*, una subcategoría de la inteligencia artificial que diseña *softwares* inteligentes con la capacidad de aprender aún sin ser explícitamente programados, a través de una exposición repetitiva a datos y experiencia⁶². Tal como han sido caracterizados, los datos en esta era digital representan una innumerable cantidad de oportunidades y desafíos para la economía. Como fue revisado en el acápite anterior, los datos, que ya tenían un importante rol dentro de las empresas desde una perspectiva paradigital, han aumentado su valor de forma exponencial en la era actual.

Debido a lo anterior, resulta indispensable distinguir las características económicas de los datos. En primer lugar, se trata de bienes no rivales⁶³. Los mismos datos pueden ser usados por más de una persona al mismo tiempo, sin perjuicio de restricciones que puedan imponer, por ejemplo, limitaciones contractuales. Ilustrativo de lo anterior son los historiales de búsqueda, cuyas *cookies* pueden ser recolectadas por diversos actores, plataformas e interesados de forma simultánea⁶⁴.

En segundo lugar, la estructura de costos para recolectar, almacenar, procesar y analizar datos responde a economías de escala⁶⁵ y alcance⁶⁶⁻⁶⁷. Esto quiere decir que las empresas más grandes tienen ventajas de costos sobre empresas más pequeñas en la recolección, almacenamiento y procesamiento de mayores y diversos tipos de datos. Esto puede provocar barreras de entrada y expansión en los mercados, sobre todo cuando los datos son un activo clave para el desarrollo de los bienes y servicios del mercado⁶⁸. Por barreras de entrada y expansión entendemos los

⁶² Ibid. P.9

⁶³ La rivalidad en el consumo consiste en la propiedad de un bien de, al ser usado por una persona, disminuye su disponibilidad de uso para las otras personas. Mankiw, N. Gregory. *“Principles of Economics”*. Octava edición. Australia; Boston, MA, USA: Cengage Learning, 2018. P.212

⁶⁴ Op. cit. *“The Commercial Use of Consumer Data”* P.75.

⁶⁵ Se habla de economías de escala cuando en el largo plazo los costos promedio bajan en cuanto la cantidad de la producción incrementa. Op cit. *“Principles of Economics”*. P.261

⁶⁶ Se habla de economías de alcance cuando los costos promedio bajan en cuanto se producen juntos una serie de bienes, en vez de cuando se producen cada uno por separado. The Economist, *“Economies of scale and scope”*, 20 de octubre de 2008. Accedido el 10 de noviembre del 2020. <https://www.economist.com/news/2008/10/20/economies-of-scale-and-scope> .

⁶⁷ Op. cit. *“The Commercial Use of Consumer Data”*, P.9

⁶⁸ Ídem.

costos en que debe incurrir un nuevo participante de un mercado y que los ya establecidos no tienen o no han tenido que soportar⁶⁹⁻⁷⁰.

En tercer lugar, los datos poseen distintos valores y aplicaciones que pueden cambiar, trascender o incluso perder completamente su valor. Esto dependerá de la antigüedad de la información, así como la cantidad de usos que se le pueda dar. Información como la identificación de una persona tendrá valor permanentemente y sólo será necesario generar esa información una vez. Por otra parte, los historiales de búsqueda de una persona de hace 10 años no tendrán el mismo valor que los historiales actuales⁷¹. Se puede afirmar que los datos perderán su valor cuando no puedan ser usados directamente ni para obtener datos observados. En la medida que los datos conserven su valor en el tiempo, influirá en su venta y en la disponibilidad de fuentes alternativas de datos, lo que será un factor relevante a considerar al evaluar riesgos competitivos⁷².

Pero como enfatiza ZUBOFF, los datos encierran una dinámica competitiva particular, y ello se encuentra en directa relación con su calidad predictiva. A mayor abundamiento:

“Esto requiere de escala, es decir, grandes volúmenes de datos sobre comportamiento. Sin embargo, contar con grandes volúmenes no es suficiente, sino que se necesita variedad, es decir, escala y alcance. Para realizar predicciones acertadas se necesita muchos datos de comportamiento, pero también, distintos tipos de datos sobre comportamiento”⁷³.

Los datos se han posicionado dentro de los mercados digitales como un activo especializado. Este concepto, propio de la competencia en la innovación, es posible observarlo en las *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* de 1995, de la Federal Trade

⁶⁹ Carlton, Dennis W., y Perloff, Jeffrey M. *“Modern Industrial Organization”*. Cuarta edición. The Addison-Wesley Series in Economics. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2005. P.101

⁷⁰ “Las barreras de expansión incluyen, por ejemplo, los aranceles de tránsito y de comercio. Sin embargo, los economistas llegarían a referirse a ambos tipos de barreras conjuntamente bajo un encabezamiento, "barreras a la entrada", e incluirían en este encabezamiento muchos impedimentos a la competencia, aparte de las subvenciones de los monopolios gubernamentales y los aranceles comerciales”. Traducción libre de: “transit and trade tariffs are barriers to the expansion of existing enterprises into new markets. Economists would eventually come to refer to both types of barriers jointly under one heading, ‘barriers to entry’ and include many impediments to competition other than government monopoly grants and trade tariffs under this heading”. McAfee, R Preston, Hugo M Mialon, y Michael A Williams. *“Economic and Antitrust Barriers to Entry”* diciembre de 2003. P.3

⁷¹ Op cit. *“The Commercial Use of Consumer Data”*, P.75

⁷² Ídem.

⁷³ Kofinas Demetri, Anfitrión, Zuboff, Shoshana, invitada, *“Surveillance Capitalism in the Age of the Unprecedented”* Hidden Forces (podcast), 25 de Febrero de 2019. Accedido el 3 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=5MsTKbUp7sA>

Commission⁷⁴, y posteriormente en las Directrices sobre la aplicabilidad del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (Directrices Horizontales de la UE) de 2011⁷⁵.

En base a los documentos citados, GRAEFF indica que los activos especializados son aquellos recursos, conocimientos, o insumos críticos y específicos que son necesarios para que los competidores potenciales puedan ingresar y competir efectivamente en un mercado determinado. Estos activos abarcan una amplia gama de elementos, incluyendo pero no limitándose a la propiedad intelectual, como patentes y *know-how*, que son esenciales para la innovación y el desarrollo de productos o servicios competitivos. En concreto, señala la autora:

“No obstante, incluso en el caso de que los esfuerzos precisos de Innovación y Desarrollo (“I+D”) sean inobservables, podría ser posible identificar los activos a los que los competidores potenciales necesitan acceder para competir con el operador tradicional. Las Directrices antimonopolio para la concesión de licencias de propiedad intelectual de Estados

⁷⁴ “Un mercado de innovación está formado por la investigación y el desarrollo dirigidos a determinados bienes o procesos nuevos o mejorados, y los sustitutos próximos de dicha investigación y desarrollo. Los sustitutos próximos son los esfuerzos de investigación y desarrollo, las tecnologías y los bienes que limitan significativamente el ejercicio del poder de mercado con respecto a la investigación y el desarrollo pertinentes, por ejemplo, limitando la capacidad y el incentivo de un hipotético monopolista para retrasar el ritmo de la investigación y el desarrollo. Las Agencias delimitarán un mercado de innovación sólo cuando las capacidades para dedicarse a la investigación y el desarrollo pertinentes puedan asociarse con activos especializados o características de empresas específicas.” Traducción libre de: “An innovation market consists of the research and development directed to particular new or improved goods or processes, and the close substitutes for that research and development. The close substitutes are research and development efforts, technologies, and goods that significantly constrain the exercise of market power with respect to the relevant research and development, for example by limiting the ability and incentive of a hypothetical monopolist to retard the pace of research and development. The Agencies will delineate an innovation market only when the capabilities to engage in the relevant research and development can be associated with specialized assets or characteristics of specific firms.” U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, “*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*” (Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 1995). P.11. Accedido el 7 de marzo de 2024, <https://www.justice.gov/atr/archived-1995-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>.

⁷⁵ “Se entiende por polos competidores de I+D las actividades de I+D orientadas a un nuevo producto o una nueva tecnología, así como los sustitutos de esta I+D, es decir la I+D dirigida a desarrollar productos o tecnologías sustitutivos de los que son objeto de la cooperación en cuestión y que sigan un calendario similar. En este caso, puede analizarse si tras el acuerdo quedará suficiente número de polos de I+D. El análisis se inicia por las actividades de I+D de las partes. Es necesario a continuación definir unos polos competidores de I+D verosímiles. Para medir la verosimilitud de los polos competidores deben tenerse en cuenta los aspectos siguientes: la naturaleza, el alcance y la importancia de otras posibles actividades de I+D, su acceso a los recursos financieros y humanos, a los conocimientos técnicos y a las patentes, otros activos específicos, su calendario y su capacidad de explotar los posibles resultados. Un polo de I+D no es un competidor verosímil si no se puede considerar que es un sustituto aproximado de la actividad de I+D de las partes desde el punto de vista, por ejemplo, del acceso a los recursos o de su calendario.” Comisión Europea, “*Directrices sobre la aplicabilidad del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*”. Bruselas: Comisión Europea, 2011. P.27

*Unidos de 1995 ya se referían a estos recursos como "activos especializados". La noción también se incorporó en las Directrices horizontales de la UE, que mencionan como ejemplos los conocimientos técnicos y las patentes"*⁷⁶.

A mayor abundamiento, de acuerdo con la misma autora:

*"En el contexto de las plataformas en línea, los datos pueden considerarse un activo especializado al que los proveedores competidores necesitan acceder para desarrollar sus propios servicios para usuarios y anunciantes. La aplicación de la noción de activos especializados permitiría a las autoridades de competencia y a los tribunales definir un mercado potencial para los datos, además de los mercados de referencia reales para los servicios prestados a usuarios y anunciantes. De este modo, resulta posible analizar las restricciones competitivas aplicables al insumo o recurso al que los competidores potenciales de las plataformas en línea tradicionales necesitan acceder para competir en futuros mercados de productos."*⁷⁷.

Así, al reconocer a los datos como activos especializados en el ámbito tecnológico, salen a la luz características particulares de estos que resaltan dicha cualidad:

"Los datos son un factor esencial de los procesos de producción, la logística, el marketing selectivo, los productos y servicios inteligentes y la Inteligencia Artificial ("IA"). Impulsan la interoperabilidad en entornos interconectados y revolucionarán sectores como la movilidad y la atención sanitaria. En consecuencia, la relevancia competitiva de los datos es muy importante. La competitividad de las empresas dependerá cada vez más del acceso

⁷⁶ Graef, Inge. "EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility". International Competition Law Series, volume 68. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2016. P.114. Traducción libre de: "Nevertheless, even in case the precise R&D efforts are unobservable it could still be possible to identify the assets to which potential competitors need access in order to compete with the incumbent. The US 1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property already referred to such resources as 'specialized assets'.⁴⁴¹ The notion was also incorporated in the EU Horizontal Guidelines which mentions know-how and patents as examples".

⁷⁷ Graef, Inge. "Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms," *World Competition* 38, no. 4 (2015). P.495. Traducción libre de: "Following the approach introduced in the area of Article 101 TFEU in the EU Horizontal Guidelines, the European Commission could also make market definition more conducive to innovation in the other branches of competition enforcement. In the context of online platforms, data may be considered as a specialized asset to which competing providers need access in order to develop their own services for users and advertisers. The application of the notion of specialized assets would allow competition authorities and courts to define a potential market for data in addition to the actual relevant markets for the services provided to users and advertisers. In this way, it becomes possible to analyse the competitive constraints applicable to the input or resource to which potential competitors of incumbent online platforms need access in order to compete in future product markets".

oportuno a los datos pertinentes y de la capacidad de utilizarlos para desarrollar aplicaciones y productos nuevos e innovadores. En este contexto, ha surgido un importante debate sobre si es necesaria la intervención pública para garantizar un acceso suficiente y oportuno y, en caso afirmativo, en qué condiciones y sobre qué base jurídica”⁷⁸.

Con el fin de aprovechar al máximo las virtudes de los datos como bien económico, adquieren un rol preponderante las plataformas digitales, especies de plataformas que utilizan datos de forma intensiva, y solo pueden producirse y desarrollarse gracias al desarrollo tecnológico y virtual.

Estas pueden definirse como plataformas que ofrecen servicios a través de Internet cuya funcionalidad, potencia y posibilidades depende principalmente de la arquitectura basada en datos a escala que incorporan y del ecosistema basado en datos que permiten y configuran⁷⁹. Su evolución ha creado una sinergia entre la tecnología y el análisis de datos que ha permitido a las empresas basar su modelo de negocios, desarrollo de productos y toma de decisiones en la información obtenida de sus usuarios.

Las plataformas digitales dependen de la utilización intensiva de datos, los cuales son reconocidos como un componente integral de sus procesos. Además de recolectar, usar y reutilizar datos, estas empresas promueven activamente la generación de datos en sus interacciones, abarcando aspectos como datos conductuales, de consumo, de experiencia y de productividad.

Las plataformas pueden ser un espacio en que se conectan múltiples lados, y dependiendo del tipo de partes que conectan, es posible identificar distintas categorías de plataformas digitales, como por ejemplo: *Business-to-Consumer* (“B2C”): Comercio entre empresas y consumidores finales, *Business-to-Business* (“B2B”): Comercio entre empresas, *Consumer-to-Business*

⁷⁸ Op. cit. “*Competition Policy for the Digital Era.*, 2019”. P.73 Traducción libre de “Data is a core input factor for production processes, logistics, targeted marketing, smart products and services, as well as Artificial Intelligence (AI). It drives interoperability in interconnected environments and will revolutionize sectors such as mobility and healthcare. The competitive relevance of data is consequently very important. The competitiveness of firms will increasingly depend on timely access to relevant data and the ability to use that data to develop new, innovative applications and products. Against this background, an important debate has emerged on whether, and if so under which conditions and on which legal basis, public intervention is needed to ensure sufficient and timely access”.

⁷⁹ Hildebrandt, Mireille. “*Primitives of Legal Protection in the Era of Data-Driven Platforms*”. SSRN Electronic Journal, 2018. P.2. Disponible en <https://doi.org/10.2139/ssrn.3140594>

(“C2B”): Comercio en el cual los consumidores crean valor para las empresas, *Consumer-to-Consumer* (“C2C”): Comercio directo entre consumidores.

De especial importancia son las plataformas digitales que en alguno de sus lados ofrecen servicios a consumidores (B2C, C2B, C2C) dada la capacidad de estas de reunir y concentrar grandes volúmenes de datos personales, en contraposición a aquellas que reúnen datos corporativos o de empresas (o de su propio rubro (B2B)). Dichas plataformas son particularmente desafiantes para la libre competencia en la era digital, debido al rol central que ocupan los datos personales dentro del Big Data .

El posicionamiento de los datos como activo especializado en la economía digital se debe a dos elementos fundamentales. En primer lugar, el ofrecimiento de estos servicios a través de dispositivos como *smartphones*, tabletas y asistentes digitales, los cuales tienen una doble función: actúan como sensores que recopilan información de los consumidores, y a su vez, como dispositivos de suministro que proporcionan servicios y contenidos a los mismos⁸⁰.

En segundo lugar, el uso de estas plataformas está estrechamente relacionado con el uso de Internet en general, el cual se ha incrementado de manera significativa en los últimos años. De acuerdo con DataReportal, se estima que las personas utilizan Internet un promedio de 6 horas al día, y de ese tiempo, el 90% se realiza a través de *smartphones*⁸¹.

Una de las características más destacadas de los mercados digitales gestionados por estas plataformas es la capacidad de observar con detalle el comportamiento del mercado. Se pueden conocer los precios a los que se intercambian los bienes y servicios, así como recopilar información sobre la forma en que los consumidores eligen y buscan productos, y cómo complementan sus compras⁸².

De esta forma, las plataformas digitales, en tanto intensivas en el uso de datos, aprovechan el Big Data con fines innovadores, en un proceso conocido como innovación impulsada por datos (*Data-Driven Innovation* (“DDI”)), que permite a las empresas mejorar la calidad de sus productos y desarrollar servicios totalmente nuevos, al comprender y orientar mejor las necesidades individuales de los consumidores. El uso de *Machine Learning*, análisis de bases

⁸⁰ Ibid. P.48

⁸¹ DataReportal, “*Digital 2023: Global Overview Report — DataReportal – Global Digital Insights*”. Accedido 16 de abril de 2023. <https://datareportal.com/reports/digital-2023-global-overview-report>.

⁸² Op. cit. “*Competition Policy for the Digital Era*” P.68

de datos, *A/B Testing*⁸³, dentro de otras herramientas, se encuentran en el núcleo de este tipo de plataformas⁸⁴.

De acuerdo con el reporte Furman:

“Las empresas que utilizan la innovación basada en datos han experimentado un crecimiento de la productividad entre un 5% y un 10% más rápido que las que no lo hacen. Los nuevos conocimientos obtenidos a partir de los datos pueden mejorar la toma de decisiones de diversas maneras, en todos los sectores, y pueden generar una amplia gama de beneficios, como por ejemplo:

- *Mejoras en la calidad de los productos o servicios, gracias a una mayor comprensión de las opiniones, explícitamente a través de los comentarios e implícitamente a través de lo que compran los clientes.*
- *Mejora de la productividad: una mayor capacidad para prever la demanda y las tendencias del mercado permite a las organizaciones producir y distribuir sus bienes y servicios de forma más eficiente.*
- *Explotación de nuevas oportunidades de negocio: los datos recogidos en el contexto de un servicio pueden reutilizarse para un fin distinto, lo que puede llevar a una comprensión más eficaz de las deficiencias de la oferta.*
- *Modelos de negocio más orientados a los objetivos -por ejemplo, promociones personalizadas”⁸⁵.*

⁸³ “El *A/B Testing* (también conocido como pruebas divididas o pruebas de comparación) es una metodología para comparar dos versiones de una página web o aplicación entre sí para determinar cuál funciona mejor. El *A/B Testing* es básicamente un experimento en el que se muestran dos o más variantes de una página a los usuarios de forma aleatoria, y se utiliza el análisis estadístico para determinar qué variación funciona mejor para un objetivo de conversión determinado”. Optimizely. Traducción libre de: “*A/B testing* (also known as split testing or bucket testing) is a methodology for comparing two versions of a webpage or app against each other to determine which one performs better. *A/B testing* is essentially an experiment where two or more variants of a page are shown to users at random, and statistical analysis is used to determine which variation performs better for a given conversion goal.”. “*A/B Testing*”. Accedido 17 de junio de 2023. <https://www.optimizely.com/optimization-glossary/ab-testing/>

⁸⁴ Anderson, Carl. “*What Do We Mean by Data-Driven? - Creating a Data-Driven Organization: Practical Advice from the Trenches*”. O’Reilly, 2017. <https://www.oreilly.com/library/view/creating-a-data-driven/9781491916902/ch01.html>.

⁸⁵ Op. cit. “*Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*”. P.23. Traducción libre de: Some studies have found that companies that use data-driven innovation have experienced between 5%

Esto genera en los actores económicos la necesidad de adquirir nuevas y diversas fuentes de datos, por ejemplo, concretando integraciones verticales, es decir, adquiriendo empresas que realizan servicios complementarios relacionados con los del adquirente, ya sea por encima o por debajo de la cadena productiva⁸⁶, u horizontales, al unirse dos empresas que producen un mismo bien, es decir, competidoras⁸⁷. Esto ha sido denominado por la industria como *Data-Driven Acquisitions*,

Por lo tanto, se vuelve imperativa la pregunta sobre la capacidad de la concentración de los datos para afectar a la libre competencia.

II. DATOS Y LIBRE COMPETENCIA

¿PUEDE LA CONCENTRACIÓN DE LOS DATOS RESTRINGIR LA LIBRE COMPETENCIA?

A la hora de estudiar las normas de libre competencia, no es unívoca la respuesta ante cual es el bien jurídico que busca proteger este ordenamiento. El estudio de la jurisprudencia y la doctrina muestran que el objetivo de protección transitaría entre el bienestar social y la eficiencia de los mercados⁸⁸, la competencia misma⁸⁹, o el bienestar de los consumidores⁹⁰⁻⁹¹. La importancia de

and 10% faster productivity growth than companies that do not. The new insights gained from data can improve decision making in a variety of ways, across industries, and can lead to a wide range of benefits, such as:

- improvements to the quality of products or services – through a greater understanding of feedback, explicitly through comments and implicitly through what customers buy.
- improvements to productivity – an increased ability to forecast demand and market trends enables organizations to produce and distribute their goods and services in a more efficient manner.
- exploitation of new business opportunities – data gathered in the context of one service can be reused for a different purpose, which may lead to a more efficient understanding of gaps in supply.
- more target-oriented business models – for example personalized promotions”.

⁸⁶ Tamayo, Mery Patricia y Piñeros, Juan David “*Formas de integración de las empresas*”, *Ecos de Economía: A Latin American Journal of Applied Economics* 11, N°24 (15 de abril de 2007). PP.27–45.

⁸⁷ Ídem. P.37

⁸⁸ Sentencia TDLC 166/2018, de fecha 27 de noviembre de 2018. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros.

⁸⁹ Sentencia TDLC 87/2009, de fecha 13 de agosto de 2009. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Demanda del Sr. Gustavo Hasbún Selume contra Copec S.A. y otros.

⁹⁰ El bienestar del consumidor se refiere a los beneficios individuales derivados del consumo de bienes y servicios. En teoría, el bienestar individual se define por la propia evaluación de la satisfacción del individuo, dados los precios y los ingresos. Por consiguiente, para medir con exactitud el bienestar del consumidor se requiere información sobre las preferencias individuales. OCDE, “OECD Glossary of Statistical Terms - Consumer welfare Definition”. Accedido 17 de noviembre de 2020. <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3177>.

⁹¹ Resolución 37/2011, de fecha 21 de septiembre de 2011. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Acerca de concentración entre LAN Airlines y TAM Linhas Aéreas S.A.

determinar cuál es la máxima de la libre competencia radica en su rol a la hora de interpretar las disposiciones legales, cuando haya que decidir evaluar la licitud de conductas anticompetitivas, y como directriz en el análisis de operaciones de concentración.

Actualmente, como desarrolla KAHN, el principal enfoque de protección asumido por las agencias de libre competencia comparadas –y por lo tanto, el bien jurídico tutelado– es el bienestar de los consumidores, evaluado exclusivamente en función a la teoría de precios⁹². Esto quiere decir que si una operación de concentración resulta en eficiencias que permiten reducir los precios, entonces esta debiese ser aprobada. Empero, esta perspectiva de enfoque cortoplacista no incorpora el proceso competitivo ni la salud del mercado como estructura, resultando en que la normativa de libre competencia ve los precios bajos, de forma exclusiva, como evidencia de mercados competitivos⁹³.

El debate respecto al enfoque actual es particularmente relevante en el contexto de las plataformas digitales, debido a que evaluar el estado de la competencia en función a los precios resulta inadecuado para capturar la dinámica de los mercados, producto del rol que juega la concentración de datos en el proceso competitivo⁹⁴.

Esto abre la pregunta sobre el potencial que tiene la concentración de datos para influir en la estructura de un mercado y afectar a dicho bien jurídico. Por un lado, el manejo y control de *Big Data* tiene potencial para generar barreras de entrada y permitir consecuentemente conductas abusivas por parte de actores dominantes del mercado⁹⁵. No obstante, por otro lado se aprecian

⁹² “Mientras que las [*U.S Merger Guidelines* de 1968] habían establecido que la ‘función principal’ de la aplicación de las fusiones era ‘preservar y promover estructuras de mercado que conduzcan a la competencia’, las [*U.S Merger Guidelines* de 1982] afirmaban que las fusiones ‘no deben permitirse para crear o aumentar el ‘poder de mercado’”, definido como la ‘capacidad de una o más empresas para mantener los precios por encima de los niveles competitivos’.” Traducción libre de: “While the 1968 guidelines had established that the ‘primary role’ of merger enforcement was ‘to preserve and promote market structures conducive to competition’ the 1982 guidelines said mergers ‘should not be permitted to create or enhance ‘market power’” defined as the ‘ability of one or more firms profitably to maintain prices above competitive levels’.” Khan, Lina M. “*Amazon’s Antitrust Paradox*”. *Yale Law Journal* 126, N°3 (2017): 710–805. P.721

⁹³ Ibid. P.716

⁹⁴ Ibid. P.746

⁹⁵ Algunos ejemplos del potencial para generar barreras de entrada o conductas abusivas son los efectos de red potencialmente capaces de dar suficiente poder de mercado como para disminuir la competencia en el mercado. También, los datos que posee una empresa pueden entrar en su proceso productivo de varias maneras y, según cómo ocurre, la creación de un conjunto de datos mayor o más diverso resultante de una fusión puede dar a la entidad fusionada una ventaja competitiva potencialmente capaz de excluir a los rivales Op. cit. “*Ex-Post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*”. P.9

beneficios en materia de eficiencia productiva⁹⁶, eficiencia dinámica⁹⁷ y desarrollo tecnológico que permiten ver como beneficioso para la libre competencia el acaparar grandes volúmenes de datos.

En ese sentido, los defensores de los valores y eficiencias de la concentración de datos en el mercado sostienen que las leyes de protección a la libre competencia no son las indicadas para regular al *Big Data*. Plantean que los beneficios asociados al uso de *Big Data* (a saber, eficiencias, innovación, mejoramiento de servicios), la poca evidencia de los efectos anticompetitivos y la poca jurisprudencia en que se haya aplicado dicha normativa para regular la concentración de datos, serían razón suficiente para estimar que el derecho de la competencia no sería el idóneo para esta empresa, provocando, según plantean, el efecto opuesto: la incertidumbre de una regulación errónea frenaría la innovación y esto importaría una disminución en el bienestar de los consumidores, bien jurídico tutelado por la libre competencia⁹⁸.

Sin embargo, fuertes son las razones para mirar con recelo esta postura, y al manejo de altas concentraciones de datos por parte de los actores. Como fue señalado en párrafos anteriores, la estructura de costos que caracteriza al *Big Data* hace que las ventajas por economías de escala y alcance actúen como barreras de entrada y expansión, lo que sugiere que, en algunos mercados donde los datos son importantes, sea más probable observar altos niveles de concentración y potencialmente disminución de los niveles de competencia⁹⁹.

A su vez, la concentración de datos puede otorgar poder de mercado al actor que los ostente, es decir, la facultad de un agente del mercado de actuar con independencia de sus competidores y

⁹⁶ La producción es eficiente si no es posible hacer más de un producto sin hacer menos de algún otro producto. Deng, Fei, and Gregory K. Leonard. "Allocative and Productive Efficiency." En *Issues in Competition Law and Policy*, editado por Wayne D. Collins y Joseph England, 121–40. Chicago: ABA Section of Antitrust Law, 2008. P.456

⁹⁷ La eficiencia dinámica se refiere a la medida en que una empresa introduce nuevos productos o procesos de producción. Motta, Massimo. "Competition policy: theory and practice". Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2004. P.77

⁹⁸ Sokol, D. Daniel, y Roisin Comerford. "Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?" En *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech*, editado por D. Daniel Sokol y Roger D. Blair, 293–316. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. Disponible en <https://doi.org/10.1017/9781316671313.016>.

En la misma línea, Tucker, Darren S, y Hill B Wellford. "Big Mistakes Regarding Big Data" *The Antitrust Source*. Diciembre del 2014

⁹⁹ Op. cit. "The Commercial Use of Consumer Data". P.75

consumidores¹⁰⁰. En esa línea, el informe Furman señala que independientemente de la manera en que se hayan establecido históricamente, el resultado actual es que numerosas 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 les 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”*¹⁰¹.

Esto ha expandido la discusión sobre el factor datos y su concentración a diversas áreas de la libre competencia, entre ellas el análisis de operaciones de concentración.

En efecto, las compañías digitales han sido particularmente activas en materia concentraciones e importantes aprobaciones de dichas operaciones a nivel comparado han elevado la pregunta sobre si las altas aglomeraciones de datos fueron debidamente considerados a la hora de realizar dichas autorizaciones¹⁰²; o, dicho de otra manera, si los riesgos a que dan lugar esas concentraciones fueron debidamente ponderados.

Esta pregunta resulta de suma importancia en la actualidad. El 2017, el sector tecnológico fue el principal gestor de fusiones y adquisiciones en la economía mundial, donde una de cada 5 operaciones de concentración involucró a agentes tecnológicos¹⁰³. En el 2021, producto de la pandemia provocada por el Covid-19, las cinco superpotencias tecnológicas –Amazon, Google, Facebook, Microsoft y Apple–reportaron ingresos combinados de más de 1,2 billones de

¹⁰⁰ Op. cit.. “Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia”. P.1

¹⁰¹ Op. cit. “Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel”. P.41. Traducción Libre de: “[Platforms] have a high degree of control and influence over the relationship between buyers and sellers, or over access by advertisers to potential buyers. As these markets are frequently important routes to market, or gateways for other firms, such platforms are then able to act as a gatekeeper between businesses and their prospective customers. This gives the platforms three distinct forms of power: the ability to control access and charge high fees; the ability to manipulate rankings or prominence; and the ability to control reputations.”.

¹⁰² Se verá con detención en el capítulo siguiente.

¹⁰³ Op. cit. “2017 Mergers & Acquisitions (M&A) Report - The Technology Takeover”.

dólares¹⁰⁴. Durante ese mismo año, el sector tecnológico notificó a las agencias federales de Estados Unidos de casi 3.000 operaciones de concentración que tuviesen un valor superior a 92 millones de dólares (umbral exigido para que sea obligatoria la notificación de una operación de esta especie), lo cual representa un aumento de un 40% en comparación a antes de la pandemia del Covid-19¹⁰⁵.

Un argumento a favor de concluir que los datos sí son relevantes para los análisis de competencia es que cuando han sido ignorados por las autoridades de libre competencia en procedimientos de control de fusiones de empresas con recolección y uso intensivo de datos, *ex post* se ha demostrado que dichas autoridades fallaron en detectar riesgos para la competencia relevantes, precisamente derivados del control y manejo de *Big Data*¹⁰⁶.

Cabe adelantar casos paradigmáticos que se desarrollarán en profundidad en el capítulo segundo de este ensayo, como la adquisición de DoubleClick por Google y de WhatsApp por Facebook. El primero de estos, en el 2008, dio las primeras luces sobre los posibles riesgos que podría generar la concentración de datos. En este, el incumbente pudo juntar sus bases de datos sobre el comportamiento de usuarios en búsquedas, con las de la empresa adquirida respecto del comportamiento de usuarios navegando en Internet, con el objeto de mejorar la publicidad entregada en sus plataformas. Lo anterior llevó a las autoridades a analizar la posible pérdida de competencia en el mercado, al eliminar potenciales competidores, y evaluar cómo el conjunto de datos del que gozarían ambas empresas una vez fusionadas los dotaría de efectos de red¹⁰⁷ que les permitiría excluir a otros competidores¹⁰⁸, siendo desestimadas ambas teorías de daños.

¹⁰⁴ Shira Ovide, “How Big Tech Won the Pandemic”, *The New York Times*, 30 de abril de 2021, sec. Technology. Accedido el 11 de noviembre del 2022 <https://www.nytimes.com/2021/04/30/technology/big-tech-pandemic.html>.

¹⁰⁵ Gerrit De Vynck y Cat Zakrzewski, “Tech Giants Quietly Buy up Dozens of Companies a Year. Regulators Are Finally Noticing.”, *Washington Post*, 23 de septiembre de 2021. Accedido el 8 de marzo del 2024 <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/09/20/secret-tech-acquisitions-ftc/>.

¹⁰⁶ Argentesi, Elena, Paolo Buccirossi, Emilio Calvano, Tomaso Duso, Alessia Marrazzo, and Salvatore Nava. “Merger Policy in Digital Markets: An Ex-Post Assessment.” *Journal of Competition Law & Economics* 16, N°1 (2020) PP.95–134.

¹⁰⁷ Los efectos de red surgen cuando el valor de un producto o servicio de un producto o servicio para sus usuarios aumenta con el número de otros usuarios del producto o servicios: a medida que la red se hace más popular, más personas se unen a ella, haciendo que la red sea más atractiva, en un bucle de retroalimentación positiva. Sin embargo, pueden surgir problemas si los efectos de la red permiten a la entidad fusionada excluir a los competidores o dificultar que los proveedores de la competencia amplíen su de clientes, es decir, si aumentan las barreras de entrada o de expansión. Op.Cit. “Ex-Post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets” P.23

¹⁰⁸ Ibid. PP.30 y ss.

La segunda de las fusiones, ocurrida el 2014, despertó preocupaciones al ser aprobada en primera fase y sin condiciones o mitigaciones, siendo desestimados por la Comisión Europea (“Comisión”)¹⁰⁹ los eventuales riesgos relacionados con la concentración de datos, dentro de los cuales se destacan la pérdida de competencia por los efectos de red y la pérdida de competencia en los mercados de atención. Sobre esta última teoría de daño, la Comisión estudió si la entidad fusionada podría analizar los datos de los usuarios de WhatsApp y utilizarlos para introducir publicidad dirigida en WhatsApp o reforzar su publicidad en Facebook, y de esa forma, reforzar su posición dominante en el mercado. Debido a las preocupaciones de los usuarios de ambas plataformas, WhatsApp prometió que los datos personales de los usuarios no serían utilizados con fines comerciales¹¹⁰. Sin embargo, el 2019, Facebook fue sancionada con una multa de 5 mil millones de dólares por violar la privacidad de sus usuarios, recibiendo la multa más grande en la historia de la protección a los datos y privacidad¹¹¹.

Ambas empresas gozan de una posición dominante en sus respectivos mercados y podría argumentarse que dicha dominancia se debe, en buena parte, a las economías de escala de que gozan por el acceso y concentración de datos que ostentan.

¿Por qué, entonces, ambas fusiones se aprobaron sin mayor dificultad? ¿Qué ocurrió que no se visualizó el problema asociado a la concentración de datos?

La respuesta está en que el análisis tradicional de libre competencia, en especial aquel pertinente a analizar los efectos de una eventual operación de concentración, ignora sistemáticamente el rol competitivo de la concentración de datos.

Una de las formas en las que se ha ignorado su importancia en la correcta evaluación de las operaciones de concentración es no tenerlos en cuenta al definir los mercados relevantes, a pesar de que los datos realmente influyen en las motivaciones detrás de las acciones que realizan empresas con estas características. Ejemplo de esto es la adquisición de WhatsApp por

¹⁰⁹ La Comisión Europea (CE) es la rama ejecutiva de la Unión Europea, responsable de proponer la legislación, aplicar las decisiones, defender los tratados de la UE y gestionar los asuntos cotidianos de la UE. “*The European Commission*”, 23 de junio de 2007. Accedido el 8 de marzo del 2024. https://web.archive.org/web/20070623104055/http://europa.eu/institutions/inst/comm/index_en.htm.

¹¹⁰ Federal Trade Commission, “*FTC Staff to Facebook and WhatsApp: Privacy Promises Prevail*”, 10 de abril de 2014, <https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2014/04/ftc-staff-facebook-and-whatsapp-privacy-promises-prevail>. Accedido el 8 de marzo del 2024

¹¹¹ Federal Trade Commission. “*FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook*”, 24 de julio de 2019. Accedido el 17 de noviembre del 2020 <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions>.

Facebook, en la cual se pagó 21 mil millones de dólares para comprar una empresa que apenas lograba 10 millones de dólares en ganancias y significó una pérdida neta de 138 mil millones de dólares para la adquiriente. A la luz de lo anterior, es que la doctrina internacional haciendo análisis ex-post denominó esta operación, una “adquisición basada en los datos”¹¹²

Tampoco se han considerado las barreras a la entrada que puede levantar una concentración importante de datos, y cómo esto puede limitar el desarrollo de competencia potencial en el mercado relevante de que se trate por otros agentes incumbentes o entrantes.¹¹³

Asimismo, se ha ignorado la capacidad de las operaciones de este tipo para generar efectos unilaterales (en nuestro derecho, abuso de posición dominante), pues pueden dotar al agente resultante de la habilidad e incentivos para abusar de una eventual posición dominante. Esto podría manifestarse a través de prácticas explotativas¹¹⁴ que impacten negativamente a los consumidores, o bien de prácticas de exclusión de competidores¹¹⁵, las cuales tendrían un impacto indirecto en los usuarios finales al limitar la competencia en los mercados relevantes.

Este trabajo se centra sobre el primero de los riesgos descritos, el vinculado a la incorrecta definición del mercado relevante. Teniendo en cuenta que la dinámica competitiva de los mercados digitales gira en torno a la posesión de grandes y variados volúmenes de datos, es indispensable la definición de un mercado relevante conexo en torno a los datos, a modo de visualizar las presiones competitivas sobre la posesión de Big Data. Con el objetivo de demostrar esta aseveración, en el capítulo dos se revisará la forma tradicional en que los mercados relevantes son definidos, con el propósito de ilustrar cómo bajo este procedimiento no se considera el rol de la concentración de datos como un factor clave para el desarrollo de los mercados, con un enfoque en el análisis de operaciones de concentración con componentes tecnológicos.

¹¹² Op. cit. “*Big Data and Competition Policy*”. PP.74 y ss.

¹¹³ Por competencia potencial, para estos efectos, se entiende toda empresa que pueda llegar a ser competencia de otra, aunque en el momento del análisis no lo sea, pudiendo ser competencia toda empresa con capacidad de satisfacer las mismas necesidades que satisfacen los productos de aquella ya existente en el mercado. “*Diccionario LID: marketing directo e interactivo*”. Madrid, España: LID, 2012.

¹¹⁴ “El abuso explotativo es la conducta en virtud de la cual quien detenta posición dominante se vale de ella para fijar precios superiores a los competitivos o, lo que es lo mismo, producir un volumen inferior al competitivo.”. Grosman, Lucas; Serebrisky, Tomas. “*El Abuso Explotativo y la Defensa de la Competencia en Argentina.*” 2004. P.2

¹¹⁵ El abuso exclusorio, es la conducta en virtud de la cual quien posee posición dominante se vale de tal posición, y no de la eficiencia, para excluir a sus rivales. Idem.

CAPÍTULO II

DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE EN EL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Dos actores económicos pueden llevar a cabo una operación de concentración por las más diversas razones. Por una parte, puede existir un interés por adquirir nuevos capitales o la infraestructura con la que cuenta otro competidor, o puede perseguir facilitar la entrada a un mercado nuevo. Asimismo, una fusión puede evitar una potencial quiebra de uno de los actores del mercado y la salida de sus capitales. Detrás de una operación de concentración, igualmente puede buscarse aprovechar diferentes eficiencias que potencialmente pueden otorgar a una empresa una mejor posición en el mercado que a la postre beneficie a los consumidores, y potencie la competencia dentro de un mercado.

Sin embargo, como consecuencia de una operación de concentración, también es posible que la empresa resultante altere los equilibrios de mercado, afectando la libre competencia. En particular, es posible que el nuevo agente económico tenga la aptitud para alcanzar, reforzar o incrementar su poder de mercado, y se vuelva capaz de reducir sustancialmente la competencia (estándar sustantivo que consagra la legislación chilena para prohibir una operación notificada). Es por ello que las autoridades de libre competencia de distintos países normalmente están facultadas (cuando dichas operaciones cumplen con determinadas condiciones¹¹⁶) para controlar que una operación de concentración no produzca los efectos mencionados.

En el plano internacional, es relevante para el posterior análisis describir el procedimiento de dos de las principales jurisdicciones en libre competencia comparadas: la Unión Europea y Estados Unidos de Norteamérica (“EE.UU.”).

En el caso de la Unión Europea (“UE”), el control de las operaciones de concentración que tienen un nivel comunitario, es decir, aquellas cuyo efecto se extiende más allá de las fronteras nacionales de un Estado miembro, está radicado en la Comisión Europea, a través de su

¹¹⁶ En el caso de Chile, es obligatorio notificar a la FNE cuando la operación de concentración sea tal en los términos del título IV del DL211, e iguale o supere los umbrales de ventas conjuntas e individuales contenidos en la Resolución Exenta N°667 de fecha 24 de noviembre de 2016. – Fiscalía Nacional Económica, “*Guía Práctica Para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile*”. 2017. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-Interpretacion-Umbrales-1-1.pdf>

Dirección General de Competencia¹¹⁷⁻¹¹⁸. Por su parte, aquellas que no tienen un nivel comunitario, son conocidas por las autoridades respectivas del Estado miembro de la UE.

De acuerdo con el Reglamento de la Comisión Europea N°139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento”), existe, en primer lugar, un sistema de umbrales en su artículo 1 para determinar cuándo una operación de concentración es de interés de la Comisión. Luego, satisfecho el umbral, en su artículo 4 señala que una empresa que quiera adquirir el control de otra a propósito de una concentración¹¹⁹, debe notificarlo a la Comisión antes de su realización. Luego de la notificación, de acuerdo con el art. 10 (1) del Reglamento, la aprobación de una operación de concentración debe realizarse en 25 días laborales (Fase I), o puede extender la investigación hasta por 90 días laborales (Fase II), cuando existe preocupación de que la operación pueda restringir sustancialmente la competencia.

Por el otro lado, en EE.UU., existen dos organismos encargados de la protección a la libre competencia: el *Federal Trade Commission* (“FTC”, por sus siglas en inglés)¹²⁰ y el *Department of Justice* (“DOJ”, por sus siglas en inglés)¹²¹. Estas instituciones tienen como misión prevenir las fusiones y adquisiciones que puedan reducir la competencia y dar lugar a precios más altos, bienes o servicios de menor calidad o menos innovación¹²², y la promoción de la competencia económica mediante la aplicación y comunicación de las leyes y principios antimonopolio¹²³, respectivamente.

¹¹⁷ Comisión Europea, “Competencia”. Accedido 27 de noviembre de 2022, https://ec.europa.eu/info/departments/competition_es.

¹¹⁸ Una operación de concentración se considera de alcance comunitario cuando el volumen total de negocios de las empresas involucradas excede un umbral específico, independientemente de si estas empresas tienen su sede o actividades principales en la UE, siempre que lleven a cabo operaciones sustanciales en ella.

¹¹⁹ Que se ubique dentro de los márgenes establecidos en el art.1 del reglamento, los cuales se centran en el volumen del negocio desde una perspectiva pecuniaria.

¹²⁰ “About the FTC”, *Federal Trade Commission*, 1 de marzo de 2013. Accedido el 8 de marzo del 2024 <https://www.ftc.gov/about-ftc>.

¹²¹ “Department of Justice | About DOJ | United States Department of Justice”, 16 de septiembre de 2014. Accedido el 8 de marzo del 2024 <https://www.justice.gov/about>.

¹²² Federal Trade Commission “Merger Review”, 30 de julio de 2013. Accedido el 8 de marzo del 2024 <https://www.ftc.gov/enforcement/merger-review>.

¹²³ “Antitrust Division | Antitrust Division”, 2 de marzo de 2014. Accedido el 8 de marzo del 2024 <https://www.justice.gov/atr>.

Para lograr su cometido, dichas instituciones se basan en un sistema de notificaciones similar a su par europeo, en base a umbrales determinados por la Ley Hart-Scott-Rodino de la Ley Clayton. Con esto, cuando se propone una adquisición que se enmarca en los márgenes de la ley, la FTC o el DOJ investigan, por un plazo de 30 días, la dinámica del mercado para determinar si la fusión propuesta puede perjudicar a los consumidores. Con esto, se pueden tomar tres decisiones: poner término anticipado a la investigación, investigar durante todo el plazo indicado, o solicitar información adicional. En el primer caso y segundo caso, las partes son libres de celebrar la adquisición. En el segundo, se amplía la investigación por un período de 30 días extensibles, y se suspende la operación hasta que las partes cumplan sustancialmente con la entrega de información adicional, y mientras dura esta segunda fase de investigación.

Al comparar los organismos reguladores de Estados Unidos y la Unión Europea, varias diferencias clave emergen en sus enfoques hacia el control de operaciones de concentración. Primero, mientras que en la UE la Comisión Europea actúa como el regulador central para las operaciones de dimensión comunitaria, en EE.UU., tanto el FTC como el DOJ tienen autoridad para revisar y desafiar fusiones y adquisiciones, dependiendo de la naturaleza de la operación. Además, el proceso de revisión en la UE está claramente estructurado en dos fases, con plazos definidos para cada una, lo que proporciona una previsibilidad a las empresas involucradas. En contraste, en EE.UU., aunque existe un plazo inicial de 30 días para la revisión, el proceso puede extenderse significativamente si se solicita información adicional, lo que puede introducir mayor incertidumbre.

Por otra parte, en el contexto chileno, la FNE está encargada de controlar las operaciones de concentración a través de un procedimiento reglado en el capítulo IV del DL211, mediante el cual deberá evaluar si estas cuentan o no con la aptitud para reducir sustancialmente la competencia¹²⁴. Hasta el año 2017, existía en Chile un régimen semi voluntario de revisión de operaciones de concentración¹²⁵; mientras que ahora se consagra un régimen de control

¹²⁴ Artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL211

¹²⁵ El carácter semi voluntario de la revisión de las operaciones de concentración hasta el año 2017, surge de la aparente opción voluntaria de las empresas para someter sus operaciones a revisión, la cual, en realidad, no era del todo “voluntaria” debido a la posibilidad de intervención de terceros con interés legítimo (siendo suficiente el sólo hecho de que se volviese pública la operación para que un tercero sea legitimado). De esta forma, tanto la FNE como cualquier tercero con un interés legítimo podían iniciar una consulta sobre estas operaciones, incluso sin la acción directa de las partes involucradas.

obligatorio para aquellas operaciones que superen ciertos umbrales de ventas determinados por la FNE¹²⁶.

En términos procedimentales y a grandes rasgos, una vez notificada una operación -de forma obligatoria o voluntaria- a la FNE, la agencia nacional dará inicio a la Fase I de su investigación, luego de lo cual tendrá tres opciones: A) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción que no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia; B) aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose la operación a tales medidas, no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o C) Extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales (Fase II), mediante resolución fundada, cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia¹²⁷.

Las agencias de libre competencia, con el objetivo de transparentar su trabajo, así como informar y dar seguridad jurídica a los actores del mercado, dictan distintas guías para el análisis de operaciones de concentración. En Chile se encuentra la ya mencionada Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales¹²⁸ de la FNE, que sintetiza la metodología tradicional de análisis de operaciones de concentración que puede observarse en la literatura y que asume como aplicable la Fiscalía (en adelante, “Guía”).

Bajo la metodología establecida por esta Guía, la Fiscalía se enfocará en determinar si una operación tiene la capacidad de reducir sustancialmente la competencia en un mercado específico. En concreto, una Concentración tendrá dicha aptitud si la agencia llega a la conclusión de que, de materializarse,

“otorgaría, reforzaría o incrementaría, o podría otorgar, reforzar o incrementar, la capacidad de la entidad resultante para, por sí misma o en conjunto con otros, deteriorar

¹²⁶ A partir del 1 de junio del 2017, entró en vigencia la Ley N°20.945 de 2016, que reforma el DL211 introduciendo el Título IV “De las Operaciones de Concentración”, que consagra el régimen obligatorio de control de operaciones de concentración en Chile.

¹²⁷ Artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL211

¹²⁸ Op. cit. “Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”

significativamente las condiciones competitivas a la luz del mercado respectivo en comparación con la situación que existe en ausencia de la Concentración”¹²⁹.

Para lograr cumplir con los cometidos de las agencias descritas, la definición de mercado relevante es una metodología fundamental para analizar una operación de concentración, siendo “una de las herramientas analíticas más importantes para examinar y evaluar las limitaciones competitivas que una empresa enfrenta, y el impacto de su comportamiento para la competencia”¹³⁰. Esta consiste habitualmente en la determinación de la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos¹³¹.

El objetivo de realizar dicha definición es evaluar el poder de mercado de los agentes. Por lo tanto, la determinación del mercado relevante debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas, que puedan limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva¹³². De no existir ese disciplinamiento, se estimará que la empresa incumbente cuenta con poder de mercado o posición de dominio. Con esta meta, la definición incluye el set de productos o áreas geográficas que ejerzan presiones competitivas los unos sobre los otros y que afecten a los interesados en realizar la operación¹³³.

En atención a esto, se procede a definir el mercado relevante. A través de distintos métodos, como se verá de forma pormenorizada en los siguientes acápites, las agencias de libre competencia delimitan el (a) mercado relevante de producto, y (b) el mercado relevante geográfico.

Esta definición permite especificar las industrias y lugares en los cuales puedan surgir limitaciones a la competencia y, además, permite identificar a los participantes y qué tan concentrados están estos dentro del ya definido mercado¹³⁴.

¹²⁹ Op. cit. “*Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*”. P.5

¹³⁰ OCDE Competition Committee. “*Market Definition*”. Policy Roundtables, 2012. Traducción libre de: “Market Definition is one of the most important analytical tools to examine and evaluate the competitive constraints that a firm faces and the impact of its behavior on competition.”

¹³¹ Op. cit. “*Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia*”. P.2

¹³² Ibid. P.1

¹³³ Op. cit. “*Competition Policy: Theory and Practice*”, 2004. P.127.

¹³⁴ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission “*Horizontal merger guidelines*”, (2010).

Cabe destacar que no siempre se requiere una definición exacta del o los mercados relevantes involucrados, razón por la cual, en algunas ocasiones, se decide dejar abierta la definición de mercado relevante¹³⁵. Las agencias de libre competencia lo definen con el objeto de tener un marco instrumental para la evaluación de los posibles efectos a la competencia producto de una operación. Sin embargo, el objetivo último de un análisis de una operación de concentración es determinar el potencial de esta para reducir sustancialmente la competencia, y no definir mercados relevantes como un fin en sí mismo¹³⁶⁻¹³⁷.

Sin embargo, ilustrativo de la importancia de este factor de análisis es, por ejemplo, que se encuentre establecido un procedimiento para su definición transversalmente en la normativa y doctrina comparada sobre operaciones de concentración. Así, en la legislación de la UE, es obligatorio definir el mercado relevante cuando hay que evaluar el poder de mercado para determinar si una operación de concentración puede impedir significativamente la competencia en el mercado común o en una parte importante de él, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición dominante¹³⁸. Por su parte, la normativa estadounidense incluye este procedimiento en sus *Horizontal Merger Guidelines*, proponiendo para su realización el test “SSNIP” que consiste en el ejercicio de suponer una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos¹³⁹.

En la legislación chilena, el Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración¹⁴⁰ establece en su artículo 3 que:

¹³⁵ Fiscalía Nacional Económica, Rol F-43-2015. Informe de archivo de investigación.

¹³⁶ Ibid. P.7

¹³⁷ La determinación de la importancia, y eventual necesidad de determinar un mercado relevante para el análisis de operaciones de concentración no constituye el foco central de este trabajo. Se omite deliberadamente su abordaje detallado debido a la amplitud y complejidad de la discusión que ello conlleva.

¹³⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1998. "France and Société commerciale des potasses et de l'azote and Entreprise minière et chimique v. Commission. EU:C:1998:148". Sentencia de 31 de marzo de 1998, párrafo 143. Caso C-68/94. “Con carácter preliminar, debe señalarse que la delimitación adecuada del mercado relevante es un requisito necesario y previo a toda valoración hecha sobre el impacto que una operación de concentración tiene en el ámbito de la competencia” esto, con relación a: Comisión Europea (2004), “*Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.*” (2004/C31/03): “La evaluación de las concentraciones por parte de la Comisión normalmente implica lo siguiente: a) la definición del mercado de productos y del mercado geográfico de referencia”.

Op. cit. “*Market Definition and Market Power in the Platform Economy*”. P.20. Traducción libre de: “market definition is considered *mandatory* in cases where market power has to be measured in order to determine whether or not: (...) A concentration would (not) significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or a strengthening of a dominant position.”.

¹³⁹ Será definido exhaustivamente en el siguiente subcapítulo.

¹⁴⁰ Decreto 41, Reglamento sobre Notificación de una Operación de Concentración. Chile.

“A la notificación de la operación deberán acompañarse los antecedentes que permitan evaluar, preliminarmente, los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia, incluyendo, a lo menos, la siguiente información: (...) 3. La definición de los mercados relevantes de producto y geográfico afectados por la operación”.

La Guía de la FNE , con el objetivo de transparentar los criterios, marco analítico y herramientas utilizadas al momento de evaluar una operación de concentración, establece los criterios seguidos para determinar el mercado relevante, dando cuenta de una línea de análisis concordante con la doctrina comparada. Para la agencia, se entiende por mercado relevante *“el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tal que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”*¹⁴¹.

Con esta presentación, es posible pasar a analizar en profundidad cómo definen el mercado relevante las autoridades de libre competencia. Esta metodología, que será denominada tradicional, es el tema central de este capítulo. Se verán los puntos esenciales de la definición tradicional de mercado relevante, pasando por los procedimientos utilizados para realizarla. Posterior a ello se estudiará cómo las autoridades de libre competencia utilizaron este ejercicio para definir el mercado relevante en operaciones de concentración entre agentes que utilizaban datos de forma intensiva. Con ello se espera poner en evidencia que este método tradicional no logra sopesar de forma adecuada las presiones competitivas a las que se enfrentan los actores, lo que será comentado de forma crítica, para así dar paso a la exposición de los ajustes que la doctrina propone para definir los mercados en las concentraciones entre este tipo de actores, proponiendo una nueva metodología en el siguiente capítulo.

I. DEFINICIÓN TRADICIONAL DE MERCADO RELEVANTE

A. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO

El mercado relevante de producto está compuesto por la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características,

¹⁴¹ Op. cit. “Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”. P.7

su precio o el uso que se prevea hacer de ellos¹⁴². Es un requisito esencial para la definición tradicional de mercado relevante la identificación del bien o servicio que se comercializa, respecto al cual determinar su sustituibilidad¹⁴³, y para lograr dicho cometido, las autoridades de libre competencia utilizan distintas herramientas para realizar la definición, dentro de las cuales se pasará a exponer sobre las principales.

Así, el primer paso es establecer qué es lo que se oferta, y quienes lo demandan¹⁴⁴. Luego, se debe identificar la sustituibilidad de los productos sobre los que estas recaen¹⁴⁵. Para esto, se selecciona un catálogo de productos o servicios hipotéticamente sustitutos a lo que las partes ofrecen, en atención a la función o uso de los candidatos¹⁴⁶, las características físicas del bien o servicio, el tiempo y costos del cambio de producto, y los canales a través de los cuales estos llegan a sus clientes, entre otros¹⁴⁷.

Ya delineados los posibles sustitutos, se puede comprobar la sustituibilidad de la demanda, principalmente, mediante la prueba del monopolista hipotético, un método utilizado por las autoridades de libre competencia a nivel mundial para verificar el mercado relevante¹⁴⁸. Este consiste en el ejercicio de suponer una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos

¹⁴² Op. cit. “*Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia*”. P.2

¹⁴³ Op. cit. “*Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*”. P.490

¹⁴⁴ Ver Fiscalía Nacional Económica. Rol FNE F43-2015 “*Enajenación de Foods Cía. de Alimentos*”. PP.5 y ss.

¹⁴⁵ Cuando la caída del precio de un bien reduce la demanda de otro, los dos bienes se denominan sustitutos. Op. cit. “*Principles of Economics*”. P.70

¹⁴⁶ Véase Fiscalía Nacional Económica, Rol F243-2020 “*Asociación entre CMA CGM, COSCO SHIPPING Lines, COSCO SHIPPING Ports, SIPG, Hapag- Lloyd, PSA, Hutchinson Ports, OOCL y Qingdao Port Lines*”. PP. 6 y ss.

¹⁴⁷ De acuerdo con la Guía, dentro de los antecedentes para delimitar los productos para determinar el mercado relevante incluyen, de forma no taxativa, los siguientes: “(a) definiciones de mercado relevante y de sus alternativas plausibles, contenidas en la notificación de la Operación; (b) características y función o uso de los productos candidatos a integrar un mismo mercado relevante; (c) información (ya sea prospectiva o basada en experiencias pasadas) relativa al comportamiento de compradores y competidores ante alteraciones en las condiciones de la oferta (por ejemplo, variaciones de precios, calidad o quiebres de stock) o de la demanda; (d) tiempo y costos de cambio que enfrenten los consumidores; (e) Los niveles de precios y de las correlaciones entre ellos; (f) elasticidades cruzadas, razones de desvío u otras medidas de cercanía competitiva; (g) Documentos internos o externos de las partes o terceros, tales como estudios de estrategia o marketing, que puedan proveer información acerca de cuáles son los productos alternativos que las partes de una Operación o terceros consumidores o competidores puedan considerar como competidores cercanos; y, (h) opiniones de consumidores y competidores actuales o potenciales”. Op. cit. “*Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*”. P.8-9

¹⁴⁸ Op. cit. “*Competition Policy: Theory and Practice*”, P.2

(“SSNIP”, por sus siglas en inglés¹⁴⁹), y analizar la reacción de los consumidores frente a esa variación¹⁵⁰.

Como explica el *Centre on Regulation in Europe*, de acuerdo con este test:

“El mercado relevante se define como el más reducido grupo de productos sobre los cuales un monopolista hipotético puede de forma rentable ejercer un incremento pequeño pero significativo y no transitorio de precios [de un 5%]. Para responder a la pregunta si este monopolista podría imponer un aumento de precio, es necesario preguntarse si tal aumento de precio sería rentable. Por lo tanto, la cuestión es si la venta de una cantidad menor a un precio más alto sería más rentable que la venta de la cantidad inicial al precio inicial. Esto dependerá de la sensibilidad de la demanda a un cambio de precio, es decir, de la elasticidad de la demanda. Si el aumento de los precios es rentable, el mercado estaría definido. De lo contrario, sería un indicador de que la empresa no tiene suficiente poder de mercado para aumentar el precio. A continuación, se añaden los siguientes sustitutos más cercanos al mercado relevante (para ello es importante saber a qué productos se desvía la demanda) y se repite la prueba para el conjunto más amplio de productos (con un aumento de precio en todos estos productos). El proceso continúa hasta el punto en que el monopolio hipotético pueda imponer provechosamente un aumento de precio del 5% al conjunto de productos bajo su control”¹⁵¹.

Se puede observar que este test implica que, partiendo del tipo de producto que venden las empresas afectadas, otros productos se incluirán o excluirán de la definición de mercado según

¹⁴⁹ *Small but Significant Non-transitory Increase in Prices*

¹⁵⁰ Op. cit. “Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia” P.3

¹⁵¹Op. cit. “*Market Definition and Market Power in the Platform Economy*”. P.62-63. Traducción libre de: According to the SSNIP test, the relevant market is defined as the smallest product group such that a hypothetical monopolist in control of this product group could profitably sustain a *small but significant non-transitory increase in price*. To answer the question of whether a hypothetical monopolist could impose a price increase, one needs to ask whether such a price increase would be profitable. Hence, the issue is whether selling a smaller quantity at a higher price would be more profitable than selling the initial quantity at the initial price. Whether this is the case depends on how sensitive demand reacts to a price change, i.e. it depends on the elasticity of demand. (...) If the firm’s own price elasticity of demand is less than this critical elasticity, the price increase would be profitable and the market is defined. If not, then this is seen as indication that the firm does not have sufficient market power to raise price. The next closest substitutes are then added to the relevant market (for this it is important to know to which products demand is diverted) and the test is repeated for the larger set of products (with a price increase on all these products). The process continues until the point is reached where a hypothetical monopolist could profitably impose a 5% price increase on the set of products under its control. [Corchete agregado]

la competencia de estos afecte suficientemente a la estrategia de fijación de precios de las partes a corto plazo, o la restrinja¹⁵²⁻¹⁵³.

Existen otros métodos para determinar el mercado relevante para un producto o servicio. Entre ellos están la estimación de demanda y costo, mediante técnicas econométricas que permiten obtener una estimación de la elasticidad de la demanda¹⁵⁴; análisis de pérdida crítica, el cual, busca determinar la pérdida que tendría que sufrir el monopolista hipotético para que un alza marginal en el precio no sea rentable¹⁵⁵; encuestas y entrevistas a clientes y competidores, para conocer su comportamiento de demanda¹⁵⁶; correlación de precios y métodos estadísticos, los cuales permiten inferir el grado de sustitución entre productos candidatos a formar parte de un mercado relevante mediante el coeficiente de correlación entre ambos precios¹⁵⁷.

Una vez determinada la sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda, corresponde definir la sustituibilidad desde la oferta, especialmente si esta puede producir los mismos efectos que la primera en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto implica que los proveedores sean capaces de comenzar a producir y vender los productos en cuestión en el corto plazo, sin enfrentar costos o riesgos adicionales significativos, como reacción ante leves cambios permanentes en los precios relativos. La oferta adicional que se introduzca en el mercado limitará el comportamiento competitivo de las empresas ya establecidas¹⁵⁸.

De acuerdo con la Comisión Europea, la sustituibilidad de la oferta se produce generalmente

“cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto aun cuando para un consumidor o un grupo de consumidores finales determinados las distintas calidades no sean sustituibles, estas distintas calidades se agruparán en un mercado de producto siempre que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costos. En tales casos,

¹⁵² Op. cit. “Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia” P.3

¹⁵³ Willington, Manuel, “Mercados Relevantes en el sector de Telecomunicaciones: Enfoques de la FNE y el TDLC y Revisión Internacional”. Abril de 2010.

¹⁵⁴ Aldo González y Andrés Gómez-Lobo, “Competencia en Servicios Bancarios a Personas”, diciembre de 2010. P.71

¹⁵⁵ Ibid. P.73

¹⁵⁶ Ibid. P.77

¹⁵⁷ Ibid. P.78

¹⁵⁸ Op. cit. “Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia” P.3

*el mercado de producto de referencia comprenderá todos los productos sustituibles en la demanda y en la oferta*¹⁵⁹.

Visto lo anterior, queda finalmente como última fuente de presiones competitivas que permiten delinear el mercado relevante: la competencia potencial. Sin embargo, de acuerdo con la Comisión Europea, esta es dejada fuera debido a que *“las condiciones en que la competencia potencial representará realmente una presión dependen del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso, por lo que este es postergado para una fase posterior.”*¹⁶⁰.

B. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

La Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición del mercado relevante define el mercado geográfico como:

*“La zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.”*¹⁶¹.

Para definir el mercado geográfico, se comienza con una idea preliminar basada en información general sobre cómo se distribuyen las cuotas de mercado entre las partes involucradas y sus competidores, así como en un análisis inicial sobre cómo se establecen y varían los precios en diferentes niveles geográficos (local, nacional, regional, etc.)¹⁶². Esta perspectiva inicial sirve esencialmente como una hipótesis de trabajo que ayuda a enfocar el análisis con el objetivo de llegar a una definición exacta del mercado geográfico¹⁶³.

¹⁵⁹Ibid. P.3-4

¹⁶⁰ Ídem.

¹⁶¹ Ibid. P.2

¹⁶² Véase Fiscalía Nacional Económica, Rol F247-2020. *“Adquisición de control en Red de Clínicas Regionales S.A. por parte de Asociación Chilena de Seguridad.”* PP.9 y ss.

¹⁶³ Ibid. P.5

La metodología utilizada para definir el mercado geográfico incluye, dentro de otros, (i) elementos de prueba en el pasado de desvío de pedidos a otras zonas, es decir, un test de monopolista hipotético, agregando factores espaciales a la pregunta sobre una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos¹⁶⁴; (ii) también se consideran las características básicas de la demanda, i.e., preferencias nacionales, preferencia por la marca, el idioma, la cultura y el estilo de vida nacionales, o la necesidad de una presencia local que pueden limitar la zona geográfica de un mercado¹⁶⁵; (iii) opiniones de clientes y competidores, de la misma forma que cuando se trata de un mercado relevante de producto¹⁶⁶; (iv) localización geográfica de las compras¹⁶⁷ y (v) flujos comerciales y estructura de compra, utilizada cuando el número de clientes es tan grande que no permite tener una idea clara de la localización geográfica de las compras, podrá utilizarse los flujos comerciales, siempre y cuando haya estadísticas comerciales suficientemente detalladas¹⁶⁸.

De acuerdo con la Comisión Europea, estos factores son pertinentes para la definición de un mercado relevante geográfico, sin perjuicio de que no son necesarios todos en conjunto para lograr dicho cometido. En la práctica, se puede lograr una delimitación a propósito de un subconjunto de estos criterios.

II. APLICACIÓN DE DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE TRADICIONAL A OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ENTRE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS

Tal como se adelantó, el objetivo de presentar la metodología tradicional de definición de mercado relevante es evidenciar cómo esta resulta imprecisa para sopesar adecuadamente las presiones competitivas que afectan a dos empresas intensivas en el uso de datos que buscan celebrar una fusión. Con los elementos identificados, se revisará a continuación dos casos ilustrativos de la postura, en los que se aprobaron concentraciones que fueron fuertemente criticadas *ex-post* por la doctrina, debido a las implicancias que tuvieron para la libre

¹⁶⁴ Ibid. P.7

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ Ídem.

¹⁶⁷ Ibid. P.8

¹⁶⁸ Ídem.

competencia, en un esfuerzo por revelar que parte del error se halla en la definición de mercado relevante que realizaron las autoridades.

A. CASO GOOGLE-DOUBLECLICK

El año 2007, Alphabet, Inc. (“Google”), empresa que inició sus actividades en el mercado de motores de búsqueda a finales de la década de los 90, notificó a las principales agencias de libre competencia de Europa y Estados Unidos¹⁶⁹ su intención de adquirir DoubleClick, empresa que operaba en el mercado de publicidad digital.

En ese entonces Google, empresa estadounidense que opera el buscador web más popular de Internet, ofrecía sus servicios a los usuarios finales de forma gratuita. Además, ofrecía servicios de publicidad en sus páginas web y en aquellas afiliadas a la red “AdSense”¹⁷⁰. Posteriormente, Google adquirió YouTube, comenzando a ofrecer contenido. Sin embargo, la mayoría de los ingresos de Google procedían de sus servicios publicitarios¹⁷¹.

Por su parte, DoubleClick, era una empresa estadounidense que principalmente vendía tecnología de entrega de publicidad, de gestión y de informes a escala mundial para editores de sitios web, anunciantes y agencias de publicidad¹⁷².

Dentro de los resultados de dicha adquisición, Google sería capaz de combinar su base de datos sobre el comportamiento de búsqueda de los usuarios con los datos de DoubleClick sobre el comportamiento de navegación de los usuarios en una magnitud no replicable por otros competidores a nivel global. Con esta información combinada, se podría dirigir mejor los anuncios a los usuarios de internet¹⁷³.

La FTC, tras 4 votos a favor y uno disidente¹⁷⁴, decidió no perseverar en la investigación de mercado, autorizando la fusión de ambas empresas. En su comunicado señaló que: “*tras*

¹⁶⁹ En este caso, el FTC y la Comisión

¹⁷⁰ AdSense es un programa que permite que los editores de sitios web monetizen el tráfico en sus páginas, y que los anunciantes lleguen a una gran audiencia. Para ello, un editor que utiliza AdSense, muestra anuncios en sus páginas web, y obtiene ingresos a través de los clics o impresiones en dichos anuncios.

¹⁷¹ Comisión Europea. “*Caso M.4731 – GOOGLE/DOUBLECLICK*”. Decisión de 11 marzo de 2008. P.5

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ Graef, Inge. “*When data evolves into market power: Data concentration and data abuse under competition law.*”. En Moore M, Tambini D, “*Digital dominance: The power of Google, Amazon, Facebook, and Apple.* Oxford University Press.”, 2018. P.73

¹⁷⁴ Respecto al voto disidente, ver *Infra*, Capítulo III

*examinar cuidadosamente las pruebas, hemos llegado a la conclusión de que es improbable que la adquisición de DoubleClick propuesta por Google disminuya sustancialmente la competencia*¹⁷⁵.

Respecto al mercado relevante, la comunicación de la FTC, justificando su decisión, se limitó a señalar en una nota al pie que:

*“Dado que Google y DoubleClick no compiten actualmente en el mismo mercado de referencia, estas dos empresas no actúan como restricciones competitivas significativas entre sí. En términos prácticos, esto significa que las partes no afectan de forma significativa a los precios de la otra, ni a los atributos del producto no relacionados con el precio, como la protección de la privacidad del consumidor o la calidad del servicio.”*¹⁷⁶.

Por su parte, la Comisión Europea ofreció un documento en el cual es posible comprobar el procedimiento y análisis para autorizar la misma operación. Después de realizar la investigación de mercado, la Comisión Europea llegó a la conclusión de que la combinación de las recopilaciones de datos de Google y DoubleClick no daría a la entidad fusionada una ventaja competitiva que no pudiese ser igualada por los competidores, considerando que dicha información estaría disponible para varios competidores de Google al momento de la concentración propuesta. En particular, la Comisión se refirió a Microsoft y Yahoo!, que dirigen motores de búsqueda y ofrecen también servicios de publicidad. La agencia argumentó que los competidores podían comprar los datos o servicios de orientación de terceros, incluidos portales, otros grandes editores web y proveedores de servicios de internet¹⁷⁷.

Con esto en consideración, la Comisión Europea determinó que la posible combinación de datos de Google y DoubleClick no planteaba problemas de exclusión de competidores que se tradujeran en una reducción sustancial de la competencia¹⁷⁸.

Para llegar a esta decisión, en el proceso de análisis de este caso, la definición de mercado relevante siguió el modelo tradicional expuesto a lo largo de este capítulo. En ese sentido, se

¹⁷⁵ Federal Trade Commission. “*FTC File No. 071-0170*” Comunicado sobre Google/DoubleClick”. P.6

¹⁷⁶ Ibid. P.8. Traducción libre de: “Because Google and DoubleClick do not presently compete in the same relevant market these two companies do not act as significant competitive restraints on one another. In practical terms, this means that the parties do not significantly affect each other’s prices, nor non-price product attributes, such as consumer privacy protections or service quality.”

¹⁷⁷ Op. cit. “*Caso M.4731 – GOOGLE/DOUBLECLICK*” P.31

¹⁷⁸ Ibid. PP.70, 96

expondrá a continuación la metodología aplicada por la autoridad europea en la definición de mercado relevante en este caso, intentando mostrar lo que los hizo arribar a dicha conclusión.

i. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO

En la operación se definieron 3 mercados relevantes: el de provisión de espacio publicitario en línea, el de intermediación en publicidad *online*, y el de provisión de tecnología de entrega de publicidad mediante “*display*” -anuncios que se muestran como banners en las páginas web-.

(A) MERCADO DE PROVISIÓN DE ESPACIO PUBLICITARIO

Respecto al mercado de la provisión de espacio publicitario, el primer antecedente en consideración para determinar el mercado relevante fue la delimitación que informaron las propias partes. Google consideró que el mercado de espacio publicitario abarcaba todos los medios de comunicación, viendo Internet como uno más entre varios, incluyendo televisión y prensa como sustituibles para los anunciantes. Argumentó que, desde la perspectiva de los anunciantes, todos estos medios son intercambiables al planificar campañas publicitarias, evidenciado por el traslado de la inversión publicitaria hacia lo *online*. También señaló que los proveedores de medios tradicionales ofrecen publicidad tanto en formatos *online* como *offline*, justificando así una visión amplia del mercado de la publicidad¹⁷⁹.

Sin embargo, la Comisión consideró que la definición propuesta era demasiado amplia. Tras realizar una encuesta a consumidores y competidores, concluyó que la publicidad *online* es un mercado distinto del *offline*. Esto se debe a que Internet permite dirigirse específicamente a audiencias basadas en datos como ubicación y preferencias personales. Además, se consideró que la publicidad *online* ofrece herramientas únicas para medir directamente el rendimiento de los anuncios, facilitando ajustes rápidos en la estrategia publicitaria¹⁸⁰.

Además, la Comisión distinguió la publicidad *online* de la *offline* por cómo se establecen los precios. Mientras la *offline* se tarifica según estimaciones de cuántas personas podrían ver un anuncio, la *online* se cobra basándose en la interacción real con el anuncio, como clics o visualizaciones reales. Esto permite a la publicidad *online* ofrecer tarifas más precisas y

¹⁷⁹ *Íbid.* P.17

¹⁸⁰ *Ídem.*

adaptadas al rendimiento real del anuncio, como el costo por clic o por impresión, algo que los medios tradicionales no pueden igualar¹⁸¹.

Además, la Comisión consideró que en decisiones pasadas a esta operación, había establecido una diferenciación entre la publicidad *online* de la *offline*¹⁸².

De esta forma, la Comisión llegó a la conclusión de que la definición de mercado relevante, en materia de provisión de espacios publicitarios, correspondía al mercado de provisión de publicidad *online*¹⁸³.

(B) MERCADO DE INTERMEDIACIÓN EN PUBLICIDAD ONLINE

El segundo mercado delimitado fue el de intermediación en publicidad *online*. Al respecto, los espacios publicitarios pueden ser vendidos directamente por los editores de sitios web a los anunciantes a través de sus propios equipos de ventas o a través de intermediarios. En términos generales, los intermediarios “juntan” los espacios publicitarios puestos a la venta por los editores y/o los anunciantes que desean comprar espacios publicitarios y facilitan la concertación entre la oferta de espacios publicitarios y la demanda de espacios publicitarios para colocar anuncios¹⁸⁴.

En el proceso de definición del mercado relevante se tuvo en consideración, en primer lugar la opinión de la parte notificante, quienes indicaron que no debería identificarse ningún mercado de intermediación. Indicaron que la capacidad de los grandes editores web para vender publicidad directamente, evitando intermediarios si subían los precios, restringía a estos últimos de aumentar tarifas. Argumentaron que la presencia de grandes clientes desincentivaba a intermediarios a elevar precios, protegiendo así a editores más pequeños sin capacidad de venta directa. Por tanto, consideraban que el mercado de venta de espacio publicitario en línea debía incluir tanto ventas directas como intermediadas¹⁸⁵.

¹⁸¹ Ídem.

¹⁸² Ver Comisión Europea “*Caso IV/JV.1 – TELIA/TELENOR/SCHIBSTEDT*”, 27 Mayo 1998; “*Caso IV/M.1439– TELIA/TELENOR*”, 3 de Octubre de 1999; y “*Caso IV/M.0048 – Vodafone/Vivendi/Canal Plus*”, 20 de Julio de 2000.

¹⁸³ Op. cit. “*Caso M.4731 – GOOGLE/DOUBLECLICK*”. P.20

¹⁸⁴ Ibid. P.10

¹⁸⁵ Ibid. P.20

De acuerdo con la Comisión, a efectos de identificar un mercado separado para la intermediación, la distinción entre grandes y pequeños editores de sitios web sin alternativa a la intermediación sería relevante si un monopolista hipotético de servicios de intermediación pudiera discriminar los precios entre los editores y cobrar precios más altos a los editores que no tienen la opción de venta directa¹⁸⁶.

Así, para determinar la existencia de dicho mercado relevante, a través de una encuesta a los competidores y consumidores, se pudo exponer que tanto Google como sus competidores en efecto distinguían entre grandes y pequeños editores de web. Con los primeros, quienes tenían canales de ventas directas, negociaba directamente sus contratos, mientras que a los pequeños les ofrecía un servicio estándar¹⁸⁷.

Estas encuestas permitieron demostrar, además, que contrario a lo planteado por la parte notificante, las ventas directas competían con las ventas intermediadas, debido a los altos costos fijos que implicaba la venta directa, los cuales eran difíciles de conseguir por un editor pequeño¹⁸⁸.

Finalmente la investigación de la Comisión mostró que los editores web elegían cómo vender su espacio publicitario basándose en la maximización de sus ganancias. Los espacios más valiosos y de alto rendimiento¹⁸⁹ que eran más atractivos para los anunciantes, solían venderse directamente por los editores. El espacio publicitario que quedaba, que solía estar en partes menos visibles de las páginas web y tenía menor valor, era vendido a través de intermediarios para reducir costos. Esto mostraba una estrategia diferenciada basada en el valor y la visibilidad del espacio publicitario disponible¹⁹⁰.

De esta forma, la Comisión concluyó que existía un mercado específico para la intermediación en publicidad *online*. Esto se debía a que los pequeños editores, y en cierta medida también los grandes que vendían directamente, no tenían alternativas a los servicios de intermediación para vender su espacio publicitario no vendido directamente¹⁹¹.

¹⁸⁶ Ídem.

¹⁸⁷ Ibid. P.21

¹⁸⁸ Ídem.

¹⁸⁹ Por ejemplo, un espacio publicitario junto al logo del New York Times, en su página web.

¹⁹⁰ Ibid. P.22

¹⁹¹ Ibid. P.23

(C) MERCADO DE PROVISIÓN DE TECNOLOGÍA DE ANUNCIOS ONLINE

El tercer mercado relevante definido, correspondió al de la provisión de tecnología de anuncios *online*. Una vez que un editor ha vendido un espacio publicitario a un anunciante, ya sea directamente o a través de un intermediario, ambas partes deben asegurarse de que el anuncio correcto aparezca realmente (es decir, que se muestre) en el espacio del sitio web del editor en el lugar y el momento adecuados. De este paso se encargan las herramientas de publicación de anuncios¹⁹².

La investigación de mercado nuevamente tuvo en consideración la encuesta a consumidores y competidores tanto como la información entregada por las partes. Ambas coincidieron en que tanto editores como anunciantes usaban tecnología de publicidad similar para tráfico y entrega de anuncios. Sin embargo, sus necesidades diferían: los anunciantes requerían funciones para crear y alojar anuncios y tecnología avanzada para analizar el rendimiento publicitario; los editores, por otro lado, necesitaban gestionar el inventario y programar ventas, prediciendo la disponibilidad futura. Esto indicaba que los productos para anunciantes y editores no eran intercambiables, señalando la falta de sustituibilidad entre ellos¹⁹³.

De esta forma, la Comisión determinó la delimitación del mercado relevante de la provisión de tecnología de distribución de publicidad.

ii. MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

En la determinación del mercado geográfico relevante para la publicidad en línea, los notificantes propusieron que este abarcara como mínimo el Espacio Económico Europeo (“EEE”), pudiendo ser incluso global, argumentando que las campañas publicitarias operan a nivel internacional, y Google señaló que muchos de sus clientes se dirigen a audiencias internacionales. Sin embargo, la encuesta a clientes y competidores reveló que, aunque técnicamente era posible abarcar todo el EEE, existían factores comerciales que diferenciaban

¹⁹² Ibid. P.12

¹⁹³ Ibid. P.24

submercados nacionales y lingüísticos¹⁹⁴, indicando que para anunciantes y editores, el mercado se segmentaba más allá de lo puramente técnico¹⁹⁵.

En cuanto al mercado de intermediación, los notificantes señalaron que correspondía, como mínimo, al del EEE, ya que por las bajas barreras tecnológicas, los costos de expansión geográfica eran bajos. Esto fue confirmado por la investigación de mercado, que tuvo en consideración las características técnicas de la demanda, así como la encuesta a clientes y competidores. Estos últimos daban ejemplos de competidores que habían comenzado prestando servicios a nivel nacional, para luego expandirse al mercado europeo¹⁹⁶.

Finalmente, sobre el mercado de provisión de tecnología de anuncios en línea se tuvo como único antecedente para su definición geográfica la información provista por los notificantes, quienes indicaron que ésta correspondía, al menos, al EEE¹⁹⁷.

Expuesto el análisis llevado a cabo por la autoridad europea, muestra la importancia de este caso para lo que se propone en este documento. El ejercicio realizado por la Comisión consistió tomar una foto de categorías de productos limitados, en un análisis estático de un mercado caracterizado, como hemos visto, por ser altamente dinámico e innovador¹⁹⁸. La definición de mercado de producto no profundizó en un análisis detallado del tipo de información que es necesario para proveer los servicios de publicidad prestados¹⁹⁹, y en el plano geográfico se enfrentó a la dificultad de definir bajo los conceptos tradicionales un servicio prestado instantáneamente en todo el mundo.

B. CASO FACEBOOK-WHATSAPP

¹⁹⁴ Referencia a la identificación de factores comerciales que permiten distinguir entre diferentes submercados dentro del mercado europeo, en función a preferencias por país, idioma y cultura. Por ejemplo, un submercado lingüístico sería el formado entre los países de habla alemana, como Alemania, Austria y Suiza. Otro submercado, por país, sería el submercado Español.

¹⁹⁵ Op. cit. “Caso M.4731 – GOOGLE/DOUBLECLICK” P.25

¹⁹⁶ Ídem.

¹⁹⁷ Ibid. P.26

¹⁹⁸ Harbour, Pamela Jones, y Tara Isa Koslov. “Section 2 In A Web 2.0 World: An Expanded Vision Of Relevant Product Markets”. Antitrust Law Journal 76, 2010. P.784

¹⁹⁹ Op. cit. “When data evolves into market power: Data concentration and data abuse under competition law.”. P.75

Otro caso emblemático que puede ilustrar los defectos de la evaluación tradicional de mercado relevante y el rol de la concentración de datos y sus efectos competitivos es la adquisición de WhatsApp por Facebook, ocurrida el año 2014, y consistió en la adquisición de WhatsApp Inc. por parte de Meta Platforms, Inc. (En adelante, “Facebook”) por un precio de 19.000 millones de dólares²⁰⁰.

Facebook es una empresa que ofrece servicios de redes sociales y aplicaciones móviles, incluyendo la plataforma “Facebook”, la aplicación de mensajería “Facebook Messenger”, y la plataforma para compartir fotos y videos “Instagram”, además de proporcionar espacio publicitario online, entre otros²⁰¹. Por su parte, WhatsApp Inc., se especializaba en mensajería privada a través de su App móvil “WhatsApp”, sin vender espacio publicitario ni datos de usuarios²⁰².

La FTC aprobó la adquisición en la primera fase de investigación, sin publicar los datos de su investigación ni hacer comentarios sobre las implicancias de esta operación a la libre competencia, anunciando que WhatsApp debía “*honrar sus promesas hacia sus consumidores*”²⁰³, en el sentido de no cambiar las políticas de uso de datos de la aplicación de mensajería, la cual no recopilaba datos de los usuarios. La agencia exigió a Facebook a cumplir con su obligación de obtener el consentimiento afirmativo de sus usuarios antes de cualquier cambio a las configuraciones de privacidad²⁰⁴.

La Comisión Europea, por su parte, tomó la decisión de autorizar esta fusión tras finalizar la Fase I de investigación. En esta, consideró que la adquisición no incrementaría la cantidad de datos potencialmente disponibles a Facebook para ser utilizados con fines publicitarios, debido a que WhatsApp no recolectaba datos con dichos propósitos al momento de la adquisición²⁰⁵.

Respecto a la facultad de los datos de mejorar la posición en el mercado de la publicidad *online*, la Comisión concluyó que la fusión no aumentaría los riesgos de *disminución sustancial de la*

²⁰⁰ Ídem.

²⁰¹ Comisión Europea. “*Caso COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP*”. Decisión del 03 de octubre del 2014. PP.1-2

²⁰² Ídem. P.2

²⁰³ Federal Trade Commission, “*FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition*”, 10 de abril de 2014, <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed-acquisition>. Accedido el 8 de marzo del 2024

²⁰⁴ Ídem.

²⁰⁵ Op. cit. “*Caso No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP*” P.34

competencia, aun si Facebook incluyese publicidad dirigida en WhatsApp, o si comenzara a recolectar datos de los usuarios de dicha App, debido a que en el mercado relevante definido, existían suficientes proveedores alternativos a Facebook ofertando publicidad dirigida, y una gran cantidad de datos de usuarios en internet disponibles, sin ser de control exclusivo de esta red social. En particular, la Comisión consideró a Google, Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo!, Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe y Yelp como competidores de Facebook²⁰⁶.

I. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO

En el proceso de decisión, se definieron tres mercados como los afectados por esta operación: el de las comunicaciones para consumidores, el de las redes sociales, y el mercado de los servicios de publicidad en línea.

(A) MERCADO DE COMUNICACIONES PARA CONSUMIDORES

De acuerdo con la Comisión Europea, el mercado de comunicaciones para consumidores incluye aplicaciones multimedia que permiten comunicarse en tiempo real con otras personas. Inicialmente, estas servicios surgieron para computadores personales, pero fueron evolucionado hacia dispositivos móviles como *smartphones* y tabletas, convirtiéndose en una de las categorías de Apps de mayor crecimiento. Estas pueden ser aplicaciones independientes como WhatsApp, Telegram o Messenger, o parte de plataformas más grandes de redes sociales como Facebook o Reddit, y pueden clasificarse según diferentes criterios²⁰⁷.

En primer lugar, las aplicaciones pueden clasificarse en atención a sus funcionalidades, dependiendo de si ofrecen comunicación en tiempo real vía mensajes de voz, texto, multimedia, videollamadas, u otras. En segundo lugar, se pueden clasificar según si las Apps son exclusivas de ciertos sistemas operativos, como FaceTime e iMessage de Apple, o son multiplataforma, como WhatsApp y Telegram, y son compatibles con una variedad de sistemas operativos móviles. En tercer lugar, la disponibilidad de estas aplicaciones puede variar por dispositivo; WhatsApp estaba limitado a *smartphones*, a diferencia de Facebook Messenger, que es accesible tanto en *smartphones* como en tabletas y computadoras²⁰⁸.

²⁰⁶ Ídem

²⁰⁷ Ibid. P.3

²⁰⁸ Ídem.

Con esto en consideración, se procedió a definir el mercado relevante de producto. Para esto, se consideró primero la opinión de los notificantes, que veían todos los servicios de comunicación para consumidores como un único mercado, sin subdivisiones, debido a las similitudes funcionales y a la rápida evolución que borraba las diferencias entre ellos. Por su parte, la Comisión realizó una investigación, incluyendo encuestas a consumidores y competidores y una revisión de casos previos como Microsoft/Skype²⁰⁹ y Microsoft/Nokia²¹⁰, en los que inicialmente no se definió de forma precisa el mercado. Sin embargo, en esta oportunidad, se exploró la posibilidad de subdividir el mercado según funcionalidades, plataformas o sistemas operativos²¹¹.

La subdivisión más relevante de acuerdo con la comisión fue por plataforma, enfocándose en *smartphones*, ya que WhatsApp solo estaba disponible en estos dispositivos, y no tenían planes de expandirse. En cuanto a la segmentación por sistema operativo y funcionalidades fue descartada tras encuestas a consumidores y competidores. Por último, se exploró incluir medios tradicionales como SMS y correos electrónicos en el mercado relevante, considerados sustitutos por los encuestados, aunque con sustituibilidad imperfecta debido a diferencias funcionales²¹².

Aunque tanto medios tradicionales como aplicaciones permiten comunicarse, las aplicaciones enriquecen la experiencia con funciones como ver la actividad de los contactos en tiempo real. La diferencia clave, sin embargo, fue considerada en los costos: las aplicaciones suelen ser gratuitas, contrariamente a los medios tradicionales que pueden cobrar por ciertos mensajes. Los competidores del sector de las telecomunicaciones notaron que las aplicaciones presionaban competitivamente a los medios tradicionales, pero no al revés. Sin embargo, incluir los servicios tradicionales en el mercado relevante debilitaría la posición de las partes. Por ello, la Comisión dejó abierta la definición exacta del mercado, concluyendo que la transacción no suscitaba preocupaciones de competencia significativas, incluso considerando solo las aplicaciones de comunicación para *smartphones* y excluyendo servicios tradicionales²¹³.

Dado que incluir servicios tradicionales de comunicación atenuaría la posición combinada de las partes involucradas, la Comisión se centró en analizar los efectos de la operación en un

²⁰⁹ Comisión Europea. “Caso M.6281 – MICROSOFT / SKYPE” Decisión del 7 Octubre 2011.

²¹⁰ Comisión Europea. “Caso M.7047 – MICROSOFT / NOKIA” Decisión del 4 Diciembre de 2013.

²¹¹ Op cit. “Caso No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP”. P.4

²¹² Ibid. P.5

²¹³ Ídem.

mercado más específico: el de aplicaciones de comunicaciones para consumidores en *smartphones*. Esto permitió una evaluación más precisa del impacto competitivo de la transacción en este segmento del mercado²¹⁴.

(B) MERCADO DE LAS REDES SOCIALES

El segundo mercado definido fue el de servicios de redes sociales. Uno de los principales servicios que ofrece Facebook es su plataforma de redes sociales en línea, que en la época de la adquisición, conectaba a más de 1.300²¹⁵ millones de personas en todo el mundo²¹⁶.

Generalmente, permiten a los usuarios interactuar, compartir y expresarse en línea o a través de aplicaciones móviles, la mayor parte de las veces de forma gratuita, pero generando ingresos mediante publicidad o servicios premium, entre otras²¹⁷.

El primer antecedente que se tuvo en consideración para definir el mercado relevante fue la opinión de los notificantes. De acuerdo con ellos, el servicio de red social de Facebook constaba en la época del análisis de tres funcionalidades básicas: el perfil de usuario²¹⁸, el *newsfeed*²¹⁹ y el *timeline*²²⁰.

²¹⁴ Ibid. P.6

²¹⁵ 2.934 millones de usuarios al 2022. Hootsuite Inc, “*Digital Trends & Social Media Statistics 2022 October Update*”, Digital Trends & Social Media Statistics 2022 October Update, accedido 25 de noviembre de 2022, <https://www.hootsuite.com>.

²¹⁶ Op cit. “Caso No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP”. P.8

²¹⁷ Ídem.

²¹⁸ De acuerdo con la comisión, el perfil del usuario corresponde a “*la identidad en línea del usuario, proporcionando información sobre sus trabajos, escuela/universidad a la que asiste, estado de la relación, cumpleaños, principales eventos de la vida, etc., así como sus gustos e intereses (es decir, música, películas, etc.). De acuerdo con Facebook, por lo general, un usuario puede seleccionar hasta qué punto la información de su perfil es accesible al público*”. Traducción libre de: “User profile corresponds to the user online identity, providing information on the user's jobs, school/university attended, relationship status, birthday, major life events, etc., as well as likes and interests (that is, music, movies, etc.). A user can generally select to which degree the information in its profile is accessible to the public.”. Ídem.

²¹⁹ De acuerdo con el informe de la Comisión, el *newsfeed* “*es una visualización personalizada que se actualiza regularmente de historias (es decir, publicaciones, fotos, etc.) de amigos, páginas y otras entidades a las que el usuario está conectado*”. Traducción libre de: “Newsfeed is a regularly updating personalised display of stories (that is, posts, photos, etc.) from friends, pages, and other entities to which the user is connected.”. Ídem.

²²⁰ De acuerdo con la Comisión, el *Timeline* “*Permite a los usuarios organizar y mostrar los eventos y actividades que más les importan (por ejemplo, intereses, fotos, educación, historial de trabajo, estado de las relaciones e información de contacto), de manera que puedan conservar sus recuerdos en una narrativa personal que se puede buscar y que está organizada cronológicamente*”. Traducción libre de: “Timeline enables users to organise and display the events and activities that matter most to them (for example, interests, photos, education, work history, relationship status, and contact information), such that they can curate their memories in a searchable personal narrative that is organised chronologically”. Ídem.

La parte notificante sostuvo que WhatsApp no competía en el mercado de redes sociales con Facebook, principalmente porque WhatsApp no incorporaba funcionalidades esenciales de redes sociales como perfiles completos, *timelines* o la posibilidad de publicar y explorar redes de contactos. Enfatizaron que WhatsApp se enfocaba en comunicaciones directas entre usuarios, sin las herramientas de interacción social propias de Facebook²²¹.

Por su parte, a través de una encuesta, los competidores y usuarios indicaron que las características fundamentales de una red social incluyen la creación de perfiles y una lista de contactos, además del intercambio de mensajes e información como fotos, videos y enlaces, y la interacción con publicaciones. Según estos, un servicio no necesitaba tener todas estas funcionalidades para ser considerado una red social²²².

Los resultados de la encuesta también mostraron un solapamiento entre redes sociales y aplicaciones de mensajería, con fronteras cada vez más difusas entre ambos tipos de servicios. Ambos permitían el intercambio de contenidos entre usuarios, evidenciando que las aplicaciones de comunicación estaban adoptando funcionalidades propias de las redes sociales, desdibujando las diferencias tradicionales entre estos servicios²²³.

Sin embargo, se resaltaron una serie de diferencias clave entre redes sociales y aplicaciones de comunicación. Las aplicaciones de comunicación propician interacciones instantáneas y respuestas rápidas, manteniendo conversaciones en tiempo real, a diferencia de las interacciones en redes sociales que no suelen ser inmediatas. Además, las redes sociales facilitan la comunicación con un público más amplio, permitiendo compartir con todos los contactos o grupos grandes, mientras que aplicaciones como WhatsApp y Facebook Messenger se centran más en conversaciones individuales o en grupos pequeños. Finalmente, se distinguió el uso de las redes sociales personales para entretenimiento como Facebook, y profesionales como LinkedIn, aunque se reconoció la existencia de solapamientos en sus propósitos de uso²²⁴.

Finalmente, la Comisión optó por no definir estrictamente si aplicaciones como Facebook Messenger y WhatsApp se clasificaban dentro del mercado de servicios de redes sociales, al no identificar problemas de competencia relevantes con ninguna definición del mercado. Aunque

²²¹ Ibid. P.9

²²² Ídem.

²²³ Ídem.

²²⁴ Ibid. P10

estas aplicaciones compartían características de redes sociales, como el intercambio de mensajes y fotos, existían diferencias clave con los servicios de redes sociales. Por tanto, se dejó abierta la clasificación exacta de estas aplicaciones en el mercado, ya que la evaluación indicó que la operación no presentaba incompatibilidades significativas con el mercado interno, sin importar la definición de mercado elegida²²⁵.

(C) MERCADO DE SERVICIOS DE PUBLICIDAD EN LÍNEA

El último y tercer mercado definido, fue el de los servicios de publicidad en línea. Este, de acuerdo con la Comisión, consistía en la provisión de espacios publicitarios dentro del ambiente proporcionado por una aplicación. Las actividades de Facebook en el sector de la publicidad consistían en la prestación de servicios de publicidad en línea dentro de la plataforma principal de redes sociales de Facebook, tanto en computadores personales como en dispositivos móviles. A su vez, Facebook no ofrecía en ese momento ningún anuncio en su aplicación Facebook Messenger²²⁶.

A efectos de sus actividades publicitarias en línea, Facebook recopilaba datos de los usuarios de su red social y los analizaba para “*dirigir anuncios específicos a cada usuario*”, mejorando así la efectividad de su publicidad en línea²²⁷. A pesar de este análisis detallado de datos, la Comisión determinó que Facebook no comercializaba los datos de usuarios ni ofrecía servicios de análisis de datos como un producto independiente a los anunciantes o terceros, sino que los utilizaba exclusivamente para optimizar su propio espacio publicitario²²⁸.

Por otro lado, WhatsApp, en el momento de la adquisición por Facebook, no participaba en actividades publicitarias ni recababa datos de sus usuarios que pudieran ser utilizados para publicidad. Además, a diferencia de Facebook, WhatsApp no almacenaba mensajes en sus servidores, manteniendo la comunicación exclusivamente en los dispositivos móviles de los

²²⁵ Ídem.

²²⁶ Ibid. P.11

²²⁷ En palabras de la Comisión: “*Facebook collects data regarding the users of its social networking platform and analyses them in order to serve advertisements on behalf of advertisers, which are as much as possible "targeted" at each particular user of its social networking platform*”. Ídem.

²²⁸ Ídem.

usuarios o en su almacenamiento en la nube personal, marcando una clara diferencia en el manejo de la información entre ambas plataformas²²⁹.

A pesar de lo anterior, la Comisión investigó la definición de mercado en relación con la publicidad, ya que Facebook operaba en ese mercado.

El primer antecedente que se consideró fue la información dada por los notificantes. Estos argumentaron que, debido a la naturaleza cambiante de la publicidad en línea, no era apropiado separar en distintos tipos para definir un mercado relevante, especialmente en sitios de redes sociales, ya que los anuncios se distribuyen ampliamente en diferentes plataformas durante una campaña publicitaria. Por su parte, la Comisión, basándose en casos previos y una encuesta a consumidores y competidores, acordó considerar la publicidad en línea como un mercado separado de la publicidad fuera de internet, siguiendo el precedente de Google/DoubleClick. Se decidió no explorar mercados específicos para la provisión o análisis de datos, ya que ninguna de las partes estaba activa en esos ámbitos según la investigación y la información proporcionada²³⁰.

Finalmente, la Comisión decidió no investigar ninguna posible definición de mercado provisión de datos o de análisis de datos, ya que, de acuerdo con su investigación y la información entregada por las partes, ninguna de ellas operaba en alguno de esos mercados potenciales²³¹.

II. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

Respecto al mercado relevante geográfico de los servicios de aplicaciones de comunicación de consumidores para *smartphones*, se consideró, en primer lugar la opinión de los notificantes, quienes indicaron que el mercado relevante para el mercado de los servicios de aplicaciones para la comunicación de usuarios correspondía al EEE, incluso pudiendo ser mundial. Esto en atención a que las aplicaciones estaban disponibles para quienquiera que las descargase, sin

²²⁹ Ibid. P.12

²³⁰ Ídem.

²³¹ Ídem. “La Comisión no ha investigado ninguna posible definición de mercado con respecto a la prestación de servicios de datos o de análisis de datos, ya que, a reserva de lo dispuesto en el apartado (70) anterior, ninguna de las Partes opera actualmente en ninguno de esos posibles mercados”. Traducción libre de: “The Commission has not investigated any possible market definition with respect to the provision of data or data analytics services, since, subject to paragraph (70) above, neither of the Parties is currently active in any such potential markets.”

importar si se ubicaban dentro de un país miembro de la Unión Europea. Esto se veía reforzado por la ausencia de tiendas de Apps nacionales²³².

Por su parte, la investigación de la Comisión Europea, siguiendo los pasos de su definición del mercado de producto, consideró que, en base a la definición de mercado geográfico realizada en casos anteriores, podía considerarse, como mínimo, el EEE, incluso pudiendo ser mundial²³³.

La encuesta a clientes y competidores indicó que no hay barreras legales significativas ni diferencias notables en calidad, precio o características (salvo en algunas regiones) para las aplicaciones de comunicación de consumidores, que tienden a usarse globalmente. Los proveedores ofrecen sus servicios a nivel mundial con poca variación en el EEE. Así, se determinó que el mercado relevante geográfico para estas aplicaciones abarca, como mínimo, el EEE, y posiblemente es global²³⁴.

En cuanto al mercado relevante geográfico del servicio de redes sociales, las partes no expresaron su opinión al respecto. Por su lado la Comisión, luego de una investigación de mercado que incluyó encuestas a consumidores y competidores, concluyó que el mercado relevante geográfico era, como mínimo, el EEE, pudiendo incluso ser mundial²³⁵.

Respecto al mercado relevante geográfico de los servicios de publicidad en línea, de acuerdo con su decisión en Google/DoubleClick, la Comisión concluyó que el mercado de la publicidad en línea y sus posibles subsegmentos debían definirse como de alcance nacional o junto a las fronteras lingüísticas dentro del EEE²³⁶.

Visto el procedimiento llevado a cabo por la autoridad europea, la conclusión es similar a la expuesta en el caso de la operación de Google y DoubleClick: la ausencia de un análisis profundo sobre el tipo información necesaria para proveer los servicios que Facebook presta, revela una insuficiencia que llevó a cuestionar el análisis que las autoridades estaban haciendo en este tipo de operaciones, sentando un precedente clave para el desarrollo de la discusión sobre la concentración de dato en las operaciones de concentración futuras.

²³² Ibid. P.6

²³³ Ídem.

²³⁴ Ibid. P.8

²³⁵ Ibid. P.11

²³⁶ Íbid. P.14

III. ANÁLISIS CRÍTICO A LA APLICACIÓN DE DEFINICIÓN TRADICIONAL DE MERCADO RELEVANTE

Los análisis anteriormente expuestos fueron objeto de importantes críticas debido a su insuficiencia para evaluar correctamente las dinámicas y presiones competitivas dentro de dichos mercados. Adicionalmente, se puede observar que estas críticas encontraron justificación a la luz de la evolución que tuvieron dichos mercados. Ambas operaciones cimentaron su dominancia en los mercados en los que participan: hoy Google (8) y Facebook (30) se encuentran dentro de las 50 compañías más grandes del mundo²³⁷.

La adquisición de DoubleClick otorgó a Google una fuerte participación en el mercado de las tecnologías de publicidad y de los motores de búsqueda. Esto no sorprende teniendo claro que la dinámica de los mercados intensivos en el uso de datos gira en torno a la capacidad y calidad de las predicciones que se puede hacer respecto a los usuarios. Es necesario observar cómo la decisión de adquirir una compañía importa una nueva y diversa fuente de datos para competir, lo cual ejerce presión sobre los competidores.

La comisionada de la FTC Pamela Jones Harbour, ejerció el único voto disidente en la aprobación de la adquisición de DoubleClick por parte del organismo estadounidense, señalando que:

“[Lo más preocupante] es que la fusión de Google y DoubleClick probablemente afectará a la evolución de todo el mercado de la publicidad en línea, especialmente a la luz de los efectos de red existentes [manejo de datos] y de los enormes efectos de red adicionales que generará la transacción. El análisis de la mayoría [de los comisionados que aprobaron la operación] pasa demasiado rápido por encima de estos puntos. Los efectos de red merecen mayor atención.”²³⁸

²³⁷En atención a sus ingresos totales en el año fiscal de referencia. “Fortune 500 list of companies 2024 | Fortune”. Accedido 19 de junio de 2024. <https://fortune.com/ranking/fortune500/2024/search/>.

²³⁸ Jones Harbour, Pamela, “Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, In the Matter of Google/DoubleClick” FTC File No. 071-0170, 20 de diciembre de 2007. P.4. Traducción libre de: “But even more troubling is that the combination of Google and DoubleClick likely will affect the evolution of the entire online advertising market – especially in light of existing network effects, and the tremendous additional network effects

De acuerdo con la comisionada, uno de los principales problemas de la autorización de la fusión yace en la definición de los mercados relevantes que se hicieron. Señala que en estos mercados definidos, es posible determinar que hay superposiciones horizontales entre ambas empresas, ya sea de manera actual o potencial, razón por la cual la operación puede disminuir sustancialmente la competencia²³⁹.

Dicha potencialidad merece especial atención ya que, pese a que ambas empresas compiten de forma incipiente en los mercados definidos, la combinación de los productos y servicios de las dos empresas, sumada a las vastas cantidades de datos acerca del comportamiento de los consumidores en internet permitiría a la entidad fusionada dominar el mercado de la publicidad en línea y disminuir la competencia²⁴⁰.

Para lograr comprender las especiales dinámicas competitivas de mercados como los tecnológicos, propone la comisionada realizar un análisis dinámico al mercado, basado en predicciones sobre cómo los mercados de este tipo van a evolucionar²⁴¹.

En esa línea, el análisis de la Comisión Europea tomó una aproximación similar a la FTC, pues no se profundizó en un estudio detallado del rol e importancia de los datos para proveer los servicios de publicidad respectivos. Un ejemplo de esto es la categorización entre espacio publicitario de alto rendimiento y el remanente hecha a propósito de la definición de mercado relevante de producto. Al respecto, se ignora el hecho de que una operación como esta dota de tales efectos de red a la entidad adquirente, directamente relacionadas al volumen y calidad de los datos, que la distinción hecha prontamente pasaría a borrarse.

Se consideró que los bloques de datos generados por las empresas eran reproducibles por sus competidores y sustituibles en general, independiente de los productos o servicios específicos ofrecidos por estas compañías²⁴².

En este contexto, la definición de mercado relevante estableció que, respecto a los servicios finales, las empresas involucradas no eran competidoras directas. Específicamente, en el caso

the transaction will generate. The majority's analysis skims too quickly over these points. Network effects deserve greater attention".

²³⁹ Ibid. P.1

²⁴⁰ Ibid. P.4

²⁴¹ Ibid. P.1

²⁴² Op. cit. "*Caso M.4731 – GOOGLE/DOUBLECLICK*" P.96-97

de Google y DoubleClick, la investigación concluyó que no existía una competencia directa entre ambas, y la fusión no impactaría negativamente la competencia. A pesar de la posibilidad de que DoubleClick se expandiera como competidor en el mercado de intermediación publicitaria, la Comisión consideró que había suficientes competidores que podrían ejercer esa presión competitiva²⁴³.

Sin embargo, en palabras de la comisionada Jones, ese análisis no considera el riesgo que implica para la competencia y para la protección de los consumidores, dominar la “*base de datos de las intenciones*”. Esto es, “*los resultados agregados de cada búsqueda que se haya hecho, cada lista de resultados que se haya presentado a quienes buscan y cada camino tomado como resultado de dicha búsqueda*”²⁴⁴. Es decir, el riesgo de alcanzar una capacidad predictiva que sea irreproducible por los competidores, lo que representa una ventaja competitiva que podría resultar en una posición dominante, limitando la innovación y la entrada de nuevos competidores al mercado, al tiempo que se incrementarían las barreras de entrada.

Por su parte, en la operación de Facebook con WhatsApp, el hecho de que esta fuese aprobada en la primera fase del procedimiento por la Comisión Europea, y sin establecer medidas de mitigación, considerando la magnitud de la operación (un precio de 19 mil millones de dólares por la adquisición y más de mil millones de usuarios afectados²⁴⁵), hizo ver que la decisión de visar la operación tan rápidamente no permitió considerar el verdadero impacto de esta adquisición, en particular debido a su modelo de negocios basado en los datos.

Con posterioridad, esta operación pasó a ser clasificada por la doctrina como una “fusión basada en los datos”, pues se trató de una adquisición motivada, principalmente, por la obtención de grandes volúmenes de datos que permitieran obtener ventajas competitivas, en el contexto de que cada vez más compañías están adoptando modelos de negocios basados en el procesamiento de este insumo²⁴⁶.

²⁴³ Op. cit. “*Caso M.4731 – GOOGLE/DOUBLECLICK*” P.72

²⁴⁴ Battelle, John. “*John Battelle’s Search Blog The Database of Intentions*”, John Battelle’s Search Blog, 13 de noviembre de 2003, accedido el 8 de marzo del 2024. https://battellemedia.com/archives/2003/11/the_database_of_intentions. Traducción libre de: “The aggregate results of every search ever entered, every result list ever tendered, and every path taken as a result”.

²⁴⁵ Ver Olson, Parmy. “*Facebook Closes \$19 Billion WhatsApp Deal*”. Forbes. Accedido 9 de marzo de 2024. <https://www.forbes.com/sites/parmyolson/2014/10/06/facebook-closes-19-billion-whatsapp-deal/>.

²⁴⁶ Op. cit. “*Big Data and Competition Policy*”. P.1

En ese sentido uno de los principales puntos criticados fue cómo se subestimó la influencia de los datos en el servicio de publicidad en línea. La Comisión Europea identificó de forma acertada el modelo de negocios de Facebook, que ofrece su red social de forma gratuita, con el objetivo de adquirir grandes cantidades de datos. En atención a esto, la Comisión llegó a la conclusión de que, como WhatsApp no recolectaba datos para fines publicitarios, ni planeaba hacerlo, no aumentaría el poder de mercado en dicho mercado gracias a este insumo.

Sin embargo, evidentemente dicha política de uso de datos podía cambiar con posterioridad a la operación. De acuerdo con Facebook, la empresa “*no tenía planes de modificar la política de recolección de datos de WhatsApp*”²⁴⁷, lo cual fue puesto en duda por los competidores que respondieron la encuesta de mercado²⁴⁸, quienes esperaban que la transacción reforzara materialmente la posición de Facebook en la prestación de servicios de publicidad en línea como resultado de la mayor cantidad de datos que estarían bajo el control de Facebook²⁴⁹.

Pese a lo descrito, la Comisión desestimó dicho resultado y aprobó la operación. Luego, en el año 2017, Facebook fue sancionado la Comisión Europea por haber entregado información falsa para adquirir WhatsApp²⁵⁰, respecto al uso de los datos de esta última en beneficio de Facebook. En esa misma línea, el 2021 WhatsApp recibió una multa por 225 millones de euros -en ese momento, la segunda más grande en la historia de la Unión Europea-, por parte de la agencia de protección de datos de Irlanda, debido al uso indebido de los datos de WhatsApp por parte de Facebook.

Un segundo factor criticado, fue que la Comisión falló al considerar cómo la operación aumentaría las barreras de entrada debido a los efectos de red provocados por los datos, tal y como se señaló respecto al caso Google/DoubleClick.

Los dos puntos anteriores alimentan la interrogante sobre las verdaderas razones detrás de la adquisición de WhatsApp por parte de Facebook. Desde la perspectiva económica neoclásica, dos empresas se fusionan para adquirir eficiencias y/o poder de mercado. Sin embargo ¿Por qué

²⁴⁷ Op. cit. “Caso No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP”. P.32

²⁴⁸ Ibid. P.33

²⁴⁹ “*WhatsApp Issued Second-Largest GDPR Fine of €225m*”, BBC News, 2 de septiembre de 2021, sec. Technology, accedido el 8 de marzo del 2024 <https://www.bbc.com/news/technology-58422465>.

²⁵⁰ Comisión Europea, “*Mergers: Facebook fined for providing misleading information*”, accedido el 18 de febrero de 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/IP_17_1369.

Facebook compró por 19 .000 millones de dólares, sufriendo una pérdida económica de 138.146 millones de dólares, una empresa sobre la cual no podía usar sus datos²⁵¹?

Como se ha mostrado, el análisis tradicional no es capaz de reconocer los verdaderos motivos detrás de una operación impulsada por la adquisición de datos.

Para suplir las deficiencias resaltadas, este trabajo respalda la propuesta de la comisionada del FTC Pamela Jones Harbour y la abogada Tara Isa Koslov, de una definición de mercado de datos conexo en este tipo de operaciones, para luego observar cómo esta postura ha ido influyendo en el desarrollo jurisprudencial. Con esto, la pretensión de este ensayo es mostrar que la dinámica competitiva de estos mercados gira en torno a la posesión y generación de datos, y así esto pasa a ser el principal foco de estos mercados, algunas veces antes que los bienes o servicios finales ofrecidos a los consumidores finales.

²⁵¹ Op. cit. “*Big Data and Competition Policy*”. P.82

CAPÍTULO III

MERCADO RELEVANTE: NUEVAS PERSPECTIVAS

Hasta ahora, el objetivo de esta exposición ha sido dar cuenta de que en el auge de los mercados tecnológicos, las agencias de libre competencia, a través de los mecanismos tradicionales de análisis de la libre competencia y en particular, de la evaluación de operaciones de concentración, no están logrando cumplir su cometido: identificar las presiones competitivas que afectan a los agentes de un mercado y así, proceder con la protección del bien jurídico por el que velan. Esto queda demostrado por el estado actual de los mercados de las plataformas tecnológicas, donde un pequeño grupo de actores son los dominantes, y han sabido alcanzar y mantener esta posición a través de adquisiciones estratégicas en los últimos años. Ejemplo de esto es el grupo GAFAM (acrónimo que representa a Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft), quienes, a través de cientos de adquisiciones, han logrado cimentar su dominancia²⁵². Adquisiciones como la de Fitbit por parte de Google²⁵³, Whole Foods por parte de Amazon²⁵⁴⁻²⁵⁵ u OpenAI por parte de Microsoft²⁵⁶, son casos paradigmáticos que demuestran este punto.

Como se ha mostrado, los mercados tecnológicos se caracterizan por su:

“capacidad para crear y modelar nuevos mercados(...), 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(...), se apoyan en las tecnologías de la información y la comunicación para llegar a sus usuarios de forma instantánea(...) y

²⁵² Chris Alcantara et al., “How Big Tech Got so Big: Hundreds of Acquisitions”, Washington Post, accedido 30 de noviembre de 2022, <https://www.washingtonpost.com/technology/interactive/2021/amazon-apple-facebook-google-acquisitions/>.

²⁵³ Este caso será analizado en detalle durante este capítulo

²⁵⁴ Firdous, Naghma. “A Case Study: Amazon’s Acquisition of Whole Foods and Launch of Amazon Fresh”. Medium (blog), 10 de junio de 2023. Accedido el 14 de marzo del 2024 <https://medium.com/@naghma2404/a-case-study-amazons-acquisition-of-whole-foods-and-launch-of-amazon-fresh-409ee0f55687>.

²⁵⁵ Tarasov, Katie. “Amazon Bought Whole Foods Five Years Ago for \$13.7 Billion. Here’s What’s Changed at the High-End Grocer”. CNBC, 25 de agosto de 2022. Consultado el 14 de marzo del 2024 <https://www.cnbc.com/2022/08/25/how-whole-foods-has-changed-in-the-five-years-since-amazon-took-over.html>.

²⁵⁶ Browne, Ryan. “Microsoft’s Investment in OpenAI Faces Initial Review from UK Competition Regulator”. CNBC, 8 de diciembre de 2023. <https://www.cnbc.com/2023/12/08/microsofts-investment-in-openai-faces-initial-review-from-uk-cma.html>.

desempeñan un papel de crucial importancia en la creación de valor digital, atrayendo niveles significativos de valor, por ejemplo mediante la acumulación de datos”²⁵⁷.

Como fue mencionado *supra*, la posesión de volúmenes masivos de datos por una empresa se traduce en grandes beneficios. En primer lugar, el manejo de datos permite a los competidores obtener retroalimentación de los usuarios, y mejorar la calidad de sus productos y servicios. En ese mismo orden, la posesión de datos es un factor determinante a la hora de liderar la competencia por la innovación, lo cual es particularmente importante en mercados caracterizados por ser del tipo *winner takes all*. En segundo lugar, la configuración de los datos como un activo especializado, al cual los competidores necesitan acceso para poder competir con los incumbentes, dota a las empresas de la capacidad para levantar barreras de entrada y limitar el acceso de nuevos competidores.. Tercero, la capacidad predictiva del incumbente, ya que de acuerdo con ZUBOFF:

“el éxito proviene de la efectividad concreta a la hora de aprovechar el acceso privilegiado a los datos sobre el comportamiento para predecir el comportamiento de los individuos ahora, luego y más tarde. Así, los conocimientos predictivos adquiridos constituyen una ventaja competitiva histórica a nivel mundial en un nuevo mercado en el que se valoran, compran y venden apuestas de bajo riesgo sobre el comportamiento de los individuos”²⁵⁸.

De esta forma, las plataformas que se benefician del bucle de retroalimentación positiva de los datos, y que utilizan las herramientas para poder extraer el valor de los datos como activo especializado, como algoritmos, *Machine Learning* o equipos de análisis de datos, gozan de una ventaja competitiva²⁵⁹. De esta forma, como se planteó en el capítulo I, en los mercados donde los datos son importantes, las ventajas por economías de escala y alcance actúan como barreras de entrada y expansión, por lo que es posible observar altos niveles de concentración y poca competencia²⁶⁰.

²⁵⁷ Op. cit. “*Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa*”. P.3

²⁵⁸ Zuboff, Shoshana. “*The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*”. Primera edición. New York: PublicAffairs, 2019. P.81. Traducción libre de: “its ability came from its actual success in leveraging privileged access to behavioral surplus in order to predict the behavior of individuals now, soon, and later. The predictive insights thus acquired would constitute a world-historic competitive advantage in a new marketplace where low-risk bets about the behavior of individuals are valued, bought, and sold.”

²⁵⁹ Rubinfeld, Daniel L., and Michal Gal. “*Access to barriers to big data.*” *Arizona Law Review* 59, N°2 (2016): 339-74. P.342. Disponible en: <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizrev339.pdf>

²⁶⁰ Op. cit. “*The Commercial Use of Consumer Data*”. P.75

Esta lógica tiene potencial para dañar el proceso competitivo, el mercado como estructura y, en definitiva, afectar al bien jurídico protegido por la libre competencia. Bajo el actual enfoque de protección en materia de concentraciones, la atención se pone sobre la posibilidad del incumbente de ejercitar su poder de mercado, sin cuestionar si es que dicho poder se ha adquirido distorsionando el proceso competitivo en un mercado²⁶¹.

En concreto, el principal enfoque que han tenido las agencias de libre competencia ha sido el bienestar del consumidor desde una perspectiva estrictamente relacionada con los precios (el incremento en precios), obviando del análisis la posible afectación al proceso competitivo²⁶². Ejemplos de esto podemos ver a propósito de las integraciones verticales. En palabras de KHAN, *“La visión moderna de la integración supone en gran medida la desconsideración de las barreras de entrada, un elemento de la estructura, presumiendo que cualquier ventaja de la que disfruta la empresa integrada se remonta a las eficiencias”*²⁶³.

Es posible apreciar dicha perspectiva en la aprobación de la adquisición de WhatsApp por parte de Facebook. En el análisis llevado a cabo por la Comisión Europea, se reconoce que Facebook se volvería un actor dominante en el mercado de la publicidad en línea si incorporara a sus bases de datos la información producida por WhatsApp²⁶⁴, pero, debido a que en la época la aplicación de mensajería no recopilaba datos, no se podría verificar esa dominancia en el mercado, dejando el ejercicio de poder de mercado en manos de Facebook y su intención de respetar dicha política de privacidad.

Lo anterior, ha llevado a cuestionar si la normativa vigente, así como las agencias de libre competencia, están dotadas de las herramientas para lograr evaluar acertadamente las formas en que se puede reducir sustancialmente la competencia y en definitiva, garantizar la salud del proceso competitivo y del mercado como estructura, propio de un sistema en que el mercado es disciplinado por presiones competitivas efectivas y que incentiva la innovación. Adquisiciones como la de DoubleClick por Google y WhatsApp por Facebook acentuaron las dudas respecto al cumplimiento de dicho objetivo, debido a la incapacidad de sopesar los riesgos para la competencia que significó la concentración de grandes volúmenes de datos, lo cual permitió que

²⁶¹ Op. cit. *“Amazon’s Antitrust Paradox”*. P.745

²⁶² Ibid. P.716

²⁶³ Ibid. P.744 Traducción libre de: *“The modern view of integration largely assumes away barriers to entry, an element of structure, presuming that any advantages enjoyed by the integrated firm trace back to efficiencies”*.

²⁶⁴ Op. cit. *“Caso No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP”*. P.30

ambas empresas sean hoy dominantes y cuestionadas en distintos ordenamientos jurídicos por realizar prácticas anticompetitivas y cometer abusos de posición dominante en distintos niveles²⁶⁵.

La Comisión Europea en su informe “Política de Competencia para la era digital”, identifica la insuficiencia que manifiestan las herramientas de análisis ante posibilidades de expansión de las empresas que operan plataformas digitales de la siguiente forma:

“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”²⁶⁶.

Los datos juegan un rol fundamental en la identificación de posibles tendencias y en el desarrollo de nuevos productos. Las empresas, por lo tanto, compiten no sólo en los mercados de productos finales que ofrecen, sino que también compiten por los datos de los usuarios del mercado en que participan²⁶⁷. Esto muestra que, con el propósito de dominar en un mercado, un actor puede adoptar estrategias competitivas centradas en adquirir y cultivar bases de datos de usuarios actuales y usuarios futuros.

²⁶⁵ Federal Trade Commission. “*FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization*”, 9 de diciembre de 2020. Accedido el 9 de marzo del 2024. <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>; Deutsche Welle, “*UE indaga pacto Google-Facebook para monopolizar anuncios – DW – 11/03/2022*”. Accedido 18 de junio de 2023. <https://www.dw.com/es/ue-investiga-pacto-entre-google-y-facebook-para-monopolizar-la-publicidad-en-internet/a-61097286>; BBC News. “*WhatsApp Issued Second-Largest GDPR Fine of €225m*”. 2 de septiembre de 2021, sec. Technology. Accedido el 9 de marzo del 2024 <https://www.bbc.com/news/technology-58422465>.

²⁶⁶ Vestager, Margrethe. “*Competition Policy in the Digital Age*.” Report, European Commission, 4 de junio de 2019. Traducción libre de: “In a market environment characterized 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 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.” P.112.

²⁶⁷ Op. cit. “*When data evolves into market power – Data concentration and data abuse under competition law*”. PP.77-78

Lo expuesto, levanta la necesidad de considerar nuevas tácticas para lograr evaluar adecuadamente las formas en que se puede reducir sustancialmente la competencia en lo que respecta a los mercados tecnológicos. Como señala KAHN, una forma de comenzar implica

“la evaluación de una serie de factores que dan cuenta de la neutralidad del proceso competitivo y la apertura del mercado. Entre estos factores se encuentran: (1) las barreras de entrada, (2) los conflictos de intereses, (3) la aparición de gatekeepers²⁶⁸ o cuellos de botella, (4) el uso y el control de los datos, y (5) la dinámica del poder de negociación.”²⁶⁹ .

En este trabajo se postula que en los mercados digitales hay un intensivo uso de datos, por lo que detrás de la competencia sobre los bienes o servicios que comercializan, existe un mercado sobre los datos. Este mercado gira en torno al uso de datos como un activo especializado para la predicción, ya sea de los consumidores, de los productores o de la innovación.

Esto se manifiesta en la necesidad de una empresa de realizar integraciones, ya sea verticales u horizontales, con el objetivo de formar una cadena de variadas fuentes de información. Mientras se genera un acceso más veloz a información cualitativamente más diversa y cuantitativamente mayor, una empresa tiene más capacidad para dominar en los diversos mercados en que participa. Lo anterior genera una suerte de “caballo de Troya”, bajo el cual una propuesta de fusión puede tener como cara visible la integración de una línea de negocios, mientras que su principal motivación sea el acceso a los datos.

Debido a esto, resulta clave para la evaluación de una operación de concentración la aplicación de una metodología de análisis dinámica, consistente en el ejercicio teórico de definición de un mercado relevante de los datos, configurado de acuerdo a las características propias de la operación bajo análisis. De este modo, puede observarse de forma más adecuada las presiones

²⁶⁸ Un *Gatekeeper* es una empresa que tiene una posición dominante en un mercado y que puede controlar el acceso de otras empresas a ese mercado. Los gatekeepers pueden utilizar su poder de mercado para reprimir la competencia y la innovación, lo que puede perjudicar a consumidores y empresas. Comisión Europea “*The Digital Markets Act: Ensuring Fair and Open Digital Markets*”. Accedido 18 de junio de 2023. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en.

²⁶⁹Op. cit. “*Amazon’s Antitrust Paradox*”. P.746 Traducción libre de: In practice, adopting this approach would involve assessing a range of factors that give insight into the neutrality of the competitive process and the openness of the market. These factors include: (1) entry barriers, (2) conflicts of interest, (3) the emergence of gatekeepers or bottlenecks, (4) the use of and control over data, and (5) the dynamics of bargaining power.

competitivas alrededor de la posesión de datos para ser un actor dominante en el o los mercados tecnológicos bajo evaluación.

I. MERCADO DE LOS DATOS

La propuesta de definir un mercado de datos tiene como origen la adquisición de DoubleClick por parte de Google, en la cual participó Pamela Jones Harbour, comisionada de la FTC ejerciendo su voto de forma disidente. Como argumento, Jones problematizó sobre la forma de abordar fusiones de empresas que utilizan datos, sugiriendo que no sería sino por su intención de combinar los bloques de datos de ambas firmas, que Google pagó miles de millones de dólares para adquirir Doubleclick²⁷⁰. Con el fin de permitir un análisis adecuado de la competencia de los datos, sugirió que se definiera “*un mercado relevante de producto putativo que incluya los datos que puedan ser útiles para los anunciantes y editores de páginas web que deseen dedicarse a la publicidad dirigida por el comportamiento*”²⁷¹.

A raíz de esta operación, la comisionada, junto con la abogada asesora de la comisionada Harbour del FTC, Tara Isa Koslov, realizaron una publicación para el *Antitrust Law Journal*, en el cual formulan la propuesta de definir un mercado relevante de datos en las operaciones de concentración entre actores tecnológicos.

De acuerdo con las autoras, dentro del debate sobre el marco analítico adecuado para evaluar la conducta de actores dominantes, es particularmente importante la definición de un mercado relevante a la hora de determinar el resultado de una investigación antimonopolio o una medida de mitigación²⁷². Con esto en consideración, la tarea es especialmente desafiante en los mercados tecnológicos, debido a la velocidad a la que evolucionan, innovan y generan nuevas *Apps*²⁷³. De esta forma, con el objetivo de proteger adecuadamente a los consumidores, las agencias de libre competencia debiesen considerar la posibilidad de definir los mercados relevantes considerando las actuales y futuras interrelaciones y convergencias de distintas

²⁷⁰ Op. cit. “*Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*” P.9

²⁷¹ Ídem. Traducción libre de: “a putative relevant product market comprising data that may be useful to advertisers and publishers who wish to engage in behavioral targeting”.

²⁷² Op. cit. “*Section 2 In A Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets*”. P.772

²⁷³ Ídem.

tecnologías²⁷⁴. Además, una correcta definición de mercado podría ser indicativa de áreas donde pueda surgir competencia en miras al desarrollo tecnológico y las preferencias de los consumidores²⁷⁵. Así, el objetivo de la definición de mercado relevante de observar en qué parte del mercado los consumidores se benefician por la competencia, se vería cumplido de mejor manera.

A mayor abundamiento, para cumplir con los objetivos descritos, las autoras plantean la “*definición de un mercado de datos separado y apartado de los mercados de los servicios alimentados por estos datos*”²⁷⁶. Esta definición del mercado de los datos debe distinguir entre la recolección de datos en un determinado momento y la posterior utilización de dichos datos. De esta forma, se reconocería adecuadamente la mayor importancia y valor de los enormes y crecientes bancos de datos que generan constantemente las actividades de Internet²⁷⁷.

El análisis del mercado relevante de datos propuesto por este trabajo implica, en las operaciones de concentración que involucre a plataformas digitales que presten servicios a personas, incorporar al análisis de mercado relevante tradicional- compuesto por los servicios y productos finales que ofrecen en los mercados analizados-, la definición un mercado relevante conexo de datos, en el cual los datos se comportan como un activo especializado por el cual los participantes de un mercado compiten, con el objeto de mejorar sus productos y servicios, de predecir las tendencias de consumo de sus usuarios y modelarlas, y de llevar la delantera en la competencia por la innovación, con el objeto de ser actores dominantes en un mercado particular.

Este enfoque, de acuerdo con HARBOUR y KOSLOV, es coherente con la realidad de los mercados digitales. Las empresas basadas en Internet suelen obtener un gran valor de los datos de los usuarios, mucho más allá de los fines iniciales para los que los datos podrían haber sido compartidos o reunidos inicialmente, y este valor suele tener importantes consecuencias competitivas²⁷⁸. En cambio, las definiciones de mercado de productos basadas únicamente en una fotografía del uso actual de los datos pueden no captar con exactitud este aspecto de la

²⁷⁴ Ibid. P.773

²⁷⁵ Ídem.

²⁷⁶ Ídem. Traducción libre de: “definition of markets for data, separate and apart from markets for the services fueled by this data”.

²⁷⁷ Op. cit. “*Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*”. P.9

²⁷⁸ Op. cit. “*Section 2 In A Web 2.0 World: An Expanded Vision Of Relevant Product Markets*”. P.773

competencia, especialmente en los mercados que presentan efectos de red basados en la agregación de datos²⁷⁹.

Para esto, existen una serie de dificultades técnicas que superar, así como también interesantes aproximaciones en otro tipo de mercados. Las dificultades han sido ya adelantadas a lo largo de este trabajo. Debido a que los datos son un insumo intermedio que no es vendido ni intercambiado, no existe demanda u oferta sobre la cual determinar la sustituibilidad y de esa forma, definir un mercado relevante²⁸⁰.

Ejemplo de lo anterior vemos en el caso de la adquisición de WhatsApp por Facebook, donde la Comisión explícitamente señaló que *“no investigó ninguna posible definición de mercado provisión de datos o de análisis de datos, ya que, [de acuerdo con su investigación y la información entregada por las partes], ninguna de las partes operaba en alguno de esos mercados potenciales.”*²⁸¹. En efecto, En palabras de GRAEF:

“WhatsApp no recolectaba datos de sus usuarios, y Facebook sólo los utilizaba para dirigir más eficientemente su publicidad. Es más, Facebook no vendía datos a terceros ni proveía servicios de análisis de bases de datos, lo cual fue razón suficiente para que la Comisión no considerase la existencia de un mercado potencial de datos personales . Esto se condice con la metodología de definición de mercado relevante que utiliza la Comisión, ya que en su comunicación señala que una correcta definición de mercado relevante requiere la existencia de provisión y demanda del producto o servicio . Mientras que Twitter concede licencias de datos a terceros y, por tanto, participa en un mercado ‘real’ de datos, otros proveedores de plataformas en línea no comercian con datos. Los principales proveedores de redes sociales en línea, motores de búsqueda y plataformas de comercio electrónico, como Facebook, Google y Amazon, aclaran en sus políticas de privacidad que no venden datos a terceros. Sólo utilizan la información que han recopilado sobre sus usuarios para ofrecer servicios relevantes a usuarios y anunciantes. Dado que los datos de los usuarios sólo constituyen un producto intermedio y

²⁷⁹ Ídem.

²⁸⁰ Op. cit. *“Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”*. P.490

²⁸¹ Op. cit. *“Caso No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP”*. P.12. Traducción libre de: *“The Commission has not investigated any possible market definition with respect to the provision of data or data analytics services, since, subject to paragraph (70) above, neither of the Parties is currently active in any such potential markets.”*

*no se venden ni comercializan, no existe demanda ni oferta, por lo que no puede evaluarse la sustituibilidad de los datos ni identificarse un mercado relevante.”*²⁸².

Una segunda dificultad, bajo una interpretación estricta, es la clasificación de la provisión de datos por parte de los usuarios como un intercambio económico entre estos y la plataforma. Esto se observa en la relación entre el usuario y las plataformas, bajo la cual quien provee de datos no puede determinar ni la cantidad ni los tipos de información que obtendrá la plataforma, ni pueden elegir lo que obtienen de vuelta: las plataformas ofrecen sus servicios a cambio de información bajo una lógica de *tómalo o déjalo*²⁸³. De esta forma, con la aplicación de los marcos teóricos tradicionales de libre competencia, no sería posible definir un mercado relevante en estos casos. La definición de mercado relevante para servicios de plataformas como los buscadores de internet, redes sociales, transporte de usuarios o bienes consumibles no podría considerar los datos dentro de ella mientras no haya una transacción económica entre la plataforma y los usuarios, y la plataforma no comercialice estos datos²⁸⁴.

Sin embargo, se han propuesto interesantes aproximaciones en la doctrina para poder realizar una definición de mercado relevante aún con las dificultades señaladas. En esta línea, GRAEF sugiere la revisión del concepto de “competencia en la innovación” introducido en la Comunicación de la Comisión referente a las “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (“TFUE”)²⁸⁵, bajo el cual podría realizarse la definición a pesar de que no haya oferta o demanda en un sentido estricto.

²⁸² Op. cit. “*Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*”. P.489. Traducción libre de: WhatsApp does not collect personal data and Facebook only uses the information about its users for the provision of targeted advertising services. Facebook does not sell user data to third parties and does not offer data analytics services as a result of which the Commission did not see a reason to consider the existence of a potential market for personal data. Under current competition law standards, a correct market definition requires the existence of supply and demand for the product or service. While Twitter licenses data to third parties and is thus active on a ‘real’ market for data, other providers of online platforms do not trade data. The prevailing providers of online social networks, search engines and e-commerce platforms such as Facebook, Google and Amazon all clarify in their privacy policies that they do not sell data to third parties. They only use the information they have collected about their users as an input to provide relevant services to users and advertisers. Since the user data only forms an intermediary product and is not sold or traded, no demand and supply exists as a result of which the substitutability of the data cannot be assessed and no relevant market can be identified.”

²⁸³ Ibid. P.490

²⁸⁴ Ídem.

²⁸⁵ Op. cit. “*Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*”.

Como señala la directriz,

*“la cooperación en Investigación y Desarrollo (I+D) puede no solo afectar a la competencia en los mercados existentes, sino que también a los mercados de la innovación y de los productos nuevos. (...) cuando la cooperación en I+D busca desarrollar nuevos productos o nuevas tecnologías que puedan llegar a sustituir a los productos o tecnologías existentes, (...) no sustituirían a los productos o tecnologías existentes sino que crearían una demanda completamente nueva. [De esta forma,] los efectos sobre la competencia en la innovación pueden no ser suficientemente evaluados si el análisis se limita a la competencia real o potencial en los mercados de productos o tecnologías existentes”*²⁸⁶.

La solución planteada por la directriz sugiere basarse en las inversiones en I+D para evaluar si los acuerdos de cooperación horizontal plantean problemas de competencia bajo el art. 101 del TFUE. Un ejemplo de esto sería la industria farmacéutica, y la inversión en innovación de fármacos. En caso de que sea posible identificar polos competidores de I+D²⁸⁷ que tengan como objetivo el desarrollo de productos o tecnologías sustituibles, la Comisión propone analizar si después del acuerdo de cooperación pertinente habrá un número suficiente de polos de I+D restantes²⁸⁸. Si la remanencia de polos de I+D son inobservables, todavía puede ser posible identificar los insumos a los que los competidores potenciales necesitan acceder para competir con el operador tradicional. De acuerdo con la Comisión, estos “activos especializados” pueden incluir el acceso a recursos financieros y humanos, conocimientos técnicos y patentes.

Esto nos permite conectar el concepto de datos con el de activos especializados. Como se definió en el capítulo I, los activos especializados son aquellos recursos, conocimientos, o insumos críticos y específicos que son necesarios para que los competidores potenciales puedan ingresar y competir efectivamente en un mercado determinado. Con esto en consideración, los datos pueden considerarse un activo especializado al que los proveedores competidores necesitan acceder para desarrollar sus propios servicios para usuarios y anunciantes, siendo un insumo al que los competidores potenciales de las plataformas digitales necesitan acceder para competir

²⁸⁶ Ibid. P.27

²⁸⁷ Se entiende por polos competidores de I+D las actividades de I+D orientadas a un nuevo producto o una nueva tecnología, así como los sustitutos de esta I+D, es decir la I+D dirigida a desarrollar productos o tecnologías sustitutivos de los que son objeto de la cooperación en cuestión y que sigan un calendario similar. Ídem.

²⁸⁸ Ídem.

en futuros mercados de productos²⁸⁹. En mercados donde la evolución e innovación es vertiginosa, la posesión de datos permite no sólo predecir a los usuarios, sino que modelar sus conductas. Esto implica la capacidad de dominar en los mercados actuales, y en mercados nuevos. La aplicación del concepto de activo especializado a los datos, respecto a los cuales los proveedores de plataformas en línea necesitan acceso para desarrollar sus servicios en sus múltiples lados, permite la definición de un potencial mercado de datos en adición a los mercados sobre los productos finales que ofrecen estos actores²⁹⁰. De esta forma es posible visibilizar la dinámica competitiva particular de los datos y las presiones que hay detrás de poseer datos a escala y alcance, y, dejaría de resultar extraño que Facebook pague 19 mil millones de dólares por comprar un incipiente WhatsApp.

De acuerdo con GRAEF:

“Aunque las inversiones en I+D y los activos especializados, como las patentes y el know-how, pueden ser indicadores imperfectos del nivel de innovación en una industria, el tipo de I+D e insumos en los que se invierte pueden dar una indicación de la dirección en la que se desarrollará la innovación y podrían constituir un punto de partida para definir un mercado relevante que sea más favorable a la innovación en comparación con una estricta definición de mercado de producto”²⁹¹.

La definición de un mercado relevante de datos es una alternativa factible, a pesar de que estrictamente hablando, no exista una oferta y demanda de datos, conforme a la tesis planteada por GRAEF, y recogida en este trabajo. Plantea la autora que:

“Considerando los datos como un activo especializado en analogía al TFUE, se puede definir un mercado hipotético o potencial para los datos, además de los mercados relevantes actuales para los servicios proporcionados a usuarios y anunciantes. Esto permitiría a las autoridades de competencia y a los tribunales tomar en consideración una forma de competencia potencial, donde los proveedores de plataformas en línea no solo compiten en los

²⁸⁹ Graef, Inge. *Supra* nota al pie N°71

²⁹⁰ Op. cit. “*Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*”. P.495

²⁹¹ Op. cit. “*EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*”. P.114
Traducción libre de: Although R&D investments and specialized assets such as patents and know-how may be imperfect proxies of the level of innovation in an industry, the type of R&D and assets in which investments are made can give an indication of the direction in which innovation will develop and could form a starting point for defining a relevant market that is more favorable to innovation as compared to a strict product market definition”.

mercados de productos por los servicios específicos ofrecidos a usuarios y anunciantes, sino también en un mercado más amplio para los datos que pueden ser utilizados para mejorar la calidad y relevancia de estos servicios. (...) Es importante destacar los datos son más que solo una forma de insumo para los servicios entregados a usuarios y anunciantes en plataformas en línea. Al recopilar datos y monitorear el comportamiento de los usuarios, las plataformas digitales también pueden detectar cambios en los intereses de sus usuarios, lo que les permite adaptarse a las preferencias de los consumidores introduciendo nuevos servicios siguiendo tendencias potenciales. Este último rol de la recopilación y análisis de datos en el desarrollo de nuevos servicios no se considera cuando solo se estudian los mercados relevantes de productos o servicios actuales. Esta peculiaridad de los datos justifica e incluso exige una desviación de la metodología tradicional. Definiendo e investigando un mercado potencial para los datos, además de los mercados relevantes para los servicios actualmente ofrecidos por un proveedor en particular, el análisis de la competencia reflejará mejor la realidad competitiva del entorno en el que operan las plataformas en línea. Además, también se hace posible analizar las restricciones competitivas aplicables al activo especializado al cual los competidores potenciales de los incumbentes necesitan acceso para competir en futuros mercados de productos.”²⁹².

Este análisis se centra en si la empresa fusionada, mediante la barrera que representa la acumulación de datos, obtiene un poder de mercado representado por la capacidad de predecir el comportamiento de los consumidores y eventualmente modelarlos, traduciéndose en una

²⁹² Ibid. PP.115-116. Traducción libre de: “By regarding data as a specialized asset in analogy to the EU Horizontal Guidelines, a hypothetical or potential market for data can be defined in addition to the actual relevant markets for the services provided to users and advertisers. This will enable competition authorities and courts to take a form of potential competition into consideration whereby online platform providers do not only compete in the product markets for the specific services offered to users and advertisers but also in a broader market for data that can be deployed for improving the quality and relevance of these services. (...) One should note, however, that data is more than just a form of input for the services delivered to users and advertisers on online platforms. By collecting data and monitoring the behavior of users, internet players can also detect changes in interests which enables them to adapt to consumer preferences by introducing new services following potential trends. The latter role of data collection and analysis in the development of new services is not considered when only relying on relevant markets for current products or services. It is argued that this peculiarity of data justifies and even demands a deviation from existing competition law standards. By defining and investigating a potential market for data in addition to the relevant markets for the services currently offered by a particular provider, competition analysis will better reflect the competitive reality of the environment in which online platforms operate.⁴⁵¹ In addition, it also becomes possible to analyze the competitive constraints applicable to the asset to which potential competitors of incumbent providers need access in order to compete in future product markets.”.

reducción en innovación de productos y servicios tanto en sus mercados actuales como en otros relacionados; y que abusen de este de forma explotativa o exclusiva.

II. EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ENTRE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS

El problema del que da cuenta este trabajo no ha pasado desapercibido por las autoridades de libre competencia de las principales legislaciones. Ante el auge de la economía digital y el crecimiento en el número de operaciones de concentración que involucra a plataformas digitales, agencias como la Comisión Europea han tenido oportunidad de considerar nuevas teorías sobre las implicancias de que un actor concentre grandes y diversas cantidades de datos.

A. MICROSOFT- LINKEDIN

El año 2016, la Comisión recibió una notificación de propuesta de concentración entre Microsoft Corporation (“Microsoft”) y LinkedIn Corporation (“LinkedIn”). En esta oportunidad, la Comisión tuvo una aproximación más consciente respecto a la concentración de información. En concreto, se levantaron distintas preguntas sobre los riesgos de la combinación de las bases de datos de ambas empresas una vez realizada la fusión. Los tipos de datos que se consideraron en posesión de las partes y que fueron delineados por la autoridad constó en la información sobre el trabajo de los usuarios, su carrera y conexiones profesionales, sus contactos de correo electrónico y su comportamiento, dentro de otros²⁹³.

Dentro de los riesgos a nivel horizontal evaluados por la autoridad, se estudiaron dos posibles riesgos:

“Suponiendo que dicha combinación de datos esté permitida por la legislación de protección de datos aplicable, hay dos formas principales en las que una fusión puede plantear problemas de carácter horizontal como resultado de la combinación bajo la propiedad de la entidad fusionada de dos conjuntos de datos que anteriormente estaban en manos de dos empresas independientes. En primer lugar, la combinación de dos conjuntos de datos tras la fusión puede aumentar el poder de mercado de la entidad fusionada en un hipotético mercado

²⁹³ Comisión Europea. Decisión del 6 de diciembre de 2016, “Caso M.8404 – MICROSOFT/LINKEDIN”. P.34

de suministro de estos datos o aumentar las barreras de entrada/expansión en el mercado para los competidores reales o potenciales, que pueden necesitar estos datos para operar en este mercado. En efecto, los competidores pueden verse obligados a recopilar un conjunto de datos más amplio para competir eficazmente con la entidad fusionada que en ausencia de la fusión.”²⁹⁴.

De esta forma, la autoridad reconoció el carácter de activo especializado que tienen los datos para efectos de entrar y de participar en mercados digitales y, por lo tanto, los riesgos que puede significar la fusión de empresas que usan datos de forma intensiva.

En segundo lugar, pese a que se discuta sobre la posibilidad real de unir ambas bases de datos, señala la resolución que *“incluso si no hay intención o posibilidad técnica de combinar los dos conjuntos de datos, puede ser que antes de la fusión las dos empresas estuvieran compitiendo entre sí sobre la base de los datos que controlaban y esta competencia fuera eliminada por la fusión”*²⁹⁵.

En último lugar, un punto clave levantado por la Comisión dice relación con los riesgos de disminución de la competencia en los mercados de Gestión de Relación de Consumidores y soluciones de software de productividad, a propósito de la posibilidad de Microsoft de privar de los datos de LinkedIn a las empresas activas en dichos mercados, necesarios para el funcionamiento de *Machine Learning*, central para ofrecer sus servicios²⁹⁶.

La importancia de dicho análisis recae en que reconoce el factor que dota de una vertiginosa innovación a la era digital, y a la vez, que la vuelve problemática. No es sino por el desarrollo del *Machine Learning* y los algoritmos utilizados por las plataformas, que hoy las plataformas digitales tienen la capacidad predictiva suficiente para dominar en sus mercados. Al ser los datos

²⁹⁴ Ídem. Traducción libre de: Assuming such data combination is allowed under the applicable data protection legislation, there are two main ways in which a merger may raise horizontal issues as a result of the combination under the ownership of the merged entity of two datasets previously held by two independent firms. 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 indeed be required to collect a larger dataset in order to compete effectively with the merged entity than absent the merger.”.

²⁹⁵ Ibid. P.35. Traducción libre de: “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.

²⁹⁶ Op. cit. “*When data evolves into market power: Data concentration and data abuse under competition law*”. P.79

obtenidos por los usuarios de sus plataformas el alimento de los algoritmos, estos son un activo especializado, el combustible para el funcionamiento de las plataformas. Así, la evaluación de la autoridad sobre la posibilidad de Microsoft de privar de los datos que LinkedIn ofrecía a proveedores de servicios de Gestión de Relación de Consumidores y soluciones de *software* de productividad es clave para el análisis de este tipo de operaciones y requiere aplicarse aún fuera de lo que respecta a estos dos últimos mercados.

Sin perjuicio de los argumentos señalados, la Comisión autorizó la operación, considerando que los riesgos descritos no aplicaban al caso en cuestión. De acuerdo con la agencia, ya que las partes no ofrecían sus datos a terceros con fines publicitarios, y que la combinación de las bases de datos de ambas empresas no levantarían barreras de entrada o expansión para otros competidores, la operación no generaba riesgos desde el punto de vista de los datos en el mercado de la publicidad en línea²⁹⁷.

B. GOOGLE-FITBIT

En noviembre del 2019 Google anunció la compra de Fitbit LLC. (“Fitbit”), compañía de tecnología especializada en dispositivos portátiles para el seguimiento de la actividad física y la salud. Esta comunicación levantó las alertas de las autoridades de libre competencia de Estados Unidos y la Comisión Europea, debido a la preocupación de la utilización de datos sensibles de salud de los usuarios de Fitbit por parte de Google. Sin embargo, tras una extensa investigación, la operación se concretó en enero del 2021, luego de que la Comisión Europea autorizara la operación en diciembre del 2020²⁹⁸.

Esta operación representó un decidido paso adelante a la hora de considerar el valor competitivo de los datos en materia de concentraciones. El análisis del Departamento de Justicia de Estados Unidos sobre la adquisición de Fitbit por parte de Google fue significativo por varias razones. Aunque Google completó la adquisición sin esperar la aprobación formal del DOJ, la compañía argumentó que había cumplido con la revisión extensa del DOJ durante 14 meses y que el período acordado para dicha revisión había expirado sin objeciones por parte del departamento. Google sostuvo que estaba en contacto con el DOJ y se comprometió a responder cualquier

²⁹⁷ Ídem.

²⁹⁸ Google, “*Google Completes Fitbit Acquisition*”, 14 de enero de 2021. Accedido el 10 de marzo del 2024. <https://blog.google/products/devices-services/fitbit-acquisition/>.

pregunta adicional, subrayando su confianza en que la adquisición aumentaría la competencia en el mercado ya abarrotado de dispositivos vestibles y destacando compromisos que planeaba implementar globalmente²⁹⁹.

Google se comprometió a mantener las políticas de recopilación de datos y privacidad de Fitbit, asegurando que no integraría los datos de salud de Fitbit con sus redes de publicidad personalizada. La preocupación del DOJ giraba en torno al potencial de Google para reducir la competencia en el mercado de dispositivos vestibles al limitar el acceso de otros fabricantes al sistema operativo de Android o al imponer tarifas, lo que impediría su integración con smartphones y reduciría efectivamente el mercado de dispositivos vestibles a solo Google y Apple³⁰⁰.

Aunque la adquisición indicó un paso adelante para Google en el mercado de dispositivos vestibles, también subrayó las crecientes preocupaciones sobre la privacidad de los datos y la competencia en el sector tecnológico.

Por su parte, la Comisión Europea, en su informe de adquisición³⁰¹ evaluó detalladamente las ventajas competitivas derivadas de los datos, a través de los distintos mercados relevantes que fueron identificados en la operación, destacando cómo dicha operación estaba integrada en un vasto ecosistema digital de productos y servicios interconectados³⁰².

Para comenzar, y previo a la evaluación de los riesgos competitivos que podría traer aparejada la operación, un aspecto clave en el análisis llevado adelante por la Comisión fue el reconocimiento de que la legalidad de la fusión de distintas bases de datos no es competencia de dicha agencia, sino que es materia de las autoridades de protección de datos, y las bases legales están dadas en el Reglamento General de Protección de Datos (“GDPR”, por sus siglas

²⁹⁹ Statt, Nick. “Google Completes Purchase of Fitbit”. The Verge, 14 de enero de 2021. Accedido el 10 de marzo del 2024. <https://www.theverge.com/2021/1/14/22188428/google-fitbit-acquisition-completed-approved>.

³⁰⁰ Ikeda, Scott. “Google Claims That Fitbit Acquisition Is Complete Despite Ongoing DOJ Investigation Into Handling of Health Data”. CPO Magazine (blog), 26 de enero de 2021. Accedido el 10 de marzo del 2024 <https://www.cpomagazine.com/data-privacy/google-claims-that-fitbit-acquisition-is-complete-despite-ongoing-doj-investigation-into-handling-of-health-data/>.

³⁰¹ Comisión Europea. “Caso M.9660 – GOOGLE/FITBIT”. Decisión de 17 de diciembre de 2020.

³⁰² Comisión Europea. Directorate General for Competition. “Merger Review in Digital and Technology Markets: Insights from National Case Law: Final Report”. LU: Publications Office, 2022. <https://data.europa.eu/doi/10.2763/847448>.

en inglés)³⁰³, que establece principios estrictos sobre la recopilación, el procesamiento y la transparencia de los datos personales en la Comunidad Europea. Además, se menciona que tanto Google como Fitbit son responsables de implementar medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que el procesamiento de datos cumpla con el GDPR y la Directiva sobre privacidad y comunicaciones electrónicas³⁰⁴.

A pesar de reconocer esta dificultad, la Comisión identificó que la transacción aún planteaba riesgos significativos para la competencia al permitir a Google un control más amplio sobre datos importantes, lo cual podría dificultar o imposibilitar la expansión o entrada de firmas rivales, y, por lo tanto, merecía un análisis exhaustivo en materia de competencia³⁰⁵.

Así, los mercados analizados fueron, a nivel horizontal: (i) suministro de dispositivos vestibles (ii) suministro de un sistema operativo para dispositivos vestibles, (iii) suministro de tiendas de aplicaciones para dispositivos vestibles, (iv) suministro de aplicaciones de salud y fitness, y (v) suministro de aplicaciones de pago por móvil.

Además, la Comisión destacó que la operación creaba una serie de relaciones no horizontales entre las actividades de Fitbit en el suministro de dispositivos vestibles de pulsera (y aplicaciones complementarias asociadas) y las actividades de Google en el suministro de (i) servicios de búsqueda online y publicidad (incluidos los servicios de intermediación), (ii) servicios de búsqueda general, (iii) sistemas operativos licenciables para dispositivos móviles inteligentes, (iv) sistemas operativos licenciables para *smartwatches*, (v) tiendas de aplicaciones Android, y (vi) diversas aplicaciones y servicios que se ofrecen o podrían ofrecerse en dispositivos wearables de pulsera. Además, existía una relación no horizontal entre la tienda de aplicaciones de Fitbit para sus dispositivos vestibles y la oferta de Google de diversas

³⁰³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. "Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos)". Diario Oficial de la Unión Europea L119 (4 de mayo de 2016): 1-88.

³⁰⁴ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), 201 OJ L § (2002). <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/58/oj/spa>.

³⁰⁵ Op. cit. "Caso M.9660 – GOOGLE/FITBIT". P.93

aplicaciones para dispositivos vestibles. En último lugar, la Comisión consideró el mercado de salud digital³⁰⁶.

En ese sentido, una primera forma en que se manifestó un mejor entendimiento de las particularidades de los mercados digitales, fue que la Comisión consideró que, dentro de las distintas razones por las que Google adquirió Fitbit, fue como una fuente de datos. Esto permitiría juntarlos con las bases de datos existentes de Google y se evaluó cómo podían utilizar estos en los otros mercados en que participaban, *i.e.* servicios de publicidad en línea, servicios de búsqueda general y servicios de salud digitales³⁰⁷.

En concreto, la Comisión determinó que la operación no levantaba riesgos de carácter horizontal en los mercados relevantes desde una perspectiva tradicional³⁰⁸. Sin embargo, la Comisión consideró que, tras la operación,

*“la disponibilidad por parte de Google de datos relativos a determinadas actividades personales y de salud, que pueden obtenerse de los dispositivos portátiles de Fitbit, aumentaría el poder de Google en algunos mercados basados en datos al reforzar aún más la capacidad de Google para explotar comercialmente dichos datos”*³⁰⁹,

en particular, los mercados de (i) servicios de publicidad en búsqueda y visualización en línea y servicios tecnológicos publicitarios, (ii) servicios de búsqueda general, o (iii) servicios de atención médica digital³¹⁰.

A mayor abundamiento, la transacción entre Google y Fitbit fusionaría sus bases de datos y capacidades de recopilación de datos bajo la propiedad de Google, lo que podría ampliar significativamente la cartera de datos de Google, especialmente en sectores como la publicidad y la salud. Este nuevo conjunto de datos de Fitbit, añadido a las ya vastas bases de datos de Google, podría alterar la competencia al hacer más difícil para las empresas rivales expandirse o entrar en el mercado³¹¹.

³⁰⁶Ibid. “*Caso M.9660 – GOOGLE/FITBIT*”. P.22

³⁰⁷ Ibid. P.87

³⁰⁸ Ibid. P.91. Para consultar los mercados relevantes revisados, ver tabla 26 del informe citado.

³⁰⁹ Ídem. Traducción libre de: “However, the Commission considers that, after the Transaction, Google’s availability of data pertaining to certain health and personal activities, which can be obtained from Fitbit’s wearable devices, would increase Google’s power in some data-based markets by further strengthening Google’s ability to commercially exploit such data.”

³¹⁰ Ibid. P.93

³¹¹ Ibid. P.91

Según el TFUE, una fusión que otorgue a la entidad resultante un control excesivo sobre recursos clave puede ser perjudicial para la competencia efectiva³¹². En este caso, la combinación de datos de Google y Fitbit

*“reforzaría su posición en ciertos mercados de suministro basados en datos, excluyendo potencialmente a competidores al mejorar significativamente su oferta de servicios en comparación con rivales. Esta preocupación se basó en la capacidad única de la fusión para integrar y aprovechar dos bases de datos distintos, resaltando los riesgos para la competencia derivados en específico gracias a la operación”*³¹³.

La Comisión evaluó que, a pesar de que Fitbit no competía directamente con Google en los mismos mercados antes de la fusión, esta operación proporcionaría a Google el control sobre un recurso crítico: los datos de Fitbit. En opinión de la Comisión, tales preocupaciones existían en vista de:

*“(i) la relevancia de los datos (y las capacidades de recopilación de datos) adquiridos por Google como resultado de la transacción para servir y mostrar anuncios; (ii) la posición de Google en los mercados relevantes relacionados con el suministro de servicios de publicidad en búsquedas en línea, y (iii) el fortalecimiento de la posición de mercado de Google y el menoscabo de la expansión de los rivales en los mercados mencionados como resultado de la combinación de datos y (iv) la ausencia de poder de entrada o de poder de compra compensatorio.”*³¹⁴.

³¹² Op cit. “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.” Párrafo 36.

³¹³ Op. cit. “Caso M.9660 – GOOGLE/FITBIT”. P.91 Traducción libre de: “In the present case, the Transaction would allow Google to combine its already very prominent datasets with those of Fitbit, thus strengthening the Parties’ ability to supply relatively better services in certain data-based supply markets and foreclose the competitors’ entry and ability to expand in such markets. Such a concern would arise to the extent the merged entity has the ability to combine the two datasets and is therefore merger specific.”.

³¹⁴ Ibid. P.98. Traducción libre de: “In the opinion of the Commission, such concerns would exist in view of: (i) the relevance of the data (and data collection capabilities) acquired by Google as a result of the Transaction for serving and displaying ads; (ii) Google’s position in the relevant markets related to the supply of online search advertising services, and sub- markets/segments thereof, referred to in Section 8; (iii) the strengthening of Google’s market position and impairment of rivals’ expansion in the mentioned markets as a result of the data combination; and (iv) the absence of countervailing entry or buyer power.”

En los mercados afectados verticalmente³¹⁵, la preocupación investigada por la Comisión se refería a la exclusión de insumos críticos (entre ellos, los datos), en casos donde la entidad combinada tendría una participación de mercado considerable, con el potencial de afectar a los competidores de la entidad fusionada con presencia en mercados descendentes³¹⁶. Además, se analizó la posibilidad de que Google, al acceder a información comercial sensible a través de Fitbit, que se conecta con aplicaciones de terceros, pudiera obtener una ventaja competitiva indebida. Esto generó preocupaciones sobre si Google podría usar esa información para efectos anticompetitivos no coordinados no horizontales³¹⁷.

A propósito de los riesgos descritos, la Comisión decidió autorizar la adquisición de Fitbit por parte de Google, bajo la condición de asumir una serie de compromisos³¹⁸, dentro de los cuales destacan el compromiso de Google a no usar, durante 10 años, datos corporales, de actividad física, de salud o ubicación de los usuarios para anuncios y la creación de “silos” de datos, es decir una estructura técnica de almacenamiento de datos separada y apartada, que fuere controlable y auditable por las autoridades europeas³¹⁹.

CONCLUSIONES

En los casos descritos, es posible observar el desarrollo de la línea argumentativa que ha seguido la Comisión Europea en el estudio de operaciones de concentración entre plataformas digitales.

³¹⁵ Ibid. P.88. Los mercados afectados por la relación vertical entre las actividades de Google y Fitbit, tal como se describen, son los siguientes: (i) Entre las actividades de Fitbit en el mercado ascendente (*upstream*) para la provisión de dispositivos vestibles de pulsera y las actividades de Google en el mercado descendente (*downstream*) para la provisión de servicios de salud digital. (ii) Entre las actividades de Google en el mercado ascendente para el suministro de sistemas operativos licenciados para dispositivos vestibles de pulsera (Wear OS) y las actividades de Fitbit en el mercado descendente para el suministro de dispositivos vestibles de pulsera. (iii) Entre las actividades de Google en los mercados ascendentes para el suministro de varias aplicaciones y servicios y las actividades de Fitbit en el mercado descendente para el suministro de dispositivos vestibles de pulsera. (iv) Entre las actividades de Google en el mercado ascendente para el suministro de tiendas de aplicaciones para una plataforma de sistema operativo dada (Android) de dispositivos móviles inteligentes (Google Play) y las actividades de Fitbit en el mercado descendente para el suministro de dispositivos vestibles de pulsera. (v) Entre las actividades de Google en el mercado ascendente para servicios de búsqueda general y las actividades de Fitbit en el mercado descendente para el suministro de dispositivos vestibles de pulsera. (vi) Entre las actividades de Fitbit en el mercado ascendente para el suministro de tiendas de aplicaciones para una plataforma de sistema operativo dada de dispositivos vestibles de pulsera (Galería de Aplicaciones de Fitbit) y las actividades de Google en el mercado descendente para el suministro de aplicaciones digitales y servicios.

³¹⁶ Ídem. “*Caso M.9660 – GOOGLE/FITBIT*”. P.88

³¹⁷ Ibid. P.89

³¹⁸ Comisión Europea, “*Caso M.9660 – GOOGLE / FITBIT COMMITMENTS TO THE EUROPEAN COMMISSION*” 4 de noviembre de 2020.

³¹⁹ Ibid. P.1

Con la adquisición de LinkedIn por parte de Microsoft, la agencia tuvo la oportunidad de caracterizar los datos como un activo sujeto a ciertas particularidades en los mercados digitales, sobre el cual dos empresas que utilizan datos de forma intensiva, podrían estar compitiendo. Además, consideró la posibilidad de que la entidad resultante privara a los competidores del acceso a datos que no podían ser conseguidos de otra forma.

Este trabajo por parte de la Comisión sentó la base para futuros análisis, sin embargo, el mayor avance se pudo observar en la adquisición de Fitbit por parte de Google, ya que en su investigación, se estudiaron detalladamente distintas teorías de riesgos derivadas de la alta concentración de datos que podría provocar una operación de concentración entre plataformas digitales. Lo anterior se tradujo en el establecimiento de medidas y compromisos que tuvieron que ser asumidos por Google, con el objetivo mitigar los riesgos levantados respecto al uso de datos personales para obtener un mayor poder de mercado.

El aspecto más importante del desarrollo jurisprudencial destacado es la demostración de que desde una perspectiva tradicional, no es posible evaluar adecuadamente las ventajas y riesgos que puede traer aparejado el factor concentración de datos en una operación de concentración. De esta forma, considerar enfoques menos tradicionales, más adecuados para las particularidades de este tipo de mercados, es clave. La consideración de los datos como un activo especializado, cuya concentración puede levantar riesgos horizontales desde una perspectiva más innovadora, representa un decidido avance en el estudio de las operaciones de concentración.

Esto abriría la puerta para poder definir un mercado relevante de datos, herramienta adecuada para evaluar las presiones competitivas que actúan en un mercado digital. Al definir un mercado relevante de datos conexo, se podría evaluar cómo la operación afectaría la capacidad de la entidad fusionada para volverse dominante tanto en los mercados existentes como en los futuros, al poseer a escala y alcance un activo especializado para competir.

De esta forma, en resonancia con las conclusiones alcanzadas, señala ROBERTSON:

“En resumen, en los últimos años se han involucrado varios aspectos relacionados con el acceso y uso de datos, así como su integración y protección, en los casos de fusiones digitales. El objetivo actual es unificar diferentes enfoques para desarrollar una estrategia coherente que evalúe los aspectos de los datos en el control de fusiones. En este sentido, se deben tomar

decisiones políticas sobre cómo y hasta qué punto las preocupaciones de protección de datos deben considerarse en la evaluación de la competencia.”³²⁰.

³²⁰ Op Cit. “*Merger Review in Digital and Technology Markets: Insights from National Case Law: Final Report*”. P.79. Traducción libre de: “Overall, therefore, multiple aspects of access and use of data as well as of data integration and data protection have come into play in digital merger cases in recent years. What matters now is to consolidate the various approaches in order to develop a coherent approach to assessing data aspects in merger control. Here, policy choices will need to be made as to the extent to which questions of data protection can and need to filter into the competition assessment.”.

CAPÍTULO IV

DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ENTRE PLATAFORMAS DIGITALES EN CHILE: ROL DE LOS DATOS Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCEDIMIENTO A LA LUZ DE LA ADQUISICIÓN DE CORNERSHOP POR UBER

Tras el análisis de los capítulos previos, es necesario revisar la forma en que el análisis de mercado relevante se realiza en Chile, a la luz de las contadas oportunidades que la FNE ha tenido para revisar fusiones entre agentes tecnológicos que caigan dentro de sus facultades. Para eso, se revisará el trabajo realizado en la aprobación en Chile de la adquisición de Cornershop Technologies LLC (“Cornershop”) por Uber Technologies, Inc. (“Uber”). Posterior a ello, se hará un análisis crítico de la definición de mercado relevante realizada por la Fiscalía, tomando como eje central la propuesta de una definición de mercado relevante sobre los datos.

Este ensayo revela cómo la concentración de datos, antes vista principalmente desde la perspectiva de la protección a la privacidad, se está empezando a reconocer como un factor crítico en la evaluación de fusiones por las autoridades de competencia. Tradicionalmente, el análisis de riesgos competitivos no consideraba la acumulación de datos como un elemento crucial. Sin embargo, el foco está cambiando respecto a cómo en los mercados digitales, donde los datos personales son usados intensivamente, una concentración de este activo puede afectar la competencia. Como se mostró en la sección anterior, jurisprudencialmente ha habido una evolución en la forma en que el factor datos es evaluado en una operación de concentración. Por su parte, en Chile, solo dos casos han considerado la concentración de datos en tecnología como factor en evaluaciones de fusiones, indicando un reconocimiento incipiente pero creciente de sus implicaciones competitivas³²¹.

Las razones expuestas, muestran que es oportuno revisar el primer caso en que la Fiscalía Nacional Económica puso de relieve los avances doctrinarios y jurisprudenciales sobre los

³²¹ Canales, María Paz, Michel Roberto De Souza, y Lucas Griebeler Da Motta. “*Defining Relevant Markets in the Digital Era: Lessons from Merger Control in Brazil, Chile and Mexico*”. GRUR International 72, n.º 3 (9 de marzo de 2023): 209-30. <https://doi.org/10.1093/grurint/ikad002>. PP.18 y ss.

riesgos que operaciones de este tipo pueden tener en Chile, y en función de ello analizar críticamente el trabajo realizado hasta ahora, con el objetivo de reforzar la necesidad de actualizar el marco legal a utilizar por la autoridad.

I. FUSIÓN UBER-CORNERSHOP

Con fecha 15 de octubre de 2019, a través de una notificación presentada a la FNE, Uber y Cornershop informaron a la FNE su intención de realizar una eventual adquisición de derechos que permitiría a Uber influir decisivamente en la administración de Cornershop (la “Operación”).

Uber es una empresa que desarrolla plataformas de múltiples lados para la intermediación entre distintos grupos de usuarios. Primeramente, la plataforma ofrece el servicio de intermediación para el transporte de personas (“Uber Rides”), y desde 2017, también provee servicios de compra y entrega a domicilio o *delivery* de comida preparada (“Uber Eats”). Por su parte, Cornershop es una plataforma digital que proveía servicios de compra en línea y entrega a domicilio de bienes, principalmente de supermercados.

Con dicha notificación, comenzó la investigación, la cual se desarrolló en dos fases. Durante la primera, que tuvo un plazo de 30 días hábiles administrativos, se recogieron los antecedentes que permitieron visualizar en forma previa, que la Operación podía generar riesgos sustanciales para la competencia, tanto horizontales de carácter unilateral, al eliminar potenciales competidores, así como disminuir los incentivos para innovar; y de conglomerado al dotar a la nueva entidad de los incentivos y habilidad para incurrir en acciones estratégicas para alcanzar o utilizar poder de mercado en los servicios que ofrecían. Estos riesgos se basaban en la existencia de condiciones a la entrada a los mercados definidos, a propósito de la existencia de economías de escala y de ámbito³²².

Adicionalmente, la FNE señaló que la Operación podría otorgar a la entidad fusionada un mayor acceso a datos de los usuarios de la plataforma. Así, levantó la Fiscalía que

“Atendido que tanto Uber como Cornershop manejan diversa información de sus usuarios -relacionada con los pedidos que éstos realizan en sus plataformas- la agrupación de

³²² Fiscalía Nacional Económica. Resolución de fecha 24 de enero de 2020, Rol FNE F217-2019 “Resolución paso a Fase II operación de concentración entre Uber y Cornershop” PP.3-5

varios servicios en una sola plataforma podría aumentar la habilidad de la entidad fusionada para solicitar una mayor cantidad de datos a sus usuarios. Lo que podría significar un empeoramiento en los términos y condiciones de acceso a los servicios”³²³.

Debido a esto, la FNE publicó su resolución de 24 de enero de 2020 mediante la cual, en atención a lo establecido en el artículo 54 letra c) del DL N°211, decidió extender la investigación hasta por un máximo de noventa días hábiles administrativos adicionales (Fase II), por estimar que la Operación podría reducir sustancialmente la competencia.

Con este objetivo, la Fiscalía llevó a cabo una investigación profunda sobre la operación de concentración, utilizando como herramientas de investigación las solicitudes de información, y declaraciones de competidores. Durante este proceso, se realizaron múltiples diligencias y se recopilaron antecedentes adicionales, poniendo un enfoque particular en documentos internos y planes comerciales de terceros, así como en el comportamiento de los usuarios de plataformas de intermediación y las contribuciones de terceros interesados, dentro de los cuales se destaca el aporte de Derechos Digitales (“ONG”) –organización no gubernamental, sin fines de lucro, que enfoca su trabajo en investigar, realizar campañas y proponer políticas públicas en la intersección entre derechos humanos y tecnología³²⁴- respecto a el rol de la concentración de datos en la evaluación de sus riesgos competitivos³²⁵.

Este aporte señala varias consideraciones que son de especial interés para esta tesis. En primer lugar, indica que

“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”³²⁶.

El aporte propone un estudio dinámico del mercado relevante de producto, que implica

³²³ Ibid. P.6

³²⁴ Derechos Digitales “*Qué hacemos*”, accedido 11 de diciembre de 2022, <https://www.derechosdigitales.org/que-hacemos/>.

³²⁵ Op. cit. “*Fusión Uber-Cornershop: El rol de la concentración de datos en la evaluación de sus riesgos competitivos*”.

³²⁶ Ibid. PP.27-28

“no solo evaluar los mercados en los cuales actualmente se desempeñan las partes, sino que se debe incorporar en el análisis el impacto que la concentración tendría 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”³²⁷.

Dicho documento sugiere una forma práctica para el análisis de una operación de concentración entre plataformas digitales: examinando la operación como si se tratase de una concentración de conglomerado. Esta aproximación, en el contexto del análisis de una operación de concentración en la industria del *retail* fue previamente desarrollado por el TDLC³²⁸.

Además, de acuerdo con la ONG,

“las características de las [plataformas digitales] dan cuenta de la existencia de barreras de entrada relevantes que se verían 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 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 permitirían a la entidad resultante la mantención de su poder de mercado en el tiempo”³²⁹.

Señala también el escrito que,

“ausente el disciplinamiento de la competencia potencial, determinado por las barreras de entrada otorgadas por los datos, la ventaja de acción de portafolio³³⁰ otorgada por la Operación a la entidad resultante del acceso a grandes volúmenes de datos, no sólo le

³²⁷ Ibid. P.8

³²⁸ Op. cit. Resolución TDLC 24/2008 “Consulta sobre fusión entre S.A.C.I Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A. NC 199-07”.

³²⁹ Op. cit. “Fusión Uber-Cornershop: El rol de la concentración de datos en la evaluación de sus riesgos competitivos”. P.27-28

³³⁰ Los riesgos de una operación de conglomerado están asociados al llamado efecto de portafolio en que la combinación de productos en mercados relacionados puede conferir la capacidad para apalancar una posición de mercado en uno de los mercados sobre otro, ya sea por la vinculación o empaquetamiento de productos, la venta atada o mediante otras formas de exclusión. Aun cuando estas prácticas son comunes, pueden afectar la habilidad o el incentivo para competir de los rivales reales o potenciales, lo que le permite a la entidad conglomerada incrementar los precios. Villazón, Gonzalo. “Régimen de evaluación del potencial anticompetitivo de las operaciones de concentración en Chile” Santiago. 2019.

garantizaría poder de mercado en los mercados en actual Operación, sino también provee una 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”³³¹.

Como último punto, arguye la institución que

“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”³³².

A pesar del citado informe, tras el transcurso de más de 4 meses, finalmente, la FNE decidió aprobar la Operación de forma pura y simple, de acuerdo con la resolución de fecha 29 de mayo del 2020³³³, tras considerar que la Operación no resultaba apta para reducir sustancialmente la competencia. A continuación, se expondrán acabadamente los aspectos relevantes de la investigación, los cuales fueron expuestos en el Informe de aprobación, el cual transparenta el razonamiento seguido por la Fiscalía para aprobar la operación³³⁴.

A. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE

Como marco analítico, se determinó que las partes investigadas pertenecían al sector de plataformas digitales de intermediación, que conectan oferta y demanda de manera eficiente en áreas como transporte y entrega de alimentos. La información inicial sugirió que, aunque operaban en el mismo sector, no competían en el mismo mercado relevante, debido a la falta de superposición en sus actividades³³⁵.

³³¹ Op. cit. “Fusión Uber-Cornershop: El rol de la concentración de datos en la evaluación de sus riesgos competitivos”. P.28

³³² Ídem.

³³³ Fiscalía Nacional Económica. Resolución de fecha 29 de mayo de 2020, Rol FNE F217-2019 “Resolución de aprobación operación de concentración entre Uber y Cornershop”.

³³⁴ Fiscalía Nacional Económica. “Informe de Aprobación: Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc. Rol FNE F217-2019”. 29 de mayo de 2020.

³³⁵ Ibid. P.31

Con esto en consideración, el primer antecedente para definir el mercado relevante fue la información otorgada por las partes, quienes indicaron que participaban, en efecto, en el sector de intermediación. Sin embargo, señalaron que no competían en el mismo mercado relevante, arguyendo la ausencia de superposición en sus actividades. En particular, mencionaron que los mercados potencialmente afectados incluían la intermediación para la compra y entrega de productos tanto de restaurantes como de supermercados, excluyendo la intermediación de transporte de pasajeros³³⁶.

Así, el primer paso a seguir por la FNE fue verificar dicha diferenciación en los mercados relevantes, o si, por el contrario, ambas empresas eran competidoras. De esta forma, al revisar los antecedentes recogidos en la investigación, se verificó que las partes no pertenecían al mismo mercado relevante, ya que no eran sustituibles tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta³³⁷.

En segundo lugar, por tratarse de plataformas de múltiples lados, la Fiscalía evaluó definir el mercado relevante por cada segmento, considerando todos los usuarios juntos (enfoque de un mercado), o separarlos por cada lado de la plataforma (enfoque de múltiples mercados). En este caso, plataformas como Uber y Cornershop, que conectan distintos grupos para facilitar transacciones, se prefirió el enfoque de un mercado, dado que el valor proviene de la participación simultánea de ambos lados. Sin embargo, este enfoque también exige evaluar cómo los distintos lados del mercado interactúan y la competencia externa que podrían enfrentar³³⁸.

Atendiendo al marco general de análisis, se definieron tres mercados relevantes, a saber, el de intermediación y entrega de productos de supermercado, el de intermediación de compra y entrega de productos de restaurantes y el de intermediación de transporte de pasajeros en automóviles. En atención a los propósitos de este ensayo, se expondrá el análisis realizado por la Fiscalía en el primero de ellos, por su pertinencia para esta investigación.

De esta forma, el primer mercado relevante definido fue el de la intermediación y entrega de productos de supermercados. En la investigación llevada a cabo, los diversos antecedentes

³³⁶ Ibid. P.31

³³⁷ Ibid. P.32

³³⁸ Ibid. PP.32-34

recabados le permitieron a la FNE determinar que la venta en línea de productos de supermercados -mercado en el cual participaba Cornershop- correspondía a un mercado relevante separado de la compra presencial de los supermercados. Así, contrario a considerar la venta presencial como competencia de Cornershop, las partes consideraron como competidor de esta a los servicios de venta en línea de las distintas cadenas de supermercados³³⁹.

La investigación reveló que, aunque el precio y calidad eran similares en todos los canales de venta, las ventas en línea se distinguen por aspectos únicos como costos de entrega, su interfaz digital, y la existencia de membresías. De esta forma, la preferencia de los consumidores hacia las compras en línea se centra en el ahorro de tiempo, lo cual es reforzado por los esfuerzos de los supermercados por agilizar entregas³⁴⁰.

De forma precisa, la FNE reconoció que:

“la venta en línea de productos de supermercados se encuentra en desarrollo, en donde las empresas se encuentran experimentando para poder determinar la mejor manera de satisfacer las necesidades y preferencias de los clientes. Al mismo tiempo, los clientes se encuentran en un proceso de prueba, con hábitos que aún no se encontrarían asentados. Prueba de esto último sería que ante la pregunta de la Encuesta de cómo comprarían en caso de no estar disponible Cornershop, una cantidad relevante de consumidores indicaron que comprarían en tiendas físicas”³⁴¹.

De esta forma, concluyó la Fiscalía que el mercado relevante en cuestión era el de los servicios de compra en línea y entrega a domicilio de productos de supermercados, tanto los ofrecidos por las propias cadenas de supermercado, como por las plataformas de intermediación, como Cornershop, Rappi, PedidosYa y otras³⁴².

En cuanto al mercado relevante geográfico, se determinó a través de la información entregada por las partes, en la cual indicaron que este correspondía a las ciudades de Chile donde ambas tenían operación activa. Además, las partes señalaron que existía una superposición en las ciudades donde Cornershop ofrecía sus servicios. Sin embargo, los antecedentes mostraban que, a pesar de la existencia de algunos aspectos geográficos particulares de la localidad donde se

³³⁹ Ídem.

³⁴⁰ Ibid. P.35

³⁴¹ Ídem.

³⁴² Ibid. P.37

encontraba el consumidor, algunas variables eran determinadas de manera nacional. Sin perjuicio de esto, la Fiscalía consideró que no resultaba necesario adoptar una definición exacta de mercado relevante geográfico, ya que las conclusiones no cambiarían³⁴³.

B. ANÁLISIS DE LOS RIESGOS DE LA OPERACIÓN

Con estos mercados en consideración, la FNE consideró que los riesgos que la Operación podría conllevar para la competencia eran:

“(1) riesgos horizontales, por el eventual traslape proyectado de las partes, al eliminarse la entrada de Uber como competidor potencial en el mercado de plataformas digitales de productos de supermercados y por la disminución de incentivos a innovar en mercados afines; y (2) riesgos de conglomerado [derivados de] (i) la posibilidad de exclusión o debilitamiento significativo de la competencia, extendiendo la posición relevante de la entidad fusionada en un determinado mercado a otro, mediante: a) el empaquetamiento de productos de mercados relacionados; y b) la concentración de datos e información de usuarios que aporte una ventaja competitiva que tornen a la entidad fusionada incontestable para los competidores; y (ii) los efectos explotativos, que pueden generarse respecto de: a) consumidores finales, relativos al manejo de sus datos personales; y b) shoppers, repartidores y conductores (“usuarios oferentes”), por el eventual aumento del poder de negociación de la entidad fusionada”³⁴⁴.

En cuanto a los riesgos por la eliminación de Uber como competidor potencial, advirtió la FNE que *“en las economías digitales, la eliminación de un competidor potencial cobra especial importancia, toda vez que esta puede estar motivada por objetivos preventivos de parte de conglomerados digitales que buscan mantener su posición de dominio en determinados mercados”³⁴⁵.*

Con esto en consideración, el enfoque de la investigación fue la evaluación de si Uber, sin la fusión, habría podido desafiar significativamente a otros actores en el mercado de plataformas de intermediación de supermercados³⁴⁶. Para determinar la potencial competitividad de Uber, la FNE examinó pruebas como un piloto de Uber para ofrecer servicios de distribución de

³⁴³ Ibid. PP.41-42

³⁴⁴ Ibid. P.43

³⁴⁵ Ibid. P.45

³⁴⁶ Ídem.

productos de supermercados, documentos internos que reflejaban su interés en el sector, encuestas a consumidores y estrategias de otros competidores. Esta evidencia indicó que la entrada de Uber no alteraría significativamente la competencia, dado que otros actores ya planificaban expandirse de manera competitiva³⁴⁷.

Luego, en atención a la disminución de la innovación, antes de la fusión, las partes exploraban nuevas oportunidades en servicios de intermediación utilizando tecnologías de información, innovando en ofertas y funcionalidades. Sin embargo, la investigación reveló que existían múltiples actores capaces de invertir en innovación en el mercado estudiado, similar a lo ofrecido por las partes involucradas en la operación. Las innovaciones de comercios tradicionales en respuesta a la crisis sanitaria³⁴⁸ evidenciaban esta capacidad. Por lo tanto, se concluyó que la fusión no reduciría significativamente los incentivos o la capacidad para innovar en tecnología de comercio electrónico³⁴⁹.

Finalmente, se evaluaron los posibles efectos exclusorios de la fusión, analizando si esta ampliaría la capacidad y los incentivos de la entidad combinada para excluir a competidores y ganar poder de mercado. Este análisis consistió en revisar si la fusión permitiría extender su dominio de ciertos mercados a otros mediante estrategias como el empaquetamiento, o si combinar bases de datos daría una ventaja competitiva insuperable a los rivales³⁵⁰.

De esta forma, se consideró la eventual exclusión por concentración de datos e información de usuarios. En ese sentido, señaló la Fiscalía que

“considerando que la Operación aportaría a la entidad fusionada un mayor acceso a datos y la información constituye un insumo que utilizan para competir las plataformas de intermediación, el análisis [realizado por la Fiscalía] aborda si la obtención de dicho insumo permite a la entidad fusionada adquirir una ventaja incontestable por los rivales la Operación, que resulte en una exclusión o debilitamiento significativo de las posibilidades competitivas de sus competidores”³⁵¹.

³⁴⁷ Ibid. PP. 52-53

³⁴⁸ Referente a la pandemia de COVID-19 que afectó a Chile y el mundo durante el 2020

³⁴⁹ Op. cit. “Informe de Aprobación: Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc”. P.55

³⁵⁰ Ibid. P.57

³⁵¹ Ibid. P.58

De acuerdo con la Fiscalía, la concentración de datos de los usuarios, bajo ciertas condiciones, “podría llegar a constituir una ventaja competitiva tal que les impida a otros actores del mercado competir en las mismas condiciones que la entidad fusionada, permitiéndole a ésta adquirir poder de mercado respecto de los diferentes usuarios de la plataforma”³⁵².

Por otro lado, consideró la FNE que el alcance del poder de mercado podría permitir la generación de un bucle de retroalimentación positiva, ya sea por las eficiencias alcanzadas en la prestación de los servicios, o por la imposición de políticas de privacidad menos restrictivas³⁵³.

Con eso en consideración, dos fueron los principales riesgos que reconoció la agencia vinculada a la concentración de datos: primero, si se estuviese en presencia de una eventual monetización de datos, esto tendría la capacidad de aumentar el poder de mercado frente a los compradores de esta información si las partes accediesen a datos relevantes que no fuesen accesibles por el resto de los participantes del mercado; y segundo, la expansión de barreras a la entrada o de expansión, al privar a los competidores del acceso a información necesaria para participar en el mercado, producto de la combinación de datos por parte de la entidad resultante³⁵⁴.

El primero de los riesgos fue descartado, en atención a que ninguna de las partes comercializaba sus datos con terceros. Sin embargo, respecto al segundo de los riesgos, la Fiscalía procedió a evaluar si la Operación permitiría a la entidad fusionada adquirir datos de usuarios que, en primer lugar, constituyeran un “*insumo clave para su proceso productivo y que fueran de difícil acceso para otros actores [del mercado]*”, de modo tal que pudiesen elevar barreras de entrada y expansión para competidores actuales o potenciales³⁵⁵. La posible exclusión de competidores por la mejora en la disponibilidad de información para la entidad fusionada dependería de si dicha información era un “*insumo necesario en el proceso competitivo*” y si su posesión por un actor implicaba la exclusión de otros del mercado³⁵⁶.

Respecto al primer punto, a pesar de alcanzar dicha categorización de los datos como un activo especializado, la Fiscalía concluyó luego de su investigación que, contrario a otras plataformas digitales, los datos de usuarios no eran el principal activo para operar en los mercados analizados

³⁵² Ibid. PP.78-79

³⁵³ Ídem.

³⁵⁴ Ibid. P.80

³⁵⁵ Ídem.

³⁵⁶ Ídem.

en la Operación en cuestión. En palabras de la agencia, “*en este mercado la información se utiliza principalmente para mejorar los productos y servicios, pero el modelo de negocios no dependería absolutamente del uso intensivo de la misma*”³⁵⁷.

En cuanto al segundo punto, la Fiscalía evaluó si los competidores podían acceder a información de calidad comparable a la que la fusión proporcionaría a la entidad resultante, para ver si esto representaría una ventaja competitiva insuperable, debilitando la competencia e impidiendo la entrada de nuevos actores. Sin embargo, la agencia determinó que, dado el acceso actual a la información por otras plataformas digitales y cadenas de supermercados, no había barreras significativas que dieran una ventaja decisiva a la entidad fusionada sobre sus competidores³⁵⁸.

Para cerrar, es importante mencionar que, como contrapeso al análisis de riesgos, la Fiscalía realiza también un análisis de las eficiencias que podría traer aparejada para los respectivos mercados las operaciones de este tipo. En este caso, se analizaron como eficiencias, la reducción de los costos de entrada de Cornershop a las ciudades donde ya operaba Uber, la ampliación del espectro de usuarios de Cornershop, mejoras al algoritmo de Cornershop, considerando implementaciones actuales del algoritmo de Uber y la existencia de sinergias y aprovechamiento de economías de escala de la Operación³⁵⁹.

COMENTARIOS A EL ANÁLISIS REALIZADO POR LA FISCALÍA

El análisis expuesto muestra un avance en la comprensión del rol que puede tener la concentración de los datos en las operaciones de concentración, al caracterizarlos como potencialmente problemáticos en aquellas empresas que manejan grandes volúmenes de datos. Sin perjuicio de lo cual, es posible reparar en varios aspectos del análisis realizado por la Fiscalía.

En primer lugar, a pesar de la consideración de los riesgos que esta Operación podría significar a la hora de limitar el desarrollo de competencia potencial, la FNE subestima el rol de los datos y su potencial para contribuir en esta condición, así como también en la necesidad del acceso a estos por parte de los otros competidores para incentivar la innovación en el mercado.

³⁵⁷ Ibid. P.81

³⁵⁸ Ibid. PP.82-83

³⁵⁹ Ibid. PP.103-106

En ese sentido, a pesar de que inicialmente se consideró que los datos podrían ser un insumo clave, la investigación concluyó que, en este caso, los datos no eran el activo principal para operar en los mercados afectados. La información se usaba para mejorar productos y servicios, pero el modelo de negocio no dependía críticamente de un uso intensivo de estos datos³⁶⁰.

Como se propuso *supra* en el capítulo I, las plataformas digitales se caracterizan por tener una funcionalidad, potencia y posibilidades que dependen principalmente de la arquitectura basada en datos a escala que incorporan y del ecosistema basado en datos que permiten y configuran³⁶¹. Su evolución ha creado una sinergia entre la tecnología y el análisis de datos que ha permitido a las empresas basar su modelo de negocios, desarrollo de productos y toma de decisiones en la información obtenida de sus usuarios³⁶².

Las plataformas digitales dependen de la utilización intensiva de datos, los cuales son reconocidos como un componente integral de sus procesos. Además de recolectar, usar y reutilizar datos, estas empresas promueven activamente la generación de datos en sus interacciones, abarcando aspectos como datos conductuales, de consumo, de experiencia y de productividad³⁶³.

Lo que explica la necesidad de tratar el análisis de datos con especial atención son sus características como activo económico: la estructura de costos para recolectar, almacenar, procesar y analizar datos responde a economías de escala y alcance, lo que se traduce en que las empresas más grandes tienen ventajas de costos sobre empresas más pequeñas en la recolección, almacenamiento y procesamiento de mayores y diversos tipos de datos. Esto puede provocar barreras de entrada y expansión en los mercados, sobre todo cuando los datos son un activo clave para el desarrollo de los bienes y servicios del mercado³⁶⁴.

Las ventajas competitivas que otorgan el acceso a vastos volúmenes de datos a una plataforma digital se manifiestan ya sea en aquellas empresas que basan su modelo de negocios en el tratamiento de datos, o en aquellas que los utilizan como un activo complementario a su

³⁶⁰ Ibid. P.81

³⁶¹ Op. cit. “*Primitives of Legal Protection in the Era of Data-Driven Platforms*”.

³⁶² Véase *supra*, capítulo I

³⁶³ Véase *supra*, capítulo I (P.24)

³⁶⁴ Véase *supra*, capítulo I (PP.20-21)

actividad principal. Esto se relaciona con lo planteado por el GRAEF, conforme se revisó *supra* en el capítulo III, en cuanto a que

*“los datos son más que sólo una forma de insumo para los servicios entregados a usuarios y anunciantes en plataformas en línea. Al recopilar datos y monitorear el comportamiento de los usuarios, las plataformas digitales también pueden detectar cambios en los intereses de sus usuarios, lo que les permite adaptarse a las preferencias de los consumidores, introduciendo nuevos servicios siguiendo tendencias potenciales”*³⁶⁵.

Así, parecen inadecuadas las razones de la Fiscalía para desestimar el riesgo de la acumulación de datos producto de la operación, toda vez que al reconocer que la plataforma utilizaría los datos para mejorar los productos y servicios ofrecidos, el argumento para desestimar ese riesgo no puede ser el que el modelo de negocios no dependa absolutamente del uso intensivo de datos, sino que debe ir en el orden de la posibilidad, post operación, de que existan polos competidores capaces de alcanzar una masa crítica de datos para poder competir con la empresa resultante. En otras palabras, el análisis prospectivo de la Fiscalía debe considerar el rol futuro que los datos tendrán en los mercados afectados, precisamente derivados de la acumulación y mejoras en el procesamiento de los mismos.

De esta forma, la Fiscalía no tomó en cuenta el potencial de la Operación para dotar al agente de una posición de dominio capaz de materializarse en conductas como controlar el acceso y cobrar tarifas altas, manipular clasificaciones o prominencia y la capacidad de controlar reputaciones; actuar como *gatekeepers* y usar su posición para influenciar y controlar la relación entre compradores y vendedores, o el acceso a anunciantes y compradores potenciales³⁶⁶.

Finalmente, los riesgos de conglomerado con efectos exclusorios por concentración de datos es uno de los principales problemas que puede significar esta Operación. Tal como se ha mostrado, la competencia por ofrecer los servicios de la forma más predictiva posible, sólo se domina mediante la posesión de datos en todos los niveles del mercado. Uber adquiere Cornershop como un proveedor en la cadena de información de comportamiento en tiempo real y, además, como una plataforma en la cual intervenir en el comportamiento de los consumidores para entenderlos

³⁶⁵ Op. cit. “*EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*”. PP.115-116

³⁶⁶ Ver *supra*, nota al pie N°101

mejor, así calibrar y subliminalmente cambiar los hábitos de sus usuarios para satisfacer sus objetivos comerciales.

Como se señaló, en los mercados digitales los datos son un activo especializado para el proceso competitivo, mas no una mera utilidad para competir. Se requiere de los datos para desarrollar los servicios y competir en el mercado, y la combinación de dos conjuntos de datos tras la fusión puede aumentar el poder de mercado de la empresa adquiriente en el mercado de suministro de datos o elevar las barreras a la entrada o de expansión para los participantes actuales o potenciales de los mercados que se alimentan de los datos³⁶⁷.

Respecto al segundo punto levantado por la Fiscalía, sobre si los competidores tenían la capacidad de acceder a información de una calidad similar a la que aportaría la Operación a la entidad fusionada, a fin de determinar si la misma podría llegar a constituir una herramienta competitiva adicional que la torne incontestable para sus competidores, concluyó la agencia que no existían obstáculos significativos para el acceso a la información que pudieran conferir una ventaja decisiva a la entidad fusionada sobre sus competidores, principalmente por parte de las cadenas de supermercados.

Sin embargo, las cadenas de supermercados carecen de la infraestructura para capturar todos los datos que logran las plataformas virtuales, debido su natural condición de comercio físico. Aun cuando pueden operar a través de sus plataformas web, Uber posee acceso a la ubicación de la vivienda de sus usuarios, sus hábitos de transporte, ya sea los horarios en los que se desplazan o los lugares que frecuentan, con lo que pueden deducir el estrato socioeconómico, las preferencias a la hora de disponer del tiempo libre, e incluso entramar las redes sociales de sus usuarios. Esto, sumado a la información que le otorgará Cornershop, que incluye los hábitos de consumo más íntimos, desde preferencias comerciales hasta presupuestos, deja a Uber en una posición inmejorable para interpretar, predecir y modelar la conducta de sus clientes, y así lograr dominar el mercado de las plataformas digitales de productos de supermercados, el de las plataformas digitales de intermediación de productos de restaurante, y el de las plataformas digitales de intermediación de transporte de pasajeros en automóviles.

Como fue mencionado *supra*, en el capítulo I, lo anterior es posible exclusivamente por el medio en que se ofrecen las plataformas digitales. Los *smartphones*, tabletas o computadores, entre

³⁶⁷ Ver *supra* nota al pie N°293

otros, cumplen una doble función: actúan como sensores que recopilan información de los consumidores, a la vez que proporcionan acceso a los servicios y contenido de las plataformas. Es sólo gracias a este medio, que las plataformas digitales logran trabajar con *Big Data*, alcanzando un volumen de datos masivo, a una alta velocidad de recolección, y que goza de una variedad y valor irreproducibles por los comercios tradicionales³⁶⁸.

Por las razones descritas, es acertado el reconocimiento de los riesgos que puede provocar la operación por parte de la Fiscalía, empero, las razones esgrimidas para desestimarlos parecen insuficientes, dadas las disímiles capacidades para recolectar datos que presentan los mercados tradicionales en comparación con las plataformas digitales.

En cuanto a los efectos explotativos de los usuarios provenientes de los riesgos de conglomerado, es importante el levantamiento de la problemática de la disminución de la protección de los datos personales de los consumidores que hace la Fiscalía, reconociendo que una operación como esta puede dotar a la entidad fusionada de la capacidad para “*condicionar una mayor cantidad de servicios a la aceptación de una política de privacidad común*”, con la consecuente disminución de la calidad de los servicios hacia los consumidores finales. Empero, se consideró que la Operación no aumentaría los incentivos de la entidad fusionada para realizar dichas conductas. Al respecto, señala KAHN que bajo esta aproximación, el poder de mercado no sería inherentemente nocivo, si las empresas deciden no ejercerlo³⁶⁹. Así, se deja en manos de la entidad fusionada y los incentivos que tenga, la posibilidad de ejercer el poder de mercado en forma de conductas explotativas abusivas de la privacidad de sus usuarios.

Responde a la tesis de este ensayo la consideración de que, mediante la delimitación de un mercado relevante de datos, hubiese sido posible vislumbrar que los tres mercados relevantes destacados, son cruzados transversalmente por el mercado de los datos como activo para proveer mejores servicios.

En el caso concreto este mercado estaría compuesto por los datos personales de los usuarios de plataformas de intermediación de compra y entrega de productos de supermercado y los datos de clientes de supermercados, como un activo especializado sobre el cual hay una presión competitiva por parte del resto de los actores de los mercados analizados. La delimitación

³⁶⁸ *Supra*, Capítulo I (PP. 17 y ss.)

³⁶⁹ *Op. cit.* “*Amazon’s Antitrust Paradox*” PP.36-37

debería considerar los polos restantes de este tipo de activos, y ver de qué forma permitiría la competencia actual o potencial de nuevos participantes.

Tal y como se señaló en el capítulo III, considerando los datos como un activo especializado, se puede definir un mercado de datos conexo, que posibilita analizar las restricciones competitivas aplicables al activo especializado, al cual los competidores potenciales de los incumbentes necesitan acceso para competir en futuros mercados de productos.

Así, saldría a la luz que esta adquisición, tal como podría eventualmente afectar el mercado de las plataformas digitales de intermediación de productos de supermercado, mejoraría la posición de Uber para competir en su principal línea de negocios, como es el transporte de pasajeros. A su vez, hubiera sido revelador del poder de mercado que adquiriría la entidad, y de este modo, los principales riesgos descritos y desacreditados, podrían ser analizados desde una perspectiva que vuelve más seria la posibilidad de que estos se vean concretados.

CAPÍTULO V

COMENTARIO CRÍTICO A LA GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN HORIZONTALES

Con el objetivo de fortalecer el marco regulatorio y promover una mayor competencia en el mercado, la Fiscalía Nacional Económica presentó en mayo de 2021 su Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. En esta, se recogieron los principales aprendizajes de la Operación de concentración entre Uber y Cornershop, reconociéndose el auge en la digitalización de diversas industrias, así como el surgimiento y profundización de “mercados digitales” en Chile³⁷⁰.

La Guía se estructura en tres capítulos, partiendo por ofrecer un marco analítico, señalando que se centrará en las operaciones de concentración horizontales, que define como “*aquellas que involucran a agentes económicos que son competidores actuales o potenciales en un mercado relevante dado*”, dejando de lado las concentraciones verticales y las concentraciones de conglomerado³⁷¹.

Posteriormente, la Guía dedica el siguiente capítulo a la exposición del concepto de mercado relevante. En este sentido, se destaca que su definición es clave para el análisis competitivo ya que permite identificar las principales alternativas disponibles para los consumidores de las empresas en fusión y calcular las cuotas de mercado y la concentración del mercado³⁷². Sin embargo, la Fiscalía aclara que no siempre es necesario contar con una definición precisa del mercado relevante, ya que el objetivo principal del análisis de las operaciones “*consiste en determinar si sus efectos tienen el potencial de reducir sustancialmente la competencia, en lugar de definir los mercados relevantes como un fin en sí mismos*”³⁷³.

Por último, la Guía presenta una sección dedicada a los elementos que serán considerados en el análisis competitivo, abordando los siguientes puntos: 1) participaciones de mercado, 2) índices

³⁷⁰ Op. cit. “*Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*”. P.2

³⁷¹ De acuerdo con la guía, una concentración vertical es aquella que involucra a agentes económicos que operan en distintas etapas de las cadenas de producción o distribución de un producto o servicio, teniendo generalmente entre sí una relación de proveedor-cliente. Por concentración de conglomerado, aquella que no tiene el carácter de horizontal ni de vertical. Ídem.

³⁷² Ibid. P.7

³⁷³ Ídem.

de concentración, 3) Efectos sobre la competencia, que incluyen los riesgos unilaterales, coordinados, *joint ventures*, los mercados dinámicos y de innovación, así como las plataformas y mercados digitales 4) condiciones a la entrada, 5) los contrapesos a los riesgos, y cierra con una subsección sobre la defensa de las empresas en crisis.

Este capítulo se adentra en el análisis y comentario detallado de dicha guía, que establece lineamientos transparentes y actualizados para evaluar fusiones y adquisiciones entre competidores directos. Se examinarán de cerca las principales directrices de la guía, ofreciendo una perspectiva crítica, desde los lineamientos y bibliografía levantados por este ensayo.

Asimismo, es importante destacar la futura ley de protección de datos personales en Chile³⁷⁴, la cual introducirá cambios significativos en el panorama regulatorio. Esta nueva legislación busca importar en Chile el estándar europeo de privacidad de los individuos y tratamiento de los datos personales. Además, establece la creación de una nueva agencia encargada de supervisar y hacer cumplir la ley en materia de protección de datos. Estos nuevos aspectos legales y regulatorios podrían ser considerados por la Fiscalía Nacional Económica en su análisis de operaciones de concentración en un trabajo colaborativo con dicha agencia, ya que la protección de la privacidad y el manejo adecuado de los datos personales podría dificultarse en un mercado concentrado, en el que un consumidor tiene pocas alternativas para elegir una empresa en atención a su política de datos.

De esta forma, se propondrá una forma de análisis abstracto de cómo debe proceder la FNE, en base a la nueva Guía y los comentarios del autor.

I. ANÁLISIS CRÍTICO A LA GUÍA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN HORIZONTALES

La citada Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales significó un gran paso en el reconocimiento de las nuevas formas en que los mercados operan. Un aspecto clave de la nueva Guía es el reconocimiento a las plataformas digitales y los mercados digitales. En

³⁷⁴ A la fecha de este trabajo, el proyecto de ley se encuentra en Comisión Mixta del Senado. Senado. “*Protección y tratamiento de datos personales: claves de la modernización en trámite - Senado - República de Chile*”. Senado. Accedido 18 de marzo de 2024. <https://www.senado.cl/proteccion-y-tratamiento-de-datos-personales-claves-de-la-modernizacion>.

esta, se ofrece un catálogo de diversos tipos de plataformas digitales, como lo son las plataformas digitales de información, plataformas digitales de comunicación, plataformas digitales de intermediación de bienes y/o servicios, entre otras³⁷⁵. A su vez, la guía propone una clasificación de las mismas, distinguiendo entre las plataformas transaccionales- como las Fintec³⁷⁶, o las plataformas de intermediación de servicios- cuyo objeto es facilitar transacciones, y por otro lado las plataformas no transaccionales, cuyo fin no es intermediar transacciones, sino que mediar en otro tipo de interacciones, como por ejemplo, las plataformas digitales de información o las plataformas digitales de comunicación³⁷⁷.

No obstante, la guía presenta una omisión importante al no abordar de manera precisa la definición de una plataforma digital y su relación con los datos, que establezca parámetros para identificar operaciones que involucren a agentes de este tipo. Tal y como se ha levantado a lo largo de este ensayo, en el auge de la era digital, el uso de datos de forma intensiva es parte de la esencia de las plataformas digitales, y la concentración de datos por parte de un competidor, puede significar una reducción sustancial a la competencia. Es por eso que resulta menester determinar *ex-ante* en qué casos se debe aplicar medidas para evaluar de la mejor manera una operación de concentración de estas características, y en qué casos no.

Lo evidente de este problema se resalta a propósito del análisis que hizo la FNE en la adquisición de Cornershop por parte de Uber. En su resolución de aprobación, al momento de determinar si existían riesgos de exclusión por concentración de datos sobre los usuarios, la agencia indicó que *“si bien la información de los consumidores finales es un elemento de utilidad para competir, no constituirían el principal insumo para operar sino más bien un elemento de mejora funcional de los servicios ofrecidos”*³⁷⁸. Esta postura por parte de la Fiscalía revela que, para la agencia, esta Operación no necesitaba un análisis exhaustivo en materia de datos, ya que en este caso, no se utilizarían datos de forma intensiva.

Sin embargo esto sería contradictorio con uno de los aspectos que según la Fiscalía, definiría a una plataforma digital. De acuerdo con la Guía, en su pie de página 124: *“ Las plataformas digitales son un caso particular de plataformas que se caracterizan por un uso intensivo de*

³⁷⁵ Ibid. P.32

³⁷⁶ Fintec es la abreviación de empresas Financieras Tecnológicas.

³⁷⁷ Ídem.

³⁷⁸ Op cit. *“Resolución de aprobación operación de concentración entre Uber y Cornershop”*. P.9

datos y tecnologías”³⁷⁹. De ese modo, es razonable preguntarse, ¿si las plataformas digitales usan intensivamente datos, en qué casos debería aplicarse una metodología especial que sopesa adecuadamente la concentración de datos?

Así resalta que el problema debe ser abordado en una fase previa. Antes de presentar las distintas categorías de plataforma, debería hacerse una definición de las plataformas digitales, en tanto intensivas en el uso de datos, y de esa forma, toda operación que involucre plataforma digital de estas características, debería abordarse de forma particular.

Una posible definición es aquella que se ha presentado en esta investigación: cada vez que una operación involucre a empresas que se ofrezcan servicios a través de un ecosistema basado en Internet, de varios lados, que presten sus servicios al menos a dos grupos de consumidores distintos e interrelacionados, debería analizarse atendiendo a sus características distintivas³⁸⁰.

La necesidad de tratar las plataformas digitales de forma singular dice relación con las problemáticas inherentes de la concentración de datos personales por parte de un competidor. Los datos poseen características económicas que los vuelven activos especializados. Son bienes no rivales que se benefician de economías de escala y alcance, y su valor y uso dicen relación con la capacidad predictiva respecto a los consumidores.

Las empresas necesitan acceder a una gran cantidad y variedad de datos, lo que lleva a los actores económicos a competir por adquirir nuevas fuentes de datos a través de integraciones horizontales, por ejemplo. La estructura de costos asociada a la posesión de datos en las plataformas digitales actúa como una barrera de entrada y expansión, debido a las ventajas derivadas de las economías de escala y alcance. Como resultado, es más probable observar altos niveles de concentración y bajos niveles de competencia en los mercados donde los datos desempeñan un papel crucial.

De esta forma, el solo reconocimiento de un tipo de mercado que puede tender a la reducción de la competencia, no parece ser suficiente en una guía cuyo propósito es demostrar la forma en que la fiscalía evalúa las concentraciones horizontales en búsqueda de elementos que atenten contra la libre competencia. Por lo tanto, al realizar un análisis competitivo, es necesario que la Fiscalía proponga, en una sección separada, diversas metodologías que permitan evaluar si una

³⁷⁹ Ídem.

³⁸⁰ *Supra*, nota al pie N°7.

operación entre plataformas digitales tiene el potencial de reducir sustancialmente la competencia.

En ese sentido, distintas propuestas podrían ser levantadas en la guía. Una opción inicial sería determinar una metodología a aplicar cuando se trate de plataformas digitales y establecer un umbral que permita esclarecer en qué casos una operación de este tipo no requeriría un tratamiento especial. Es decir, una vez se notifique la fusión de dos agentes de esas características, por defecto, activar un protocolo de análisis específico diseñado para este tipo de operaciones, sin perjuicio de que las partes tengan la oportunidad de vencer el umbral, aportando antecedentes que permitan argumentar por qué los datos no son utilizados de forma tal que podrían transformarse en un riesgo para la competencia.

Este umbral puede ser determinado por dos elementos: a) el nivel de infraestructura destinado al análisis e ingeniería de datos de las partes, y b) la proyección de crecimiento e inversión de equipos de análisis de datos.

Ejemplo de lo primero, sería solicitar información respecto al nivel de inversión de las partes en almacenamiento de datos, ya sea en computación en la nube³⁸¹ o en infraestructura física, y, de la misma forma, analizar la existencia de un equipo de analistas de datos y la cantidad de miembros que conforman dicha área dentro de las empresas³⁸².

El primer elemento dice relación con la capacidad de las partes de una operación para aprovechar el valor económico de los datos que se producen en su operación. El nivel de

³⁸¹ La computación en la nube es un modelo de entrega donde el almacenamiento, los servidores, las aplicaciones y otros elementos se entregan por Internet. Se entrega bajo demanda como servicio, en general como pago por consumo. «La nube» no es un lugar físico, sino un método de gestión de recursos de TI que sustituye principalmente las máquinas locales y los centros de datos privados. En el modelo de computación en la nube, los usuarios acceden a los recursos virtuales de computación, red y almacenamiento que están disponibles en línea a través de un proveedor remoto. En lugar de tener que comprar y mantener una computación extensiva, almacenamiento y otra infraestructura de TI, como también tener experiencia interna disponible para la gestión de estos equipos, gran parte de esta responsabilidad, en cambio, le corresponde al proveedor de servicios de nube. Hewlett Packard Enterprise “¿Qué es la computación en la nube? | Glosario”. Accedido 19 de marzo de 2024. <https://www.hpe.com/lamerica/es/what-is/cloud-computing.html>.

³⁸² Se escapa del alcance de este trabajo determinar de forma concluyente la estrategia adecuada para obtener información que permita concluir si se cumple con el umbral sugerido. A continuación se ofrecen ejemplos que son ilustrativos de la información que debe perseguir la Fiscalía. Sin embargo, es necesario hacer un trabajo de investigación que permita determinar la mejor metodología para descubrir cuáles son los elementos que indicarían que una empresa destina una parte relevante de sus recursos al análisis de datos. Por ejemplo, la cantidad de personas que trabajan en el equipo de análisis de datos de una empresa podría ser indicativo de una mayor o menor inversión en dicha área, dependiendo de la proporción con el resto del personal. Sin embargo, con el desarrollo de herramientas de Inteligencia Artificial, la cantidad de personas contratadas puede dejar de ser indicativo, y la atención (y preguntas destinadas a obtener la información) deberá apuntar en otra dirección.

presupuesto destinado al equipo de análisis de datos puede dar luces del esfuerzo que pone una empresa en sacar provecho a los beneficios de capturar grandes cantidades de datos personales de sus usuarios. Así, una empresa que cuenta con proveedores de servicios de análisis de datos, o cuenta con infraestructura (física o en la nube) para almacenar y categorizar los datos, junto con un equipo humano destinado a realizar análisis de datos, puede ser indicativo de que una empresa cuenta con el potencial disminuir la competencia una vez realizada la operación, y merecería un análisis pormenorizado del factor datos.

Por el contrario, si una plataforma digital cuenta con la infraestructura básica para almacenar datos, tiene un equipo humano reducido de analistas de datos, y no tiene proveedores externos que realizan dicha labor, podría indicar que, a pesar de ser una plataforma digital que interactúa con vastas cantidades de datos, no dispone sus recursos para sacar el provecho de dichos datos, y no merecería un análisis particular en materia de datos.

Sin perjuicio de lo anterior, el segundo elemento sería clave para un análisis bien implementado. A pesar de la ausencia actual de infraestructura o personal para el análisis de datos, una operación puede representar la intención de las partes en dar un paso en esa dirección. Por lo tanto, la proyección de las partes en el corto o mediano plazo para expandirse en dichas áreas, puede ser un reflejo de que una operación está impulsada por el factor datos, y su carácter de activo especializado se vuelve más influyente en el resultado de la operación.

Así, una plataforma digital que no goza de la infraestructura para analizar datos en profundidad, pero que adquiere una empresa con características que la vuelven una fuente de datos de utilidad para la adquiriente, y es posible ver, a través de la información otorgada a la Fiscalía, que esta última tiene proyecciones de agrandar su equipo de análisis de datos; si sería una operación que requiera un análisis del mercado de datos como activo especializado.

De esta forma, en atención a los parámetros propuestos, las partes notificantes deberían no sólo acompañar la información relativa a los puntos señalados, sino que deberían demostrarle a la FNE que un análisis pormenorizado del factor datos no sería necesario para la operación en cuestión. Es decir, el análisis de los riesgos producto de la concentración de datos debería realizarse por regla general, y las partes tendrían la carga de probar que no se cumple con el umbral establecido en la guía, y por lo tanto, la operación no debe ser sujeta a un análisis especial.

Superado el umbral, una alternativa de metodología a aplicar es realizar una definición de un mercado relevante de datos conexo, en los términos que propone esta tesis. Como ya se expuso³⁸³, en los mercados digitales donde se hace un uso intensivo de datos, además de la competencia por los bienes o servicios que se comercializan, existe un mercado específico para los datos. Este mercado se centra en la utilización de los datos como un activo especializado para la predicción, ya sea en relación con los consumidores, los productores o la innovación.

En concreto, esta definición de mercado relevante podría hacerse a través de concepto de “competencia en la innovación” de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, al establecer una analogía entre el concepto de “activos especializados” y el rol que ocupan los datos dentro de los mercados digitales intensivos en el uso de datos³⁸⁴.

En el caso particular, al presentarse una operación de concentración entre plataformas digitales que supere el umbral, sería necesario entender que los datos no serían un insumo para mejorar los productos y servicios ofrecidos, sino que un activo especializado en los términos definidos en el capítulo primero, a saber, un recurso crítico y específico que es necesario para que los competidores potenciales puedan ingresar y competir en el mercado³⁸⁵.

Con eso en consideración, habría que observar si, posterior a la operación, sería posible por los competidores acceder al volumen de datos necesarios para poder desarrollar sus propios servicios y poder innovar y desarrollarse para competir en futuros mercados de productos.

Para realizar ese análisis, habría que definir un mercado relevante conexo de datos. Este mercado estaría conformado por los datos personales de los usuarios de los servicios ofrecidos por la plataforma, así como los datos de los usuarios de los competidores del mercado principal. Los datos en cuestión deben ser considerados en atención a la forma en que interactúan con los servicios ofrecidos, de modo tal que permitan observar cómo puede afectar su concentración una operación en particular.

En otras palabras, en una operación de concentración como la de Uber y Cornershop, estaría conformada por los datos personales de los usuarios de los mercados principales analizados en

³⁸³ Ver *supra* Capítulo III, Sección I. página 70 y ss.

³⁸⁴ Ídem.

³⁸⁵ *Supra*, Capítulo I

la operación, a saber, las plataformas de intermediación y transporte de productos de supermercados, y los datos personales de los consumidores de supermercados, y el trabajo del análisis sería evaluar si los actuales o potenciales competidores pueden acceder a una escala y variedad de datos que permitan observar patrones de consumo en la industria de la intermediación y transporte de productos de supermercados, así como de la industria de supermercados. Si no es posible observar polos de datos accesibles por los competidores actuales o potenciales luego de la operación, habría que evaluar si los sustitutos a esos datos permitirían a los actuales competidores permanecer en los mercados, o a los potenciales competidores entrar en los mercados. Si la respuesta es negativa, habría que evaluar rechazar la operación de concentración, por disminuir sustancialmente la competencia en el mercado de las plataformas digitales de intermediación y transporte de productos de supermercados, con atención a los mercados actuales y potenciales.

Por lo tanto, es fundamental para la evaluación de una operación de concentración llevar a cabo la definición de un mercado relevante de datos conexo. Esto permitiría una mejor comprensión de las presiones competitivas relacionadas con la posesión de datos y su impacto en la posición dominante de los actores en los mercados tecnológicos.

Otra propuesta interesante, sería establecer la cooperación entre agencias especializadas. En ese contexto, merece ser destacado el proyecto de ley que modifica y actualiza la Ley N°19.628 o Ley de Protección de Datos Personales de Chile, que busca fortalecer y modernizar el marco legal existente en materia de privacidad y protección de datos y crear la Agencia de Protección de Datos Personales. Este proyecto tiene como finalidad traer a la legislación chilena los estándares internacionales de protección de datos, inspirándose directamente en el GDPR.

Entre las principales modificaciones propuestas se encuentran la ampliación de los derechos de los titulares de datos, el fortalecimiento de las medidas de seguridad y la implementación de mecanismos de supervisión y sanción más efectivos para asegurar el cumplimiento de la normativa.

Para lograr dicho cometido, se creará la Agencia de Protección de Datos Personales, corporación autónoma de derecho público, de carácter técnico, descentralizado y con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto velar por la efectiva protección de los derechos que

garantizan la vida privada de las personas y sus datos personales, de conformidad a lo establecido en la presente ley, y fiscalizar el cumplimiento de sus disposiciones³⁸⁶.

De este modo, Chile homologaría una institución que podemos encontrar en las legislaciones comparadas vanguardistas en materia de protección de datos personales. Tal es el caso de Reino Unido, con su Oficina del Comisionado de Información (“ICO”, por sus siglas en inglés), en Alemania el Comisionado Federal para la Protección de Datos y Libertad de la Información, o el Comité Europeo de Protección de Datos.

En el cénit de la digitalización de la economía, las agencias mencionadas han adquirido un rol fundamental en el entendimiento de la interacción de los datos con el mercado. Al tratarse de agentes técnicos, especializados en la evaluación de la interacción entre las personas, sus datos y las instituciones que los utilizan, han tenido qué decir a propósito de operaciones de concentración entre plataformas digitales intensivas en el uso de datos.

En este contexto, en los últimos años se ha vuelto recurrente la duda sobre cómo deben interactuar las agencias de protección de la libre competencia y las de protección de datos. Han existido casos en que ambas agencias se han pronunciado en paralelo respecto a un mismo caso, sin embargo, hoy la tendencia es a establecer marcos legales que permitan la cooperación entre agencias.

Podemos observar el caso alemán, en el cual, el 2017, entró en vigor la 9ª Enmienda a la Ley contra las Restricciones de la Competencia se estableció la base jurídica para la cooperación entre las autoridades de competencia y las autoridades de protección de datos. De conformidad con la Sec. 50c(1) de la ley de competencia alemana³⁸⁷, las autoridades de competencia federales y estatales y las autoridades de protección de datos federales y estatales pueden intercambiar información, incluidos datos personales, empresariales y secretos comerciales, en la medida en que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones, y utilizar la información en sus respectivas investigaciones y procedimientos³⁸⁸.

³⁸⁶ Ídem.

³⁸⁷ Act against Restraints of Competition (“ARC”)

³⁸⁸ Stauber, Peter. “*Facebook’s Abuse Investigation In Germany And Some Thoughts On Cooperation Between Antitrust And Data Protection Authorities*”. Competition Policy International, 2019. P.7

Otro ejemplo es la legislación británica, donde se emitió una comunicación conjunta de la ICO con la *Competition and Markets Authority* de mayo del 2021³⁸⁹. El documento tiene como objetivo abordar los desafíos relacionados con la competencia y la protección de datos en los mercados digitales. Reconoce la importancia de abordar de manera efectiva tanto la competencia como la protección de datos en estos mercados, y destaca la necesidad de una colaboración estrecha entre las autoridades de competencia y las autoridades de protección de datos.

Este documento dio paso a un Acuerdo de Entendimiento (“MOU” por sus siglas en inglés)³⁹⁰, que establece en concreto cómo los dos reguladores colaborarán más en el futuro, por ejemplo a través del intercambio de información y el potencial de proyectos conjuntos.

Observando la tendencia internacional, y en atención a la próxima creación de la Agencia de Protección de Datos Personales, sería un avance importante en el cumplimiento del cometido de la Fiscalía Nacional Económica el trabajo cooperativo entre ambas entidades fiscalizadoras. En concreto, las agencias podrían suscribir un MOU que promueva y delimite la colaboración que podrían tener ambas en casos en que estas, en el ejercicio de sus funciones, estén conociendo de un mismo caso, o se enfrenten a un caso en que pueda tener interés la otra agencia.

Esta colaboración podría manifestarse a través de distintas herramientas. Por ejemplo, ambas agencias podrían compartir información relevante para el cumplimiento de sus responsabilidades, cuando las dos conozcan de un caso en común, cada una en el ejercicio de su propio mandato. También podría suceder que, por ejemplo, la Agencia de Protección de Datos Personales, en el ejercicio de sus funciones, identifique comportamientos que podrían tener una eventual arista de infracción al DL211, y remita los antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica, para su evaluación.

Además, las dos entidades podrían asesorarse mutuamente, al momento de decidir sobre un caso, ya sea sobre las implicancias que podría tener una decisión en materia de protección de datos, o desde la perspectiva de la libre competencia. Por ejemplo, al momento de decretar medidas de mitigación en una operación de concentración, podría asesorar a la Fiscalía para

³⁸⁹Information Commissioner’s Office “*ICO and CMA Set out Blueprint for Cooperation in Digital Markets*”, 20 de mayo de 2021. <https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/2021/05/ico-and-cma-set-out-blueprint-for-cooperation-in-digital-markets/>

³⁹⁰Information Commissioner’s Office and Competition & Markets authority. “*Memorandum of Understanding between the Information Commissioner and the competition and Markets Authority*”. 2021

elegir la medida que afecte de menor manera los derechos sobre los datos personales de los usuarios de una plataforma.

Por otra parte, en un plano preventivo, las dos organizaciones podrían elaborar guías que orienten a las empresas para no realizar prácticas que puedan reducir sustancialmente la competencia, y a la vez, vulnerar la privacidad de los usuarios.

De este modo la FNE podría pronunciarse con el apoyo de la opinión experta de la Agencia de Protección de Datos Personales, sobre los riesgos a la competencia y los consumidores derivados de la concentración de datos, cuando esto pueda traducirse en una reducción importante de la protección de sus datos personales.

II. FORMA EN QUE PUDO HABER OPERADO LA FNE EN EL CASO UBER-CORNERSHOP, DE ACUERDO A LA PROPUESTA LEVANTADA

La comentada Guía Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal vino a recoger las enseñanzas de la adquisición de Cornershop por parte de Uber. Gracias a esta experiencia, resultó ineludible dedicar una sección del documento exclusivamente a las particularidades que presentan dichos mercados.

Sin embargo, como se comentó en la subsección anterior, es posible identificar una serie de puntos en los cuales sería posible perfeccionar dicha Guía, y de esa forma, cumplir de mejor manera el cometido de ofrecer un marco analítico completo, transparente y vanguardista para los procesos de concentración que involucren a plataformas digitales.

En atención a lo mencionado, sería propositivo visitar el análisis de la FNE en la Operación de concentración entre Uber y Cornershop, esta vez, desde la perspectiva de la nueva guía y los lineamientos propuestos en este capítulo.

De acuerdo con la Guía, el análisis de una operación busca comparar los niveles de competencia que se espera que existan en caso de perfeccionarse una operación, con aquellos que se espera

que existan en ausencia de la misma³⁹¹, y para eso, hay que comenzar por definir el mercado relevante.

Para esto, hay que poner atención a las características de esta operación que vuelvan necesaria la definición precisa de mercado relevante³⁹². Así, se puede comenzar por determinar el escenario más conservador, es decir, aquel en que las partes superpongan de manera efectiva o potencial sus actividades y concentren una mayor participación³⁹³, y luego ir avanzando en una definición más pormenorizada.

De esta forma, es rescatable el trabajo inicial hecho por la Fiscalía, partiendo por la definición del mercado relevante como marco analítico (escenario conservador), de plataformas digitales de intermediación, es decir, aquéllas que posibilitan el comercio electrónico o que facilitan la oferta de servicios³⁹⁴. Posteriormente, se profundizó en la definición, para evaluar si ambas empresas, en efecto, participaban del mismo mercado relevante.

Así, en atención a que se trata de plataformas de múltiples lados, se realizó una definición de mercado relevante para cada segmento, que incorpore a los distintos lados de la plataforma. En base a eso, gracias a la investigación de mercado, se definieron tres mercados relevantes: el de intermediación y entrega de productos de supermercado, el de intermediación de compra y entrega de productos y restaurantes y el de intermediación de transporte de pasajeros en automóviles.

El análisis expuesto hace un buen trabajo al evaluar de forma tradicional las características de este mercado para vislumbrar las presiones competitivas sobre los productos ofrecidos. Sin embargo, merece la pena reparar en una frase de la FNE que señala:

“A partir de diversos antecedentes recabados en la investigación fue posible verificar que los servicios prestados por Cornershop y Uber Eats no forman parte del mismo mercado relevante, debido a que no serían sustituibles tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta, por lo que las Partes no serían competidores actualmente en estos segmentos”³⁹⁵.

³⁹¹ Op. cit. “Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales” P.6

³⁹² Ídem.

³⁹³ Ibid. P.7

³⁹⁴ Ibid. P.32

³⁹⁵ Op. cit. “Informe de Aprobación: Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc”. P.32

Esta frase revela una superficialidad al momento de evaluar las dinámicas competitivas de los mercados digitales, y de acuerdo a lo levantado en este ensayo, con las herramientas adecuadas, podría haberse llegado a una conclusión distinta.

De este modo, un siguiente paso que pudo haber tomado la Fiscalía, en atención a los comentarios propuestos, sería determinar si estamos frente a una operación de concentración que involucra a plataformas digitales. Como se propuso en el primer capítulo, estas plataformas pueden ser descritas como aquellas que ofrecen servicios en línea, que dependen de la utilización intensiva de datos, los cuales son reconocidos como un componente integral de sus procesos, tal y como lo reconoce la Fiscalía en su Guía.

Por lo tanto, Uber como Cornershop son plataformas digitales, que ofrecen sus servicios a través de Internet, con aplicaciones móviles, dirigidos a consumidores en un entorno digital. En razón de esto, las partes tendrían que acompañar información específica a la fiscalía, y en caso de que lo estimen pertinente, demostrarle a la FNE que no se cumple con umbral sugerido en el capítulo anterior: ¿Cuánta parte del presupuesto anual de la operación de ambas partes está destinado a su división de análisis de datos? ¿Cuántas personas conforman su equipo de análisis de datos? ¿De qué forma proyectan y cuánta inversión tienen asignada al crecimiento o perfeccionamiento de su equipo de análisis de datos? ¿se absorberá el área de análisis de datos de Cornershop, y pasará a gestionarse íntegramente por el equipo de Uber, o por el contrario, conservarán los equipos y proyectan la contratación de más personal?

La respuesta a las preguntas anteriores, podrían mostrar lo gravitante que es el factor de concentración de datos en una operación como esta. Si las partes logran demostrar que la respuesta a las preguntas anteriores apuntan a un equipo de análisis de datos poco desarrollado por ambas empresas, con pocas personas trabajando en ello (en proporción al tamaño de la empresa), y a la vez, sin proyecciones de crecimiento en esa dirección, sería demostrativo de que, a pesar de que ambas empresas producirían flujos de información masivos sobre sus usuarios, no tendrían la capacidad para transformar esa activo en una herramienta capaz de dotar de poder de mercado a la entidad resultante.

Por el contrario, si la respuesta a las preguntas planteadas apuntasen a equipos de análisis de datos robustos, con una parte significativa de recursos humanos y tecnológicos destinados a analizar los datos de los usuarios; o que la respuesta indique que planean un crecimiento hacia

esa área, proyectando una inversión importante en ese sentido, sería muestra de que esta es una operación de concentración en la que el factor datos debe ser analizado en profundidad.

Suponiendo que dos empresas del tamaño de Uber y Cornershop cuentan con equipos de análisis de datos desarrollados, con los recursos para poder aprovechar de la mejor forma los datos obtenidos producto de la operación, se asumirá que la operación cumplía con el umbral propuesto, con el objetivo de realizar un análisis completo.

Así, en atención al cumplimiento del umbral, la FNE se vería en la necesidad de realizar un análisis del factor concentración de datos acabado, y con tal propósito, podría definirse un mercado relevante de datos conexo, en los términos propuestos en este trabajo. De esta forma, se vislumbraría de forma certera la dinámica competitiva en torno a los datos que existe en el mercado las plataformas de intermediación, y más en concreto, la forma en que los datos se comportan como un activo especializado en el mercado de la intermediación de productos de supermercados.

No obstante, establecer dicho mercado de datos presenta desafíos significativos, especialmente debido a la ausencia de un mercado tradicional donde los datos se vendan o intercambien, lo que complica la determinación de sustituibilidad y, por ende, la definición de un mercado relevante. Este problema se ejemplifica en la adquisición de WhatsApp por Facebook, donde la ausencia de una operación en mercados de datos personales llevó a la Comisión a descartar la existencia de un mercado potencial en este ámbito³⁹⁶.

Es en este punto donde la teoría de analogar los datos como activo especializado al concepto de polos de innovación de las directrices del TFUE, sugerida en el capítulo III del presente ensayo, adquiere relevancia. Al enfocarse en la competencia por la innovación, especialmente en acuerdos de cooperación en I+D, esta teoría propone un marco alternativo para definir mercados relevantes en ausencia de oferta y demanda tradicionales. La cooperación en I+D, fundamentalmente en la creación de nuevos productos o tecnologías, sugiere que la competencia real o potencial en mercados de innovación puede ser un componente crucial para evaluar la competencia y la dinámica del mercado.

³⁹⁶ Op cit. “Caso No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP”. P.12

Esta perspectiva se amplía al considerar los datos como activos especializados, esenciales para el desarrollo y la innovación en mercados tecnológicos. La capacidad de predecir y modelar comportamientos de consumidores mediante el análisis de datos se convierte, así, en un factor competitivo significativo, subrayando la importancia de considerar los datos no solo por su uso actual, sino por su potencial para impulsar la innovación y el desarrollo de nuevos mercados.

En términos prácticos, este análisis implicaría la definición de un mercado relevante conexo de datos, compuesto tanto por la información personal de los usuarios de las plataformas que pretenden concentrarse, como por los datos de los consumidores de los mercados relevantes definidos. La concentración de datos debe ser evaluada en términos de cómo estos interactúan con los servicios ofrecidos, para determinar su impacto en la operación específica.

En el caso de la concentración entre Uber y Cornershop, se analizarían los datos personales de los usuarios de los principales mercados analizados, es decir, de plataformas de intermediación y transporte de productos de supermercados, además de los datos de consumidores de supermercados. Esto permitiría delimitar el espectro de datos a analizar. El objetivo del análisis sería determinar si los competidores actuales o potenciales pueden acceder a una escala y variedad de datos que revelen tendencias de consumo en la industria, permitiéndoles competir efectivamente en los mercados principales. Si tras la fusión se identifica una falta de acceso a conjuntos de datos relevantes de los consumidores, se debería buscar si existen datos alternativos que faciliten la competencia por parte de los incumbentes, o permitan la entrada al mercado de nuevos competidores. En caso de que la respuesta sea negativa, podría contemplarse la posibilidad de rechazar la operación de fusión por disminuir sustancialmente la competencia actual o potencial en los mercados analizados.

En conclusión, la definición de un mercado de datos, considerando estos como un activo especializado, resalta la necesidad de abordajes regulatorios que reconozcan la importancia estratégica de los datos. Tal enfoque no solo facilitaría la evaluación de prácticas anticompetitivas en el sector tecnológico sino que también promovería una competencia leal y la innovación, asegurando que los consumidores se beneficien de la evolución tecnológica y las dinámicas de mercado resultantes.

Con esta exposición no se busca enlazar la decisión de aprobar la operación de concentración entre Uber y Cornershop. El análisis mostrado no busca promover el rechazo de todas las

operaciones de concentración que involucren a plataformas digitales. Sin embargo, exámenes como el propuesto hubiesen permitido un análisis competitivo más adecuado, el cual hubiera permitido tomar decisiones más informadas. De esta forma, hubiese sido posible aplicar medidas de mitigación adecuadas para dar equilibrio al mercado, o, en caso de ser necesario, rechazar la operación de concentración por restringir sustancialmente la competencia de este mercado.

CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo es analizar la definición de mercado relevante en operaciones de concentración entre plataformas digitales, destacando la importancia de los datos personales en la era digital y cómo su generación, adquisición, comprensión y uso por parte de actores económicos plantea desafíos significativos en la aplicación del derecho de la libre competencia.

Los datos personales tienen una importancia enorme dentro del desarrollo social, empresarial y económico. Estos han permitido el desarrollo de innovadores modelos comerciales, caracterizados por una alta personalización de los productos y servicios, y el mejoramiento de procesos productivos y eficiencias.

Esto se debe a que los datos, como insumo, tienen particulares características económicas: se trata de bienes no rivales, que responden a economías de escala y alcance y tienen los más diversos valores y usos dependiendo del tipo de datos que sean. Sin embargo, nada de lo anterior tendría la importancia que tiene si no fuese porque en la era de las plataformas digitales, el uso de algoritmos y *Machine learning* ha permitido aprovecharlos en todas sus dimensiones.

Lo expuesto ha generado una dinámica competitiva singular alrededor de los datos, la cual gira en torno a su capacidad predictiva. Las empresas necesitan datos a escala y alcance, por lo que los actores económicos compiten por adquirir nuevas y diversas fuentes de datos, por ejemplo realizando integraciones verticales u horizontales.

Lo anterior levanta la pregunta sobre la capacidad de la concentración de datos para afectar a la libre competencia. La estructura de costos que caracteriza a la posesión de datos en las plataformas digitales hace que las ventajas por economías de escala y alcance actúen como barreras de entrada y expansión, lo que vuelve más probable observar altos niveles de concentración y bajos niveles de competencia en los mercados donde los datos son importantes.

Esto ha expandido la discusión sobre el factor datos y su concentración a diversas áreas de la libre competencia, entre ellas el análisis de las operaciones de concentración y el rol que juega la concentración de datos en ellas. La dominancia de pocos actores en los mercados digitales, que han liderado en la cantidad de adquisiciones en sus respectivos mercados, demostró la relevancia de la pregunta sobre por qué este tipo de operaciones se aprueban sin mayor dificultad, aun cuando generan problemas como los descritos.

La respuesta está en que el análisis tradicional de operaciones de concentración ha ignorado sistemáticamente el rol de la concentración de datos, en particular a la hora de realizar la definición de mercados relevantes –metodología clave para identificar las presiones competitivas a las que se exponen los competidores de un mercado. En los mercados digitales intensivos en el uso de datos, detrás de la competencia sobre los bienes o servicios que se comercializan, existe un mercado de los datos, que gira en torno al uso de *Big Data* como activo especializado para la predicción de las partes del mercado, el cual pasa desapercibido ante los exámenes tradicionales.

La forma de lograr identificar estas presiones es mediante la definición de un mercado relevante de datos, separado y apartado del mercado de los bienes y servicios a los que alimentan. De esta forma, se podría sopesar el impacto que la concentración tendría en la posibilidad de que la empresa resultante se vuelva dominante en los mercados actuales y en mercados potenciales, al poseer a escala y alcance un activo especializado para competir.

Esta hipótesis, relativamente nueva en la doctrina, se ubica en el contexto de la necesidad de las autoridades de libre competencia de evaluar adecuadamente los riesgos que puede significar la fusión de dos agentes tecnológicos. La urgencia surge debido al auge de operaciones de concentración en el sector tecnológico, en los cuales se registran adquisiciones fuertemente criticadas debido a su gran potencial para dañar bienes jurídicos que se consideran valiosos – *e.g.* salud del mercado como estructura, proceso competitivo, privacidad– tales como la aprobación de la adquisición de WhatsApp por parte de Facebook, y de DoubleClick por parte de Google.

En esta línea, es posible vislumbrar cómo la importancia de significar el rol de la concentración de datos ha ganado terreno en la jurisprudencia. Así, casos como la concentración entre Microsoft y LinkedIn y Google sobre Fitbit permitieron a las autoridades europeas y estadounidenses dar un paso en sus marcos legales y jurídicos para incorporar la evaluación de los riesgos a la libre competencia que traen aparejados la concentración de datos.

Con esto en miras, corresponde depositar la atención en Chile y la metodología seguida por la Fiscalía Nacional Económica al analizar operaciones de concentración entre plataformas tecnológicas. La adquisición de Cornershop por parte de Uber fue una oportunidad en que la agencia chilena pudo estrenar las nuevas teorías de evaluación de los riesgos que importa la

concentración de datos. En dicho trabajo la autoridad pudo reconocer los riesgos que podía traer aparejada dicha adquisición. Sin embargo, los tuvo por desacreditados por considerar que no se configuraban.

En mayo de 2021, la Fiscalía Nacional Económica presentó su nueva Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, basándose en los aprendizajes obtenidos de la operación de concentración entre Uber y Cornershop, y reconociendo el aumento de la digitalización en varias industrias, así como la aparición y crecimiento de los "mercados digitales" en Chile.

La Guía representó un gran paso para el análisis de operaciones de concentración entre plataformas digitales. Sin embargo, hay una serie de aspectos en que pudo haber profundizado, como por ejemplo, en la delimitación de un umbral que exija, en caso de cumplirse, un análisis pormenorizado de los riesgos a la competencia que puede traer la concentración de datos. Luego, en caso de estar frente a una operación de concentración entre plataformas digitales que cumpla con el umbral, aplicar una metodología de análisis particular y específica para los desafíos que la concentración de datos trae a la libre competencia. Este trabajo propone que la herramienta indicada para realizar dicha tarea, es la definición de un mercado relevante de datos.

La delimitación del mercado de los datos es una herramienta que hubiese permitido demostrar que con esta adquisición, Uber se convertiría en un actor con poder de mercado dentro de los servicios digitales en Chile, por poseer datos a una escala y alcance irreproducible por sus competidores. Esta metodología hubiese permitido evidenciar que algunos de los riesgos levantados por la FNE son más probables que en su visión actual, dando paso a la exigencia de medidas de mitigación, o derechamente a un rechazo de la operación.

Por lo tanto, este trabajo propone que en el análisis de operaciones de concentración en Chile, cuando uno de los actores de la operación sea una plataforma digital, la Fiscalía Nacional Económica deberá delimitar un mercado relevante de datos, el cual permitirá evaluar si, una vez materializada la operación de concentración, la entidad resultante cuenta con la aptitud para reducir sustancialmente la competencia. Para lo anterior, se debe establecer un umbral de capacidad para explotar los datos personales de sus usuarios para obtener ventajas competitivas, el cual las partes tendrán la carga de demostrar que no cumplen, con el objeto de evitar un análisis pormenorizado.

El crecimiento de los mercados tecnológicos provocado por la pandemia, junto con el desarrollo de interesantes *start-ups* en el mercado latinoamericano, va a hacer que las autoridades chilenas se vuelvan a enfrentar a escenarios como este. Por lo tanto, urge la necesidad de actualizar el marco analítico y legal utilizado, y de esa forma, enfrentar adecuadamente operaciones de concentración que puedan otorgar poder de mercado a través de la concentración de datos.

ABREVIATURAS

Acuerdo de Entendimiento	MOU
Aplicación Móvil	App
Business to Business	B2B
Business to Consumer	B2C
Comisión Europea	Comisión
Consumer to Business	C2B
Consumer to Consumer	C2C
Data Driven Innovation	DDI
Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973	DL211
Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal	TFUE
Espacio Económico Europeo	EEE
Federal Trade Commission	FTC
Fiscalía Nacional Económica	FNE O Fiscalía
Fusión Uber-Cornershop	Operación
Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales	Guía
Innovación y Desarrollo	I+D
Inteligencia Artificial	IA
Oficina del Comisionado de Información	ICO
Operación de concentración	Fusión, Concentración
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos	OCDE
Reglamento General de Protección de Datos	GDPR
Small but Significant Non-transitory Increase in Prices	SSNIP
Tecnologías de la Información	IT
Tribunal de defensa de la libre competencia	TDLC
Unión Europea	

BIBLIOGRAFÍA

I. CUERPOS LEGALES CITADOS

1. DECRETO CON FUERZA DE LEY N°1 DE 2004 DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973.
2. DECRETO 41, MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO; SUBSECRETARÍA DE ECONOMÍA Y EMPRESAS DE MENOR TAMAÑO. “Reglamento sobre Notificación de una Operación de Concentración”. Chile.

II. INTRODUCCIÓN

A. DOCTRINA

1. ARGENTESI, ELENA; BUCCIROSSI, PAOLO; CALVANO, EMILIO; DUSO, TOMASO; MARRAZZO, ALESSIA; NAVA, SALVATORE. “*Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*”. Informe final preparado por Lear para la Competition and Markets Authority. 2019.
2. BOSTON CONSULTING GROUP. “*2017 Mergers & Acquisitions (M&A) Report - The Technology Takeover*”. 2017
3. CAMPIÓN, RAÚL; TRABALDO, SUSANA; KAMIJO, MERCEDES; FERNÁNDEZ, ALVARO. “*Mobile Learning: Nuevas realidades en el aula*”. Grupo Océano. 2015.
4. COMISIÓN EUROPEA. “*Las Plataformas en Línea y el Mercado Único Digital. Retos y Oportunidades para Europa*”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 2016.
5. CREMER, JACQUES; DE MONTJOYE, YVES-ALEXANDRE; SCHWEITZER, HEIKE. “*Competition Policy for the Digital Era*”. Directorate-General for Competition (European Commission). 2019.
6. DERECHOS DIGITALES. “*Fusión Uber-Cornershop: El rol de la concentración de datos en la evaluación de sus riesgos competitivos*”. 2020
7. DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. “*Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*”. 2019.

8. DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA. *“Comunicación de la Comisión Relativa a la Definición de Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia”*. 1997.
9. EVANS, DAVID S. *“Platform Economics: Essays on Multi-Sided Businesses. Competition Policy International”*. 2011.
10. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *“Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración”*. 2012.
11. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *“Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”*. 2021
12. OCDE. *“Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being”*. OECD publishing. 2015
13. OCDE. *“The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards”*. 2023.
14. PIFFAUT, HENRRY. *“Platforms, A Call For Data-Based Regulation”*. 2018
15. SHELANSKI, HOWARD A. *“Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet”*. University of Pennsylvania Law Review 161. 2013.
16. WORLD ECONOMIC FORUM. *“Personal Data: The Emergence of a New Asset Class. An Initiative of the World Economic Forum”*, en colaboración con Bain & Company Inc. 2011.

B. CASOS JUDICIALES Y SENTENCIAS (JURISPRUDENCIA)

1. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia TDLC 77/2008, de fecha 4 de noviembre de 2008. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Ilustre Municipalidad de Curicó.
2. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia TDLC 82/2009, de fecha 22 de enero de 2009. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra la Asociación Gremial de Buses Interbus y otros.
3. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia TDLC 166/2018, de fecha 27 de noviembre de 2018. Recurso de Revisión Especial de Ideal S.A. y otro en contra de la Resolución de la FNE de 10 de mayo de 2018.

III. CAPÍTULO I

A. DOCTRINA

1. ANDERSON, CARL. *“What Do We Mean by Data-Driven? - Creating a Data-Driven Organization: Practical Advice from the Trenches”*. O'Reilly, 2017.
2. ARGENTESI, ELENA; BUCCIROSSI, PAOLO; CALVANO, EMILIO; DUSO, TOMASO; MARRAZZO, ALESSIA; NAVA, SALVATORE. *“Merger Policy in Digital Markets: An Ex-Post Assessment”*. *Journal of Competition Law & Economics* 16, N°1 (2020). 2020
3. BRYNJOLFSSON, ERIK; HITT, LORIN M. *“Beyond Computation: Information Technology, Organizational Transformation and Business Performance”*. *Journal of Economic Perspectives* 14, no4. 2000.
4. CARLTON, DENNIS W.; PERLOFF, JEFFREY M. *“Modern Industrial Organization”*. Cuarta edición. The Addison-Wesley Series in Economics. Boston: Pearson/Addison Wesley. 2005.
5. COMISIÓN EUROPEA. *“Directrices sobre la aplicabilidad del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal”*. Bruselas: Comisión Europea, 2011.
6. COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. *“The Commercial Use of Consumer Data”*. Report on the CMA's Call for Information. 2015.
7. DATAREPORTAL. *“Digital 2023: Global Overview Report — DataReportal — Global Digital Insights”*. 2023
8. DENG, FEI; LEONARD, GREGORY K. *“Allocative and Productive Efficiency”*. *Issues in Competition Law and Policy*, editado por Wayne D. Collins y Joseph Angland, 121–40. Chicago: ABA Section of Antitrust Law. 2008.
9. GRAEF, INGE. *“Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”*. *World Competition* 38, no. 4. 2015.
10. GRAEF, INGE. *“EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility”*. *International Competition Law Series*, volume 68. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Wolters Kluwer. 2016.

11. GROSMAN, LUCAS; SEREBRISKY, TOMAS. “*El Abuso Explotativo y la Defensa de la Competencia en Argentina*”. 2004.
12. HAYEK, FRIEDRICH A. “*The Use of Knowledge in Society*”. *The American Economic Review* 35, n°4: 519-530. 1945.
13. HILDEBRANDT, MIREILLE. “*Primitives of Legal Protection in the Era of Data-Driven Platforms*”. *SSRN Electronic Journal*. 2018.
14. KHAN, LINA M. “*Amazon’s Antitrust Paradox*”. *Yale Law Journal* 126, N°3 (2017): 710–805. 2017.
15. MANKIW, N. GREGORY. “*Principles of Economics*”. Octava edición. Australia; Boston, MA, USA: Cengage Learning. 2018.
16. MCAFEE, R. PRESTON; MIALON, HUGO M.; WILLIAMS, MICHAEL A. “*Economic and Antitrust Barriers to Entry*”. 2003.
17. MOTTA, MASSIMO. “*Competition policy: theory and practice*”. Cambridge; New York: Cambridge University Press. 2004.
18. OCDE. “*Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*”. *Digital Economy Papers*. Vol. 220. OCDE Digital Economy Papers. 2013.
19. OCDE. “*Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*”. 2017.
20. REINSEL, DAVID; GANTZ, JOHN; RYDNING, JOHN. “*The Digitization of the World from Edge to Core*”. 2018.
21. SOKOL, D. DANIEL; COMERFORD, ROISIN. “*Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?*”. *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech*, editado por D. Daniel Sokol y Roger D. Blair, 293–316. Cambridge: Cambridge University Press. 2017.
22. STUCKE, MAURICE E.; GRUNES, ALLEN P. “*Big Data and Competition Policy*”. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press. 2016.
23. TAMAYO, MERY PATRICIA; PIÑEROS, JUAN DAVID. “*Formas de integración de las empresas*”. *Ecos de Economía: A Latin American Journal of Applied Economics* 11, No24. 2007.

24. THE RUBICON PROJECT. *“Amendment No 3 to Form S-1 Registration Statement”*. 2014.
25. TUCKER, DARREN S.; WELLFORD, HILL B. *“Big Mistakes Regarding Big Data”*. The Antitrust Source. 2014.
26. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. *“Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”*. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 1995.

B. CASOS JUDICIALES Y SENTENCIAS (JURISPRUDENCIA)

1. TRIBUNAL DE LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 124/2012, de fecha 9 de diciembre de 2012. Requerimiento de la FNE contra la Cámara de Comercio de Santiago A.G.
2. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución 24/2008, de fecha 31 de enero de 2008. Consulta sobre fusión entre S.A.C.I Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A. NC 199-07.
3. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia 166/2018, de fecha 27 de noviembre de 2018. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros.
4. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia 87/2009, de fecha 13 de agosto de 2009. Demanda del Sr. Gustavo Hasbún Selume contra Copec S.A. y otros.
5. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. RESOLUCIÓN 37/2011, de fecha 21 de septiembre de 2011. Acerca de concentración entre LAN Airlines y TAM Linhas Aéreas S.A.

IV. CAPÍTULO II

A. DOCTRINA

1. ALDO GONZÁLEZ; ANDRÉS GÓMEZ-LOBO. “*Competencia en Servicios Bancarios a Personas*”. 2010.
2. COMISIÓN EUROPEA. “*Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*”. 2004.
3. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. “*Guía Práctica Para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile*”. 2017
4. GRAEF, INGE. “*When data evolves into market power: Data concentration and data abuse under competition law*”. 2018.
5. HARBOUR, PAMELA JONES; KOSLOV, TARA ISA. “*Section 2 In A Web 2.0 World: An Expanded Vision Of Relevant Product Markets*”. Antitrust Law Journal 76. 2010.
6. JONES HARBOUR, PAMELA. “*Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, In the Matter of Google/DoubleClick*”. FTC File No. 071-0170. 2007.
7. MOORE, M.; TAMBINI, D. “*Digital dominance: The power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*”. Oxford University Press. 2018.
8. OCDE COMPETITION COMMITTEE. “*Market Definition*”. Policy Roundtables. 2012.
9. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. “*Horizontal Merger Guidelines*” 2010.
10. WILLINGTON, MANUEL. “*Mercados Relevantes en el sector de Telecomunicaciones: Enfoques de la FNE y el TDLC y Revisión Internacional*”. 2010.

B. CASOS JUDICIALES Y SENTENCIAS (JURISPRUDENCIA)

1. COMISIÓN EUROPEA. “*Caso M.4731 – GOOGLE/DOUBLECLICK*”. Decisión de 11 de marzo de 2008.
2. COMISIÓN EUROPEA. “*Caso M.6281 – MICROSOFT/SKYPE*”. Decisión del 7 Octubre 2011.

3. COMISIÓN EUROPEA. “Caso M.7047 – MICROSOFT/NOKIA”. Decisión del 4 Diciembre de 2013.
4. COMISIÓN EUROPEA. “Caso COMP/M.7217 - FACEBOOK/WHATSAPP”. Decisión del 03 de octubre del 2014.
5. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. "*France and Société commerciale des potasses et de l'azote and Entreprise minière et chimique v. Commission. EU:C:1998:148*". 1998.

V. CAPÍTULO III

A. DOCTRINA

1. COMISIÓN EUROPEA. Directorate General for Competition. “*Merger Review in Digital and Technology Markets: Insights from National Case Law: Final Report*”. LU: Publications Office. 2022.
2. RUBINFELD, DANIEL L.; GAL, MICHAL. “*Access to barriers to big data*”. *Arizona Law Review* 59, N°2: 339-74. 2016
3. VESTAGER, MARGRETHE. “*Competition Policy in the Digital Age*”. Report, European Commission. 2019.
4. ZUBOFF, SHOSHANA. “*The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*”. Primera edición. New York: PublicAffairs. 2019.

B. CASOS JUDICIALES Y SENTENCIAS (JURISPRUDENCIA)

1. COMISIÓN EUROPEA. “*Caso M.8404 – MICROSOFT/LINKEDIN*”. Decisión del 6 de diciembre de 2016.
2. COMISIÓN EUROPEA. “*Caso M.9660 – GOOGLE/FITBIT*”. Decisión de 17 de diciembre de 2020.
3. COMISIÓN EUROPEA, “*Caso M.9660 – GOOGLE / FITBIT COMMITMENTS TO THE EUROPEAN COMMISSION*”. 2020.

VI. CAPÍTULO IV

A. DOCTRINA

1. CANALES, MARÍA PAZ, MICHEL ROBERTO DE SOUZA, y LUCAS GRIEBELER DA MOTTA. “*Defining Relevant Markets in the Digital Era: Lessons from Merger Control in Brazil, Chile and Mexico*”. GRUR International 72, n.º 3): 209-30. 2023.
2. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. “*Informe de Aprobación: Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc*”. 2020.
3. VILLAZÓN, GONZALO. “*Régimen de evaluación del potencial anticompetitivo de las operaciones de concentración en Chile*” Santiago. 2019.

B. RESOLUCIONES, CASOS JUDICIALES Y SENTENCIAS (JURISPRUDENCIA)

1. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Resolución de fecha 24 de enero de 2020, Rol FNE F217-2019. “*Resolución paso a Fase II operación de concentración entre Uber y Cornershop*”.
2. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Resolución de fecha 29 de mayo de 2020, Rol FNE F217-2019 “*Resolución de aprobación operación de concentración entre Uber y Cornershop*”

VII. CAPÍTULO V

A. DOCTRINA

1. INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE AND COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. “*Memorandum of Understanding between the Information Commissioner and the competition and Markets Authority*”. 2021.

2. STAUBER, PETER. *“Facebook’s Abuse Investigation In Germany And Some Thoughts On Cooperation Between Antitrust And Data Protection Authorities”*. Competition Policy International. 2019.