



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Económico

**EL CASO UBER VS. URBANHAIL. HACIENDO UN SÍMIL CON EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO NACIONAL DE LIBRE COMPETENCIA**

**Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**AUTOR: DIEGO FELIPE LIZAMA CASTRO  
PROFESORA GUÍA: NICOLE NEHME ZALAQUETT**

**Santiago, Chile.**

**2018**



## ÍNDICE

RESUMEN .....	5
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN .....	5
CAPÍTULO 2. MODELOS ECONÓMICOS PRESENTES EN EL CASO URBANHAIL .....	9
2.1. LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS (SHARING ECONOMY) .....	9
2.1.1. Concepto.....	9
2.1.2. Características principales de los mercados propios de la Economías Colaborativa .....	11
2.2. METABUSCADORES .....	18
2.2.1. Concepto.....	18
2.2.2. Características principales de los metabuscadores .....	19
CAPÍTULO 3. MODELO DE UBER .....	23
3.1. MODELO DE CONTRATACIÓN EN CHILE .....	23
3.2. TIPOS DE SERVICIOS.....	24
3.3. FIJACIÓN DE COMISIONES .....	25
3.4. FIJACIÓN DE TARIFAS DINÁMICAS.....	26
CAPÍTULO 4. CONCEPTOS PRELIMINARES .....	29
4.1. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE O ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO .....	29
4.1.1. Concepto.....	29
4.1.2. Objeto del abuso de posición dominante.....	33
4.1.3. Herramientas para determinar la existencia o descartar una posición dominante.....	36
4.1.4. Herramientas económicas que determinan la posición dominante bajo el marco de las nuevas tecnologías.....	38
4.2. FACILIDADES ESENCIALES .....	44
4.2.1. Concepto.....	44
4.2.2. Requisitos.....	45
4.3. BARRERAS A LA ENTRADA Y A LA SALIDA.....	49
4.3.1. Concepto.....	49
4.3.2. Clasificaciones.....	50
CAPÍTULO 5. EL CASO UBER VS. URBANHAIL.....	51
CAPÍTULO 6. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA .....	55
6.1. JURISPRUDENCIA COMPARADA.....	55
6.1.1. Google vs. EEUU.....	55
6.1.2. Microsoft vs. EEUU .....	57

<b>6.2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA</b> .....	60
<b>6.2.1. Google Adwords vs. UrbanHail</b> .....	60
6.2.1.1. <i>Mercado relevante</i> .....	60
6.2.1.2. <i>Posición de dominio</i> .....	63
6.2.1.2. <i>Barreras a la entrada y a la salida</i> .....	64
<b>6.2.2. Caso Microsoft vs. UrbanHail</b> .....	68
6.2.2.1. <i>Mercado relevante</i> .....	68
6.2.2.2. <i>Posición de dominio</i> .....	70
6.2.2.3. <i>Barreras a la entrada y a la salida</i> .....	71
<b>CAPÍTULO 7. JURISPRUDENCIA NACIONAL</b> .....	73
<b>7.1. VOISSNET VS. CTC TELEFÓNICA</b> .....	73
7.1.1. <i>Mercado relevante</i> .....	74
7.1.2. <i>Posición de dominio</i> .....	75
7.1.3. <i>Barreras a la entrada y a la salida</i> .....	75
<b>7.2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL</b> .....	78
7.2.1. <i>Mercado relevante</i> .....	78
7.2.2. <i>Posición de dominio</i> .....	79
7.2.3. <i>Facilidades esenciales</i> .....	82
7.2.4. <i>Barreras a la entrada y a la salida</i> .....	87
<b>CAPÍTULO 8. ¿POR QUÉ NUESTRA APROXIMACIÓN ES LA CORRECTA?</b> .....	91
<b>8.1. PROBLEMA DE INCENTIVOS</b> .....	91
<b>8.2. PRÁCTICAS COORDINADAS</b> .....	94
<b>CAPÍTULO 9. CONCLUSIONES</b> .....	101
<b>ABREVIATURAS</b> .....	104
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	105

## RESUMEN

*La plataforma Uber bloqueó la base de datos del metabuscador, UrbanHail, argumentando que el uso de la segunda infringía las reglas del funcionamiento de la primera. Dicha conducta será analizada bajo el marco de la normativa nacional de libre competencia vislumbrando si dicha conducta, de producirse en Chile, se podría enmarcar como un abuso de posición de dominio exclusorio sancionado en el artículo 3º del Decreto Ley 211. Asimismo, el ensayo permitirá observar una serie de problemas intrínsecos que tiene la aplicación del ordenamiento jurídico de libre competencia al estudio de casos aplicados a las nuevas tecnologías.*

## CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo pretende analizar un caso de derecho comparado acaecido en Estados Unidos a propósito de la plataforma Uber. El caso en cuestión es el siguiente: en el programa de MBA (*Master of Business Administration*) de la Universidad de Harvard en Estados Unidos, unos estudiantes de postgrado desarrollaron una aplicación denominada UrbanHail<sup>1</sup>. Esta última tiene por objeto buscar el precio más económico de transporte comparando los distintos precios de Uber, Cabify, Lyft<sup>2</sup>, y taxis. En este sentido, la aplicación UrbanHail actúa como un *metabuscador*<sup>3</sup>, similar a aquellos que existen en la industria del transporte aéreo de pasajeros o de habitaciones de hotel.

---

<sup>1</sup> Benjamin Edelman, “How Uber Uses API Restrictions to Block Price Comparison and Impede Competition”, 2016, <<http://www.benedelman.org/news/053116-1.html>>. [Última fecha de consulta: 20 de octubre de 2016]. p. 3.

<sup>2</sup> Uber, Cabify, y Lyft son aplicaciones móviles que se pueden descargar en celulares *Smartphone* que permiten a los usuarios trasladarse en automóviles proveídos por particulares.

<sup>3</sup> La jurisprudencia internacional ha definido los *metabuscadores* como: “un buscador de Internet comparativo que permite la búsqueda simultánea de múltiples bases de datos o recursos de web facultando al usuario comparar la información disponible en dichas bases de datos y otras fuentes de información en cuestión de segundos” (Skyscanner Ltd v Hotels Combined Pty Ltd (Supreme Court New South Wales 2016. Párrafo 7).

[Traducción propia. El original señala que: “A ‘metasearch, or comparison internet search, involves the simultaneous search of multiple databases or web resources enabling the user to compare information available from various databases and other sources in a matter of seconds, or less”].

Para lo anterior, UrbanHail utilizó la base de datos de todos estos servicios de transporte para discriminar precios y trayectos<sup>4</sup>. Sin embargo, poco después de que UrbanHail inició sus operaciones, Uber bloqueó el acceso a su base de datos a través de su API (*Application Programming Interface*)<sup>5</sup> arguyendo que la información contenida en ella era confidencial<sup>6</sup>.

Es en razón de estos hechos, así descritos, que se intentará responder a la pregunta acerca de si la actuación realizada por Uber puede ser sancionada en sede infraccional de libre competencia, y si podría serlo bajo el ordenamiento jurídico nacional si dicho caso se repitiera en Chile. En otras palabras, se buscará traer el referido caso a la realidad nacional, de modo de evaluar su posible resultado bajo un análisis que considere el derecho chileno de defensa de la libre competencia como normativa aplicable.

La importancia del presente ensayo es el carácter referencial que puede tener el caso Uber vs. UrbanHail (en adelante “Caso UrbanHail”) con otros casos de derecho de la libre competencia. Como ya se señaló, UrbanHail actúa igual que los metabuscadores Kayak o Skyscanner<sup>7</sup> por lo que es perfectamente posible que tanto en Chile como en el extranjero nos encontremos con futuros casos que se enfrenten a los mismos problemas y a las mismas preguntas que se intentarán responder en el trabajo.

---

<sup>4</sup> Se entiende por “discriminación” la posibilidad de analizar los precios y trayectos que entregan las aplicaciones enunciadas anteriormente con el objeto de que UrbanHail encuentre el precio más económico y de menor tiempo para el usuario.

<sup>5</sup> La jurisprudencia internacional ha conceptualizado el API de la siguiente manera: “Hay una interfaz definida entre el software del sistema y el software de aplicación llamada la Interfaz de Programación de Aplicaciones o API. Esto permite a los desarrolladores de software de aplicaciones montar y utilizar un conjunto de elementos de la interfaz del usuario denominados UI elementos, tales como botones, casillas de verificación y barras de desplazamiento, que en conjunto forman las herramientas de interfaz del usuario (UI). Estos son de gran importancia, ya que facilitan la tarea del desarrollador de software de aplicación” (Case A-3/2012 HTC Europe Co Ltd vs. Apple Inc (Court of Appeal (Civil Division) 2013). Párrafo 13).

[Traducción propia. El original señala que: “There is a defined interface between the system software and the application software called the application programming interface or API. This enables the application software developers to assemble and use a set of user interface elements called UI elements, such as buttons, check boxes and scroll bars, which together form the user interface (UI) toolkit. These are of great importance because they ease the task of application software developer”].

<sup>6</sup> Benjamin Edelman. How Uber Uses API. Ob. Cit. p. 4.

<sup>7</sup> Kayak y Skyscanner son *metabuscadores* que permiten a usuarios buscar vuelos y servicios de hotel al precio más económico.

Asimismo, el trabajo se muestra, esperamos, novedoso. En efecto, la discusión relativa a Uber en Chile se ha enfocado principalmente en su aspecto regulatorio<sup>8</sup>, y en una posible arista en sede de libre competencia, referida a la competencia desleal<sup>9</sup>. Concretamente, ciertos gremios (en particular el de los taxistas) han argumentado que Uber no cumpliría con la legislación chilena y gozaría por lo tanto de un conjunto de ventajas competitivas al: (1) evadir impuestos por no iniciar una actividad ante el Servicio de Impuestos Internos, y (2) no cumplir con ciertas exigencias mínimas de seguridad como el seguro obligatorio con el que deben contar los taxistas<sup>10</sup>; (3) además de no someterse a la adquisición de licencias como sucede con los taxis ordinarios en ciudades como Santiago. En ese mismo sentido, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones ha declarado que sería necesario regular Uber en tanto existiría una competencia desleal<sup>11</sup> de éste al actuar en el marco de un vacío legal<sup>12</sup>. Sin embargo, en Chile no se han dictado aún sentencias respecto de los posibles ilícitos de competencia que podría presentar, aunque fuera conceptualmente, la plataforma referida. De esta forma, el presente trabajo se muestra como uno de los primeros intentos por estudiar esta materia (aunque fuere respecto de algunas de sus múltiples aristas) a nivel nacional. Esto último, con el propósito de incentivar la discusión sobre el particular.

Ahora bien, para responder a la interrogante planteada en el primer párrafo, esto es, si Uber podría ser sancionado en Chile por un caso como el que se ha descrito *supra*, se seguirá el siguiente esquema. En primer lugar, se describirán brevemente los modelos de las llamadas Economías Colaborativas y de *metabuscadores*, pues ellos son los modelos económicos presentes en el Caso UrbanHail. En segundo lugar, se analizará el modelo de Uber. En tercer lugar, se explicarán ciertos conceptos preliminares que son relevantes para una adecuada comprensión del ensayo. En cuarto lugar, se analizarán aspectos en común entre el caso UrbanHail y otra jurisprudencia extranjera y nacional pertinente. Para ello, se utilizarán los siguientes casos de

---

<sup>8</sup> En línea: <<http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/10/26/uber-chile-tras-ingreso-de-proyecto-de-ley-que-lo-regula-nos-preocupan-algunos-requisitos.shtml>> [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016].

En línea: <<http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/10/07/taxistas-se-movilizan-en-varios-puntos-del-pais-exigiendo-celeridad-en-regulacion-a-uber.shtml>> [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016].

<sup>9</sup> Véase la causa Rol N° C-318-2017 del Tribunal de Defensa de Libre Competencia.

<sup>10</sup> Véase la causa Rol N°39936-2016 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>11</sup> No utilizamos el término “*competencia desleal*” en el sentido propio de la libre competencia, sino con el objeto de describir las posibles ventajas que ostenta Uber en comparación con los taxistas.

<sup>12</sup> En línea: <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2016/04/680-675427-9-ministro-de-transportes-por-uber-es-una-competencia-desleal-y-no-deberia-estar.shtml>> [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016].

derecho comparado, ambos de Estados Unidos: (1) el caso Google AdWords<sup>13</sup>, y (2) el caso Microsoft<sup>14</sup>; así como el caso Voissnet I dentro del ámbito nacional<sup>15</sup>. En quinto lugar, se analizarán las principales objeciones que se podrían hacer valer respecto de la posición adoptada en esta tesis. Y, por último, se intentará responder a la pregunta acerca de si una conducta equivalente a la de Uber en el caso UrbanHail sería susceptible de sanción utilizando como base de argumentación la normativa y jurisprudencia nacional de libre competencia.

---

<sup>13</sup> Case File 111-0163 Google vs. Federal Trade Commission (2013).

<sup>14</sup> Case 98-1232 United States vs. Microsoft (Federal District Court, 2000).

<sup>15</sup> Sentencia N° 45/2006 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2006).



## CAPÍTULO 2. MODELOS ECONÓMICOS PRESENTES EN EL CASO URBANHAIL

### 2.1. LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS (SHARING ECONOMY)

#### 2.1.1. Concepto

Antes de entrar al análisis del concepto de las Economías Colaborativas es necesario hacer una salvedad, y es que el uso del término “Economía Colaborativa” o “Economías Colaborativas” (*Sharing Economy* en inglés) no es pacífico a nivel de derecho comparado puesto que han aparecido diversos términos que han denominado este nuevo fenómeno económico. Ejemplo de ello son las siguientes nomenclaturas: *Gig Economy*, *Peer Economy*, *Renting Economy* y *On-Demand Economy*<sup>16</sup>. Sin perjuicio de estas denominaciones, se utilizará en adelante el concepto de “Economía Colaborativa” o “Economías Colaborativas” por razones eminentemente prácticas pues este concepto es el más utilizado a nivel internacional<sup>17</sup>.

A su vez, la conceptualización del término ha sido una tarea compleja por dos razones. Por un lado, por lo reciente del fenómeno y, por otro lado, por las diferentes nociones que han aparecido dentro del ámbito internacional. En efecto, son múltiples las definiciones de ese término que han surgido a nivel comparado. Sin perjuicio de ello, la definición entregada por Alex Stephany se muestra como la más apropiada para el presente ensayo en tanto reúne los elementos que creemos más relevantes de las economías que responden al criterio de Economía Colaborativa o Economías Colaborativas, conceptualizando este nuevo modelo como: “[e]l (1) valor de tomar (2) activos infrautilizados y (3) hacerlos accesibles en línea (4) a toda la comunidad, (5) teniendo como objeto reducir la necesidad de tener la propiedad sobre dichos activos”<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Arun Sundararajan, *The Sharing Economy. The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism* (England: The MIT Press, 2016). p. 27.

<sup>17</sup> Así lo hace notar Arun Sundararajan: “Un estudio realizado por la revista *Fortune* del uso de conceptos en el *New York Times*, el *Wall Street Journal*, y el *Washington Post* reveló que el concepto ‘economía colaborativa’ era utilizado cinco veces más que otros conceptos como ‘on-demand economy’ y ‘gig economy’ en los primeros seis meses de 2016”. (Ibid. p. 28).

[Traducción propia. El original señala que: “A study by *Fortune* magazine of term usage in the *New York Times*, the *Wall Street Journal*, and *Washington Post* revealed that ‘sharing economy’ was used five times as frequently as ‘on-demand economy’ and ‘gig economy’ in the first six months of 2015”].

<sup>18</sup> Alex Stephany, *The Business of Sharing: Making it in the New Sharing Economy*, Edición: 2015 (Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York, NY: Palgrave Macmillan, 2015). p. 9.

De esta manera, la definición pone énfasis en cinco aspectos fundamentales de este fenómeno: (1) el valor intrínseco que tiene el intercambio económico, (2) la utilización de recursos infrautilizados, (3) el uso del Internet como método de accesibilidad, (4) la importancia de la comunidad como facilitación del intercambio, y (5) la reducción de la necesidad de mantener la propiedad sobre los activos<sup>19</sup>. Esta definición contrasta con otras conceptualizaciones más escuetas que carecen de alguno de estos elementos. Ejemplo de ello son las definiciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España<sup>20-21</sup>, de Botsman y Rogers<sup>22</sup>, y de Arun Sundararajan<sup>23</sup>.

Los ejemplos más patentes de Economías Colaborativas se encuentran en los mercados de transporte de personas, de alojamiento, y de financiamiento. Dentro del primer mercado, destacan las aplicaciones de Uber, Cabify, y Lyft, que permiten conectar a una persona que necesita un viaje a algún lugar en específico con otra persona que se encuentra dispuesta a conducir. Por otro lado, en el mercado de alojamiento existen distintas alternativas tales como Couchsurfing, Airbnb, y OneFineStay, que permiten conectar a un usuario que necesita un hospedaje con otra persona que se encuentra disponible para dárselo. Lo anterior, es sin perjuicio, de las importantes diferencias que poseen estas aplicaciones, puesto que, a diferencia de Airbnb y OneFineStay, al menos a la fecha, Couchsurfing no es remunerado en dinero y lo

---

[Traducción propia. El original señala que: “*The sharing economy is the value in taking underutilized assets and making them accessible online to a community, leasing to a reduced need for ownership of those assets*”].

<sup>19</sup> Sundararajan. Ob. Cit. p. 30.

<sup>20</sup> “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es el organismo que garantiza la libre competencia y regula todos los mercados y sectores productivos de la economía española para proteger a los consumidores”.

[En línea: <<https://www.cnmc.es/es-es/cnmc/sobrelacnmc.aspx>>] [Última fecha de consulta: 29 de octubre de 2016].

<sup>21</sup> “Aunque no existe aún una definición comúnmente aceptada de economía colaborativa (*sharing economy*), se puede considerar que engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de Internet” (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Resultados Preliminares: Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa”, 2016, <<https://www.airbnbaction.com/wp-content/uploads/2016/03/0-2.pdf>> [Última fecha de consulta: 7 de enero de 2017]). p. 17.

<sup>22</sup> “La Colaboración en el corazón del consumo colaborativo puede ser local y cara a cara, o puede utilizar el Internet para conectar, combinar, formar grupos, y encontrar algo o alguien para crear ‘muchas-a-mucho’ interacciones de uno-a-uno”. [Traducción propia. El original señala que: *The Collaboration at the heart of the Collaborative Consumption may be the local and a face-to-face, or it may use the Internet to connect, combine, form groups, and find something or someone to create “many-to-many” peer-to-peer interactions*] (Sundararajan. Ob. Cit. p. 29).

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 28.

único que exigiría de los huéspedes sería un compromiso de dar posteriormente alojamiento a otro usuario en el futuro. Lo anterior es, con la salvedad, del incremento del valor de la plataforma por la entrega de datos de los usuarios. Por último, las Economías Colaborativas también se encuentran presentes, entre otros, en el mercado de financiamiento, por ejemplo con las aplicaciones como Kickstarter<sup>24</sup> y AngelList<sup>25</sup>, que permiten conectar proyectos de diversa índole con usuarios que se encuentran dispuestos a financiar estos últimos.

Esta tesis se centra fundamentalmente en el primer mercado, que es el de transporte, sin perjuicio de que sus conclusiones pueden extenderse a otras industrias en que se encuentren presentes plataformas que cumplan con los requisitos del modelo de Economía Colaborativa.

### **2.1.2. Características principales de los mercados propios de la Economías Colaborativa**

Las Economías Colaborativas tienen una serie de características particulares. Éstas son: (1) se aprovechan de recursos infrautilizados, (2) participan en o se favorecen de la aparición de mercados de dos o más lados, (3) son innovaciones disruptivas, (4) utilizan Internet para equilibrar la oferta y la demanda de sus servicios, (5) utilizan sistemas de reputación, y (6) se valen generalmente de nuevas tecnologías móviles. A continuación, se analizará brevemente cada una de esas características.

*(1) Aprovechamiento de recursos infrautilizados*<sup>26</sup>: una de las características fundamentales de las Economías Colaborativas es el hecho de que permiten utilizar recursos que no se encuentran íntegramente aprovechados lo que favorecería una mayor eficiencia económica del sistema y un mayor bienestar social. En el caso de los servicios de transporte de personas (Uber, Cabify, y Lyft) el recurso infrautilizado es el vehículo particular, en sus horarios disponibles para el uso

---

<sup>24</sup> Kickstarter es una plataforma que permiten conectar a personas que desarrollan negocios con personas que tienen dinero para financiarlos. Los financistas solamente tienen a cambio de su donación regalos que ofrecen los proyectos por metas obtenidas o donaciones cuantiosas.

[En línea: <<https://www.kickstarter.com/about?ref=global-footer>>] [Última fecha de consulta: 16 de febrero de 2018].

<sup>25</sup> AngelList permite conectar a financistas con proyectos que se ofrecen en su página. El sistema funciona igual que el capital de riesgo permitiendo que los financistas respalden empresas en sus fases iniciales a cambio de una participación en la sociedad.

[En línea: <<https://angel.co/?ref=nav>>] [Última fecha de consulta: 16 de febrero de 2018].

<sup>26</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Ob. Cit. p. 29.

distinto del de su dueño. Por otro lado, en el caso de las plataformas de servicios de alojamiento (Airbnb, CouchSurfing, y OneFineStay) el recurso infrautilizado es la casa o departamento en épocas no utilizadas por su propietario.

(2) *Aplicación en mercados de dos o más lados*<sup>27</sup>: los mercados de dos o más lados responden a un modelo conceptual evocado por primera vez por los economistas, Jean-Charles Rochet y Jean Tirole, quienes lo definieron como: “[l]os mercados en que una o múltiples plataformas permiten la interacción entre consumidores finales, y que tratan de conseguir que los dos (o varios) lados ‘a bordo’ carguen apropiadamente cada lado”<sup>28</sup>. En ese mismo sentido, el profesor Evans define los mercados de dos o más lados como aquellas: “[p]lataformas que proveen productos o servicios a dos grupos distintivos de consumidores que se necesitan unos a los otros de alguna manera, y donde ambos confían en la plataforma para que intermedie la transacción entre ambos. Las plataformas de dos lados minimizan los costos de transacción entre entidades que se benefician al reunirse, permitiendo generar un valor-creado producto del intercambio, que no tendría lugar de otra manera”<sup>29</sup>.

Tanto la definición de los economistas como del jurista apuntan a lo mismo, esto es, la existencia de una plataforma que permite que dos o más agentes de mercado interactúen entre sí. De ello, es posible colegir tres elementos que caracterizan a los mercados de dos o más lados.

En primer lugar, es necesario que existan dos o más demandas diferentes por un mismo bien o servicio. El ejemplo paradigmático de lo dicho es el mercado de las tarjetas de crédito y de débito

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* p. 31

<sup>28</sup> Jean-Charles Rochet y Jean Tirole, “Two-sided markets: an overview”, *Institut d’Economie Industrielle working paper*, 2004, <[http://web.mit.edu/14.271/www/rochet\\_tirole.pdf](http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf)> [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016]. p. 2.

[Traducción propia. El original señala que: “Two-sided (or more generally multi-sided) markets are roughly defined as markets in which one or several platforms enable interactions between end-users, and try to get the two (or multiple) sides ‘on board’ by appropriately charging each side. That is, platforms court each side while attempting to make, or at least no lose, money overall”].

<sup>29</sup> David S. Evans, “Two-Sided Market Definition”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 11 de noviembre de 2009), <<https://papers.ssrn.com/abstract=1396751>> [ps://papers.sde consulta: 21 de marzo de 2017]. p. 4.

[Traducción propia. El original señala que: “A two-sided platform provides goods or services to two distinct groups of customers who need each other in some way and who rely on the platform to intermediate transactions between them. Two-sided platforms minimize transactions costs between entities that can benefit from getting together permitting value-creating exchanges to take place that would not occur otherwise”].

donde existen dos lados distintivos que se encuentran conformados por los establecimientos de comercio que operan dichas tarjetas y los usuarios o clientes que utilizan las tarjetas de débito y de crédito. Ambos requieren de una red de procesamiento que les permita llevar a cabo la transacción. Así lo afirmó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) en el considerando 198 de la Proposición 19/2017: *“Un primer paso para describir la industria de pagos con tarjetas consiste en analizar quiénes son los actores más relevantes en la misma, cuáles son los roles que cumplen en el sistema de pagos y qué necesidades de interconexión tienen u ofrecen, además de las compensaciones pagadas o cobradas por la satisfacción de las mismas, respectivamente. Para estos efectos, se debe considerar que esta industria se caracteriza por ser de ‘dos lados’”*<sup>30</sup>. En ese mismo sentido, el TDLC en el considerando 199 de la misma Proposición señaló que: *“Un primer grupo de actores relevantes son, entonces, los tarjetahabientes, quienes requieren tener una tarjeta y un lugar donde utilizarla. En respuesta a esta necesidad, surgen los emisores, segundo grupo de importancia en esta industria”*<sup>31</sup>.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los mercados de dos o más lados se caracterizan por la presencia de externalidades o efectos de red indirectos<sup>32</sup>. Los efectos o externalidades de red pueden ser directos o indirectos. Los primeros son aquellos que tienen relación con que la utilidad del consumidor aumentará en la medida que otros consumidores utilicen el mismo producto. El clásico ejemplo de ello es el teléfono, pues mientras más personas utilicen el teléfono, más personas pueden llamar o recibir llamados. Los efectos de red indirectos, en cambio, son aquellos en que la utilidad de uno de los lados del mercado aumenta en la medida que en el otro lado del mercado exista una mayor demanda. Estos últimos efectos de red indirectos son los propios de los mercados de dos o más lados. Un ejemplo de ello son las aplicaciones informáticas, donde el desarrollador de la aplicación valorará más el sistema operativo mientras más usuarios utilicen dicho sistema.

Por último y, en tercer lugar, los mercados de dos o más lados se valen de una estructura de precios que no necesariamente responde a los costos de cada lado siendo plausible entonces la

---

<sup>30</sup> Proposición N°19/2017 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2017). Considerando 198.

<sup>31</sup> *Ibíd.* Considerando 199.

<sup>32</sup> Tanya Sammut-Bonnici y John McGee, “Network Strategies for the New Economy”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 3 de octubre de 2002), <<https://papers.ssrn.com/abstract=2335400>>. [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016]. p. 1.

existencia de subsidios cruzados<sup>33</sup>. De esta manera, el mercado de dos o más lados permite que exista un lado con pérdida contable y otro con supra-ganancias lo que, en palabras simples, implica que un lado “subsida” y otro lado “es subsidiado”<sup>34</sup>.

La estructura de precios es uno de los mecanismos que permite solucionar uno de los paradigmáticos problemas que presentan los mercados de dos o más lados: “el problema del huevo y la gallina”. El problema del huevo y la gallina consiste en cómo atraer usuarios a un lado del mercado sin tener suficientes consumidores dentro del otro lado del mercado<sup>35</sup>. Por ejemplo, una plataforma como Play Station<sup>36</sup> tiene el inconveniente de qué usuarios debe conseguir primero: los desarrolladores de videojuegos o los compradores de la consola; puesto que los primeros solamente se sentirán más atraídos para utilizar la plataforma en la medida que existan más compradores de la misma, y asimismo, los clientes de Play Station solamente estarán dispuestos a comprar la consola en la medida que haya más juegos disponibles. Uno de los factores que permite corregir este problema son las estructuras de precios porque subsidian un lado del mercado para que el otro lado del mercado se sienta más atraído para utilizar la plataforma.

Los mercados de dos o más lados no solamente se presentan en las industrias de videojuegos y de tarjetas de débito y crédito sino que también en otros sectores de la economía, sean tradicionales o modernos, tales como los *malls*, en que es necesario que existan consumidores y locatarios<sup>37</sup>; los *softwares* de computadores<sup>38</sup> donde participan tanto los desarrolladores de aplicaciones como los clientes<sup>39</sup>; y los buscadores de Internet que necesitan tanto los consumidores como avisadores para subsistir<sup>40</sup>.

---

<sup>33</sup> David S. Evans, “The Antitrust Economics of Two-Sided Markets”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2 de noviembre de 2002), <<https://papers.ssrn.com/abstract=332022>>. [Última fecha de consulta: 21 de marzo de 2017] pp. 29-34.

<sup>34</sup> *Ibíd.* p. 65.

<sup>35</sup> *Ibíd.* p. 11.

<sup>36</sup> Play Station es una consola de videojuegos.

<sup>37</sup> David S. Evans, “Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 10 de marzo de 2016), <<http://papers.ssrn.com/abstract=2746095>>. [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016]. p. 8.

<sup>38</sup> Ejemplo de sistemas operadores son, por ejemplo, Windows e MacOS.

<sup>39</sup> David S. Evans. *The Antitrust Economics*. Ob. Cit. pp. 22-29.

<sup>40</sup> David S. Evans. *Multisided Platforms*. Ob. Cit. pp. 20-23

Ahora bien, en el caso de las Economías Colaborativas es posible caracterizarlas como plataformas de múltiples lados en tanto poseen las características señaladas *supra*<sup>41</sup>.

En primer lugar, se conforman mediante un modelo que supone dos o más lados, donde cada uno se encuentra constituido por un tipo de agente y donde ambos interactúan complementariamente, teniendo como consecuencia, la posibilidad de subsidios cruzados<sup>42</sup>. Ejemplo de lo anterior son los casos de Uber y Airbnb en que los lados del mercado se encuentran compuestos por transportistas/usuarios, y arrendadores/usuarios respectivamente.

En segundo lugar, en las Economías Colaborativas sí existen efectos de red indirectos pues la utilidad de los miembros de uno de los lados depende del consumo del producto por los miembros del otro lado del mercado<sup>43</sup>. Un ejemplo de ellos es el caso de Kickstarter y AngelList donde los usuarios tendrán más disposición a utilizar la aplicación en la medida que haya más financistas dispuestos a invertir; de la misma forma, los financistas tendrán mayores incentivos para utilizar la aplicación mientras haya más usuarios que muestren sus proyectos en la plataforma.

En tercer lugar, las Economías Colaborativas no solamente poseen un nivel de precio (*pricing level*), esto es, el precio total que se carga a compradores y vendedores, sino que también poseen una estructura de precios (*pricing structure*) que corresponde a cómo repartir el precio total entre compradores y vendedores<sup>44</sup>. Las Economías Colaborativas deben crear un mecanismo adecuado de precios considerando los dos lados del mercado para lograr la mayor cantidad de

---

<sup>41</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Ob. Cit. 31.

<sup>42</sup> Los subsidios cruzados de la demanda dentro de los mercados de dos lados se producen cuando la plataforma cobra un mayor precio que los costos correspondientes a uno de los lados en post del otro. El típico ejemplo de esto es el caso de Google que cobra a los avisadores con el objeto de subsidiar a los usuarios al no cobrarles por la utilización del buscador.

<sup>43</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Ob. Cit. p. 31.

<sup>44</sup> En el caso de los mercados de dos o más lados, y siguiendo a David Evans, el nivel de precio puede ser representado por la fórmula  $\pi_T = (p_T^B + p_T^S - c_T) \times q$ , donde  $p_T^B$  es el precio que se cobra a los compradores;  $p_T^S$  es el precio que se cobra a los vendedores u oferentes,  $c_T$  es el costo marginal en que incurre el vendedor producto de la transacción, y  $q$  es la cantidad de productos o servicios transados.

Sin embargo, la estructura de precios es una cuestión diferente y puede ser representada con la fórmula  $D_T^B \cdot D_T^S = D_T^B \cdot (D_T^S)'$  donde  $D_T^B$  es la demanda del producto o servicio del comprador y  $D_T^S$  es la demanda del producto o servicio que enfrenta el vendedor. En este sentido, la fórmula representa una óptima estructura de precios de un mercado de dos o más lados en que un aumento en el precio de los vendedores implicaría una reducción de la demanda de los vendedores.

transacciones posibles<sup>45</sup>. Así sucede en el caso de las Economías Colaborativas presentes en los servicios de transporte de pasajeros que tienen que generar una tarifa internalizando la variación de la demanda de transportistas producto del cambio de precio del servicio y la variación de la demanda de usuarios producto de dicha modificación. Es importante resaltar que los precios que se fijan dentro de un *pricing structure* tienen en consideración la elasticidad de la demanda. Lo anterior, es relevante para el caso de los mercados de dos o más lados y de las Economías Colaborativas puesto que el incremento de precios, a través de mecanismos más o menos sofisticados, afectará, generalmente, al lado más inelástico.

(3) *Son innovaciones disruptivas*: el término “innovación disruptiva” tiene su origen más remoto en el concepto “destrucción creativa” elaborado por el economista Joseph Schumpeter, el cual posteriormente fue tomado por los profesores de la escuela de negocios de la Universidad de Harvard, Joseph Bower y Clayton Christensen, en 1995 para reinterpretarlo como “innovación disruptiva” en su famoso artículo “*Disruptive Technologies: Catching the Wave*”. En dicho trabajo, éstos distinguieron dos tipos de innovaciones: (1) la innovación sostenible y (2) la innovación disruptiva. La primera de ellas: “[t]iende a mantener una tasa de mejoría ofreciendo a los clientes algo más o mejor de los atributos que ya posee el producto”<sup>46</sup>, y el segundo de ellas consiste en: “[u]n paquete de atributos que son totalmente novedosos para el cliente según una perspectiva histórica”<sup>47</sup>.

En consideración a lo anterior, la “innovación disruptiva” puede ser “disruptiva” en dos situaciones. Por un lado, en la situación en que un nuevo competidor cambie drásticamente un mercado al entregar a los consumidores nuevos elementos de manufacturación o tecnológicos que no conocían. Y, por otro lado, en la situación en que un nuevo competidor genere un cambio relevante en el entendimiento de un modelo de negocios. Un ejemplo del segundo caso son las

---

<sup>45</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia Ob. Cit. p. 31.

<sup>46</sup> Joseph Bower y Clayton Christensen, “Disruptive Technologies: Catching the Wave”, *Harvard Business Review* 73 (1995): 43–53. p. 45.

[Traducción propia. El original señala que: “[t]end to maintain a rate of improvement; that is, they give customers something more or better in the attributes they already value”].

<sup>47</sup> *Ibíd.* p. 45.

[Traducción propia. El original señala que: “[d]isruptive technologies introduce a very different package of attributes from the one mainstream customers historically value, and the often perform worse along one or two dimensions that are particularly important to those customers”].



Economías Colaborativas pues ellas dieron lugar a la creación de un potencial nuevo modelo económico que tiene, y está teniendo, repercusiones tanto sociales como económicas. En efecto, no solamente las Economías Colaborativas comprenden un nuevo modelo de negocios que se caracteriza por el aprovechamiento de recursos infrautilizados y del valor de la colaboración sino que también pueden traer a futuro consecuencias sociales que repercutan en cómo la sociedad interactúa<sup>48</sup>.

(4) *Utilizan Internet para equilibrar la oferta y la demanda*: Internet, como medio de interacción entre la oferta y la demanda, permite dos cosas. Por un lado, otorga a las Economías Colaborativas un mayor grado de difusión, lo que tiende a generar mercados más amplios<sup>49</sup>, cualidad esencial para este nuevo modelo económico dado los efectos o externalidades de red indirectos que lo caracterizan. Y, por otro lado, permite utilizar algoritmos<sup>50</sup> de precios que dan una respuesta óptima a las condiciones de oferta y de demanda cuando el tiempo es una variable dentro de la plataforma<sup>51</sup>. Ejemplo de lo anterior son las aplicaciones de Uber, Cabify, Couchsurfing, Airbnb, y Kickstarter, todas las cuales se valen de Internet para masificar su servicio y se valen de algoritmos que permiten modificar las tarifas con el objeto de equilibrar la oferta y la demanda.

---

<sup>48</sup> La innovación que trajeron consigo las economías colaborativas la explica Michel Bauwens en su ensayo “The Political Economy of Peer Production” donde sostiene que: “Desde que Marx identificó las plantas de fabricación de Manchester como el modelo de la nueva sociedad capitalista ha habido una transformación profunda de los fundamentos de nuestra vida social. A medida que los sistemas políticos, económicos y sociales se transforman en redes distribuidas, una nueva dinámica humana está emergiendo: peer to peer (P2P). Desde que P2P da lugar a la aparición de un tercer modo de producción, un tercer modo de gobierno, y un tercer modo de propiedad, está a punto de reformar nuestra economía política en una forma sin precedentes” (el destacado es nuestro).

[Traducción propia. El original señala: “Not since Marx identified the manufacturing plants of Manchester as the blueprint for the new capitalist society has there been a deeper transformation of the fundamentals of our social life. As political, economic, and social systems transform themselves into distributed networks, a new human dynamic is emerging: peer to peer (P2P). As P2P gives rise to the emergence of a third mode of production, a third mode of governance, and a third mode of property, it is poised to overhaul our political economy in unprecedented ways”].

<sup>49</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Ob. Cit. p. 42.

<sup>50</sup> La jurisprudencia internacional ha definido escuetamente algoritmo como: “[u]n procedimiento formal para cualquier operación matemática. Puede haber muchas formas algorítmicas de expresar el mismo requisito funcional. El código fuente está en un formato que puede ser leído por un programador y consta de nombres y operaciones lógicas representadas utilizando los símbolos introducidos en el teclado de computadora compatible estándar” (Teklogix Inc. v. Zaino. Ontario Court of Justice (General Division). 1997. Párrafo 31).

[Traducción propia. El original señala que: “An algorithm is a formal procedure for any mathematical operation. There can be many algorithmic ways of expressing the same functional requirement. The source code is in a format that can be read by a computer programmer and consists of names and logical operations represented utilizing the symbols entered on standard, compatible computer keyboard”].

<sup>51</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Ob. Cit. pp. 42-43.

(5) *Empleo de sistemas de reputación para generar confianza en el usuario*<sup>52</sup>: los sistemas de reputación son aquellos que permiten a los usuarios de una aplicación móvil calificar a un oferente y/o demandante en particular. Estos sistemas de reputación permiten reducir o eliminar la asimetría de información que tienen los usuarios dentro de una plataforma que funciona como Economía Colaborativa, acrecentando los niveles de confianza entre los mismos y reduciendo la necesidad de regulación exógena.

(6) *Generalmente utilizan las nuevas tecnologías móviles*<sup>53</sup>: las Economías Colaborativas se valen de las nuevas aplicaciones tecnológicas móviles para permitir el intercambio necesario entre oferentes y usuarios. En el caso de las Economías Colaborativas aplicables a los servicios de transporte y de hospedaje, estas plataformas se valen de la conexión a Internet que tiene el teléfono móvil, como la unidad de posicionamiento global que poseen estos nuevos dispositivos, para poder ofrecer sus servicios.

## 2.2. METABUSCADORES

### 2.2.1. Concepto

Los *metabuscadores* han sido definidos por la jurisprudencia comparada como: “[u]n buscador de Internet comparativo [que] permite la búsqueda simultánea de múltiples bases de datos o recursos de web facultando al usuario comparar la información disponible en dichas bases de datos y otras fuentes de información en cuestión de segundos”<sup>54</sup>. Teniendo como base la definición enunciada es posible desprender que los *metabuscadores* permiten comparar información - generalmente precios de productos o servicios- de distintas bases de datos con el objeto de entregar el precio más conveniente al usuario que utiliza la plataforma.

---

<sup>52</sup> *Ibíd.* p. 44.

<sup>53</sup> *Ibíd.* p. 44.

<sup>54</sup> *Skyscanner Ltd v. Hotels Combined Pty Ltd*. Párrafo 7.

[Traducción propia. El original señala que: “A ‘metasearch’, or comparison internet search, involves the simultaneous search of multiple databases or web resources enabling the user to compare information available from various databases and other sources in a matter of seconds”].

Estos tipos particulares de buscadores de web nacieron alrededor del año 2000, cuando Sidestep y FareChase lanzaron los primeros buscadores verticales. Éstos permitían comparar precios de aerolíneas y hoteles ofrecidos por distintas plataformas, así como por los propios oferentes<sup>55</sup>. Posteriormente, el año 2005 nació la segunda generación de estos dispositivos con la llegada de la aplicación Kayak que permitió mejorar sustancialmente los antiguos *metabuscadore*s, al modernizar los indicadores de precios y permitir que las búsquedas de vuelos u hoteles consideraran las características del producto (por ejemplo duración del viaje o número de conexiones)<sup>56</sup>. Después del éxito comercial de Kayak, el mercado de los *metabuscadore*s se comenzó a expandir, y así nacieron otras aplicaciones como Skyscanner, Momondo, Lilingo, Trivago, y TripAdvisor, por mencionar algunos<sup>57</sup>.

UrbanHail posee esta condición de *metabuscador*, en este caso en el transporte de pasajeros, pues permite a sus usuarios la búsqueda simultánea de bases de datos disponibles comparando los precios de distintas aplicaciones móviles de transporte tales como, Uber, Cabify, y Lyft. Lo anterior, con el objeto de entregar al consumidor el precio más económico para su viaje en un momento específico.

### **2.2.2. Características principales de los metabuscadores**

Los *metabuscadore*s poseen una serie de características que los hacen un modelo interesante a estudiar. Éstas son: (1) funcionan bajo esquemas cooperativos, (2) permiten reducir costos de transacción, (3) generalmente actúan en mercados de dos o más lados, (4) tienden a maximizar resultados propios de los mercados de competencia perfecta, y (5) son innovaciones disruptivas. A continuación, se analizarán brevemente estos elementos.

(1) *Funcionan bajo esquemas cooperativos*: los *metabuscadore*s actúan utilizando bases de información que no son propiamente creadas por ellos. En este sentido, el *metabuscador* usa las bases de datos de los partícipes ya existentes en el mercado que ofrecen sus bienes o servicios directamente a los consumidores. Es decir, los *metabuscadore*s necesitan el acceso a las bases de

---

<sup>55</sup> Martin Husovec, “The End of (Meta) Search Engines in Europe”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 14 (2015 de 2014): 145–72. p. 146.

<sup>56</sup> *Ibíd.* p. 146.

<sup>57</sup> *Ibíd.* p. 146.

terceros para su correcto funcionamiento (mientras mayor sea el mix de bienes o servicios que pueden comparar, mayor es el valor de la plataforma). Ejemplos de lo anterior son los casos de Kayak y Sckyscanner que se valen de las bases de datos entregadas por las aerolíneas para poder comparar precios.

(2) *Reducen los costos de transacción*: el término “costos de transacción” fue utilizado por primera vez en 1937 por el premio Nobel de economía, Ronald Coase, a propósito del Teorema de Coase, el cual puede conceptualizarse *grosso modo* como aquel teorema que dispone que: “[s]i los particulares pueden negociar sobre la asignación de los recursos sin coste alguno, el mercado privado siempre resolverá el problema de las externalidades y asignará los recursos eficientemente”<sup>58</sup>. Sin embargo, según el mismo Coase, no siempre será posible llegar a un acuerdo entre particulares debido a los costos de transacción, esto es, aquellos costos vinculados con el proceso de negociación. Así, Coase señala que: “Una vez que son tomados en cuenta los costos de llevar a cabo transacciones de mercado es claro que tal reordenamiento de los derechos sólo se emprenderá cuando el incremento en el valor de la producción a consecuencia del reordenamiento, sea mayor que los costos en que se incurría por este hecho”<sup>59</sup>. De esta manera, solamente se podrá llegar a un acuerdo entre particulares cuando los costos de transacción sean menores al incremento del valor de producción.

Teniendo lo anterior en cuenta, es posible conceptualizar los costos de transacción como aquellos costos en que incurren las partes para llegar a un acuerdo y velar por su cumplimiento. Teniendo a la vista la clasificación realizada por Carl Dahlman los costos de transacción pueden ser: (1) costos de búsqueda de información: son aquellos que derivan de la imperfecta información que existe en un mercado en cuanto a las calidades o características de un producto o respecto a las oportunidades de transacción<sup>60</sup>, (2) costos de negociación: son aquellos que tienen por objeto buscar al agente económico más conveniente dentro de un determinado mercado<sup>61</sup>, y (3) costos de cumplimiento del acuerdo: son aquellos que tienen por objeto corregir los incumplimiento totales o parciales del compromiso pactado entre particulares<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> N. Gregory Mankiw, *Principios de Economía* (Madrid: McGraw-Hill Interamericana, 2003). p. 131.

<sup>59</sup> Ronald Coase, “El problema del costo social”, *Revista Estudios Públicos* N° 45, 1992, 81–134. p. 98.

<sup>60</sup> Carl J. Dahlman, “The Problem of Externality”, *Journal of Law & Economics* 22 (1979): 141–62. p. 148.

<sup>61</sup> *Ibíd.* p. 148.

<sup>62</sup> *Ibíd.* p. 148.

Los *metabuscadores*, al permitir una búsqueda simultánea de distintas bases de datos, reducen los costos de transacción relacionados con la negociación, pues los consumidores sabrán *ex ante*, en términos comparativos, cuál es el agente económico con mejores cualidades y con un precio más bajo.

(3) *Generalmente actúan en mercados de dos o más lados*: los *metabuscadores* generalmente actúan como facilitadores en mercados de dos o más lados, donde uno de los segmentos del mercado se encuentra compuesto por empresas que ofrecen productos y servicios y que compiten entre sí, y el otro segmento se encuentra conformado por los usuarios que desean utilizar la aplicación. Ejemplo de lo anterior es la aplicación Kayak, en que distintas aerolíneas u hoteles que compiten, ofrecen a su vez sus servicios a los consumidores en una sola plataforma. Sin perjuicio de que la situación anterior es la regla general, es necesario constatar que existen ciertos *metabuscadores* que actúan como un mercado de un lado donde se cobra solamente al usuario que desea utilizar la plataforma y, por lo tanto, no necesariamente precisa de pagos de comisiones por parte de las empresas que utilizan esa plataforma para cobrar sus servicios<sup>63</sup>.

(4) *Tienden a los mercados de competencia perfecta*: la competencia perfecta ha sido un marco teórico utilizado por los economistas con el objeto de servir como instrumento comparativo entre los mercados imperfectos y los mercados de competencia perfecta<sup>64</sup>. El concepto ha sido definido por los economistas como aquel mercado que se caracteriza porque: “(1) los bienes que se ofrecen en venta son todos iguales; y, (2) hay tantos compradores y vendedores que ninguno puede influir en el precio de mercado”<sup>65</sup>. Estimamos que dicha definición es relativamente escueta y no es capaz de abordar todos los elementos propios del modelo de competencia perfecta. Producto de lo anterior creemos que la definición del profesor Domingo Valdés resulta más adecuada en tanto agrega elementos relevantes para el análisis de la normativa de la libre competencia. Valdés define la competencia perfecta a través de cinco presupuestos, que son: (1)

---

<sup>63</sup> Husovec. Ob. Cit. p. 147.

<sup>64</sup> Domingo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010). p. 39.

<sup>65</sup> Mankiw. Ob. Cit. p. 40.

atomicidad del mercado<sup>66</sup>, (2) homogeneidad del producto<sup>67</sup>, (3) transparencia del mercado<sup>68</sup>, (4) libre entrada y salida del mercado<sup>69</sup>, y (5) total movilidad de los factores productivos<sup>70-71</sup>.

Teniendo esta definición en mente, nos damos cuenta de que claramente los *metabuscadores* tienden a dar lugar a una competencia más perfecta en los mercados conexos cuyos bienes o productos comparan, pues aumentan la transparencia del mercado al reducir las asimetrías de información<sup>72</sup>, comparan bienes o servicios que tienen un carácter más bien homogéneo, y permiten a los usuarios tener completo acceso a los precios de los productos que comparten su base de datos con el *metabuscador*. No garantizan, sin embargo, una libre entrada y salida, y una total movilidad, al constar sólo normalmente los competidores más atractivos en la base de datos del *metabuscador*.

(5) *Son innovaciones disruptivas*: los *metabuscadores*, al igual que las economías colaborativas también son innovaciones disruptivas en su segundo sentido, esto es, en cuanto un nuevo competidor genera un cambio relevante en el entendimiento de un modelo de negocios. Los *metabuscadores* generaron un modelo económico novedoso que se caracteriza por la búsqueda automática de bases de datos que tienen como consecuencia la reducción de costos de transacción por la vía de la rebaja relevante de las asimetrías de información que afectan a los consumidores.

---

<sup>66</sup> La atomicidad del mercado supone la existencia de una pluralidad de oferentes, en que cada uno actúa como “*price takers*”, esto es, que ningún oferente es capaz de influir de forma aislada en el precio del producto.

<sup>67</sup> La homogeneidad del producto consiste en la perfecta equivalencia entre distintas unidades de un determinado producto.

<sup>68</sup> La transparencia de un mercado se refiere al conocimiento total de todas las transacciones de un determinado mercado tanto por oferentes como demandantes.

<sup>69</sup> La libre entrada y salida supone la inexistencia de barreras a la entrada y a la salida en un determinado mercado.

<sup>70</sup> Tiene que ver con la inexistencia de costos de transacción.

<sup>71</sup> Domingo Valdés. Ob. Cit. p. 37.

<sup>72</sup> Las asimetrías de información son fallas en el mercado que tienen como consecuencia que una parte de una transacción tenga menos información que la otra.

## CAPÍTULO 3. MODELO DE UBER

Uber es una plataforma que permite trasladar a pasajeros por medio de transportistas que ocupan sus propios vehículos particulares. En ese sentido, la misma empresa ha argumentado que: “Uber es una plataforma tecnológica que conecta a socios conductores con usuarios mediante una aplicación en teléfono inteligente”<sup>73</sup>. Para acceder a Uber es necesario descargar una aplicación por medio de un *Smartphone* que solicita al usuario su número de celular con el objeto de crear la cuenta correspondiente. Para solicitar el servicio, el cliente (a partir del uso de un sistema de posicionamiento global) debe enviar una solicitud a la plataforma referida (Uber), la cual será recibida por el transportista, que puede aceptar o rechazar la solicitud. Una vez aceptado el viaje por parte del conductor, Uber le envía al usuario el nombre, teléfono, foto del conductor, y también un tiempo estimado de llegada y de tarifa. El pago del servicio se puede hacer mediante la tarjeta de crédito registrada en la cuenta de la plataforma “Uber”, o por medio de dinero en efectivo.

### 3.1. MODELO DE CONTRATACIÓN EN CHILE

Sobre el modelo de contratación es importante destacar que los requisitos de contratación varían en distintas partes del mundo. Así, solamente a modo de ejemplo, el Estado de San Antonio en EEUU exige una serie de requisitos que no exige la regulación chilena. A saber, inspección anual del vehículo, un máximo de kilometraje, certificados de limpieza, certificados de calidad, entre otros<sup>74</sup>.

En el caso de Chile la regulación fijada por la empresa Uber es bastante flexible, exigiendo los siguientes requisitos para poder ser conductor/transportista: (1) *edad*: ser mayor de 18 años, (2) *certificado de antecedentes*: no se puede ser conductor de Uber en caso de tener antecedentes penales, (3) *hoja de vida del conductor*: no se puede presentar choques con lesiones ni detenciones en estado de ebriedad en los últimos diez años, (4) *licencia de conducir chilena*, (5)

---

<sup>73</sup> En línea: <<https://help.uber.com/h/738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e>> [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016].

<sup>74</sup> Sara Thornton, “The Transportation Monopoly Game: Why Taxicabs Are Losing and Why Texas Should Let Transportation Network Company Tokens Play”, *Texas Tech Law Review* 47 (2015 de 2014): 893–938. p. 920.

*requisitos del vehículo*: el auto del transportista de Uber debe ser un modelo de 2006 o posterior y debe tener al menos cuatro puertas<sup>75</sup>, y (6) *seguro*: también se exige a los transportistas la contratación de una póliza de seguro que ofrezca cobertura a cualquier lesión física al conductor y a los pasajeros así como daños al automóvil<sup>76</sup>.

Por otro lado, a propósito de los clientes, estos no pueden ser menores de 18 años. Así en los términos y condiciones de la empresa se señala que: “*El servicio no está disponible para el uso de personas menores de 18 años. Usted no podrá autorizar a terceros a utilizar su Cuenta, asimismo no podrá permitir a personas menores de 18 años que reciban servicios de transporte o logísticos de Terceros proveedores, a menos que aquellos sean acompañados por usted*”<sup>77</sup>.

### 3.2. TIPOS DE SERVICIOS

Con el objeto de diversificar sus servicios, Uber actualmente en Chile ofrece cuatro tipos de vehículos: (1) UberX, (2) UberBlack, (3) Uber Access, y (4) Uber Bici.

El primero de ellos, UberX, puede ser a su vez: (a.1) UberX y (a.2) UberXL. La diferencia entre ambos se encuentra dado por la disposición de pago y la cantidad de pasajeros que necesita transportar el cliente. En este sentido, UberX posee la tarifa más baja y permite transportar hasta un máximo de cuatro pasajeros<sup>78</sup>. UberXL, en cambio, ostenta una tarifa más alta y permite transportar hasta un máximo de seis personas<sup>79</sup>.

En segundo lugar, UberBlack se subdivide en: (b.1) UberBlack y (b.2) UberSUV. El primero de ellos ofrece servicios de autos de color negro que permiten trasladar hasta cuatro personas<sup>80</sup>. UberSUV también utiliza autos de este color y permite trasladar hasta seis pasajeros cobrando una tarifa más alta que la de UberBlack<sup>81</sup>.

---

<sup>75</sup> En línea: <<https://www.uber.com/es/ride/>> [Última fecha de consulta: 25 de septiembre de 2016].

<sup>76</sup> Cláusula 8.2 del contrato tipo de servicios de Uber.

<sup>77</sup> En línea: <<https://www.uber.com/es/ride/>> [Última fecha de consulta: 25 de septiembre de 2016].

<sup>78</sup> En línea: <<https://www.uber.com/es/ride/>> [Última fecha de consulta: 25 de septiembre de 2016].

<sup>79</sup> En línea: <<https://www.uber.com/es/ride/>> [Última fecha de consulta: 25 de septiembre de 2016].

<sup>80</sup> En línea: <<https://www.uber.com/es/ride/>> [Última fecha de consulta: 25 de septiembre de 2016].

<sup>81</sup> En línea: <<https://www.uber.com/es/ride/>> [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016].



En tercer lugar, Uber Access se puede subdividir en: (c.1) Uber Wav (*Wheelchair Accessible Vehicles*) y (c.2) Uber ASSIST<sup>82</sup>. Uber Wav ofrece automóviles que tienen acceso para sillas de ruedas<sup>83</sup>. Uber ASSIST, en cambio, se encuentra enfocado a personas con movilidad reducida, esto es, adultos mayores o personas con algún grado de discapacidad. Para lo anterior, Uber ASSIST provee autos con conductores que se encuentran calificados para ayudar a estos últimos.

Por último, Uber Bici ofrece automóviles que permiten transportar personas en bicicleta exigiéndole Uber a los automóviles de Uber Bici que se encuentren equipados con soportes que permiten transportar hasta tres bicicletas. Este tipo de Uber tiene por objeto fomentar el uso de transportes eficientes, saludables, y ecológicos.

### 3.3. FIJACIÓN DE COMISIONES

El modelo de Uber se financia mediante la comisión que se cobra al transportista producto del viaje. De esta manera, la utilidad de Uber viene dada por el porcentaje que se exige al transportista por del uso de la aplicación en la forma de una comisión. Así las cosas, si el transportista realizó un viaje por \$100, se carga a ese valor un porcentaje que se encuentra determinado por el servicio solicitado. Dicha comisión varía en cada país en que se encuentra la plataforma. Así, y solamente a modo de ejemplo, en San Francisco de los Estados Unidos la comisión puede llegar hasta un 30% dependiendo de la cantidad de horas que maneja un transportista<sup>84</sup>. En el caso de Santiago de Chile, según la página de socios de Uber Santiago, las comisiones son las siguientes<sup>85</sup>:

---

<sup>82</sup> En línea: <<https://newsroom.uber.com/chile/uberaccess-chile/>> [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016].

<sup>83</sup> En línea: <<https://newsroom.uber.com/chile/uberaccess-chile/>> [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016].

<sup>84</sup> En línea: <<http://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2015/05/18/uber-new-uberx-tiered-commission-30-percent/-7e242baa75cc>> [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016].

<sup>85</sup> En línea: <<http://sociossantiago.com/uberx-preguntas-frecuentes/>> [Última fecha de consulta: 26 de octubre de 2016].

**Tabla 1. Comisión en relación al tipo de servicio de Uber.**

<b>Tipo de servicios</b>	<b>Comisión</b>
UberX	25%
UberXL	28%
UberBlack	25%
UberSUV	28%
Uber Wav	25%
Uber Assist	25%

[Fuente: elaboración propia]

### **3.4. FIJACIÓN DE TARIFAS DINÁMICAS**

La plataforma Uber utiliza hacia los usuarios finales un sistema de precios denominado tarifas dinámicas que permite aumentar o disminuir el precio del viaje dependiendo de la oferta y la demanda del servicio de transporte<sup>86</sup>. Para la fijación de estas tarifas dinámicas se considera una serie de factores relevantes. A saber, la distancia que quiere recorrer el pasajero, la demanda disponible, la oferta disponible, y los peajes a pagar producto del recorrido. Ahora bien, para una adecuada fijación de tarifas dinámicas Uber ocupa un algoritmo denominado *Uber Surge Pricing* que tiene como consecuencia dos consideraciones.

En primer lugar, el algoritmo de Uber permite tender a los oferentes y demandantes del servicio al precio de equilibrio<sup>87</sup>, esto es, a “[a]quel punto en que la cantidad del bien que los compradores quieren y pueden comprar es exactamente igual a la cantidad que los vendedores quieren y pueden vender”<sup>88</sup>. En ese sentido, el *Uber Surge Pricing* permite que, en el caso de una mayor demanda, como podría ser la noche de 31 de diciembre, se aumente el precio de la tarifa incentivando a transportistas a prestar sus servicios a los pasajeros, y desincentivando a los usuarios a utilizar

---

<sup>86</sup> Alexandra Jonas, “Share and Share Dislike: The Rise of Uber and AirBnB and How New York City Should Play Nice Notes and Comments”, *Journal of Law and Policy* 24 (2015): 205–40. p. 224.

<sup>87</sup> Nos referimos al “punto de equilibrio” entendido en materia de teoría económica.

<sup>88</sup> Mankiw. Ob. Cit. pp. 47-48.

la plataforma<sup>89</sup>. En segundo lugar, el algoritmo de Uber permite mantener los tiempos de espera a niveles similares aun con la existencia de una alta demanda. Esto en razón de los incentivos de tarifa que genera Uber para los transportistas, al existir una mayor demanda del servicio.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, es necesario hacer la salvedad de que creemos altamente probable que el punto de equilibrio al que llega el *Uber Surge Pricing* no sea aquel punto de equilibrio al que pudiese llegar un mercado con competencia perfecta, en tanto el punto de equilibrio en el caso del algoritmo de Uber se encuentra condicionado por la comisión que cobra Uber al transportista por el uso del servicio, lo que es un factor heterónimo al que sería el funcionamiento de un mercado perfecto.

---

<sup>89</sup> Jonathan Hall, Cory Kendrick, y Chris Nosko, "The effects of Uber's Surge Pricing: A Case Study", 2015, [http://faculty.chicagobooth.edu/chris.nosko/research/effects\\_of\\_uber's\\_surge\\_pricing.pdf](http://faculty.chicagobooth.edu/chris.nosko/research/effects_of_uber's_surge_pricing.pdf).



## CAPÍTULO 4. CONCEPTOS PRELIMINARES

### 4.1. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE O ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO<sup>90</sup>

#### 4.1.1. Concepto

Dentro del derecho continental europeo, el abuso de posición dominante se encuentra consagrado en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>91</sup>. Dicho ilícito de libre competencia presupone dos elementos. Por un lado, requiere acreditar la posición dominante del agente económico. Y, por otro lado, supone configurar el abuso de dicha posición por ese agente que la posee. Asimismo, en el derecho americano no existe propiamente tal la figura de abuso de posición de dominio. Sin embargo, un ilícito símil a esta última es la “monopolización”, sancionado en la sección 2 de la ley Sherman<sup>92</sup>, que consiste en que una empresa con poder de mercado mantenga o aumente dicho poder mediante conductas anticompetitivas.

---

<sup>90</sup> Antes de entrar al análisis del presente apartado es necesario hacer una prevención, y es que existe una diferencia entre los conceptos de “poder de mercado” con “posición dominante”. El primero es propio del ordenamiento jurídico norteamericano que ha sido definido como: “[l]a capacidad para afectar el bienestar de los consumidores, ya sea restringiendo la cantidad producida o incrementando los precios del bien o servicio que ofrece por sobre los niveles de equilibrio competitivo” (Mario Ybar Abad, “Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias”, *Revista de Derecho Económico*, 2013, 13–60. pp. 16-17). El segundo, por otro lado, es propio del sistema europeo y apunta no a una mirada económica, sino más bien a una perspectiva más jurídica, definiéndose como: “[l]a situación de superioridad comercial en el que se encuentra una empresa en relación a sus competidores” (Mario Ybar, “Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias”, *Revista de Derecho Económico*, 2016, 13–60. pp. 16). Sin perjuicio de las diferencias planteadas, en el presente ensayo optaremos por utilizar ambos conceptos de forma distintiva.

<sup>91</sup> El artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sostiene que: “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

<sup>92</sup> La sección 2 de la ley Sherman dispone que: “Cualquier persona que monopolice o intente monopolizar, o combinar o conspirar con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o comercio entre los diversos Estados, o con naciones, se considerarán culpables de un delito (...)”.

De forma muy similar al ordenamiento jurídico europeo, en Chile se tipifica la explotación abusiva de una posición dominante en su artículo 3º letra b) del Decreto Ley 211 (en adelante “DL 211”), en relación con el inciso primero de esa misma disposición<sup>93</sup>. Esa disposición establece, de forma no taxativa, una serie de conductas que pueden ser calificadas como un abuso de posición de dominio, aunque sin señalar una definición explícita del concepto en cuestión. Sin perjuicio de lo anterior, el ilícito infraccional ha sido definido por la doctrina como el ejercicio efectivo de un agente que ostenta una posición dominante dentro del mercado relevante, y que tiene, como consecuencia, una injusticia desde la perspectiva de la libre competencia<sup>94</sup>.

A partir de dicha definición es posible extraer tres requisitos para la configuración de este ilícito infraccional<sup>95</sup>.

En primer lugar, es necesario que exista una posición dominante dentro de un mercado relevante previamente definido. La posición dominante es una noción que ha sido definida por la Corte de Justicia Europea como aquella: “[p]osición de fortaleza económica de la que goza una empresa que le permite impedir que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante, lo que le confiere el poder de comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores, clientes y, en última instancia, de sus consumidores”<sup>96</sup>. La definición de la jurisprudencia europea atiende principalmente a un elemento conductual, esto es, que la empresa tendrá una posición de dominio en la medida que pueda actuar de forma independiente

---

<sup>93</sup> El artículo 3 letra b) del Decreto Ley 211 señala que: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: (...) (b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

<sup>94</sup> Domingo Valdés. Ob. Cit. pp. 557-558.

<sup>95</sup> Ibíd. pp. 557-558.

<sup>96</sup> Van Bael y Bellis, *Competition Law of the European Community*, Cuarta (EEUU: Kluwer Law International, 2005). p. 117.

[Traducción propia. El original señala que: “[p]osition of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market but giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers”].

a sus competidores<sup>97</sup>. Siguiendo esta perspectiva conductual, la doctrina nacional ha conceptualizado el poder de mercado como aquel poderío que se: “[m]anifiesta en el poder económico que tiene cada empresa, que le permite ejercer sobre el mercado una influencia notable y predecible”<sup>98</sup>.

El TDLC también ha seguido esta definición argumentando que: “[u]na empresa goza de posición dominante en un mercado cuando puede actuar con prescindencia de sus rivales y, por ello, puede imponer condiciones de oferta parecidas a una situación monopólica”<sup>99</sup> (Véase también la sentencia N° 112/2011. Considerando sexagésimo noveno<sup>100</sup>).

Cabe resaltar, como ya se adelantó, que tanto la doctrina nacional, comparada<sup>101</sup> como la jurisprudencia nacional<sup>102</sup>, han concluido que la posición de dominio no puede ser analizada en abstracto o en el marco de un mercado ilimitado o infinito. En efecto, para un análisis económico adecuado es necesario que el poder de mercado sea estudiado dentro del mercado relevante de que se trate, esto es, el mercado compuesto por un producto o grupo de productos dentro de una misma área geográfica donde se produce, compra, o vende en un mismo espacio temporal<sup>103</sup>. De esta manera, el principal objetivo de esta herramienta teórica es establecer un marco de investigación que permita identificar, dentro de ese ámbito, las características jurídicas y económicas de la conducta de abuso concreto que se está evaluando.

---

<sup>97</sup> En general el criterio de “comportamiento independiente de los demás competidores” es la pauta utilizada por el derecho comparado para determinar la “posición dominante”. Para lo anterior véase la sentencia 27/67 de la Corte de Justicia Europea (United Brands vs. Commission). En este mismo sentido, la sentencia 85/76 de la Corte de Justicia Europea (Hoffman-La Roche & Co AG vs. Commission).

<sup>98</sup> Alfredo Ugarte Soto, “Facilidades Esenciales y Abuso de Posición Dominante”, *Revista de derecho (Coquimbo)* 20, n° 2 (2013): 233–68. p. 248.

<sup>99</sup> Sentencia N° 153/2016 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2016). Considerando decimooctavo.

<sup>100</sup> El TDLC sostuvo que: “[l]o anterior también permite dar por cumplido el tercero de los requisitos enunciados, por cuanto los acuerdos en análisis, al sustituir competencia por coordinación entre los únicos oferentes de cada uno de los concursos analizados, les confirió poder de mercados en los mercados relevantes afectados –esto es, la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder – suficiente para decidir y obtener que cada licitación fuese adjudicada a un competidor determinado” (Sentencia N° 112/2011 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2011). Considerando sexagésimo noveno).

<sup>101</sup> Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, Quinta Edición (United Kingdom: Oxford University Press, 2014). p. 304.

<sup>102</sup> Véase las sentencias N° 85, 142, y 153.

<sup>103</sup> Fiscalía Nacional Económica, “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración” (Chile, 2012), [fne.gob.cl](http://fne.gob.cl). p. 10.

En segundo lugar, para que se configure este ilícito infraccional es necesario que exista un ejercicio efectivo de esta posición dominante o un “abuso de la posición de dominio”. La noción de abuso ha sido definida por la Corte de Justicia Europea como aquella conducta que: “[i]nfluye en la estructura del mercado debilitando el grado de competencia, donde la empresa con posición de dominio recurre a métodos distintos de los que condicionan la competencia normal de productos o servicios sobre la base de transacciones de los operadores comerciales, que tienen por objeto obstaculizar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el crecimiento de dicha competencia”<sup>104</sup>. De una manera más escueta la doctrina nacional ha conceptualizado la noción de abuso de posición dominante como aquella conducta que: “[s]upone la reducción o amenaza de afectar el beneficio del operador dominante en el corto plazo, con el objetivo de obtener rentas monopólicas en el largo plazo”<sup>105</sup>. A partir de ambas definiciones, es posible concluir que existirá abuso cuando una empresa se valga de su poder de mercado con el objeto de impedir que otros competidores desafíen su poderío, o cuando se valga de su poder de mercado con el objeto de extraer rentas económicas de las contrapartes que no emanen de comportamientos normales de mercado.

Es relevante esta segunda exigencia pues tanto la doctrina nacional<sup>106</sup> como comparada<sup>107</sup> no sanciona la posición dominante *per se*, sino que es necesario que exista un abuso de dicha posición. Así también lo ha ratificado la unánime jurisprudencia del TDLC que ha dispuesto que: “[p]ara estos efectos, se deben tener presente dos aspectos básicos de la competencia en los mercados. Primero, que la imposición de precios supracompetitivos es una práctica normal de las firmas con poder de mercado y que en Chile, al igual que en el derecho comparado, la sola tenencia de una posición de dominio no es un hecho sancionable en sí mismo”<sup>108</sup> (En este mismo sentido, sentencia

---

<sup>104</sup> Van Bael y Bellis. Ob. Cit. p. 904.

[Traducción propia. El original señala que: “[t]o influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition”].

<sup>105</sup> Ugarte Soto. Ob. Cit. p. 238

<sup>106</sup> Domingo Valdés. Ob. Cit. p. 555.

<sup>107</sup> Alison Jones y Brenda Sufrin. Ob. Cit. p. 366.

<sup>108</sup> Sentencia N° 140/2014 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2014). Considerando décimo cuarto.



Nº 131/2013. Considerando trigésimo tercero. Así también, Sentencia Nº 125/2012. Considerando quinto<sup>109</sup>).

Por último y, en tercer lugar, el abuso de posición dominante requiere, para su configuración, que la conducta potencialmente anticompetitiva tenga la aptitud objetiva de afectar a la libre competencia. Este requisito ha sido reconocido explícitamente por la jurisprudencia chilena, que en base a la palabra “tender” del artículo 3º del DL 211, ha señalado que no es necesario que exista un daño efectivo a la competencia para la materialización del ilícito infraccional. Así, el TDLC en la sentencia número 116 del año 2011, en un caso de colusión pero cuyo análisis del tipo es igualmente aplicable, concluyó que: *“Al respecto, se debe tener presente que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3º inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado”*<sup>110</sup> (En este mismo sentido, sentencia Nº 116/2011. Considerando trigésimo séptimo<sup>111</sup>. Así también, sentencia Nº 107/2010. Considerando décimo séptimo<sup>112</sup>).

#### 4.1.2. Objeto del abuso de posición dominante

El abuso de posición de dominio puede tener dos objetivos. Por un lado, la obtención de rentas supra-competitivas y, por otro lado, la preservación de la renta monopólica<sup>113</sup>. A partir de ambos

---

<sup>109</sup> El TDLC sostuvo que: *“[c]onstituirían una grave infracción al D.L. Nº 211, en particular a lo dispuesto en las letras b) y c) de dicho cuerpo legal, las que prohíben, por una parte, la explotación abusiva de una posición dominante y, por otra, las prácticas de competencia desleal cometidas con el objeto de alcanzar, mantener, o incrementar una posición de dominio”* (Sentencia Nº 125/2012 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2012). Considerando quinto).

<sup>110</sup> Sentencia Nº 74/2008 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2008). Considerando tercero.

<sup>111</sup> El TDLC sostuvo que: *“[e]n consecuencia, de todo lo expuesto este Tribunal puede concluir que, en el caso de autos, existió un acuerdo entre las requeridas que no sólo tuvo la aptitud objetiva de otorgarles poder de mercado del que pudieran abusar, lo que, de acuerdo a lo expuesto en la consideración sexta, es suficiente para sancionarlas”* (Sentencia Nº 116/2011 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2011). Considerando trigésimo séptimo).

<sup>112</sup> El TDLC sostuvo que: *“[l]o razonado en la consideración anterior permite concluir que las discriminaciones imputadas a Petróleos Trasandinos no tienen la aptitud objetiva para otorgar ventajas competitivas”* (Sentencia Nº 107/2010 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2010). Considerando décimo séptimo).

<sup>113</sup> Van Bael y Bellis. Ob. Cit. p. 904.

objetivos se puede distinguir el abuso de posición dominante explotativo y el abuso de posición dominante exclusorio.

(1) *Abusos de posición dominante explotativos*: son aquellos comportamientos que tienen por objeto la obtención de la renta monopólica por la vía de la explotación de contrapartes, y que generalmente se manifiestan en que dichas contrapartes deben soportar conductas económicamente irrazonables o cláusulas exorbitantes impuestas en su contra por el agente con poder de mercado<sup>114</sup>. De esta forma, el directamente perjudicado con las conductas explotativas es el consumidor o el proveedor, quienes son usualmente las contrapartes del agente con posición dominante (aunque puede ser cualquier otro intermediario)<sup>115</sup>.

El hecho de que las conductas explotativas tengan como consecuencia un menoscabo en el consumidor también ha sido reconocido por la jurisprudencia del TDLC en la sentencia número 140 del año 2014 donde se concluyó que: “[e]l sentido natural de la primera expresión hace referencia (aunque no de manera exclusiva) a los posibles efectos explotativos de una conducta de mercado, esto es, al perjuicio directo en los consumidores derivado del ejercicio abusivo de un poder de mercado significativo, sin producir ningún efecto en la estructura de competencia”<sup>116</sup>.

Las conductas más tradicionales de abusos explotativos son: precios excesivos<sup>117</sup>, precios arbitrariamente discriminatorios<sup>118</sup>, contratos atados<sup>119</sup>, y cláusulas contractuales abusivas. No obstante, se debe destacar que la discriminación arbitraria y las cláusulas contractuales abusivas pueden ser también abusos del tipo exclusorio, dependiendo del grado de sacrificio económico

---

<sup>114</sup> Domingo Valdés. Ob. Cit. p. 562.

<sup>115</sup> Van Bael y Bellis. Ob. Cit. p. 904.

<sup>116</sup> Sentencia N° 140/2014. (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2014). Considerando Quinto.

<sup>117</sup> Según la jurisprudencia europea los precios excesivos pueden ir en dos direcciones: (1) como manifestación de una explotación del poder de mercado, y (2) como una forma de disminuir las importaciones paralelas (esto último, dadas las particularidades de la Unión Europea como mercado común). Según la Corte de Justicia Europea ambos comportamientos deben ser tratados como conductas de abuso de poder de mercado explotativas.

<sup>118</sup> Las discriminaciones de precios son aquellas que tienen por objeto establecer condiciones distintas a transacciones equivalentes con otros agentes económicos, dejando a estos últimos en una desventaja competitiva (Van Bael y Bellis. Ob Cit. p. 914).

<sup>119</sup> Los contratos atados son contratos en que se obliga a quien desea adquirir un determinado bien a la adquisición de otro bien adicional que no desea ni está dispuesto a demandar económicamente (Domingo Valdés. Ob. Cit. p. 571).

que el agente con poder de mercado realice y de la aptitud de su conducta para afectar la competencia.

(2) *Abusos de posición dominante exclusorios*: son aquellos abusos que tienen por objeto preservar la renta monopólica ya sea disminuyendo o eliminando la competencia del mercado relevante<sup>120</sup>. En ese sentido, los comportamientos exclusorios no tienen como sujeto directamente perjudicado al consumidor pero igualmente generan efectos negativos en la libre competencia, especialmente en el mediano a largo plazo, al fomentar estructuras de mercado poco competitivas.

Las conductas más tradicionales de abusos exclusorios son: las prácticas predatorias<sup>121</sup>, el estrangulamiento de márgenes<sup>122</sup>, la negativa de venta<sup>123</sup>, el empaquetamiento<sup>124</sup> y, en general, cualquier conducta que persiga levantar artificialmente barreras de entrada que dificulten la expansión o el ingreso de competidores o que den lugar a su expulsión.

---

<sup>120</sup> Domingo Valdés. Ob. Cit. p. 576.

<sup>121</sup> Las prácticas predatorias son aquellas que tienen por objeto que: “i) los rivales tengan que salir del Mercado, dejando al predador con una participación de mercado suficiente para obtener beneficios monopolísticos; o ii) que tales rivales estén lo suficientemente castigados como para abandonar el comportamiento competitivo que el predador considera inconveniente o amenazador para sus intereses” (Domingo Valdés. Ob. Cit. p. 580).

<sup>122</sup> El estrangulamiento de márgenes puede ser definido como la situación en que “[u]na empresa dominante verticalmente integrada en el sentido ascendente de un insumo, fija sus precios a un nivel tal que sus competidores en el mercado descendente no puedan competir para el suministro de productos o servicios a sus clientes” (Alison Jones y Brenda Sufrin. Ob. Cit. p. 426).

[Traducción propia. El original señala que: “a margin squeeze occurs where a vertically integrated undertaking which is dominant on the upstream for an input sets its prices at such level that its competitors on the downstream market cannot compete with it for the supply of products or services to customers”].

<sup>123</sup> La negativa de venta consiste en: “[n]egarse a vender un bien o prestar un servicio comprendido en el giro del proveedor, a pesar de que el interesado en adquirir el bien o servicio reúna las condiciones que aquél exige para celebrar el contrato de que se trate. Pero esto no basta, adicionalmente se requiere que esta negativa sea injustificada” (Domingo Valdés. Ob. Cit. p. 579).

<sup>124</sup> Según el derecho comparado de la Unión Europea existen dos tipos de empaquetamiento: (a) el empaquetamiento puro que consiste en la situación en que un agente económico con posición dominante vende dos productos que solamente pueden ser adquiridos de manera conjunta, y (b) el empaquetamiento mixto que se materializa en el hecho de que un agente económico vende en forma más favorable dos productos de forma conjunta que de manera separada. De tal manera, que el consumidor tendrá el incentivo de comprarlos de forma unificada (Alison Jones y Brenda Sufrin. Ob. Cit. p. 486).

#### 4.1.3. Herramientas para determinar la existencia o descartar una posición dominante

Como se señaló anteriormente una de las condiciones *sine qua non* para la procedencia del ilícito de abuso de posición de dominio es justamente la existencia de esa posición. Respecto a esto último, la doctrina ha creado una serie de mecanismos que sirven para determinar su existencia. Los más relevantes son:

(1) *The Small but Significant and Nontransitory Increase in Prices* (en adelante “SSNIP”) o test del monopolista hipotético: este índice funciona identificando el poder de mercado de una empresa en la medida en que el aumento del precio de su producto o servicio en un pequeño porcentaje (5% a 10%) resulte rentable. En el caso contrario, esto es, la situación en que una ligera alza tenga como consecuencia que los consumidores sustituyan el bien o servicio permite concluir, según el SSNIP, que la empresa no tendría una posición de dominio<sup>125</sup>. De esta manera, si una empresa X logra subir su producto de \$200 a \$210 (variación del 5%) y ello no conlleva una pérdida sustancial de participación de mercado, esta herramienta permitiría concluir que dicha compañía tiene poder de mercado<sup>126</sup>.

(2) *Índice Lerner*: el Índice Lerner es un indicador que permite medir el poder de mercado a través de los costos marginales, esto es, el costo que implica la creación de una nueva unidad de un producto particular<sup>127</sup>. En ese sentido, el Índice Lerner identifica el “grado de monopolio” mediante la diferencia entre el precio del producto con el costo marginal<sup>128</sup>. Así, existirá competencia perfecta cuando el costo marginal sea igual al costo del precio del producto. Y, por

---

<sup>125</sup> Liviana Niminet, “The Small But Significant and Nontransitory Increase in Prices (SSNIP) Test”, *Studies and Scientific Researches. Economics Edition*, n° 13 (2008), <<http://sceco.ub.ro/DATABASE/repec/pdf/2008/20081312.pdf>>. [Última fecha de consulta: 16 de febrero de 2017]. p. 68.

<sup>126</sup> Este índice también permite delimitar el mercado relevante, el cual se encontrará conformado por los bienes sustitutos que eligen los usuarios producto de la pequeña variación del precio del insumo. En este sentido, si una empresa X ofrece, por ejemplo, mantequilla a \$100 y después dicho producto sube a un precio de \$110 (una variación del orden del 10%), y tiene como consecuencia que un 10% o más de los usuarios cambien la mantequilla por, por ejemplo, margarina. En ese caso, el mercado relevante se encontrará conformado tanto por la mantequilla como la margarina (ibí. p. 66).

<sup>127</sup> Mankiw. Ob. Cit. p. 171.

<sup>128</sup> Kenneth G. Elzinga y David E. Mills, “The Lerner Index of Monopoly Power: Origins and Uses”, *The American Economic Review* 101, n° 3 (2011): 558–64. p. 558.

el contrario, una empresa tendrá poder de mercado cuando el costo marginal sea considerablemente menor que el precio del producto.

El Índice Lerner se expresa en la fórmula  $(P-MC)$  dividido por  $P$ . Donde  $P$  es el precio cobrado por la empresa que se encuentra en un nivel de producción que resulta maximizador de su rentabilidad y  $MC$  significa el costo marginal de esa empresa a un nivel de producción maximizador de rentabilidad<sup>129</sup>.

El Índice Lerner que originalmente fue creado por Abba Lerner, fue posteriormente defendido por William Landes y Richard Posner para su aplicación en la normativa de la libre competencia, quienes adaptaron la herramienta económica para identificar la elasticidad de la demanda de un proveedor dominante que comparte el mercado con pequeños *price-takers*. De esta demanda, el Índice Lerner permitiría demostrar la relación funcional entre el poder de mercado y la elasticidad de la demanda<sup>130</sup>.

(3) *Índice de Herfindahl – Hirschman (en adelante “IHH”)*: el índice IHH, de común uso en las jurisdicciones de libre competencia, incluyendo la chilena, parte del supuesto de que, para un adecuado análisis del poder de mercado, es necesario definir con exactitud cuáles son las participaciones de mercado de cada uno de los agentes de mercado<sup>131</sup>.

Teniendo las cuotas de mercado de los agentes económicos respectivos, el IHH se calcula elevando al cuadrado la cuota de la empresa considerada individualmente. Al respecto, si dicho resultado es menor a 1.500 el mercado no es concentrado; si es entre 1.500 y 2.500 el mercado es moderadamente concentrado; y, por último, si el resultado se encuentra por encima de los 2.500 el mercado es de aquellos considerados como altamente concentrados<sup>132</sup>. Así, por ejemplo, si la empresa que posee mayor participación en un mercado relevante posee una cuota

---

<sup>129</sup> Domingo Valdés. Ob. Cit. p. 55.

<sup>130</sup> Kenneth G Elzinga y David E. Mills. Ob. Cit. p. 561.

<sup>131</sup> Christopher Pleatsikas y David Teece, “The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation”, *International Journal of Industrial Organization* 19, n° 5 (2001): 665–93. p. 672.

<sup>132</sup> U.S. Department of Justice y Federal Trade Commission, “Horizontal Merger Guidelines”, 2010, <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>> [Última fecha de consulta: 18 de marzo de 2017]. p. 19.

del rango de 35%, dicho mercado sería considerado como aquellos “no concentrados” en atención a que  $1.225 (35*35)$  es menor a 1.500.

#### **4.1.4. Herramientas económicas que determinan la posición dominante bajo el marco de las nuevas tecnologías**

##### *a. SSNIP o test del monopolista hipotético*

En el caso del SSNIP, existen dificultades para evaluar la posición de dominio bajo el marco de las nuevas tecnologías por el hecho de que la gran mayoría de los mercados relacionados con las nuevas tecnologías -y todos aquellos que se enmarcan en el modelo de las Economías Colaborativas- presentan mercados de dos o más lados. Esta característica produce dos elementos que complejizan el análisis del SSNIP.

En primer lugar, como el SSNIP se encuentra originalmente concebido para solamente funcionar en un mercado que se encuentra constituido por un solo lado, al aplicarlo en el marco de mercados de dos o más lados podría tener como consecuencia que el SSNIP llevara a determinar un mercado relevante sumamente estricto o limitado –teniendo en cuenta uno de los lados del mercado– y que considerase que la empresa tiene poder de mercado (o que no lo tiene) al solamente analizar el incremento del precio del producto no transitorio en uno solo de los lados, sin tener en cuenta los subsidios cruzados entre ambos segmentos<sup>133</sup>.

En segundo lugar, tampoco es posible aplicar el SSNIP íntegramente en estos mercados puesto que el factor determinante que utiliza para determinar si una empresa tiene una posición de dominio es el precio. Lo problemático deviene del hecho de que en muchos de los mercados de dos o más lados no se cobra un precio a uno de los lados del mercado por la utilización del servicio, lo que complejizaría el análisis del SSNIP como herramienta de medición. Un buen ejemplo de lo anterior son los casos de Google, Facebook, Youtube, Twitter, y Yahoo que no cobran a sus usuarios por utilizar la plataforma, pero se financian cobrando al otro lado del mercado (v.gr., avisadores, compradores de datos).

---

<sup>133</sup> David S. Evans. Two-Sided Market Definition. Ob. Cit. p. 26.

## b. Índice Lerner

El principal problema que tiene el Índice Lerner lo detectaron los profesores Eric Lindenberg y Stephen Ross en un estudio de 1981 donde se percataron de que la desviación de la relación costo marginal y precio no solamente se podía deber al poder de mercado, sino que a la necesidad de una empresa de recuperar los costos fijos<sup>134-135</sup>. De esta forma, existe un inconveniente en la aplicación del Índice Lerner en el marco de las nuevas tecnologías pues justamente los costos relevantes en dichos mercados son los costos fijos, mas no los marginales, que son usualmente cercano a cero en estos mercados<sup>136</sup>.

Para ejemplificar lo anterior, véase el caso de *Microsoft Office*. *Microsoft Office* es el perfecto ejemplo de una aplicación que para su desarrollo implica bajos costos marginales (la creación de un nuevo producto solamente atiende al costo de producir un paquete para un consumidor adicional, que es prácticamente nulo) pero para cuyo desarrollo posee costos fijos relevantes que tienen por objeto diseñar y actualizar todas las aplicaciones que forman parte de *Microsoft Office*, esto es, a modo de ejemplo, *Microsoft Word*, *Microsoft Excel* y *Microsoft PowerPoint*. Dichos costos fijos llevan a *Microsoft* a vender sus productos sin considerar estrictamente el costo marginal.

El segundo problema que manifiesta el Índice Lerner en estos mercados es que las nuevas tecnologías son mercados que se enmarcan -en la mayoría de los casos- en el modelo de mercados de dos o más lados. En ese sentido, es perfectamente posible que uno de los lados del mercado tenga un precio que se encuentre por sobre el costo marginal, y que el otro lado del mercado ofrezca un producto o servicio que posea un precio igual o por debajo a dicho costo<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Según los profesores Robert Pindyck y Daniel Rubinfeld los costos no varían cuando varía el nivel de producción. En ese sentido, los costos fijos deben pagarse incluso aunque no se produzcan. La única manera de que una empresa pueda eliminar sus costes fijos es cerrando. (Robert Pindyck y Daniel Rubinfeld, *Microeconomía*, Séptima (España: Pearson, 2009) p. 250).

<sup>135</sup> Eric Lindenberg y Stephen Ross, "Tobin's q Ratio and Insutrial Organization", *The Journal of Business* 54 (1981): 1-32. p. 29.

<sup>136</sup> Herbert J. Hovenkamp, "Antitrust and Information Technologies", SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015), <<https://papers.ssrn.com/abstract=2531689>>. [Última fecha de consulta: 7 de enero de 2017]. p. 7.

<sup>137</sup> David. S. Evans. *The Antitrust Economics*. Ob. Cit. p. 65.

Conforme a lo anterior, se podría llegar a falsos positivos<sup>138</sup> en caso de examinar solamente uno de los lados del mercado, y no la integridad del mismo<sup>139</sup>.

### c. Índice Herfindahl – Hirschman

Siguiendo la tónica del SSNIP y del Índice Lerner, el IHH también posee problemas para medir el poder de mercado en el caso de las nuevas tecnologías. Sobre el particular, son dos los principales obstáculos.

En primer lugar, y tal como se señaló *supra*, para la correcta aplicación del IHH es necesario definir con suma exactitud el mercado relevante, puesto que, en base a este último, es posible delimitar las cuotas de mercado de cada uno de los agentes económicos. El problema de ello es que, en el caso de las nuevas tecnologías y de las Economías Colaborativas, es sumamente complejo definir el mercado relevante<sup>140</sup>. Así lo ha hecho notar el profesor Evans al sostener que: “Las cuotas de mercado son indicios escasos de poder de mercado para los buscadores de la atención en línea, en parte porque las fronteras precisas de dichos mercados son muy difíciles de esclarecer”<sup>141</sup>.

Como regla general los factores que se utilizan para delimitar el marco normativo que evalúa el poder de mercado, esto es, el mercado relevante son: (1) las diferencias de precio entre el o los productos candidatos a integrar un mercado relevante, y su variación considerando el área geográfica en que se ofertan y demandan, (2) la función o uso de los productos, (3) las características físicas o técnicas del bien o servicio, (4) el tiempo y costos de cambio de producto o área, y (5) los canales a través de los cuales los productos llegan a sus clientes<sup>142</sup>. En ese sentido, dichos criterios presentan los siguientes inconvenientes en el análisis de las nuevas tecnologías y Economías Colaborativas:

---

<sup>138</sup> En sede de libre competencia se utiliza el concepto de “falsos positivos” para atender a aquellas situaciones en que de forma errónea se señala que una empresa ostenta poder de mercado cuando en realidad no lo tiene; o cuando de forma errónea se indica que una empresa realizó un ilícito anticompetitivo siendo que no realizó ninguno.

<sup>139</sup> Christian Ahlborn y Christoph Barth, “Not Enough Girls in the Club: The European Antitrust Approach Towards Multisided Markets”, *Antitrust Chronicle* 6 (2013). p. 6.

<sup>140</sup> Véase lo señalado en el apartado 7.1.1.

<sup>141</sup> David S. Evans. *Multisided Platforms*. Ob. Cit. p. 30.

[Traducción propia. El original señala que: “Market shares are poor indicia of market power for online attention seekers in part because precise market boundaries are more difficult to establish”].

<sup>142</sup> Fiscalía Nacional Económica. Ob. Cit. p. 11.



1. Diferencia de precio entre los distintos productos: resulta problemático en el caso de las nuevas tecnologías porque muchas de éstas no cobran por sus servicios (al menos en uno de los lados del mercado). Este es el caso de Facebook, Google, y Youtube, donde los consumidores no pagan por utilizar la aplicación.
2. La función o uso de los productos: también es una directiva que es poco útil puesto que los productos de las nuevas tecnologías se caracterizan por ser altamente diferenciados<sup>143</sup>. De seguir este criterio, se llegaría necesariamente a un mercado relevante sumamente estrecho.
3. Las características físicas o técnicas del bien o servicio: posee el mismo problema que el criterio número (2).
4. Tiempo y costos de cambio de producto o área: el presente criterio tampoco es adecuado porque gran parte de estas nuevas tecnologías tiene costos de transacción sumamente reducidos (v.gr. Facebook, Google, Netflix, Amazon).
5. Canales a través de los cuales los productos llegan a sus clientes: también es un criterio inapropiado puesto que todas estas aplicaciones se ofrecen vía Internet, por lo que no resulta un criterio diferenciador.

Como consecuencia de lo anterior, y de ahí el segundo problema del IHH, es que, aun cuando fuera posible definir el mercado relevante y las porciones de mercado de cada uno de los agentes en mercados de las nuevas tecnologías, se debería concluir necesariamente que el mercado es sumamente estrecho en atención a que los únicos criterios que resultan válidos para estos casos son la función, uso, y características físicas o técnicas del bien o servicio, lo cual podría generar inconvenientes puesto que podrían aparecer sancionadas, en sede infraccional, empresas que, en estricto rigor, no tienen una posición de dominio (falsos positivos).

#### *d. El Análisis Factual*

Los problemas que poseen el SSNIP, el Índice Lerner, y el IHH han llevado a que la jurisprudencia comparada tenga que recurrir a métodos más factuales o empíricos para dilucidar

---

<sup>143</sup> Christopher Pleatsikas y David Teece. Ob. Cit. p. 674.

si un agente económico tiene o no poder de mercado en el contexto de industrias de nuevas tecnologías<sup>144</sup>. Dicho análisis lo denominaremos en adelante “análisis factual”. El “análisis factual” se enfoca principalmente en el comportamiento realizado por el agente económico. En ese sentido, si una empresa es capaz de realizar actos exclusorios, que tengan como consecuencia el entorpecimiento o impedimento a la entrada o expansión de competidores se podría concluir que dicho agente económico sí posee poder de mercado.

Lo anterior resulta más claro con un ejemplo. Imagínese el siguiente caso: el buscador Google decide discriminar a la plataforma LinkedIn<sup>145</sup> relegándola a la segunda página en caso de que el usuario busque cualquier palabra relacionada con LinkedIn dentro del buscador. Así, aun cuando el usuario haya buscado en Google “LinkedIn”, Google derivará automáticamente la página web de LinkedIn a la segunda página y no a la primera. Esto último, lo haría Google, por ejemplo, con el objeto de incentivar a los usuarios a que utilicen su red social, esto es, Google Plus, con la cual se encuentra relacionada. Supongamos también que dicha conducta no trae aparejada ningún perjuicio para Google. En efecto, los usuarios se mantienen fieles a Google y no se cambian a otros buscadores como Yahoo, Ecosia, o AdCenter. En otras palabras, el comportamiento de Google consiste en aprovecharse de una posición en el mercado de los buscadores para fortalecer -o traspasar- esa posición a las plataformas de redes sociales.

Teniendo lo anterior en consideración, se procederá a estudiar el caso que nos ocupa con las herramientas tradicionales que miden el poder de dominio y se expondrán las principales complicaciones que presentarían estas últimas para un análisis como el que se busca efectuar.

En primer lugar, si se analizara el caso en base al SSNIP existiría un problema, puesto que no permitiría dilucidar si Google tendría no una posición de dominio dado que dicha empresa no cobra por sus servicios en el lado de los consumidores, lo que provoca que no exista la variable precio como factor de análisis. Como ya se señaló con anterioridad, éste es un factor que es fundamental para el análisis correcto del test del “monopolista hipotético”.

---

<sup>144</sup> Véase el caso *Federal Trade Commission vs. Actavis*.

<sup>145</sup> LinkedIn es una red social que tiene por objeto conectar a distintos profesionales.

En segundo lugar, si se aplicara el Índice Lerner, también se apreciaría un problema pues no quedaría muy claro si Google tendría o no poder de mercado en tanto sería complejo evaluar los costos marginales de la empresa producto de dos elementos: (1) probablemente los costos marginales del funcionamiento de Google son muy bajos o nulos, y (2) Google se enmarca en el modelo de funcionamiento de mercado de dos lados, lo que provoca que un lado del mercado no necesariamente refleje la relación costo marginal y precio del producto.

Por último y, en tercer lugar, también existiría un problema bajo el índice IHH porque se haría complejo delimitar adecuadamente el mercado relevante puesto que los criterios que generalmente se han utilizado para definirlo no funcionarían en el caso Google. A saber: (1) el criterio de “diferencia de precio entre los distintos productos” no serviría como criterio puesto que Google no cobra por sus servicios a sus usuarios<sup>146</sup>, (2) el criterio de “funciones o características” también sería complejo de utilizar en tanto muchas aplicaciones de Internet tienen múltiples funciones, lo que produce que choquen unas con otras, y (3) tampoco funcionaría el criterio de costos de transacción en atención a que el cambio de una aplicación de Google a otra quedaría, en principio, a un “click a distancia”. De esta forma, sería difícil caracterizar quiénes serían los competidores cercanos, y quiénes marginales, de Google.

Conforme a lo anterior, creemos pertinente que dichos casos sean estudiados bajo el “análisis factual”, el cual permitiría determinar que, en el ejemplo expuesto, Google sí ostentaría poder de mercado porque: (1) habría existido un comportamiento exclusorio, esto es, una capacidad o aptitud objetiva de relegar a LinkedIn a la segunda página del buscador, (2) no habría existido un perjuicio económico hacia Google, pues la conducta habría resultado rentable para este último, y (3) habría existido un daño a nivel de libre competencia que se habría concretizado en que, a partir de la restricción impuesta por Google a los parámetros para elegir el agente económico óptimo dentro del mercado de redes sociales, ello no se habría establecido según las reglas del libre mercado, sino que bajo las prácticas exclusorias que habría hecho el buscador de Internet.

Después de haber analizado las principales implicancias que traería el análisis de las herramientas que miden el poder de mercado en las nuevas tecnologías, y de proponer un marco

---

<sup>146</sup> Sin perjuicio del cobro al lado de avisadores.

normativo para analizar el poder de dominio en dichos mercados, resulta relevante estudiar, en las páginas que siguen, la doctrina de las “facilidades esenciales”. Lo anterior es relevante en atención a que dicha herramienta económica-jurídica puede ser un factor útil para analizar algunos elementos -como una base de datos por ejemplo- que son comunes a los agentes que se dedican a las nuevas tecnologías o que funcionan bajo Economías Colaborativas y que pueden ser exclusivos a algunos de ellos. En ese sentido, dicha doctrina puede ayudar a vislumbrar ciertos puntos oscuros de los casos que se han estado analizando hasta ahora.

## 4.2. FACILIDADES ESENCIALES

### 4.2.1. Concepto

La doctrina de las facilidades esenciales o instalaciones esenciales ha sido definida por la Comisión Europea como la situación en que existe una determinada: “[i]nstalación o infraestructura sin acceso, que tiene como consecuencia, que los competidores no puedan prestar servicios a sus clientes”<sup>147</sup>. De una manera similar, aunque más extensiva, la doctrina nacional ha definido la teoría de las facilidades esenciales como: “[a]quellas situaciones en que un monopolista, controlador de un bien indispensable para la realización de una actividad económica en un mercado relevante, impide a otros competidores el uso del bien esencial o le impone condiciones gravosas y discriminatorias para su utilización, sin que existan razones jurídicas, técnicas o comerciales para hacerlo”<sup>148</sup>.

La doctrina de las facilidades esenciales nace en Estados Unidos en 1912, a propósito del caso *Estados Unidos vs. Terminal Railroad Association of St. Louis*<sup>149</sup> donde la Corte Suprema de dicho país consideró que el único puente que unía el río Mississippi con Saint Louis constituía una instalación esencial, lo que tuvo como consecuencia, que las distintas empresas ferroviarias que eran dueñas del puente debían dar acceso a otros competidores no integrados verticalmente. En

---

<sup>147</sup> Case IV/34.174 Sealink vs. B&I-Holyhead (European Commission 1992).

[Traducción propia. El original señala que: “[a] facility or infrastructure, without access to which competitors cannot provide services to their customers”].

<sup>148</sup> Ugarte Soto. Ob. Cit. p. 238.

<sup>149</sup> Mats A. Bergman, “The Role of Essential Facilities Doctrine Economics”, *Antitrust Bulletin* 46 (2001): 403–34. p. 406.

un comienzo este fue el sentido que se le dio a la teoría de las facilidades esenciales, aplicándose solamente a “infraestructuras” en un sentido tradicional. Ejemplo de ello, son los casos *Sea Containers vs. Stena Sealin*, en Europa, o el caso *Otter Tail Power & Co vs. Estados Unidos*<sup>150</sup>.

#### 4.2.2. Requisitos

Los requisitos exigidos por la doctrina para que proceda la teoría de las instalaciones esenciales son distintos a nivel de derecho comparado. Así, por ejemplo, las exigencias presentes en la doctrina y jurisprudencia estadounidense<sup>151</sup> se distinguen de las esgrimidas por el sistema europeo<sup>152</sup>. Sin perjuicio de la diferencia cuantitativa existente, en general, ambos sistemas exigen los mismos elementos sustanciales para su procedencia<sup>153</sup>. Ahora bien, dentro del contexto nacional, la doctrina y la jurisprudencia han contemplado cuatro requisitos copulativos para la presencia de una facilidad o instalación esencial:

(1) *Control de una instalación por un monopolista*<sup>154-155</sup>: el primer requisito exige dos elementos. Por un lado, la presencia de un monopolista estructural<sup>156</sup> y, por otro lado, la presencia de una instalación. El término “instalación” ha sido ampliamente discutido a nivel de derecho comparado. Sin embargo, la posición más acertada sobre esto último, y sin duda una de las más particulares, es aquella formulada por Frischmann y Weber Waller, quienes han entendido el término “instalación” como una clase de “infraestructura” que posee recursos cuyo acceso

---

<sup>150</sup> *Ibíd.* p. 407.

<sup>151</sup> El sistema estadounidense exige cuatro elementos para la procedencia de la teoría de las facilidades esenciales: (a) la facilidad debe ser controlada por un monopolista, (b) las empresas competidores deben encontrarse imposibilitadas de reproducir la facilidad, (c) el monopolista debe negar el acceso a la facilidad, y (d) debe ser posible por el monopolista proveer acceso a la facilidad.

<sup>152</sup> El sistema europeo exige tres elementos para la procedencia de la teoría de las facilidades esenciales: (a) la facilidad o infraestructura debe ser necesaria para complementar una actividad económica que se encuentra en un diferente mercado, pero conexo al mercado que se encuentra la facilidad, (b) las empresas competidoras deben verse imposibilitadas de duplicar la facilidad, y (c) el acceso a la facilidad debe ser necesario para competir en un mercado conexo.

<sup>153</sup> Mats A. Berman. *Ob. Cit.* pp. 407-409.

<sup>154</sup> Ugarte Soto. *Ob. Cit.* p. 240.

<sup>155</sup> Este requisito ha sido reconocido por la jurisprudencia del TDLC en las sentencias N° 88/2009 considerando quincuagésimo noveno, N° 129/2013 considerando undécimo, y N° 124/2012.

<sup>156</sup> El término “monopolista estructural” ha sido definido por el profesor Domingo Valdés como: “[e]l monopolio y al monopsonio puros, al monopolio y al monopsonio parciales, a todas las formas de oligopolio y oligopsonio, y lo que es fundamental, sea que tales estructuras constituyan ilícitos o no” (Domingo Valdés. *Ob. Cit.* pp. 64-65).

público común la sociedad valora<sup>157</sup>. En este sentido, ambos autores explican que no todas las infraestructuras deben ser accesibles al público, sino solamente aquellas cuyo acceso la sociedad valore especialmente.

Para distinguir cuáles infraestructuras deben tener acceso abierto, Frischmann y Weber Waller sostienen que las instalaciones que satisfagan los siguientes criterios de la demanda deben ser considerados una facilidad esencial:

1. El recurso debe ser consumido de forma no competitiva<sup>158</sup>: este requisito ha sido entendido como una exigencia de que la infraestructura debe ostentar una naturaleza compartida, esto es, que el recurso tenga acceso y pueda ser utilizado por múltiples usuarios al mismo tiempo.
2. La demanda social del recurso debe ser impulsada principalmente por la actividad productiva corriente *aguas abajo* que necesita el recurso como insumo<sup>159</sup>: esta condición se refiere a la circunstancia de que la infraestructura debe generar productos intermedios que produzcan un valor social cuando es utilizada por determinadas empresas que se encuentran en el mercado *aguas abajo*.
3. El recurso debe ser utilizado como un insumo para una amplia gama de bienes y servicios, incluyendo bienes privados, bienes públicos y/o alimentos no comerciales<sup>160</sup>.

En definitiva, ambos autores concluyen que, desde una perspectiva económica, lo más relevante de una instalación esencial son los beneficios sociales que genera la infraestructura para aquellos consumidores que se encuentran en los mercados *aguas abajo*. De hecho, los requisitos señalados *supra* van justamente en ese sentido.

---

<sup>157</sup> Pedro Rencoret, “La Doctrina de las Facilidades Esenciales ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” (Universidad de Chile, 2010). p. 46.

<sup>158</sup> Brett Frischmann y Spencer Weber Waller, “Revitalizing Essential Facilities”, *Antitrust Law Journal* 75, n° 1 (2008): 1–65. p. 12.

<sup>159</sup> *Ibíd.* p. 12.

<sup>160</sup> *Ibíd.* p. 12.

(2) *Carácter imprescindible y necesario de la instalación para el suministro de bienes o servicios en mercados relevantes o conexos*<sup>161-162</sup>: el segundo requisito exige que la instalación en cuestión sea “imprescindible” y “necesaria” para algún competidor que desee rivalizar en el mercado en que ostenta posición dominante el agente que es dueño de esta instalación, o en algún mercado conexo. A propósito de este requisito ha sido elemento de debate dentro del derecho comparado el adjetivo “imprescindible” y “necesario”.

Sobre el particular, estimamos que una instalación será imprescindible cuando sea “indispensable”<sup>163</sup> o “difícil de ser duplicada”<sup>164</sup> por parte de un agente de mercado que quiere competir en el mercado en que ostenta posición dominante el dueño de la instalación, o en algún mercado conexo. Es importante señalar que la exigencia de la dificultad de duplicación no puede ser vista de manera absoluta pues todas las facilidades pueden ser en alguna medida duplicadas<sup>165</sup>. Así las cosas, esta exigencia debe ser vista en términos económicos, legales, o técnicos.

Una instalación será difícilmente duplicable en términos económicos cuando: “[l]a demanda esperada para la nueva facilidad pueda fallar en la generación de retornos razonables, desde el punto de vista de un razonable inversor”<sup>166</sup>. Este razonamiento también ha sido acogido por la jurisprudencia europea. Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia Europeo (en adelante “TJEU”) en el caso C-7/97 señaló que: “Para que dicho acceso pueda considerarse indispensable, sería necesario, por lo menos, establecer (...) que no es económicamente viable crear una segunda empresa para la distribución de periódicos diarios con una circulación comparable a la de los diarios distribuidos actualmente”<sup>167</sup> (Véase también el caso C-418/01, y T-201/04 de la TJEU).

---

<sup>161</sup> Ugarte Soto. Ob. Cit. p. 241.

<sup>162</sup> *Ibíd.* p. 254.

*“Un mercado conexo es aquel en donde una empresa con posición dominante en un mercado relevante, aprovechándose de su posición de preeminencia, ejerce efectos en otros mercados relacionados, configurando así su actuar abusivo”.*

<sup>163</sup> *Ibíd.* p. 241.

<sup>164</sup> *Ibíd.* p. 241.

<sup>165</sup> Pedro Rencoret. Ob. Cit. p. 63.

<sup>166</sup> *Ibíd.* p. 64.

<sup>167</sup> Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG vs. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. (Court of Justice 1998). Párrafo 46.

[Traducción propia. El original señala que: “For such access to be capable of being regarded as indispensable, it would be necessary at the very least to establish (...) that it is not economically viable to create a second home-delivery scheme for the distribution of daily newspapers with a circulation comparable to that of the daily newspapers distributed by the existing scheme”].

Por otro lado, la instalación será difícilmente duplicable en términos legales en dos situaciones. La primera sería el caso en que una norma establezca un sistema de autorizaciones entregadas por el Estado que solamente permita que un privado pueda proveer un determinado servicio. El segundo sería la situación de una determinada norma que constituya un marco regulatorio que haga rentablemente imposible una inversión en una determinada área.

Por último, una facilidad será difícilmente duplicable en términos técnicos cuando existan determinados impedimentos técnicos que hagan sumamente difícil la reproducción de la instalación. Como, por ejemplo, el caso en que una empresa no pueda reproducir una determinada tecnología que sea esencial para el funcionamiento de su negocio.

Respecto de la exigencia de que una instalación sea “necesaria”, esta aptitud debe ser reconducida a que una facilidad no sea fácilmente sustituible por otro factor<sup>168</sup>. Así también lo ha dispuesto la jurisprudencia nacional argumentando que: “[d]icho insumo es indispensable para participar en el mercado ‘aguas abajo’ y porque no existe un sustituto a precio razonable para este servicio”<sup>169</sup>.

(3) *El monopolista debe negar el acceso a un competidor*<sup>170</sup> (*refusal to deal*): el tercer requisito exige que el monopolista, dueño de la infraestructura, niegue acceso a un agente económico en el uso de la instalación esencial. Esta negativa puede ser: (a.1) de manera absoluta: impidiendo todo acceso a la instalación, (a.2) de manera relativa: estableciendo condiciones irracionales para el competidor que busca acceso<sup>171</sup>; (b.1) de forma permanente: siempre negando el acceso a la instalación, (b.2) de forma discontinua: interrumpiendo la relación comercial existente (b.2)<sup>172</sup>; (c.1) de forma unilateral: solamente una empresa niega acceso a la instalación, y (c.2) de forma concertada: donde una serie de agentes económicos obstaculizan el acceso a la facilidad<sup>173</sup>.

---

<sup>168</sup> Mats A. Bergman. Ob. Cit. p. 418.

<sup>169</sup> Sentencia N° 88/2009 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2009). Considerando Trigésimo Sexto.

<sup>170</sup> Frischmann y Weber Waller. Ob. Cit. 6.

<sup>171</sup> Pedro Rencoret. Ob. Cit. p. 76.

<sup>172</sup> *Ibíd.* p. 78.

<sup>173</sup> *Ibíd.* p. 77.



(4) *Debe ser posible por el monopolista garantizar acceso*<sup>174</sup>: por último, y como cuarto requisito, es necesario que el titular de la infraestructura tenga la posibilidad real y efectiva de dar acceso a un agente económico a la instalación esencial<sup>175</sup>. En ese sentido, esta condición debe ser reconducida al hecho de que no deben existir restricciones técnicas o falta de capacidad por parte del monopolista para dar acceso a la instalación esencial<sup>176</sup>. Conforme a lo anterior, podría ser un argumento válido el hecho de que a una empresa le resulte sumamente costoso y poco rentable el acceso a su infraestructura por parte de otro competidor.

Habiendo visto el concepto y principales requisitos que exige la doctrina de las “facilidades esenciales”, se estudiará a continuación un elemento propio de la normativa de libre competencia, esto es, “las barreras a la entrada y a la salida”. La razón de ello es que las “barreras a la entrada y a la salida” son factores que se manifiestan de forma distinta en los mercados de nuevas tecnologías y Economías Colaborativas en contraste con los mercados convencionales, tal como se verá en las páginas que siguen.

### **4.3. BARRERAS A LA ENTRADA Y A LA SALIDA**

#### **4.3.1. Concepto**

Desde una perspectiva de la libre competencia, las barreras a la entrada pueden ser definidas como aquellas que implican un costo que retrasa la entrada de un competidor y que reduce el bienestar social<sup>177</sup>. En ese mismo sentido apunta la definición de Jow Bain que define las barreras a la entrada como: “[c]ualquier factor que permita a las empresas que ya están en un mercado relevante obtener ganancias más altas de lo normal, y que simultáneamente disuaden a otras

---

<sup>174</sup> Brett Frischmann y Spencer Weber Waller. Ob. Cit. p. 6.

<sup>175</sup> Ugarte Soto. Ob. Cit. p. 246.

<sup>176</sup> Nicole Nehme y Paulo Montt, “Conductas Exclutorias y Libre Competencia: el caso de la negativa de venta en presencia de instalaciones esenciales”, *Revista Anales Derecho UC. Temas de libre competencia*, 2009, 11–35. p. 34.

<sup>177</sup> R. Preston McAfee, Hugo M. Mialon, y Michael A. Williams, “What Is a Barrier to Entry?”, *The American Economic Review* 94, n° 2 (2004): 461–65. p. 463.

[Traducción propia. El original señala que: “An antitrust barrier to entry is a cost that delays entry and thereby reduces social welfare to immediate but equally costly entry”].

*empresas de entrar y competir*”<sup>178</sup>. Así también lo ha definido la doctrina nacional como la situación en que existen: “[c]ostos considerablemente más elevados que los que normalmente cualquier competidor debe asumir para ingresar a un determinado mercado relevante”<sup>179</sup>.

#### 4.3.2. Clasificaciones

Las barreras a la entrada, pueden a su vez, ser clasificadas de dos maneras. Por un lado, según el tipo de barrera a la entrada impuesta por el agente económico con poder de mercado. Y, por otro lado, en base al carácter accesorio o principal de la barrera.

Sobre la primera clasificación, las barreras a la entrada pueden ser: (1) naturales: aquellas que se concretizan en altos costos fijos<sup>180</sup> lo que provoca que, en términos de eficiencia económica, resulte más óptimo que exista solo un agente económico proveyendo un producto o servicio a que se presenten dos o más empresas compitiendo<sup>181</sup>, (2) legales: aquellas que implican cualquier regla, restricción, o condición establecida por el gobierno que dificulta la entrada o la operación en un mercado<sup>182</sup>, y (3) artificiales: aquellas estrategias que disuaden la entrada a un mercado, las cuales pueden ser intencionalmente creadas o mejoradas para un propósito en particular<sup>183</sup>.

Sobre la segunda clasificación, las barreras a la entrada pueden ser: (1) primarias: implican un costo que constituye por sí mismo una barrera a la entrada o a la salida<sup>184</sup>, y (2) accesorias: no son por sí mismas una barrera económica pero refuerzan otras barreras a la entrada y a la salida presentes en un mercado determinado<sup>185</sup>.

---

<sup>178</sup> Daniel E. Lazaroff, “Entry Barriers and Contemporary Antitrust Litigation”, *UC Davis Business Law Journal* 7 (2007 de 2006): 1–54. p. 2.

<sup>179</sup> Domingo Valdés. Ob. Cit. p. 447.

<sup>180</sup> Alison Jones y Brenda Sufrin. Ob. Cit. p. 89.

<sup>181</sup> El típico ejemplo de un mercado que posee barreras a la entrada naturales es el mercado de cañerías de agua donde producto de los enormes costos fijos, resulta económicamente más viable que este servicio lo provea una sola empresa, que varios agentes económicos. Otros ejemplos de estos mercados son las carreteras, y el espectro radioeléctrico.

<sup>182</sup> Alison Jones y Brenda Sufrin. Ob. Cit. p. 90.

<sup>183</sup> *Ibíd.* p. 91.

[Traducción propia. El original señala que: “[t]hat strategies which deter entry may be intentionally created or enhanced for that purpose”.

<sup>184</sup> R. Preston McAfee, Hugo M. Mialon, y Michael A. Williams. OpOb. Cit. p. 463.

<sup>185</sup> *Ibíd.* p. 463.

<sup>185</sup> *Ibíd.* p. 463.

## CAPÍTULO 5. EL CASO UBER VS. URBANHAIL

Como se señaló en la introducción, UrbanHail nació producto de un proyecto semestral del programa de MBA (*Master of Business Administration*) de la Universidad de Harvard. En términos generales, UrbanHail consiste en una aplicación de telefonía móvil que permite al usuario encontrar el precio más económico, para un momento y un trayecto en específico, considerando distintos servicios competidores de transporte tales como Uber, Cabify, Lyft, y taxis básicos<sup>186</sup>. De esta manera, y tal como anteriormente se señaló, la aplicación mencionada actúa como un *metabuscador* reduciendo los costos de transacción del usuario.

Producto del carácter de *metabuscador* de UrbanHail para su *modus operandi* es imprescindible que la aplicación móvil acceda a las bases de datos de todos los servicios anteriormente nombrados. En ese sentido, el funcionamiento y la existencia de UrbanHail se encuentra condicionado al acceso a la información que estén dispuestos a entregar Uber, Cabify, Lyft, y taxis. Sin embargo, al poco andar del funcionamiento de este *metabuscador*, el *Developer Experience Lead* de Uber, Chris Messina, se contactó con sus creadores para indicarles que la aplicación en cuestión vulneraba el API de Uber<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> Benjamin Edelman. How Uber Uses API. Ob. Cit. p. 3.

<sup>187</sup> Chris Mesina les envió directamente una carta a los programadores de UrbanHail que señalaba que: “*Hola chicos, mi nombre es Chris Messina y como Desarrollador de Experiencia de Uber quisimos felicitarlos por su nueva invención ya que nos encanta ver a la gente innovadoras en el espacio de tránsito, pero queríamos hacerle saber que el uso de nuestro API se encuentra en violación de la sección II B de nuestras condiciones de uso. Estamos más que felices de que puedan continuar el desarrollo de su aplicación, pero pedimos que se quite cualquier característica de la lista de precios de Uber junto a nuestros competidores. Por favor, háganos saber si usted tiene alguna pregunta. ¡Gracias!*” (Benjamin Edelman. How Uber Uses API. Ob. Cit. p. 3).

[Traducción propia. El original señala que: “*Hey guys, mi name is Chris Messina an I run Developer Experience for Uber. Chris Saad [CC’ed] is the PM of the API.*

*We wanted to congratulate on your recent press as we love seeing folks innovating in the transit space, but wanted to let you know that your use of our API is in violation of section II B of our terms of use.*

*We’re more than happy for you to continue developing your app, but ask that you remove any features that list Uber’s pries next to our competitors.*

*Please let us know if you have any questions. Thanks!].*

Ante la negativa de Uber, UrbanHail solamente pudo operar de forma parcial al no poseer las bases de información de todos los servicios de transporte (y en especial el de Uber, que es uno de los principales), con lo cual su valor y eficacia como *metabuscador* se vio reducida<sup>188</sup>.

Dentro de este panorama, y a propósito de la pregunta del ensayo acerca de si sería posible sancionar a Uber en el caso UrbanHail según la regulación de la libre competencia en Chile, puede vislumbrarse que, de entre los dos ilícitos infraccionales nombrados en el Capítulo 4, el ilícito anticompetitivo que potencialmente podría estar ejecutando Uber sería uno de naturaleza exclusiva. En efecto, la conducta que supone el abuso de posición dominante explotativo no se cumple en el caso pues ella no buscaría sacar provecho de alguna renta monopólica. Dicho de otro modo, no habría existido, entendemos, por parte de Uber la imposición de precios supracompetitivos, cláusulas abusivas, contratos atados, precios discriminatorios (versión explotativa) o alguna otra conducta destinada a extraer rentas de contrapartes.

Ahora bien, esta afirmación en ningún caso persigue señalar que lo que hizo Uber fue necesariamente una conducta exclusiva, pues hasta el momento no se ha analizado en este ensayo si Uber ostenta o no posición dominante en un mercado relevante previamente definido. Asimismo, tampoco se ha analizado si dicha actuación tuvo por objeto preservar su posición dominante –de existir ella– y si ella tuvo la aptitud objetiva de producir o no un daño anticompetitivo carente de justificación económica. Sin embargo, por las razones explicadas, sí es razonable excluir la hipótesis de abuso explotativo.

Dentro de este contexto, y en los párrafos que siguen, se intentará responder a la interrogante de si la conducta de Uber en relación con UrbanHail sería posible de sancionar como una conducta de abuso exclusiva, según la normativa chilena. Es por lo anterior, que se deberá

---

<sup>188</sup> Actualmente la página de internet de UrbanHail señala que: “Estimados usuarios, Uber ha terminado el acceso a la API de Urbanhail el 31 de mayo. Nosotros previamente habíamos estado utilizando este acceso a la API para mostrar las opciones de paseo Uber en la página de resultados de nuestra aplicación. Estamos trabajando activamente en las soluciones y compartiremos las actualizaciones tan pronto como nos sea posible. ¡Gracias por su paciencia y comprensión!

Sinceramente,  
El equipo urbanhail”.

[Traducción propia. El original señala que: “Dear Users, Uber terminated urbanhail’s API access on May 31st. We had previously been using this API access to display Uber ride options on our app’s results page. We are actively working on solutions and will share updates as soon as we can. Thank you for your patience and understanding!”].

analizar, en primer lugar, si Uber poseería o no poder de mercado, y en segundo lugar, si la conducta descrita tendría o supondría alguna forma de creación de una barrera a la entrada de tipo artificial al mercado conexo. Para lo anterior, primero nos valdremos de dos casos de derecho comparado que podrían tener una aplicación por analogía al caso que nos ocupa (Google AdWords y *Microsoft*), para posteriormente analizar un caso conocido por el TDLC que guarda ciertas similitudes conceptuales con el caso UrbanHail (Voissnet I).



## CAPÍTULO 6. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

### 6.1. JURISPRUDENCIA COMPARADA

#### 6.1.1. Google vs. EEUU

Como se señaló *supra* los elementos necesarios para la presencia de un mercado de dos lados son: (1) que existan dos o más lados dentro de un mercado, (2) que haya presencia de externalidades o efectos de red, y (3) que exista una estructura de precios. Estos elementos también se presentan en el caso Google por lo que perfectamente puede ser caracterizado como un mercado de dos lados pues existen: (1) dos lados del mercado compuestos por avisadores y usuarios, (2) existencia de externalidades de red que se materializan en que el publicista valorará más Google, siempre y cuando, existan más usuarios dispuestos a utilizar el buscador, y (3) una estructura de precios donde, por un lado, se le carga al avisador un determinado precio por la publicidad, y por otro lado, no se le carga al usuario la búsqueda de información.

Para el funcionamiento del lado de los avisadores Google utiliza el programa Google AdWords<sup>189</sup>, el cual rige su actividad por el documento “*Google’s AdWords API Terms & Conditions*”. La complejidad de dicho documento surgió a propósito de la preocupación por parte de la Federal Trade Commission (en adelante “FTC”), organismo administrativo encargado de velar por la libre competencia en EEUU, de una cláusula que establecía obstáculos para el uso interrelacionado de datos por parte de los avisadores que decía lo siguiente<sup>190</sup>:

*“Cualquier información recogida desde un campo de entrada utilizado para recoger datos del AdWords API Campaign Management Data sólo deberá utilizarse para gestionar e informar bajo cuentas AdWords. Del mismo modo, cualquier información o datos utilizados como AdWords API Campaign*

---

<sup>189</sup> En línea: < [http://google.cl/adwords/?channel=ha&sourceid=awo&subid=cl-es-ha-aw-bhrh&gclid=CLmO8934wdACFQwHkQod8\\_MAQQ](http://google.cl/adwords/?channel=ha&sourceid=awo&subid=cl-es-ha-aw-bhrh&gclid=CLmO8934wdACFQwHkQod8_MAQQ)> [Última fecha de consulta: 24 de noviembre].

Google AdWords: “Permita que los clientes vean su empresa mientras buscan lo que ofrece en Google. Además, sólo se le cobrará cuando hagan clic en su anuncio para visitar su sitio web o llamarlo”.

<sup>190</sup> Benjamin Edelman, “PPC Platform Competition and Google’s ‘May Not Copy’ Restriction”, 2008, <http://www.benedelman.org/news/062708-1.html>, p. 1.

*Mangement Data deben haber sido recogidos de un campo de entrada que solamente se conecte a AdWords API Campaign Mangement Data. Por ejemplo, el cliente de AdWords no podrá ofrecer una funcionalidad que copie datos de una cuenta que no es AdWords a una cuenta que es AdWords o desde una cuenta de AdWords a una cuenta que no sea AdWords*<sup>191</sup> (los destacados son nuestros).

Según la FTC, el problema de esta cláusula es que funcionaba como un obstáculo para que los avisadores exportaran datos desde cuentas “Google AdWords” a cuentas que no eran “Google AdWords” ya que no permitía un uso interrelacionado de datos. Lo anterior tenía por objeto mantener a Google en una posición relevante<sup>192</sup> porque con esta conducta les iba a costar mucho más a los avisadores utilizar publicidad en otros buscadores como, por ejemplo, Yahoo o adCenter<sup>193-194</sup>. Teniendo lo anterior en consideración, la restricción de información ocasionaba tres problemas.

En primer lugar, producía mayores costos para los avisadores porque la importación de información de Google AdWords a Yahoo o adCenter implicaba un proceso bastante largo y costoso<sup>195</sup>. En segundo lugar, la restricción impuesta por Google era propicia para la existencia de errores ya que, para que dos avisos publicitarios fueran idénticos en dos buscadores distintos, era necesario hacerlo manualmente porque no existía la posibilidad de que un cambio en la interfaz de Google fuera replicado automáticamente a otro buscador por las restricciones de API<sup>196</sup>. Por último y, en tercer lugar, la restricción era compleja puesto que los avisadores no tenían muchos incentivos para utilizar otras plataformas de búsqueda de información que no

---

<sup>191</sup> *Ibíd.* p. 1.

[Traducción propia. El original señala que: “Any information collected from an input field used to collect AdWords API Campaign Management Data may be used only to manage and report on AdWords accounts. Similarly, any information or data used as AdWords API Campaign Management Data must have been collected from an input field used only to collect AdWords API Campaign Management Data. For example, the AdWords API Client may not offer a functionality that copies data from a non-AdWords account into an AdWords account or from an AdWords account to a non-AdWords account”].

<sup>192</sup> Se utiliza el término “posición relevante” en un sentido económico. Preferimos no utilizar el término “posición dominante” porque hasta el momento no hemos dilucidado si Google tiene o no poder de mercado para efectos del caso.

<sup>193</sup> Benjamin Edelman. PPC Platform Competition. Ob. Cit. p. 2.

<sup>194</sup> Yahoo y AdCenter son buscadores de Internet al igual que Google.

<sup>195</sup> Benjamin Edelman. PPC Platform Competition. Ob. Cit. p. 2.

<sup>196</sup> *Ibíd.* p. 2.



fuese Google en atención a que este último era el buscador más utilizado<sup>197</sup>. Lo anterior tuvo como consecuencia que: (1) se redujera la cobertura de buscadores para los avisadores<sup>198</sup>, y (2) se redujera la percepción de ingresos de estos últimos<sup>199</sup>.

Sin perjuicio de que no se haya iniciado una investigación por parte de la FTC, existieron preocupaciones por parte de dicho organismo respecto de esta clase de conductas. Lo anterior llevó a una serie de negociaciones que finalmente desembocaron en que, en diciembre del año 2012, Google decidiera enviar una carta comprometiéndose a hacer dos cosas. En primer lugar, a eliminar la cláusula que obstaculizaba el uso interrelacionado de datos del documento *Google's AdWords API Terms & Conditions*<sup>200</sup>. Y, en segundo lugar, se comprometió a otorgar a los proveedores la posibilidad de mantener su contenido fuera de las propiedades verticales de Google<sup>201</sup>, pero seguir apareciendo en las búsquedas orgánicas o generales de la plataforma<sup>202</sup>. En otras palabras, el proveedor podía no aparecer en Google Scholar, por ejemplo, pero seguir apareciendo en la búsqueda general que provee Google a sus usuarios.

### 6.1.2. Microsoft vs. EEUU<sup>203</sup>

Lo que se denominó el “caso Microsoft” empezó el 18 de mayo de 1998, cuando el Departamento de Justicia de Estados Unidos (en adelante “DJEU”), 20 Estados de ese país y el Distrito de Columbia, demandaron a Microsoft por una serie de conductas anticompetitivas que supuestamente violaban la sección 1 y 2 de la ley Sherman<sup>204</sup>.

---

<sup>197</sup> *Ibíd.* p. 2.

<sup>198</sup> *Ibíd.* p. 2.

<sup>199</sup> *Ibíd.* p. 2.

<sup>200</sup>

<[https://www.ftc.gov/system/files/documents/closing\\_letters/google-inc./130103googleletterchairmanleibowitz.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/closing_letters/google-inc./130103googleletterchairmanleibowitz.pdf)> [Última fecha de consulta: 18 de marzo de 2017].

<sup>201</sup> Las propiedades verticales de Google son aquellas aplicaciones que también competían con las empresas que utilizaban Google AdWords, tales como aquellas aplicaciones de Google que se dedicaban a la venta y viaje como Google Local y Google Shopping.

<sup>202</sup> <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>> [Última fecha de consulta: 18 de marzo de 2017].

<sup>203</sup> Case 98-1232 United States vs. Microsoft (Federal District Court 2000).

<sup>204</sup> La sección 2 de la ley Sherman señala que: “Cualquier persona que se monopolice, o intente monopolizarse, o combine o conspire con otra persona o personas para monopolizar alguna parte del intercambio del comercio de los Estados de los Estados Unidos, o de algún Estado extranjero, será declarado culpable de delito, y condenado a una multa que no excederá los US\$10.000.000 en caso de ser una corporación, y en el caso de ser una persona natural la multa será de US\$350.000 o prisión que no excederá tres años, o ambas penas, dependiendo de la decisión de la Corte”.

Antes de entrar en el análisis del caso, es necesario realizar una consideración respecto al funcionamiento de los sistemas operativos. Dichas plataformas actúan como un mercado de dos lados donde participan simultáneamente los usuarios de sistemas operativos y los desarrolladores de aplicaciones. Conforme a lo anterior, los mercados de sistemas operativos se caracterizan por poseer externalidades o efectos de red indirectos puesto que los clientes valorarán más el sistema operativo en la medida que cuente con aplicaciones y, viceversa, a los programadores de aplicaciones les será más conveniente el sistema operativo cuando cuente con más usuarios que lo utilicen. Esto último trae a la palestra un problema que ya se había esbozado anteriormente, esto es, el problema del “huevo y de la gallina”<sup>205</sup>.

Al momento del juicio, Microsoft tenía un sistema operativo que contaba con la mayoría de las aplicaciones informáticas en relación a otros sistemas operativos. Lo anterior resultaba relevante para el análisis de libre competencia del caso, puesto que dicha característica se erigía como una barrera a la entrada que dificultaba el acceso de otros competidores, al no contar éstos con un número suficiente de aplicaciones disponibles que les permitiera ser un producto atractivo para los consumidores <sup>206</sup>. Las barreras a la entrada, enunciadas, posteriormente, fueron denominadas por la literatura comparada como las “*applications barrier to entry*” (en adelante ABE)<sup>207</sup>.

Ahora bien, y revisando el análisis de fondo del “caso Microsoft”, el eje central de este último fue el hecho de que el navegador de Internet, *Netscape*, había creado un lenguaje de programación denominado *Java*, el cual permitía que los programadores pudieran diseñar aplicaciones que fueran compatibles con uno o más sistemas operativos, sin la necesidad de un puerto adicional<sup>208</sup>.

Este hecho resultaba complejo para Microsoft porque incrementaba la posibilidad de entrada o expansión de otros sistemas operativos, amenazando con ello la posición dominante de Microsoft. Agravaba lo anterior el hecho de que existía la posibilidad de que la creación de *Java*

---

<sup>205</sup> Véase el Capítulo 2 del presente ensayo.

<sup>206</sup> Eleanor M. Fox y Daniel A. Crane, *Antitrust Stories* (New York: Foundation Press, 2007). p. 292.

<sup>207</sup> *Ibíd.* p. 292.

<sup>208</sup> *Ibíd.* p. 292.

podiera permitir a los desarrolladores de aplicaciones informáticas utilizar sus aplicaciones directamente en el navegador *Netscape*, lo que reducía costos de transacción.

Según el DJEU, el escenario anterior llevó a Microsoft a realizar conductas anticompetitivas en el mercado conexo de buscadores de Internet con el objeto de perjudicar a Netscape en el desarrollo del lenguaje programático de *Java* para proteger su posición de dominio en el mercado de sistemas operativos<sup>209</sup>. Las conductas imputadas fueron las siguientes: (1) acuerdos restrictivos de licencia con los fabricantes de computadores que limitaban la reconfiguración o modificación de Windows 95 y Windows 98 para no habilitar el uso del navegador de Netscape, (2) convenios limitados con proveedores de servicios de Internet, (3) acuerdos de licencia con sistemas operativos, (4) eliminación de la posibilidad de remover el buscador Internet Explorer (navegador desarrollado por Microsoft) de computadores, (5) acuerdos con Apple e Intel que disminuían la utilización del navegador de Netscape en el Mac OS, y mezclas de buscadores y no buscadores de archivos en *Windows*<sup>210</sup>.

El 3 de abril del año 2000, la Corte del Distrito de Columbia acogió la demanda interpuesta por el DJEU señalando que Microsoft había violado la sección 1 y 2 de la ley Sherman al pretender mantener su posición de dominio en el mercado de los sistemas operativos, pretender monopolizar el mercado conexo de buscadores de Internet, y atar productos entre el sistema operativo de Microsoft y el buscador *Internet Explorer*<sup>211</sup>. Lo anterior condujo a que el Tribunal adoptara las siguientes medidas de mitigación para contrarrestar las conductas anticompetitivas de Microsoft: (1) limitación al uso de contratos exclusivos por parte de Microsoft, (2) restricción del uso de Microsoft en el “escritorio” de los computadores, y (3) división forzosa de la empresa en una compañía operadora y una compañía de aplicaciones<sup>212</sup>.

Dicha sentencia fue posteriormente apelada por Microsoft. En esa segunda instancia, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia optó por: (1) revertir la decisión del juez de primera instancia en cuanto a la conducta de abuso de poder de mercado de Microsoft en el mercado de buscadores de Internet, y (2) remitir nuevamente a la Corte de primera instancia la revisión de

---

<sup>209</sup> *Ibíd.* p. 293.

<sup>210</sup> *Ibíd.* p. 301.

<sup>211</sup> *Ibíd.* p. 293.

<sup>212</sup> *Ibíd.* p. 293.

la conducta de productos atados (Internet Explorer y de Microsoft). Sin perjuicio de ello, la Corte de Apelaciones confirmó la decisión de primera instancia en cuanto a que Microsoft sí tenía una posición de dominio en el mercado de sistemas operativos y confirmó que la gran mayoría de las conductas imputadas por el DJEU eran ilegales a la luz de la normativa de la libre competencia<sup>213</sup>.

Finalmente, y nuevamente en primera instancia, un nuevo Tribunal facilitó un acuerdo entre el DJEU y Microsoft que se estructuraba en tres pilares fundamentales. En primer lugar, Microsoft se comprometió a prevenir la exclusión de rivales en el canal de fabricación de computadores, prohibiendo las restricciones de licencia. En segundo lugar, Microsoft se comprometió a mantener abierto el canal de proveedores de servicios de Internet. Y, en tercer lugar, se estableció una serie de medidas de *compliance* que permitían que dicho acuerdo se materializara<sup>214</sup>.

## **6.2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA**

### **6.2.1. Google Adwords vs. UrbanHail**

#### *6.2.1.1. Mercado relevante*

El mercado relevante del producto dice relación con los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables entre sí<sup>215</sup>. Tal como se señaló anteriormente, la doctrina nacional, para distinguir cuáles servicios o productos son sustituibles para los consumidores, ha establecido los siguientes criterios: (1) diferencias de precio, (2) función o uso de los productos, (3) características físicas o técnicas del bien o servicio, (4) tiempo y costos de cambio de producto o área, y (5) canales a través de los cuales los productos llegan a sus clientes.

---

<sup>213</sup> *Ibíd.* p. 294.

<sup>214</sup> *Ibíd.* p. 294.

<sup>215</sup> Ugarte Soto. *Ob. Cit.* p. 252.

Teniendo lo anterior en cuenta, en el caso UrbanHail la posible conducta anticompetitiva afecta dos mercados, esto es, aquel conformado por los mercados de “aplicaciones móviles de transporte” y aquel conformado por los “metabuscadores de transporte”. La conducta de Uber no habría generado efectos anticompetitivos en el mercado principal, sino que en el mercado secundario o conexo<sup>216</sup>.

Se restringirá el mercado relevante a las “aplicaciones móviles de transporte” por las condiciones y características particulares que ofrecen las plataformas de Uber, Cabify, y Lyft. A saber: (1) funcionamiento como Economías Colaborativas, (2) precio del servicio, y (3) condiciones distintivas. Es en razón de lo anterior, que no se considerarán como parte del mercado relevante los servicios de taxis tradicionales, puesto que no son parte de este nuevo modelo económico, poseen precios que son particularmente disímiles a los ofrecidos por estas nuevas plataformas, y porque las condiciones de Uber, Cabify y Lyft son especialmente diferentes a la de los taxis tradicionales en aspectos tales como: planificación de rutas, identificación del conductor, estimación de tarifas, entre otros.

Cabe resaltar, que el TJEU, durante el año 2017 no concordó con lo señalado anteriormente, argumentando que tanto los taxis como Uber eran considerados “servicios de transporte”. El argumento principal del tribunal europeo fue atacar directamente la naturaleza jurídica de Uber como Economía Colaborativa, concluyendo que el actuar de Uber no tenía por objeto solamente conectar a un transportista con un pasajero sino que también tenía ciertas características inherentes que lo transformaban en un servicio de transporte v.gr. precio máximo de la carrera, control sobre la calidad de los vehículos, y control sobre la idoneidad y comportamiento de conductores<sup>217</sup>.

Dicha posición es en nuestra opinión discutible, porque estimamos que Uber no entrega un servicio de transporte puesto que: (1) no es propietario de los automóviles que se encuentran bajo el marco de la aplicación, (2) establece simplemente un estándar mínimo para que funcione la interacción, y (3) tampoco controla el comportamiento de los conductores al no exigir un

---

<sup>216</sup> El profesor Ugarte Soto define los mercados conexos como aquellos en que: “[u]na empresa con posición dominante en un mercado relevante, aprovechándose de su posición de preeminencia, ejerce efectos en otros mercados relacionados, configurando así su actuar abusivo” (Ugarte Soto. Ob. Cit. p. 254).

<sup>217</sup> Caso C-434/15 (Tribunal de Justicia Europeo 2017). Considerando 39.

horario de trabajo y similares, sino que, nuevamente, solamente establece un estándar mínimo de convivencia. Sin perjuicio de los argumentos anteriores, la razón más fuerte para considerar que Uber no es un servicio de transporte es el hecho de que los mismos motivos utilizados por la Corte se podrían usar extensivamente para otros servicios que, innegablemente, también deberían ser considerados servicios equivalentes a los tradicionales v.gr. Airbnb (servicio de hotelería) y Youtube (servicio de televisión), cuando ello no parece reflejar adecuadamente la realidad.

Asimismo, se restringirá el mercado relevante al mercado de “metabuscadore de transporte” porque solamente los *metabuscadore* que tienen por objeto diferenciar precios entre servicios de transporte y Economías Colaborativas de transporte son los que pueden sustituir las funciones de un usuario promedio que quiere utilizar la aplicación.

En el caso de Google AdWords, para hacer un paralelo que nos parece adecuado, el mercado relevante se encontraría configurado por el mercado de avisadores en buscadores de Internet. Se establecerá dicho marco porque los avisos en otras páginas de Internet no se manifiestan como un sustituto suficiente de los buscadores. Lo anterior se fundamenta en la gran masividad<sup>218</sup> y peculiares características que tienen los navegadores web.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, se advierte que esta delimitación del mercado relevante puede ser sumamente restrictiva producto de lo señalado *supra*<sup>219</sup>. Así las cosas, el factor del “mercado relevante” no es un marco exacto donde se puedan medir las cuotas de mercado en los mercados relacionados con las nuevas tecnologías. Sin embargo, el análisis factual (posición seguida en el presente ensayo) no tiene como presupuesto dicho factor, por lo que se puede prescindir de la delimitación exacta del mercado relevante, sin que ello altere las conclusiones del ensayo.

---

<sup>218</sup> Maurice E. Stucke y Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy* (United Kingdom: Oxford University Press, 2016). pp. 116-117.

<sup>219</sup> Véase el Capítulo 4 del presente ensayo.

#### 6.2.1.2. Posición de dominio

Tanto el caso Google AdWords como el actual caso UrbanHail, se enfocan en mercados cuyos agentes económicos se dedican principalmente al desarrollo de servicios basados en nuevas tecnologías y Economías Colaborativas. Dicho elemento no es baladí o una cuestión meramente académica para el análisis de la libre competencia. Por el contrario, tal como se señaló, en el marco de las nuevas tecnologías, las tradicionales herramientas de que se vale la teoría económica y jurídica para medir el poder de mercado tienen una serie de dificultades para su efectividad. Conforme a ello, el presente ensayo se inclinará por el análisis factual para medir la posición de dominio en los mercados antedichos.

Utilizando dicho marco normativo en los casos Google AdWords y UrbanHail es posible vislumbrar que tanto Google como Uber ostentan una posición de dominio por las siguientes razones.

En primer lugar, en el caso Google AdWords, Google tiene poder de mercado por las siguientes razones: (1) *comportamiento exclusorio exitoso*: imposición de un obstáculo a los clientes de Google AdWords para el uso interrelacionado de datos, (2) *rentabilidad del comportamiento*: es posible suponer que dicho comportamiento era rentable porque solamente cesó una vez que existieron presiones por parte de la FTC, y (3) *daño a la libre competencia*: perjuicio para los clientes que deben utilizar otros buscadores para utilizar publicidad, y perjuicio para los otros buscadores de Internet al tener menos incentivos para utilizar la publicidad proveída por avisadores.

En segundo lugar, en el caso UrbanHail también es posible concluir que Uber tiene una posición de dominio puesto que también se cumplen los presupuestos necesarios que exige el análisis factual: (1) *comportamiento exclusorio exitoso*: bloqueo, en los hechos, de la base de datos de Uber para UrbanHail, (2) *rentabilidad del comportamiento*: es posible suponer que dicho comportamiento es rentable porque no ha implicado una drástica disminución en la cantidad de usuarios que utilizan Uber producto del funcionamiento de Urbanhail, y (3) *daño a la libre competencia*: perjuicio hacia los consumidores que se verían impedidos de utilizar una nueva

aplicación que les permitiría obtener mejor información en el mercado conexo (*metabuscadores* de transporte).

#### 6.2.1.2. Barreras a la entrada y a la salida

Antes de entrar sobre este punto es necesario destacar que parte de la jurisprudencia comparada ha concluido que las barreras a la entrada presentes en los mercados de las nuevas tecnologías son sumamente bajas principalmente porque en estos mercados los usuarios pueden fácilmente cambiarse de una aplicación a otra. En ese sentido, el cambio de plataforma para los usuarios se encontraría solamente “a un click de distancia”<sup>220</sup>. Así, para variar de Google a Yahoo, o de Uber a Cabify, o de Google Plus a Facebook, ello supuestamente implicaría un nulo costo de transacción. En segundo lugar, la jurisprudencia comparada también ha argumentado que las barreras a la entrada serían bajas en estos mercados porque la creación de alguna de estas aplicaciones –en ciertos casos– no requeriría mucho tiempo de trabajo ni de inversión<sup>221</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado por la jurisprudencia comparada, y realizando un análisis más acabado, es posible vislumbrar que en los casos de Google y Uber existen barreras a la entrada, pero distintas a las tradicionalmente admitidas, que se pueden concretizar en otros aspectos que deben ser tenidos en cuenta para un análisis de libre competencia.

#### a. Barreras a la entrada presentes en estos mercados

##### a.1. Externalidades o efectos de red

Las externalidades o efectos de red indirectos –propios de los mercados de dos o más lados– se encuentran presentes en las Economías Colaborativas (*ergo* presentes en los casos de Google y de Uber). Dichas externalidades se materializan como una barrera a la entrada distinta de las tradicionalmente admitidas, que provocan inconvenientes para el ingreso de futuros

---

<sup>220</sup> Maurice E. Stucke y Allen P. Grunes. Ob. Cit. p. 165.

<sup>221</sup> *Ibíd.* p. 159.



competidores al mercado<sup>222</sup>. Las externalidades de red indirectos provocan principalmente (aunque no exclusivamente) dos problemas para futuros competidores.

En primer lugar, existen grandes incentivos para que los usuarios utilicen la aplicación que tiene más participantes al otro lado del mercado. Así, las plataformas como Uber y Google se ven altamente atractivas para sus respectivos clientes producto de la gran cantidad de transportistas y usuarios que respectivamente tienen. En este sentido, producto de los efectos de red indirectos, le será especialmente complejo a un futuro competidor ingresar a dichos mercados.

En segundo lugar, los efectos de red en el caso de las nuevas tecnologías también se erigen como una barrera a la entrada porque permiten mejorar la calidad de un producto al ser utilizado por una mayor cantidad de personas<sup>223</sup>. Los experimentos de ensayo y error de los algoritmos de la aplicación permiten aprender las preferencias de los consumidores entregando el resultado más conveniente para los usuarios<sup>224</sup>.

En el caso Google AdWords la mayor cantidad de usuarios de Google le permite al segundo que su algoritmo prediga de una mejor manera la búsqueda de información de los usuarios. Así lo hacen notar los profesores Maurice Stucke y Allen Grunes que sostienen que: “*Un buscador de Internet no puede leer la mente del usuario. El buscador no sabe si cuando el usuario está escribiendo ‘apple’ y ‘orange’ se está refiriendo a frutas o a la compañía de tecnología*”<sup>225</sup>. Cuando los consumidores escriben ‘apple’ y ‘orange’, el buscador genera rápidamente una opinión sobre la información que el usuario encontrará más útil. *Trial-and-error, o learning-by-doing, significa que una mayor cantidad de búsquedas aumentan la probabilidad del buscador de identificar los resultados relevantes para el usuario en particular*”<sup>226</sup>. Para ilustrar la desventaja que tienen otros buscadores en relación a Google, véase la tabla 2.

---

<sup>222</sup> *Ibíd.* p. 160.

<sup>223</sup> Maurice E. Stucke y Allen P. Grunes. *Ob. Cit.* p. 170.

<sup>224</sup> *Ibíd.* p. 170.

<sup>225</sup> El autor hace referencia a la compañía “Apple” que significa manzana en inglés.

<sup>226</sup> Maurice E. Stucke y Allen P. Grunes. *Ob. Cit.* p. 173.

[Traducción propia. El original señala que: “*A search engine cannot read user's mind. It does not know when the user types apple and orange, whether she is searching for fruit or technology companies. When consumer types orange and apple, the search engine quickly generates an opinion as to that information the user will find most useful. Trial-and-error, or learning-by-doing, means that more searches increase the search engine's likelihood of identifying relevant results*”.

**Tabla 2. Porcentaje de búsqueda de Estados Unidos en buscadores de Internet**

Año	Google	Yahoo!	Bing	Ask	AOL Search
2014	67.4 %	10 %	19.3 %	2 %	1.3 %
2013	67.1 %	11.8 %	16.9 %	2.27 %	1.6 %
2012	66.4 %	12.8 %	15 %	3.2 %	1.7 %
2011	65.6 %	16.1 %	13.1 %	3.4 %	1.6 %
2010	66.1 %	16.7 %	11.2 %	3.7 %	2.3 %
2009	65.6 %	17.5 %	10.3 %	3.8 %	2.8 %
2008	59.8 %	21.3 %	9.4 %	4.7 %	4.8 %
2007	55.2 %	23.5 %	12.3 %	4.7 %	4.4 %
2006	44.2 %	28 %	13.1 %	5.1 %	5.6 %
2005	36.9 %	30.4 %	15.7 %	6.0 %	–

[Fuente: Statistic Brain Research Institute, “Search Engine Market Share”, 9 de enero de 2015, <<http://www.statisticbrain.com/search-engine-market-share/>>].

Al igual que en el caso de Google, Uber también se vale de estas externalidades o efectos de red para que su algoritmo aprenda a conocer con exactitud el precio que están dispuesto a pagar los usuarios de la plataforma.

#### *a.2. Fidelidad y Comodidad de los usuarios*

Otra barrera a la entrada distinta a las tradicionalmente admitidas son los temas de fidelidad o comodidad de los usuarios, propios del análisis que efectúa la corriente denominada economía

de comportamiento<sup>227</sup>, los que también se encuentran presentes en el caso de Google y Uber. En efecto, han existido estudios que han dilucidado que, sin perjuicio de que la competencia se encuentre a “un click de distancia”, en general los usuarios solamente optan por una cantidad reducida de aplicaciones móviles o sitios de Internet, cuestión que se explica porque los consumidores al momento de elegir una aplicación lo hacen más bien por temas de tiempo, y fidelidad<sup>228</sup>. Esto último, también podría constituir una barrera a la entrada en los casos de las nuevas tecnologías, cuando la utilización de la aplicación o del sitio web se produzca por una suerte de costumbre o comodidad más que por un tema de calidad del servicio.

*b. Tipos de barreras a la entrada y a la salida*

Teniendo a la vista lo señalado *supra* es posible observar que tanto el comportamiento de Uber (bloqueo de API al *metabusador*) como el de Google (obstáculos en el uso de su API) se erigen como barreras del mismo tipo. En efecto, ambas barreras son artificiales porque ambos actos son estrategias de mercado levantadas intencionalmente por las empresas con el objeto de dificultar el ingreso o la salida del mercado a nuevos competidores. La obstrucción del API a UrbanHail implica un costo en la entrada de UrbanHail al mercado de los *metabusadores* que se materializará en un funcionamiento parcializado o derechamente en un no funcionamiento del *metabusador* (puesto que su valor se reduce de manera muy importante si carece del servicio más relevante para efectos de su comparación con otros). Asimismo, la conducta de Google de impedir un uso interrelacionado de datos de su API entre los distintos buscadores implica mayores costos para los avisadores de Google de abandonar el mercado compuesto por Google

---

<sup>227</sup> Según Richard Hattwick la economía de comportamiento es: “[u]na reacción contra los supuestos restrictivos de la revolución marginalista. El economista del comportamiento intenta introducir supuestos más ‘realistas’ con respecto al comportamiento de los agentes económicos. La economía del comportamiento intenta utilizar conceptos e ideas de otras ciencias sociales para reemplazar, modificar o enriquecer el actual conjunto de modelos de maximización de utilidades y utilidades utilizados por la economía dominante”. (Richard E. Hattwick, “Behavioral Economics: An Overview”, *Journal of Business and Psychology* 4, n° 2 (1989): 141–54. p. 141).

[Traducción propia. El original señala que: “[a] reaction against the restrictive assumptions of the marginalist revolution. Behavioral economists seek to introduce more ‘realistic’ assumptions regarding the behavior of economic agents. Behavioral economics attempts to use concepts and insights from the other social sciences to replace, modify or enrich the current array of profit and utility maximizing models used by mainstream economics”.

<sup>228</sup> Para un estudio detallado del tema véase: Eric J. Johnson et al., “On the Depth and Dynamics of Online Search Behavior”, *Management Science* 50, n° 3 (2004): 299–308.

y los avisadores <sup>229</sup>. Con todo, cabe señalar, que ambas barreras también son principales porque ambos bloqueos constituyen por sí mismos una barrera económica.

Sin perjuicio de ambas similitudes, es necesario constatar una diferencia relevante en cuanto a la naturaleza de la barrera económica. En el caso de Uber se presenta una barrera a la entrada que obstaculiza el ingreso al mercado de *metabuscadors* a UrbanHail. Sin embargo, en el caso de Google existe una barrera a la salida<sup>230</sup> que implica mayores costos para los avisadores en abandonar el mercado de Google, deviniendo en una barrera a la entrada respecto de los buscadores de web en relación al mercado de avisos publicitarios de Internet.

### *c. Objeto de las barreras a la entrada y a la salida*

Por último, es posible concluir que ambas barreras tienen por objeto restringir el manejo de datos. En efecto, por un lado, Google complejizó el traslado de información de una cuenta Google AdWords a una cuenta que no era Google AdWords. Y, por otro lado, Uber impidió que UrbanHail accediera a su API por medio de su *metabuscadors*.

## **6.2.2. Caso Microsoft vs. UrbanHail**

### *6.2.2.1. Mercado relevante*

En el caso EEUU vs. Microsoft la Corte del distrito de Columbia estimó que el mercado relevante se encontraba conformado por las licencias concedidas en el mundo de sistemas operativos para ordenadores personales compatibles con Intel<sup>231</sup>. Teniendo esto en consideración, la Corte dictaminó que los efectos anticompetitivos realizados por Microsoft tuvieron impacto en el mercado de buscadores de Internet al intentar relegar al navegador Netscape a segundo plano.

---

<sup>229</sup> Véase el Capítulo 6 del presente ensayo para revisar con mayor detalle estos costos.

<sup>230</sup> Las barreras a la salida serán aquellas que implican un costo que demora la salida de un competidor en un mercado y que trae consigo una merma en el bienestar social económico.

<sup>231</sup> Mark Geier, “United States v. Microsoft Corp. Antitrust Case Note”, *Berkeley Technology Law Journal* 16 (2001): 297–322. p. 309.

Por otro lado, y tal como ya se señaló, en el caso UrbanHail, se restringirá el mercado relevante al mercado conexo compuesto por las “aplicaciones móviles de transporte” y los “metabuscadore de transporte” por las razones ya enunciadas.

A partir de ambos casos es posible percatarse de una similitud importante y, es el hecho de que en las dos situaciones planteadas, las conductas exclusorias no tienen repercusiones en el mercado en que ostentan una posición dominante (mercado principal) Uber y Microsoft, sino que en un mercado conexo o secundario. En efecto, en el caso de Uber, la negativa de acceso a su base de datos no tuvo impactos exclusorios en el mercado de servicio de aplicaciones móviles de transporte (mercado principal) sino que en el mercado de *metabuscadore de transporte* (mercado conexo o secundario). De esta misma manera, en el caso de Microsoft, los acuerdos que tenía con distintos actores para perjudicar a Netscape no tuvieron efectos en el mercado de los sistemas operativos (mercado principal) sino que en el mercado de los buscadores de Internet (mercado secundario). Es conforme a lo anterior que, en ambos eventos, el impacto económico se produjo en los llamados mercados conexos.

Los mercados conexos pueden funcionar bajo dos dimensiones: (1) *bajo una lógica horizontal*: situación en que un agente de mercado ejerce su poder de dominio en dos mercados relacionados que se encuentran en el mismo nivel de producción, y (2) *bajo una lógica vertical*: situación en que un misma empresa tiene presencia en procesos ascendentes y descendentes<sup>232</sup>, o “aguas arriba” y “aguas abajo”<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> Ugarte Soto. Ob. Cit. p. 254.

<sup>233</sup> Un ejemplo de un mercado conexo bajo una lógica vertical fue el denominado caso “Teleductos” en Chile donde la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, compañía dedicada al transporte ferroviario de carga y pasajeros, realizó una serie de prácticas anticompetitivas en el mercado de cobros por los atraviesos de la vía férrea que tuvieron repercusiones en el mercado de servicios intermedios de telecomunicaciones. Lo anterior generaba que la conducta anticompetitiva permitía distinguir un mercado “aguas arriba” constituido por la empresa de ferrocarriles, y un mercado “aguas abajo” constituido por los servicios intermedios de telecomunicaciones, quienes necesitaban la infraestructura de las vías férreas para ofrecer sus servicios (Véase la Sentencia N° 76/2008 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2008)).

Otro ejemplo de un mercado aguas arriba y aguas abajo es, por ejemplo, el caso de AFEX que, para prestar sus servicios financieros de giros, remesas, y cambios de moneda, necesita una red de sistema de bancario y de pagos. En este sentido, el mercado “aguas arriba” se encuentra constituido por los bancos y el mercado “aguas abajo” se encuentra constituido por instituciones que prestan dichos negocios financieros (Véase Sentencia N° 129/2013 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2013)).

En el caso UrbanHail es posible notar un mercado conexo de carácter vertical donde el sistema de *metabuscadores* implica un proceso ascendente y descendente que produce que Uber tenga presencia en ambos mercados. A diferencia de ello, en el caso Microsoft, el mercado conexo se manifiesta de forma horizontal donde las conductas anticompetitivas realizadas por la empresa informática tienen lugar en el mercado de sistemas operativos, pero tienen impacto en el mercado relacionado de navegadores de Internet.

#### 6.2.2.2. Posición de dominio

Como ya se señaló *supra*, en el marco de las nuevas tecnologías se seguirá el análisis factual para detectar si un determinado agente de mercado tiene o no una posición de dominio. Bajo este marco conceptual creemos que tanto Microsoft como Uber ostentaban una posición dominante al momento de acontecer los hechos potencialmente anticompetitivos por las siguientes razones.

En primer lugar, en el caso Microsoft es posible observar que se cumplen los siguientes elementos: (1) *comportamiento exclusorio exitoso*: acuerdos restrictivos de licencia con los fabricantes de computadores, convenios limitados con proveedores de servicios de Internet, acuerdos de licencia con sistemas operativos, eliminación de la posibilidad de remover el buscador Internet Explorer de computadores, acuerdos con Apple y Intel que disminuían la utilización del navegador de Netscape en el Mac OS, y mezclas de buscadores y no buscadores de archivos en *Windows*, (2) *rentabilidad del comportamiento*: rentas de Microsoft producto de su posición de dominio en el mercado de sistemas operativos, y (3) *daño a la libre competencia*: perjuicio para los consumidores que se vieron impedidos de utilizar aplicaciones en otros sistemas operativos distintos a Microsoft, y perjuicio a los desarrolladores de aplicaciones informáticas que se vieron impedidos de utilizar *Java*.

Sin perjuicio de ello, es necesario hacer la salvedad de que los tribunales norteamericanos también consideraron que Microsoft ostentaba una posición dominante en el mercado relevante establecido por la Corte del distrito de Columbia. Sin embargo, las razones y el análisis que llevaron a cabo fueron distintos a los enunciados mediante el análisis factual.

En segundo lugar, en el caso UrbanHail también existe una posición dominante por parte de Uber por lo señalado *supra*.

### 6.2.2.3. Barreras a la entrada y a la salida

#### a. Barreras a la entrada presentes en estos mercados

En ambos mercados es posible observar que existen barreras a la entrada materializadas en efectos o externalidades de red indirectos. En el caso de Microsoft, la barrera a la entrada se concretiza en la cantidad de aplicaciones que utilizaba el sistema operativo de Microsoft al momento del juicio (ABE). En este sentido, a un sistema operativo le era más complejo ingresar a dicho mercado en atención a que se le hacía muy difícil ofrecer un producto atractivo para los consumidores al no gozar de la cantidad de aplicaciones que poseía Microsoft<sup>234</sup>. De manera similar, en el caso de Uber también existen estas barreras a la entrada donde la mayor cantidad de transportistas y pasajeros que utiliza la plataforma le permite ser más atractiva para ambos lados del mercado, lo que dificulta el ingreso de alguna otra plataforma que funcione como economía colaborativa de transporte.

#### b. Tipos de barreras a la entrada

Las barreras a la entrada erigidas son del mismo tipo en tanto son: (1) artificiales: porque ambos son comportamientos realizados intencionalmente por las empresas. En el caso UrbanHail se establece una restricción en el API de forma voluntaria. En el caso Microsoft, la empresa de softwares se vale de comportamientos exclusorios premeditados para perjudicar a Netscape, como introducir acuerdos de distribución y promoción de Internet Explorer, acuerdos con la empresa Apple e Intel, convenios restrictivos de licencia, entre otros; y (2) principales: porque ambos constituyen por sí mismos una barrera económica.

---

<sup>234</sup> Eleanor M. Fox y Daniel A. Crane. Ob. Cit. p. 303.





## CAPÍTULO 7. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Habiendo visto los aspectos en común que tiene el caso UrbanHail con los casos de derecho comparado mencionados, resulta pertinente analizar la pregunta del presente trabajo de investigación, esto es: *¿sería posible sancionar la conducta de Uber bajo la normativa chilena de libre competencia?* Se estimó que, para un análisis adecuado de la pregunta planteada, es necesario hacer un paralelo entre un caso de derecho nacional con el caso UrbanHail. Conforme a lo dicho, en las próximas líneas nos referiremos a un caso que nos parece pertinente de la jurisprudencia nacional, esto es, Voissnet vs. CTC Telefónica (en adelante “caso Voissnet I”); para posteriormente realizar un paralelo entre este último y el caso UrbanHail.

### 7.1. VOISSNET VS. CTC TELEFÓNICA

En el año 2005 la empresa Voissnet S.A. –compañía que se dedicaba a prestar servicios de telefonía vía Internet<sup>235</sup> - interpuso una demanda en contra de la Compañía de Telecomunicaciones Chile S.A. (en adelante “Telefónica CTC”, “CTC”, o “Telefónica”) por haber realizado una serie de prácticas anticompetitivas que habrían perjudicado a la primera. Los atentados a la libre competencia que se imputaban a Telefónica CTC, en términos generales, era el aprovechamiento de una posición dominante en la propiedad de redes de telecomunicaciones y banda ancha para controlar el acceso y el uso de Internet<sup>236</sup>.

El fundamento de la demanda de Voissnet era el hecho de que la única forma de acceso que tenía la telefonía vía Internet (en adelante “telefonía VoIP” o “telefonía IP”) para ofrecer sus servicios era por medio de la banda ancha y la red de telefonía (pares de cobre); infraestructura respecto de la cual Telefónica era un proveedor dominante<sup>237</sup>. Producto de lo anterior, y con el objeto de mantener su poder de mercado en la telefonía por voz que se veía amenazado por la

---

<sup>235</sup> El TDLC definió la telefonía vía Internet como: “*Telefonía por Internet (...) Es el enrutamiento de conversaciones de voz sobre Internet o a través de alguna otra red basada en IP*”. (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 45/2006. Vistos).

<sup>236</sup> Sentencia N° 45/2006, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2006. Vistos.

<sup>237</sup> *Ibíd.* Considerando Cuadragésimo Octavo.

telefonía IP, Telefónica CTC realizó una serie de actos exclusorios, materializados en barreras a la entrada, dentro del mercado de telefonía fija.

El caso fue llevado por Voissnet ante el TDLC el 10 de enero del año 2005. La FNE se hizo parte en la causa, formulando un requerimiento en contra de Telefónica CTC el 9 de agosto de 2005<sup>238</sup>. Finalmente, el tribunal económico dictó sentencia el 26 de octubre del año 2006, acogiendo parcialmente la demanda interpuesta y condenando a Telefónica al pago de mil quinientas unidades tributarias anuales<sup>239</sup>. La sentencia, en lo sustancial, fue confirmada por la Corte Suprema<sup>240</sup>.

### 7.1.1. Mercado relevante

Como ya se señaló en el Capítulo 4 del presente ensayo, las conductas atentatorias contra la libre competencia deben ser analizadas en el marco de un determinado mercado relevante. De esta manera, y antes de entrar en el análisis de las conductas exclusorias realizadas por CTC Telefónica, se hace necesario referirse al mercado en que acontece la conducta anticompetitiva realizada por esta última.

Respecto a ello, el TDLC sostuvo que el mercado relevante en el caso Voissnet era el mercado de oferta mayorista de acceso a Internet por banda ancha. El principal fundamento de ello era el hecho de que las barreras a la entrada impuestas por CTC se habían impuesto en el mercado anteriormente mencionado<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> *Ibíd.* Vistos.

<sup>239</sup> El TDLC en su parte resolutive opto por: “Acoger la demanda de Voissnet S.A., de fojas 21 y siguientes, y el requerimiento de fojas 212 y siguientes, del señor Fiscal Nacional Económico, sólo en cuanto se declara que Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. ha incurrido en uan práctica restrictiva de la libre competencia, con el objeto de restringir la entrada de la demandante Voissnet S.A. y otros potenciales competidores al mercado de la prestación de servicios de telefonía; rechazándose, en consecuencia, en todo lo demás solicitado” (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 45/2006. Parte Resolutiva).

<sup>240</sup> Véase la Causa Rol N° 6236-2006 de la E. Corte Suprema.

<sup>241</sup> El TDLC sostuvo que: “[e]ste Tribunal se pronunciará sobre la licitud y efectos restrictivos de la libre competencia que puedan tener las cláusulas transcritas. Para ello, primeramente deberá analizar si CTC tiene el suficiente poder de mercado en el de oferta mayorista de acceso a internet por banda ancha, pues es en este mercado en el que se celebra el contrato en comento”. (Sentencia N° 45/2006, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2006. Considerando Cuadragésimo Quinto).

### 7.1.2. Posición de dominio

Asimismo, el tribunal dictaminó que en dicho mercado Telefónica sí ostentaba un poder de dominio porque dicha compañía de telefonía fija tenía alrededor de un 79% y 76% de las líneas telefónicas locales en servicio a nivel nacional a diciembre de 2000 y 2001 respectivamente, años en que se habían celebrado los contratos entre los proveedores de servicios de Internet y Telefónica<sup>242</sup>.

### 7.1.3. Barreras a la entrada y a la salida

Antes de entrar al análisis de las barreras a la entrada, y como cuestión previa, es necesario tener presente que para el funcionamiento de la telefonía vía Internet que ofrecía Voissnet participaban tres agentes económicos distintos. A saber: (1) *Telefónica CTC*: empresa dueña de las redes de telecomunicaciones (pares de cobre) y proveedor de telefonía fija, (2) *proveedores de servicios de Internet (en adelante “ISP”)*: empresas que brindaban conexión a Internet a sus clientes y que contrataban con Telefónica CTC mediante los contratos “*Megavía*”, y (3) *proveedores de aplicaciones desarrolladas en Internet (en adelante “ASP”)*: aquellas empresas que contrataban con clientes prestaciones de servicios de aplicaciones de Internet<sup>243</sup>. En este último grupo se encontraba Voissnet.

La banda ancha prestada mediante la tecnología ADSL que permitía utilizar el par de cobre - infraestructura en la cual CTC era un proveedor dominante- era absolutamente imprescindible para dar el acceso a Internet. Producto de lo anterior, los ISP debían celebrar contratos *Megavía* con CTC para el acceso al Internet de banda ancha a otros proveedores y, conforme a ello, Voissnet (en su aptitud de “otro proveedor”) necesitaba de los ISP para proveer su aplicación.

---

<sup>242</sup> El TDLC sostuvo que: “[e]n la época en que comenzaron a suscribirse los contratos *Megavía*, esto es el año 200, según *Telefónica CTC* consigna en su presentación de fojas 56, dicha compañía era la única empresa que realizaba una oferta mayorista abierta de acceso de banda ancha y detentaba la propiedad sobre una parte importante de las redes de telefonía fija (alrededor de un 79% y de 76% de las líneas telefónicas locales en servicio a nivel nacional a diciembre de los años 2000 y 2001, respectivamente) (...) Que, a mayor abundamiento, *CTC* es la empresa dominante en el mercado de la telefonía fija local”. (Sentencia N° 45/2006. Considerando Cuadragésimo Sexto).

<sup>243</sup> *Ibíd.* Considerando Vigésimo sexto.

Teniendo lo anterior en cuenta, CTC estableció una serie de barreras a la entrada a Voissnet por medio de su trato con los ISP que tenían por objeto dificultar el ingreso de Voissnet al mercado de telefonía protegiendo de esta manera el servicio que ofrecía Telefónica, esto es, el servicio de telefonía fija. En específico, CTC estableció cláusulas contractuales a los ISP en los “Contratos de Servicio Megavía DSL” que prohibían la contratación entre los ISP con la telefonía vía Internet.

Las cláusulas anticompetitivas establecidas en los contratos Megavía, por presión de Telefónica, eran la cláusula segunda, inciso final, del contrato que disponía que: *“Queda prohibido al ISP usar la capacidad de ancho de banda contratada para efectuar prestaciones de Telefonía IP así como ruteo de paquetes entre subscriptores usuarios de su servicio conectado mediante el servicio de Megavía DSL”*<sup>244</sup>; y la cláusula cuarta numeral séptimo que establecía que: *“Son obligaciones del ISP: (7) Abstenerse de usar la capacidad de ancho de banda contratada para efectuar prestaciones de telefonía IP así como para ruteo de paquetes entre usuarios del servicio de acceso a Internet conectados mediante el servicio Megavía DSL. Toda infracción de esta prohibición facultará a Telefónica CTC Chile para aplicar al ISP una multa equivalente a UF 10.000 y para cancelar ipso facto las habilitaciones de los suscriptores a los cuales se les haya autorizado esas prestaciones o tengan instalados los equipos o configuraciones que les permitan utilizarlas. La reiteración de tal infracción facultará a Telefónica CTC Chile para, además de exigir la multa antes señalada, poner término inmediato y sin más trámite al contrato y para cobrar la indemnización por las habilitaciones vigentes a esa fecha que no haya cumplido un año o de cualquiera de sus prorrogas en los términos estipulados en la cláusula octava”*<sup>245</sup>.

En otras palabras, las cláusulas contractuales impuestas por Telefónica prohibían a los ISP usar la banda ancha contratada para la telefonía VoIP, y sancionaban con una multa de 10.000 Unidades de Fomento en caso de contratar con la telefonía VoIP; permitiendo a Telefónica mantener su posición dominante en la telefonía fija al perjudicar a un potencial competidor como pudo haber sido Voissnet.

---

<sup>244</sup> Ibíd. Considerando Cuadragésimo segundo.

<sup>245</sup> Ibíd. Considerando Cuadragésimo segundo.

El TDLC estimó que ambas cláusulas eran antijurídicas a la luz del DL 211 en tanto si bien existía una libertad para contratar por parte de los ISP con empresas telefónicas que proveyeran banda ancha, era tal el poder de mercado de Telefónica, que los proveedores de Internet se encontraban con un menor poder de negociación teniendo que aceptar estas cláusulas anticompetitivas<sup>246</sup>.

Además de las cláusulas anteriormente dichas Telefónica estableció otras barreras a la entrada en el mercado relevante mediante el aprovechamiento de la infraestructura que necesitaba Voissent para su funcionamiento. Para la actividad de la telefonía vía Internet o VoIP es necesario la instalación de un módem, de un *splitter*<sup>247</sup> a la conexión telefónica y un equipo elaborado por Voissnet<sup>248</sup>. Telefónica, aprovechándose de estos requisitos materiales, realizó una serie de conductas que devinieron en barreras a la entrada, como modificaciones al módem que dificultaban el funcionamiento de la telefonía vía Internet, en específico, la instalación de equipos módem con puerta única del tipo USB, cuya tecnología y configuración imposibilitaban técnicamente las aplicaciones de voz sobre Internet, y en general, el uso de dispositivos IP.

El TDLC estimó que dichas conductas constituían un abuso de posición dominante por parte de Telefónica, argumentando que: “[r]especto de la prohibición interpuesta por Telefónica CTC a la instalación de equipos por parte de los ISP, los clientes finales y otros terceros, tras el módem ADSL de dicha compañía, debe reafirmarse el criterio establecido en la Resolución N° 215 de la H. Comisión Resolutiva, de 4 de marzo de 1986, pues establecer de forma arbitraria restricciones al usuario, adicionales a los estándares técnicos correspondientes, sin fundamento técnico, legal ni económico, sólo tendría por objeto impedir o restringir la competencia de otros prestadores de servicios”<sup>249</sup> (los destacados son nuestros).

---

<sup>246</sup> Ibíd. Considerando Cuadragésimo noveno.

<sup>247</sup> El *splitter* fue definido por el TDLC como un: “Dispositivo que divide la señal de teléfono en varias señales, cada una de ellas en una frecuencia distinta. Este dispositivo se utiliza frecuentemente en la instalación de líneas ADSL, donde es necesario que la señal de datos y la señal de voz convivan en la misma línea telefónica. Lo anterior se consigue dividiendo las señales de entrada de baja frecuencia para la transmisión de voz, y de las de alta frecuencia para datos, permitiendo un uso simultáneo de ambos servicios. Comúnmente se denomina al *splitter* como ‘dispositivo de filtrado centralizado’ porque, una vez instalado, abarca toda la instalación telefónica del respectivo hogar o empresa”. (Sentencia N° 45/2006, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2006. Vistos).

<sup>248</sup> Ibíd. Considerando Vigésimo cuarto.

<sup>249</sup> Ibíd. Considerando Sexagésimo primero.

De esta manera y, a modo de resumen de lo dicho, el tribunal económico concluyó que tanto las modificaciones al módem como las cláusulas contractuales en los contratos *Megavía* constituían un abuso de poder de mercado por parte de Telefónica CTC que eran sancionables a la luz del artículo 3º letra b) del DL 211<sup>250</sup>.

## 7.2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

### 7.2.1. Mercado relevante

Tal como se señaló con anterioridad, en el caso de UrbanHail la conducta anticompetitiva afectaría a un mercado conexo bajo una lógica vertical conformado por los mercados de “aplicaciones móviles de transporte” y los “metabuscadores de transporte”. En el caso de Voissnet, la conducta anticompetitiva realizada por Telefónica también afectó dos mercados, esto es, el “mercado de oferta mayorista de banda ancha” y el “mercado de telefonía vía Internet”. El primer mercado se encuentra justificado por lo señalado por el TDLC, esto es, que las barreras a la entrada establecidas por Telefónica se realizaron en dicho mercado. El segundo mercado relevante se encuentra establecido en razón de que las condiciones particulares que ofrece la telefonía vía Internet la distinguen de la telefonía fija, tales como: (1) precio del servicio, (2) infraestructura distinta, y (3) mecanismo de funcionamiento disímil<sup>251</sup>.

En el caso Voissnet I, y sin perjuicio de que el TDLC no haya razonado explícitamente haciendo el punto, es posible conceptualizar un mercado conexo bajo una lógica vertical. El mercado conexo se configura puesto que la telefonía VoIP depende de la existencia del acceso por banda ancha; y opera bajo una lógica vertical en atención a que el servicio de telefonía vía Internet presupone un proceso ascendente y descendente. En el caso Voissnet I el mercado principal

---

<sup>250</sup> El art. 3º letra b) del DL 211, al momento de la sentencia, señalaba que: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

<sup>251</sup> Se hace la salvedad que el TDLC no razonó de esta manera y entendió que ambos productos podían servir como sustitutos para los consumidores.

(*aguas arriba*) fue el mercado de banda ancha, y el mercado conexo (*aguas abajo*) fue el mercado de telefonía VoIP y sustitutos. De la misma manera que en el caso UrbanHail, en el caso Voissnet I, la conducta realizada por Telefónica no generó efectos anticompetitivos en el mercado en el que ostentaba una posición dominante (mercado principal) sino en el mercado conexo.

### 7.2.2. Posición de dominio

Como se señaló en el Capítulo 4 del presente ensayo el poder de mercado en los mercados de las nuevas tecnologías es, en nuestra opinión, mejor y más precisamente evaluado en el marco del *análisis factual*. Lo anterior se corresponde con el hecho que las tradicionales herramientas que miden la posición de dominio presentan los problemas mencionados anteriormente para el caso de las nuevas tecnologías.

Sin perjuicio de ello, el principal problema que se presenta con el *análisis factual* en Chile es que a nivel normativo no existe ninguna referencia a esta herramienta que permite medir el poder de mercado. Sin embargo, la jurisprudencia del TDLC ha admitido, al menos en dos casos, una derivación del poder de mercado a partir de la existencia de actos exclusorios.

El primero de ellos ocurrió el año 2005 a propósito del caso Philip Morris vs. Chiletabacos. En el particular, lo que se alegaba por parte de Philip Morris respecto de Chiletabacos era una serie de conductas exclusorias realizadas por el segundo con el objeto de impedir que el primero pudiera convertirse en un potencial competidor que amenazara su poder de mercado dentro del mercado de los cigarrillos.

El TDLC estimó que Chiletabacos efectivamente había realizado las siguientes prácticas exclusorias: (1) ejecución de cláusulas de exclusividad a ciertos distribuidores minoristas que tenían por objeto limitar la venta y comercialización de otras marcas de cigarrillos<sup>252</sup>, (2) amenazas de negativa de venta a pequeños comerciantes en caso de comercialización de otras

---

<sup>252</sup> Sentencia N° 26/2005 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2005). Considerando Vigésimo.

marcas<sup>253</sup>, (3) negativas de acceso al sistema de crédito entregado por Chiletabacos en caso de que los puntos de venta de cigarrillos exhibieran o vendieran cigarrillos de otras marcas<sup>254</sup>, y (4) entrega de incentivos económicos a condición de no exhibir o limitar la venta de productos de la competencia<sup>255</sup>.

Dentro de dicho escenario, el TDLC estimó que dichas prácticas exclusorias eran suficientes como para dar por acreditada la posición dominante de Chiletabacos. En otras palabras, el tribunal económico se limitó a señalar que la empresa de cigarrillos ostentaba una posición dominante sin entrar en un análisis de las cuotas de mercado de los competidores del mercado relevante. Un párrafo que ilustra lo anterior es el considerando trigésimo segundo de la sentencia que señaló que:

*“Trigésimo Segundo: Que, como ha podido apreciarse en los considerandos anteriores, CCT ha incurrido en prácticas de exclusión que no son otra cosa que barreras estratégicas a la entrada de competidores erigidas por la empresa dominante, que le permiten sostener un poder de mercado, y que en su conjunto configuran un abuso de posición dominante, contrario a la libre competencia”<sup>256</sup> (los destacados son nuestros).*

En ese mismo sentido, el considerando décimo quinto estableció que:

*“Decimoquinto: Que, en cuanto a las barreras estratégicas a la entrada, cabe señalar que éstas son de la esencia de las conductas denunciadas por lo que, junto con resolver la calificación de tales conductas, este Tribunal se pronunciará respecto de la importancia de las barreras a la entrada y, con ello, sobre la existencia de posición dominante”<sup>257</sup> (los destacados son nuestros).*

---

<sup>253</sup> Ibíd. Considerando Trigésimo.

<sup>254</sup> Ibíd. Considerando Trigésimo.

<sup>255</sup> Ibíd. Considerando Trigésimo Primero.

<sup>256</sup> Ibíd. Considerando Trigésimo Segundo.

<sup>257</sup> Ibíd. Considerando Décimo Quinto.



El segundo caso en que el TDLC admitió el *análisis factual* fue en el caso coloquialmente denominado “guerra del plasma”<sup>258</sup>. En el mes de abril del año 2006, y previo al mundial de fútbol desarrollado en Alemania, el Banco de Chile organizó una feria para productos de electrohogar donde se promocionaban distintos artículos electrónicos en condiciones más beneficiosas que en otros centros minoristas como las multitiendas. A saber, compra hasta en 12 cuotas sin interés y posibilidad de compra con dólares-premios acumulados por el cliente. Para la feria, distintos proveedores habían confirmado su participación. Sin embargo, el evento nunca se pudo llevar a cabo producto de las amenazas de dos *retailers* minoristas, Falabella y Almacenes Paris, a los proveedores participantes del evento<sup>259</sup>.

En este escenario el TDLC estimó que la exigencia de prueba del poder de mercado se encontraba satisfecha por las conductas exclusorias de Falabella y Almacenes Paris. En ese sentido, el considerando trigésimo cuarto de la sentencia es bastante ilustrativo:

*“Que, al respecto, este Tribunal estima que el hecho de que las presiones realizadas por Falabella y Paris lograron el resultado buscado de impedir que los proveedores participaran en la Feria y con ello se hiciera fracasar la misma, es prueba suficiente de que las requeridas, al menos conjuntamente, tenían, a la época de los hechos analizados, un poder de mercado del cual podían abusar. En efecto, es indudable que si una causa determinada produce un efecto, habiéndose descartado la existencia de otras causas, obviamente es porque es capaz de hacerlo. Dado que el poder de mercado está precisamente relacionado con la capacidad de un agente de mercado de*

---

<sup>258</sup> En línea: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2011/12/23/retail-la-guerra-del-plasma-2-0/> [Última fecha de consulta: 9 de febrero de 2017].

<sup>259</sup> Sentencia N° 63/2008 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2008). Considerando Centésimo séptimo: “Que, en síntesis, con las pruebas e indicios establecidos acerca de las comunicaciones y su contenido respecto de cada uno de los proveedores antes indicados, en la forma expuesta, este Tribunal tiene por acreditado que tanto Falabella, a través de sus ejecutivos Fernando Casado, Gerente de Línea Electrohogar, y Cristián Caravia, Product Manager, como Paris, a través de sus ejecutivos Héctor Rodríguez, Gerente de la División Comercial, Pablo Méndez, Gerente de División Electro, Pablo Toledo y Ana María Castillo, Product Managers, se comunicaron los días 3 y 4 de abril de 2006 con los proveedores de las marcas Packard Bell, Sony, Bosch, Black&Decker, Oster, General Electric, LG, Philips, HP-Compaq y Apple, y con la empresa Intcomex, actuando coordinadamente con el objeto de presionarlos para que se desistieran de participar en la Feria, circunstancia que finalmente ocurrió”.

*influir en los precios o en la decisión de otro agente que, de no mediar dicho poder, podría actuar independientemente, debe entonces concluirse que las empresas requeridas, a lo menos conjuntamente, detentaban poder de mercado a la época de los hechos materia de esta causa” (los destacados son nuestros)<sup>260</sup>.*

A partir de ambos casos jurisprudenciales, caso Philip Morris y caso “guerra del plasma”, es posible argumentar que en Chile sí sería posible admitir la posibilidad de un *análisis factual* para dar por establecida una posición dominante, por lo menos a nivel de tribunales.

Respecto al caso en concreto de Uber, y a partir de lo señalado anteriormente, estimamos que dicha empresa en conjunto con su sistema de economía colaborativa tiene una posición dominante dentro del mercado relevante de aplicaciones móviles de transporte a partir de un análisis factual, puesto que el poder de mercado se podría derivar a partir del bloqueo de datos realizados por Uber a UrbanHail. En este sentido, el poder de mercado de Uber se habría ejercido dentro del mercado de aplicaciones móviles de transporte, pero habría tenido repercusiones en el mercado conexo, esto es, el mercado conformado por los metabuscadores de transporte. De esta manera, la posición de dominio de Uber repercutió directamente en aquellas empresas que tratan datos informáticos.

### **7.2.3. Facilidades esenciales**

Como se señaló *supra* para que proceda la doctrina de las facilidades esenciales o instalaciones esenciales es necesario que concurren cuatro requisitos: (1) control de una instalación por un monopolista, (2) carácter imprescindible y necesario de la instalación para el suministro de bienes o servicios en mercados relevantes o conexos, (3) la negación de acceso a un competidor, y (4) debe ser posible por el monopolista garantizar acceso a la instalación.

Sobre esta doctrina es posible vislumbrar que en el caso concreto de UrbanHail y de Voissnet I, tanto Uber como Telefónica ostentaban una instalación que puede ser catalogada como

---

<sup>260</sup> *Ibíd.* Considerando trigésimo cuarto.

“facilidad esencial”. En este sentido, en el caso de Uber procede en nuestra opinión la aplicación de esta teoría por las siguientes consideraciones:

(1) *Control de una instalación por un monopolista*: como ya se señaló anteriormente, se ha seguido la tesis propuesta por los profesores Frischmann y Waller que han sugerido que el término “instalación” sea visto como una infraestructura en que concurren ciertos requisitos<sup>261</sup>. Teniendo lo anterior a la vista, es posible clasificar el API que controla Uber como una infraestructura de ese tipo puesto que:

1. Puede ser consumida de forma no competitiva puesto que la base de datos de Uber puede ser utilizada por múltiples usuarios al mismo tiempo.
2. La demanda social proviene principalmente de un mercado “aguas abajo”, esto es, UrbanHail (*metabuscador*) que necesita el acceso a la base de datos de las aplicaciones de transporte para su funcionamiento.
3. La base de datos de Uber sirve para una gama de servicios como, por ejemplo, el correcto funcionamiento de *metabuscadores* y la fijación de tarifas dinámicas. Refuerza lo dicho, la circunstancia de que las bases de datos tienen a su vez múltiples usos tales como: (1) detectar preferencias de clientes<sup>262</sup>, (2) modernizar productos<sup>263</sup>, (3) combatir la congestión vehicular<sup>264</sup>, (4) mejorar la planificación urbana<sup>265</sup>, (5) desarrollar mejores buscadores, etcétera.

Respecto de la exigencia de que la facilidad se encuentre controlada por un monopolista, creemos que dicha condición se cumple en el caso de Uber por los argumentos vertidos en los Capítulos 6 y 7 del presente ensayo.

(2) *Carácter imprescindible y necesario de la instalación para el suministro de bienes o servicios en mercados relevantes o conexos*: la base de datos de Uber es imprescindible para la operación de UrbanHail en el mercado secundario de los *metabuscadores* por ser “difícilmente duplicable”

---

<sup>261</sup> Véase lo señalado en el Capítulo 4 del presente ensayo.

<sup>262</sup> Maurice E. Stucke y Allen P. Grunes. Ob. Cit. pp. 26 y siguientes.

<sup>263</sup> *Ibíd.* p. 25.

<sup>264</sup> *Ibíd.* p. 25.

<sup>265</sup> *Ibíd.* p. 24.

para este último ya que las tarifas de los distintos servicios de transporte son especialmente complejas al encontrarse condicionadas por tarifas dinámicas y por una serie de otros factores y al ser por lejos los datos de Uber los más relevantes para la decisión de los consumidores al ser la plataforma más popular de su tipo. Lo dicho es conforme al hecho de que actualmente UrbanHail solamente se encuentre disponible para algunas empresas asociadas a economías colaborativas de transporte dejando de lado a Uber.

Por otro lado, esta base de datos también es “necesaria” porque el API de Uber es difícilmente sustituible por otro factor. En efecto, como las tarifas de las distintas economías colaborativas de transporte (Lyft, Cabify, Uber) son completamente distintas y se encuentran estructuradas de una manera absolutamente diferente, no es posible sustituir el API de Uber por otra.

(3) *Negativa de venta (refusal to deal)*: la negativa de venta por parte de Uber queda materializada en la carta enviada por Chris Messina transcrita *supra*. El impedimento realizado por Uber es: (1) absoluto puesto que impide todo acceso a la base de datos de Uber, y no solamente una parte de esta última, (2) de forma permanente, y (3) de forma unilateral.

(4) *Posibilidad por parte del monopolista de garantizar acceso a la instalación*: se cumple el presente requisito por el hecho de que las demás empresas asociadas a economías colaborativas de transporte y taxis no han tenido ningún inconveniente en dar acceso a su API. Refuerza lo anterior el hecho de que, en principio, no existe ningún costo económico que involucre la entrega de acceso al API por parte de Uber a UrbanHail.

En el caso de Voissnet el TDLC no aplicó expresamente la doctrina de las facilidades esenciales. Sin embargo, muchas de sus consideraciones se fundaron en esta teoría. Así también lo estiman la profesora Nicole Nehme y el profesor Paulo Montt que argumentaron que: “*Sin perjuicio de que en este caso el TDLC no invocó expresamente la doctrina de las instalaciones esenciales, tanto la sanción impuesta como lo referido a la conveniencia de que exista un deber de interconexión parecieran fundarse en las premisas de dicha doctrina*”<sup>266</sup>. Siguiendo esta línea, sí es posible caracterizar la infraestructura controlada por Telefónica como una facilidad esencial en base a los siguientes argumentos:

---

<sup>266</sup> Nicole Nehme y Paulo Montt. Ob. Cit. p. 32.

(1) *Control de una instalación por un monopolista*: los puertos, direcciones IP, y los módems que poseía Telefónica al momento del juicio pueden ser calificados como una instalación puesto que es una infraestructura que reúne las siguientes condiciones:

1. Pueden ser consumidos de forma no competitiva en tanto el módem y los puertos pueden ser utilizados por los consumidores y empresas que proveen servicios al mismo tiempo.
2. La demanda social proviene principalmente de un mercado “aguas abajo”, esto es, del mercado de telefonía VoIP que necesita acceso a las instalaciones de Telefónica para poder ofrecer sus servicios.
3. Los módems, los puertos, y las direcciones IP sirven para una amplia gama de prestaciones.

Respecto a la exigencia de que la facilidad se encuentre controlada por un monopolista, es posible concluir que Telefónica ostentaba un alto poder de mercado pues –siguiendo el índice IHH<sup>267</sup>– existía un mercado altamente concentrado producto de la cuota de 79,7%<sup>268</sup> que tenía Telefónica en el mercado de banda ancha.

(2) *Carácter imprescindible y necesario de la instalación para el suministro de bienes o servicios en mercados relevantes o conexos*: el módem utilizado por Telefónica y toda la infraestructura que implicaba la utilización de la banda ancha también era “imprescindible” y “necesaria”. Imprescindible por el hecho de que a Voissnet –en términos económicos- no le era rentable duplicar toda la infraestructura de Telefónica. Y necesaria porque no existían potenciales sustitutos para el acceso de banda ancha puesto que Telefónica era la única empresa que realizaba una oferta mayorista abierta de acceso de banda ancha<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> Sin perjuicio que la tesis del presente ensayo sea que el análisis de poder de mercado en el caso de las nuevas tecnologías debe seguir un “análisis factual”, esto no obsta, a que en el caso de agentes económicos que no se enmarcan en el caso de las nuevas tecnologías se pueda medir el poder de mercado según las herramientas tradicionales del mismo, esto es, Índice Lerner e Índice IHH, entre otros.

<sup>268</sup> Al tener una cuota de mercado de 79,7%, Telefónica superaba el índice de 2.500 establecido por la FNE. Lo que trajo como consecuencia, que el mercado pudiera ser calificado como altamente concentrado.

<sup>269</sup> Sentencia N° 45/2006 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2006). Considerando Cuadragésimo Sexto.

(3) *Negativa de venta (refusal to deal)*: existió una negativa de uso por parte de Telefónica a Voissnet que quedó constatada por las conductas imputadas a la primera, tales como las restricciones realizadas en los módems<sup>270</sup>. Dicha negativa fue: (1) absoluta pues no existió una imposición de términos irrazonablemente desventajosos, (2) de forma permanente, (3) constituyó una primera negativa porque no existía una relación comercial entre Telefónica y Voissnet, y (4) recayó sobre una facilidad tangible.

(4) *Posibilidad por parte del monopolista de garantizar acceso a la instalación*: existía una posibilidad fáctica por parte de Telefónica de dar acceso a Voissnet a la facilidad esencial. Lo anterior, se desprende de lo señalado en el considerando quincuagésimo de la sentencia, donde el TDLC sostuvo que: “[e]ste Tribunal estima que no existen razones técnicas o económicas que justifiquen la imposición de las cláusulas contractuales cuestionadas”<sup>271</sup>.

A modo de conclusión del presente apartado, es necesario advertir que la caracterización de una base de datos como facilidad esencial (caso UrbanHail) no es un asunto ajeno a la jurisprudencia de la libre competencia por lo que no se muestra como una innovación dentro del presente trabajo. En efecto, ha existido una serie de casos en el derecho europeo en que los tribunales se han valido de la teoría de las facilidades esenciales para caracterizar a distintas bases de datos como activos esenciales. Así, por ejemplo, en el caso IV/32.318 el TJE sancionó la negativa de la aerolínea belga, Sabena, en dar acceso a London European a un determinado sistema computacional denominado Saphir<sup>272-273</sup>. En este mismo sentido, en el caso T-201/04 el tribunal de primera instancia sancionó a Microsoft por la negativa a entregar información sobre su interoperabilidad durante octubre del año 1998<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> *Ibíd.* Considerando Sexagésimo Primero.

<sup>271</sup> *Ibíd.* Considerando Quincuagésimo.

<sup>272</sup> Case IV/32.318 London European vs. Sabena (European Union Legislation 1988). Párrafo 34.

<sup>273</sup> *El sistema Saphir fue definido por el TJE como: “[u]n sistema computarizado que permite a los agentes de viajes consultar los horarios de vuelo, tarifas y disponibilidad de asientos de las compañías aéreas incluidas en el sistema, y hacer reservas. El sistema elimina la necesidad de que las agencias de viajes llamen a la empresa afectada para cada reserva. En este sentido, las reservas son hechas directamente por la agencia sobre la base de datos proporcionados por el sistema”.* (Case IV/32.318 London European vs. Sabena. Párrafo 6).

[Traducción propia. El original señala que: “*The Saphir system is a computerized system which allows travel agents to consult the flight schedules, fares and seat availability of airlines included in the system, and to make reservations. The system eliminates the need for travel agents to telephone the company concerned for each booking. Reservations are made directly by the agency on the basis of data provided by the system*”].

<sup>274</sup> Case T-201/04 Microsoft Corp vs. Commission of the European Communities (General Court 2004). Párrafo 3.

#### 7.2.4. Barreras a la entrada y a la salida

En ambos casos, nos encontramos ante la presencia de barreras a la entrada. En efecto, en el caso UrbanHail la barrera se encuentra constituida por el bloqueo realizado por Uber de su API en perjuicio del *metabuscador*, y en el caso Voissnet I la barrera se concretiza con las cláusulas contractuales impuestas por Telefónica en los contratos Megavía<sup>275</sup> y las conductas de hecho imputadas a esta última. Ambas barreras presentan dos aspectos en común que son del todo relevantes.

En primer lugar, la primera semejanza se manifiesta en cuanto a la naturaleza de las barreras impuestas. En efecto, ambos comportamientos pueden ser caracterizados como barreras a la entrada artificiales y principales. Son barreras a la entrada artificiales porque son estrategias de mercado levantadas intencionalmente por las empresas con poder de mercado que implican un mayor costo para el ingreso de un competidor. En el caso de Uber el bloqueo de su API implica un mayor costo para UrbanHail para el ingreso al mercado de los *metabuscadores* pues este último tendrá que optar entre prestar sus servicios de forma parcializada (al prescindir de Uber como base de datos para la comparación de precios) o en intentar copiar la base de datos utilizada por Uber para prestar sus servicios de manera completa. La barrera mencionada también es principal pues constituye por sí misma una barrera económica.

Asimismo, en el caso de Telefónica las conductas impuestas por esta última también fueron estrategias de mercado que produjeron un mayor costo para el funcionamiento de la telefonía VoIP de Voissnet, ya que este último habría tenido que generar una infraestructura que permitiera el acceso de banda ancha para ofrecer sus servicios en el caso que Telefónica se negara a prestar sus instalaciones. Al igual que la barrera impuesta por Uber, la presente barrera también constituyó por sí misma una barrera económica.

---

<sup>275</sup> Así también lo estima el TDLC al señalar que: “[l]as Cláusulas evidentemente tienen por objeto restringir la libertad de los ISPs que contratan con CTC para brindar acceso de banda ancha a ASPs que prestan servicios de VoIP, lo que se ve facilitado por el poder de mercado de dicha compañía. Por ello, estas Cláusulas impiden o dificultan significativamente a dichos ASPs, en la práctica, realizar una actividad económica lícita, perjudicando a los usuarios que demandan sus servicios. En otras palabras, estas cláusulas son una barrera a la entrada para la prestación de determinados servicios de Internet. Dicha barrera es impuesta por la empresa dominante en telefonía fija, precisamente para impedir la entrada de una nueva tecnología que compita con su actividad económica” (Sentencia N° 45/2006. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Considerando Cuadragésimo octavo).

En segundo lugar, existe una segunda semejanza en cuanto al mecanismo utilizado por ambas empresas ya que tanto Uber como Telefónica optaron por generar obstáculos dentro de sus mismos sistemas operativos. En efecto, Uber utiliza su propio API para generar restricciones en el uso interrelacionado de datos y Telefónica se valió de su propia infraestructura para negar el acceso a la Telefonía VoIP. De hecho, los argumentos esgrimidos por ambos agentes económicos fueron similares en tanto ambos abogaron por que las empresas que solicitaran conectarse a sus facilidades funcionaran bajo un esquema que vulneraba sus condiciones de uso<sup>276</sup>.

Ahora bien, dado que ambas barreras serían artificiales, para la correspondiente sanción en nuestra legislación nacional es necesario analizar si concurren dos requisitos. Por un lado, la presencia de una barrera a la entrada y/o a la salida. Y, por otro lado, que dicha barrera no tuviera una justificación ni técnica ni económica, de tal manera que se pudiera presumir que dicha barrera tuviera por objeto mantener o aumentar el poder de mercado.

Sobre el primer requisito, y tal como se señaló *supra*, tanto en el caso UrbanHail como en el caso Voissnet I existen barreras a la entrada. En este sentido, las cláusulas contractuales, las conductas de hecho, y el bloqueo de API se manifiestan de esta manera.

Sobre el segundo requisito, no existen mayores problemas en el caso Voissnet I ya que Telefónica en el juicio no fue capaz de entregar mayores justificaciones respecto a su actuar en cuanto a las cláusulas contractuales y las conductas de hecho imputadas. Así lo estima el TDLC a propósito de los contratos Megavía donde se sostiene que: “[e]ste Tribunal estima que no existen razones técnicas o económicas que justifiquen la imposición de las cláusulas contractuales cuestionadas”<sup>277</sup>. Siguiendo esta misma línea, el tribunal económico sostiene que las conductas de hecho imputadas a Telefónica no tienen justificación ni técnica ni económica pues: “[n]o es

---

<sup>276</sup> Telefónica argumenta que: “[l]a telefonía sobre banda ancha bajo el modelo de negocios de Voissnet, opera bajo un esquema ‘parasitario’ que aprovecha y usufructúa de la infraestructura de telecomunicaciones existente, que en este caso es la red telefónica, la conexión de banda ancha y la conexión a Internet, a la cual se agregan equipos marginales que permiten realizar la citada presentación” (los destacados son nuestros) ((Sentencia N° 45/2006. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Considerando Cuadragésimo octavo). Bajo un esquema similar, el CEO de Uber señaló argumentó que UrbanHail estaría actuando vulnerando las condiciones comerciales de la economía colaborativa de transportes.

<sup>277</sup> Sentencia N°45/2006. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Considerando Sexagésimo primero.



*legítimo que un prestador de acceso a Internet bloquee puertos o direcciones IP determinados sin que existan razones técnicas relevantes que lo justifiquen*<sup>278</sup>.

Sin embargo, en el caso UrbanHail es más complejo vislumbrar si existen o no justificaciones técnicas que avalen el actuar de Uber. En ese sentido, y sin perjuicio de que existen buenos argumentos que pudieran justificar el comportamiento de Uber abarcado en el presente ensayo, estimamos que dichos argumentos no son suficientes a la luz de la normativa de la libre competencia por lo que se señalará en el Capítulo 8 del presente ensayo.

---

<sup>278</sup> *Ibíd.* Considerando Sexagésimo segundo.



## CAPÍTULO 8. ¿POR QUÉ NUESTRA APROXIMACIÓN ES LA CORRECTA?

### 8.1. PROBLEMA DE INCENTIVOS

Un primer argumento que se podría esgrimir en contra de la posición que se ha tomado en el presente ensayo es que, de permitirse un acceso a la base de datos de Uber por parte de UrbanHail, se podrían generar problemas de incentivos para Uber o cualquier otra compañía que, a futuro, pudiera encontrarse en una posición similar<sup>279</sup>. El argumento, que es similar a aquel que usualmente se esgrime en casos relacionados con acceso forzoso a instalaciones o insumos esenciales, dice relación con los efectos que producirían este tipo de remedios estructurales en caso de que el titular de una invención tuviera que compartirla con sus competidores. En ese sentido, el argumento se centraría en que, producto de la obligación de distribuirlas, la innovación en las nuevas tecnologías no tendría estímulos suficientes para su materialización<sup>280</sup>.

En primer lugar, este problema de incentivos no solamente se presenta para Uber sino que también para UrbanHail. En efecto, el problema de los incentivos a desarrollar innovaciones o a competir es transversal al caso analizado. Es más, la falta de estímulos suficientes se muestra de una forma mucho más potente respecto del *metabuscador* que en el caso de la plataforma de transportes. Concretamente será mucho más lesivo para un servicio el funcionamiento competitivamente ineficaz -o derechamente un no funcionamiento- (UrbanHail, en caso de no tener acceso) que una hipótesis de supuesta ventaja de competidores (Uber, en caso de forzarse el acceso).

---

<sup>279</sup> Dicha argumentación fue justamente la utilizada por Uber en el caso *Toronto vs. Uber (Canada)* donde sostuvo que: “Dicho de otro modo, las ventajas que Uber cree que tiene actualmente sobre esos ‘competidores conocidos o desconocidos’ se perderían si los términos y detalles de su póliza de seguros se pusieran a disposición del público, ya que los competidores conocidos o desconocidos podrían proceder a copiar y /o utilizar los términos de su póliza de seguro, cosechando así el beneficio de todo el tiempo y esfuerzo que Uber gastó en la negociación y el desarrollo de la política” (Toronto (City) vs. Uber Canada Inc. (Ontario Superior Court of Justice 2015). Considerando 15. [Traducción propia. El original señala: “Put another way, the advantages which Uber believes it currently has over those ‘known or unknown competitors’ would be lost if the terms and details of its insurance policy were made available to the public, as those known or unknown competitors could proceed to copy and/o use the terms of its insurance policy, ‘thereby reaping the benefit of all the time and effort that Uber expended in negotiating and developing the policy’”].

<sup>280</sup> Frischmann y Waller. Ob. Cit. p. 39.

En segundo lugar, el problema de los incentivos debe ser visto conjuntamente con las externalidades negativas que puede generar la negativa de Uber a licenciar su API a UrbanHail para los consumidores. En efecto, de permitirse la conducta de Uber ello sería nocivo para los usuarios porque éstos: (1) se verían privados de un instrumento que permite incrementar los grados de competencia en el mercado de los servicios de transporte, o en aquel mercado en que Uber y plataformas similares compiten<sup>281</sup>, (2) se verían impedidos de utilizar una nueva aplicación móvil que les ayudaría a comparar precios y calidad de distintos servicios, y (3) se podría generar un negativo precedente de aceptarse la conducta de Uber, lo que podría generar repercusiones en el caso de otros *metabuscadores*.

En tercer lugar, y quizás el argumento más potente, es que el razonamiento señalado tiene la dificultad de que, estrictamente hablando, no existe un problema de incentivos para Uber con el funcionamiento de UrbanHail puesto que ambos actúan en mercados distintos. En este sentido, y tal como se ha señalado a lo largo del presente ensayo, Uber actúa dentro del mercado de aplicaciones de economías colaborativas de transporte mientras que UrbanHail se encuentra en el mercado de los *metabuscadores*, por lo que la actividad del segundo no afecta -a nivel de competencia- al primero.

Cabe señalar, que en otros mercados en que se ha aplicado un acceso forzoso de API, específicamente el aeronáutico, se ha probado que entre los distintos agentes económicos existen incentivos suficientes para competir de forma eficaz. En principio, esta última explicación debería ser la aplicable para el caso de Uber, esto es, que al compartir su base de datos existen suficientes alicientes para que compita con otros servicios de transporte tales como taxi, Cabify, o Lyft. Sin embargo, Uber no lo estimó así y ha bloqueado su API, lo que trae como consecuencia el preguntarse por cuál es el efecto negativo preciso que puede ocasionar al funcionamiento del *metabuscador*.

Una explicación tentativa sería sostener que el funcionamiento de UrbanHail provocaría complicaciones a Uber a nivel del uso de su algoritmo (*Uber Surge Pricing*) porque el funcionamiento del *metabuscador* ya no tendría que tomar en cuenta solamente a los consumidores de la aplicación sino que a un mayor ámbito de estos últimos. En efecto, como el

---

<sup>281</sup> Véase lo señalado en el Capítulo 2 del presente ensayo.

*Uber Surge Pricing* actúa fijando tarifas dinámicas dependiendo de la oferta y la demanda disponible, sería más complejo en ese escenario fijar la tarifa teniendo en cuenta a todos los consumidores de las aplicaciones de transporte y no solamente a los de Uber. Creemos que esta justificación debe ser desestimada por la ingenuidad de esta última ya que todas las aplicaciones de transporte son públicas (en el sentido de su utilización), por lo que, presumiblemente el *Uber Surge Pricing* debiera considerar esta variable para su funcionamiento.

Una segunda explicación, más plausible quizás, sería alegar que el bloqueo forzoso de Uber a UrbanHail se explicaría por el miedo del primero a que las barreras a la entrada presentes en el mercado de este último se debiliten. En efecto, y tal como se señaló en el Capítulo 6 del presente ensayo, las barreras a la entrada en el mercado de las nuevas tecnologías se pueden manifestar como externalidades de red y/o como materias relativas a la comodidad y fidelidad de los usuarios. En este sentido, Uber puede tener el justificado recelo de que el funcionamiento de UrbanHail le pueda provocar perjuicios por dos razones: (1) que usuarios y/o transportistas se den cuenta de que existen otras aplicaciones de transporte que podrían ofrecer iguales o mejores servicios que los entregados por Uber a una tarifa igual o menor; lo que reduciría las externalidades de red que tiene Uber en tanto mayores transportistas y usuarios querrán utilizar otras aplicaciones de transporte, y (2) que se reduzcan las restricciones asociadas a la comodidad y fidelidad en tanto los usuarios podrían realizar un mayor esfuerzo para aprender a utilizar Cabify o Lyft producto de su conocimiento de estas últimas.

Dicha argumentación, al igual que la señalada en el párrafo anterior, debe ser rechazada producto de que el hipotético perjuicio que podría sufrir Uber se ve solventado por: (1) la reducción de barreras a la entrada en el mercado referido, y (2) las múltiples externalidades positivas que genera el *metabucador* para los consumidores. Más aún, resultaría curioso invocar como perjuicio la neutralización de algo (las barreras de entrada) que conspira contra la competitividad de los mercados y refuerza la posición dominante de Uber.

## 8.2. PRÁCTICAS COORDINADAS<sup>282</sup>

Un segundo argumento que se podría esgrimir en contra de la posición que se ha defendido en el presente ensayo es el hecho de que la facilitación de acceso a la base de datos de Uber a UrbanHail podría ocasionar un estímulo de prácticas concertadas<sup>283</sup> o colusiones<sup>284</sup> entre las distintas aplicaciones de transporte<sup>285</sup>. Lo anterior podría materializarse en dos hipótesis.

Una primera aproximación sería argumentar que la entrega de información de precios por parte de las distintas aplicaciones de transporte al *metabuscador*, UrbanHail, podría tener como consecuencia un intercambio de información comercial sensible entre estos últimos pues cada aplicación tendría perfecta noción del precio del servicio cobrado por cada agente de mercado. En otras palabras, UrbanHail contribuiría, en esta mirada, a transparentar el mercado, favoreciendo prácticas coordinadas del tipo A-B-C o *hub & spoke*<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> Las prácticas coordinadas han sido definidas por la FTC y el Departamento de Justicia de Estados Unidos como una: “[c]onducta por múltiples empresas que es rentable para cada una de ellas sólo como resultado de las reacciones acomodaticias de los demás” (US Department of Justice and Federal Trade Commission. Ob. Cit. p. 24).

[Traducción propia. El original señala que: “[c]onduct by multiple firms that is profitable for each of them only as a result of the accommodating reactions of the others”].

<sup>283</sup> M. Waelbroeck y A. Frignani, *Derecho Europeo de la Competencia*, Edición: 1 (Barcelona: Bosch, 1998). p. 178.

“Considerando que si el artículo 85 distingue el concepto de ‘práctica concertada’ del de ‘acuerdos entre empresas’ o del de ‘decisiones de asociaciones de empresas’, lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de este artículo una forma de coordinaciones entre empresas que, sin llegar a ser un convenio propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas; que por consiguiente, por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos del acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes”.

<sup>284</sup> El profesor Domingo Valdés ha definido la colusión como: “El término colusión, emanado del latín jurídico *collusio*, significa un acuerdo entre dos personas destinado a perjudicar a un tercero. En el ámbito de la libre competencia, semejante acuerdo está destinado a conculcar este bien jurídico, por la vía de que se le lesione o bien se le coloque en riesgo y sea que ello entrañe un perjuicio civil concreto o no” (Domingo Valdés. Ob. Cit. pp. 516-517).

<sup>285</sup> Se excluye una práctica concertada o colusoria entre los taxistas y las aplicaciones de transporte puesto que ofrecen servicios heterogéneos y poseen además costos operacionales disímiles lo que haría complejo un acuerdo de precios. En primer lugar, los servicios de taxis poseen costos operacionales distintos a las aplicaciones de transporte puesto que: (a) la tarifa de los taxis, a diferencia de la de Uber y Cabify, se encuentra expresamente regulada por el Estado, (b) los taxistas deben tributar una serie de impuestos, a diferencia de las aplicaciones de transporte nombradas, que al no reputarse como servicios no pagan tributos en Chile, y (c) existen exigencias de seguridad que son mayores para los taxistas.

En segundo lugar, los taxis y las aplicaciones de transporte ofrecen servicios heterogéneos en tanto el primero, a diferencia de las aplicaciones, ofrece un servicio con un vehículo certificado, con seguros correspondientes, y con conductor con una licencia especial.

<sup>286</sup> Los profesores Jorge Grunberg y Santiago Montt han conceptualizado las prácticas coordinadas Hub & Spoke como: “(i) el retailer A entrega información sobre precios futuros a su proveedor B, sabiendo que este último la entregará a otros retailers; (ii) el proveedor B pasa la información al retailer C, sabiendo que este último conoce el esquema e

Dicho argumento se sustentaría en el hecho de que, a partir de una mayor transparencia en un mercado, existe un mayor riesgo de dar origen a una práctica colusoria o concertada. Lo anterior se justifica en atención a que los distintos competidores pueden monitorear fácilmente los precios, lo que tiene como consecuencia, que el acuerdo colusorio o concertado tenga una mayor estabilidad pues existen menos opciones de que un competidor rompa el acuerdo con el objeto de maximizar beneficios<sup>287</sup>. En este sentido, un posible comportamiento de violar las reglas de un acuerdo colusorio en un mercado poco transparente, será mucho más complejo de detectar, a diferencia de un mercado con plena información; lo que genera, en mercados transparentes, la posibilidad de acuerdos ilícitos más fiscalizables.

Este riesgo ha sido constatado por la FTC en su *Horizontal Merger Guidelines* donde se sostiene que: “[u]n mercado es más vulnerable a la conducta coordinada si las iniciativas competitivas significativas de cada empresa competitiva importante pueden ser observadas con prontitud y confianza por los rivales de esa empresa. Esto es más probable que sea el caso si los términos ofrecidos a los clientes son relativamente transparentes”<sup>288</sup>. En ese mismo sentido, la Organization for Economic Co-operation and Development (en adelante “OECD”) afirma que: “Como una regla general, el incremento de transparencia de precios beneficia a los consumidores a menos que exista un considerable riesgo de una colusión entre los vendedores”<sup>289</sup>.

Sin perjuicio de que dicho argumento es válido, creemos que es insuficiente en este caso por cuatro razones:

En primer lugar, y en principio, el *metabuscador* UrbanHail no incrementa la transparencia de precios entre las distintas aplicaciones de transporte. En efecto, estos últimos pueden

---

*intenciones del retailer A; (iii) el retailer C usa esa información para determinar sus precios*”. (Jorge Grunberg y Santiago Montt, “Prueba de la Colusión”, Informe en derecho (Chile: Centro de Regulación y Competencia, 2010).

<sup>287</sup> Per Baltzer Overgaard y H. Peter Møllgaard, “Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008), <<https://papers.ssrn.com/abstract=1141749>>. [Última fecha de consulta: 7 de enero de 2017]. p. 9.

<sup>288</sup> US Department of Justice y Federal Trade Commission. Ob. Cit. p. 26.

[Traducción propia. El original señala que: “[a] market typically is more vulnerable to coordinated conduct if each competitively important firm's significant competitive initiatives can be promptly and confidently observed by that firm's rivals. This is more likely to be the case if the terms offered to customers are relatively transparent”].

<sup>289</sup> OECD, “Price Transparency”, 2001, <<http://www.oecd.org/competition/abuse/2535975.pdf>> [Última fecha de consulta: 7 de enero de 2017]. p. 9.

monitorearse independientemente del *metabuscador* ya que las tarifas se encuentran abiertas al público. De esta manera, el riesgo de una práctica colusoria o concertada no se ve incrementada por el uso de UrbanHail porque el comportamiento se puede producir independientemente de la aplicación.

En segundo lugar, a nivel de los consumidores, la transparencia del mercado permite una reducción de costos de transacción relacionados con la búsqueda de información que puede tener como consecuencia incentivos suficientes para que las empresas fijen sus precios de forma competitiva a sabiendas de que el competidor puede ser más agresivo.

En tercer lugar, la transparencia de precios es solamente un factor aditivo que puede facilitar una práctica colusoria o concertada pero no es el factor determinante. En efecto, según la normativa de Estados Unidos, la información entre competidores debe ser considerada como una cuestión adicional o accidental (*plus factor*) pero no constitutiva de una práctica colusoria<sup>290</sup>.

Por último y, en cuarto lugar, como la tesis de una práctica concertada o colusoria producto del acceso al *metabuscador* es meramente contingente, estimamos que resultaría excesiva una prohibición *ex ante* basada en ese argumento. Por el contrario, en este escenario resulta más adecuado (y posiblemente más efectivo) disuadir las prácticas colusorias o concertadas por medio de sanciones (civiles<sup>291</sup>, administrativas<sup>292</sup>, o penales<sup>293</sup>) que actúen *ex post*, condenando directamente el comportamiento anticompetitivo.

---

<sup>290</sup> Jorge Grunberg y Santiago Montt. Ob. Cit. p. 89.

<sup>291</sup> El artículo 30 del DL 211 dispone que: “La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal (...)”.

<sup>292</sup> El artículo 26 letra c) establece como que el TDLC podrá: “Aplicar multas a beneficio fiscal por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción (...)”.

<sup>293</sup> La actual regulación de la libre competencia en Chile establece sanciones penales en el artículo 62 del DL 211 que establece que: “El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (...)”.



Una segunda manera de esgrimir el argumento mencionado anteriormente sería señalar que el acceso a la base de datos de Uber podría incentivar la ejecución de una práctica concertada o colusoria a nivel del uso de algoritmo de las distintas aplicaciones de transporte. Esta segunda manera de ver el argumento tendría tres manifestaciones:

(1) El computador como mensajero<sup>294</sup>: una primera aproximación sería razonar que los servicios de transporte podrían crear de forma independiente un algoritmo que tenga por objeto configurar un cartel (colusión) al monitorear rentas y precios entre los distintos agentes económicos del mercado relevante. En este sentido, la máquina solamente actuaría como un mensajero de las instrucciones esgrimidas por las empresas.

Esta forma de colusión tiene un mayor riesgo que la colusión vía acuerdos porque: (1) permite aumentar la estabilidad de los carteles en tanto la base de datos y su consecuente procesamiento permite que se detecte de forma más rápida el precio colusorio<sup>295</sup> y (2) los errores de estos tipos de pactos debiesen disminuir en comparación a los acuerdos explícitos producto de la recopilación masiva de datos, el procesamiento algorítmico, y la toma de decisiones automatizada<sup>296</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, creemos que dicho razonamiento debe ser rechazado aquí por lo señalado *supra*, esto es: (1) en principio, la elaboración de una colusión vía algoritmo se puede realizar sin la intervención del *metabuscador* porque estos precios son de libre acceso al público, (2) la transparencia de precios genera distintas externalidades positivas, (3) la

---

<sup>294</sup> La conducta de “computador como mensajero” ha sido definida por Ariel Ezrachi y Maurice Stucke como: “*En este escenario simple, los seres humanos utilizan computadoras para ejecutar directamente sus instrucciones. Dicho uso puede estar sujeto a un enfoque tradicional de aplicación. Un acuerdo o práctica concertada puede establecerse a medida que los humanos colaboran por medio de computadoras. En esta categoría, los seres humanos son los maestros, que mapean el cartel, mientras que los algoritmos informáticos sirven como mensajero, en que están programados para realizar el cartel y supervisar y castigar cualquier engaño*” (Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke, “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015), <<https://papers.ssrn.com/abstract=2591874>.> p. 10).

[Traducción propia. El original señala que: “*In this simple scenario, humans use computers to directly execute their instructions. Such use may be subjected to a traditional enforcement approach an agreement or concerted practice may be established as humans collude through the medium of computers. in this category, humans are the masters, who map out the cartel, while the computer algorithms serve as the messenger, in that they are programmed to help effectuate the cartel, and monitor and punish any cheating*”].

<sup>295</sup> Salil K. Mehra, “Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015), <https://papers.ssrn.com/abstract=2576341>. p. 29.

<sup>296</sup> *Ibíd.* p. 29.

transparencia de precios no es un factor determinante para una práctica colusoria o concertada, y (4) la hipótesis de colusión vía algoritmo es meramente contingente por lo que no se justifica una actuación de carácter preventiva que precava las ventajas de la implementación de un *metabusador* eficiente y menos por vía de autotutela de quien presuntamente cuenta con posición dominante.

(2) El agente predictivo<sup>297</sup>: una segunda aproximación sería argumentar que la transparencia del mercado es capaz de producir que las distintas aplicaciones de transporte, unilateralmente, diseñen una tecnología que, a través de sus algoritmos, permitan reaccionar y predecir el cambio de comportamiento de otros agentes económicos del mercado relevante. En otras palabras, abrir un espacio a la posibilidad de un acuerdo tácito.

Esta forma de seguimiento no reviste mayores problemas para el análisis de la libre competencia por dos factores. En primer lugar, porque en los casos en que se ha sancionado una conducta similar ha sido a través de la conducta denominada “posición dominante colectiva”, esto es, la situación en que la posición de dominio no pertenece a solamente una empresa sino a dos o más que coordinan sus prácticas comerciales. Lo problemático de sancionar la conducta catalogada como “agente predictivo” como un abuso de posición dominante colectivo es que no se cumplen todos los requisitos señalados por la judicatura comparada para que proceda esta figura al no existir un mecanismo de castigo para aquellas empresas que no adhieren a la coordinación.

En segundo lugar, porque la generación de algoritmos que permitan realizar seguimientos de otras empresas no implica un comportamiento que sea punible a la luz del derecho de la libre competencia puesto que solamente constituiría un paralelismo consciente, y no una práctica

---

<sup>297</sup> Este comportamiento ha sido calificado por Ariel Ezrachi y Maurice Stucke como una colusión de “Agente Predictivo” definiéndose como: “El uso de Agente Predecible refleja un escenario donde cada empresa utiliza unilateralmente el equipo como parte de una estrategia más sutil para mejorar la transparencia del mercado y predecir el comportamiento. El uso de algoritmos en toda la industria transforma la realidad del mercado para permitir el paralelismo consciente y precios más altos. En estas nuevas condiciones de mercado, los agentes pueden llegar más fácilmente a un acuerdo tácito, detectar infracciones y castigar las desviaciones de la política común.” (p. 16). [Traducción propia. El original señala que: “The use of Predictable Agent reflects a scenario where each firm unilaterally uses the computer as part of a more subtle strategy to enhance market transparency and predict behavior. The industry-wide use of algorithms transforms the market reality to enable conscious parallelism and higher prices. In these new market conditions, the agents may more easily reach a tacit agreement, detect breaches and punish deviations from the common policy”].

concertada o una colusión<sup>298</sup>. Dicha conducta no es antijurídica a la luz de la normativa de libre competencia por cuanto es una conducta frecuente en el marco de mercados con estructuras oligopólicas y homogeneidad de productos (en este caso servicios)<sup>299</sup>. Y si llega a condenarse, en ciertas hipótesis lo es bajo la figura del abuso de posición dominante conjunta, pero no el de acuerdo colusorio o práctica concertada. Así, por ejemplo, la Corte Suprema entendió que la negativa de venta de facilidades a operadores móviles virtuales por parte de varios agentes económicos no constituía un acuerdo colusorio sino que un comportamiento que tendría la naturaleza jurídica de un abuso de posición de dominio conjunto<sup>300</sup>. Ahora bien, una hipótesis de este tipo, de difícil configuración, tampoco debiera ser argumento suficiente para que Uber unilateralmente niegue acceso a sus datos.

(3) Buje y radio: una tercera forma de razonar sería señalar que la compartición del API de Uber pudiera tener como consecuencia que los distintos servicios de transportes se pusieran de acuerdo en la utilización de un algoritmo único que tuviera por objeto extraer rentas supra competitivas<sup>301</sup>.

La tercera forma de plantear el argumento (además de las razones mencionadas en la colusión vía acuerdos)<sup>302</sup> tampoco resulta convincente en este caso como para justificar la negativa unilateral de Uber de dar acceso al API, pues el potencial peligro de generar un algoritmo que pudiere generar una posible práctica concertada es un peligro tangencial al uso de estas nuevas herramientas tecnológicas, y no propio de la situación señalada.

---

<sup>298</sup> M. Waelbroeck y A. Frignani. Ob. Cit. p. 180.

<sup>299</sup> *Ibíd.* p. 180.

<sup>300</sup> Sentencia Rol N°7781-2010 (E. Corte Suprema 2011). Considerando Sexto.

<sup>301</sup> Este comportamiento ha sido denominado por Ariel Ezrachi y Maurice Stucke como una colusión de “Buje y Radios” conceptualizándose como: “[i]mplica el uso de un solo algoritmo para determinar el precio de mercado o reaccionar ante los cambios del mercado. Tal algoritmo - cuando se utiliza para el servicio de muchos comerciantes - puede generar efectos anticompetitivos” (Ariel Ezrachi y Maurice Stucke. Ob. Cit. p. 14).

[Traducción propia. El original señala que: “[i]nvolves the use of a single algorithm to determine the market price or react to market changes. Such an algorithm - when used to service many traders - may generate anticompetitive effects].

<sup>302</sup> Los argumentos son: (a) en principio, la elaboración de una colusión vía algoritmo se puede realizar sin la intervención del *metabusador* porque estos precios son de libre acceso al público, (b) la transparencia de precios genera distintas externalidades positivas, (c) la transparencia de precios no es un factor determinante para una práctica colusoria o concertada, y (d) la hipótesis de colusión vía algoritmo es meramente contingente por lo que no se justifica una regulación de carácter preventiva.

Finalmente, y como reflexión colateral, vale la pena señalar que es perfectamente posible que Uber de forma independiente genere un algoritmo que permita a la empresa extraer rentas supra competitivas. De hecho, los profesores Maurice Stucke y Ariel Ezrachi han argumentado que presumiblemente Uber actualmente se encuentra operando con un algoritmo que permite actuar en ese sentido<sup>303</sup>. Esta materia, sin embargo, no se refiere al caso discutido en este trabajo y excede, por lo tanto, las posibilidades de este ensayo.

---

<sup>303</sup> Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke. Ob. Cit. p. 14.

## CAPÍTULO 9. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, creemos que por el caso UrbanHail, y dándose ciertas condiciones de hecho, Uber podría ser perfectamente sancionada a la luz de la normativa chilena de la libre competencia, en específico el artículo 3° letra b) del DL 211, por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, se debería caracterizar el mercado relevante del caso analizado como un mercado conexo conformado por el mercado de “aplicaciones móviles de transporte” y de “metabuscadore de servicio de transporte”. En ese sentido, la conducta realizada por Uber se produciría en el mercado en que habría buenas razones para estimar que la plataforma ostenta posición dominante (mercado *aguas arriba*), pero tendría efectos anticompetitivos en el mercado conexo (mercado *aguas abajo*). Sobre el mercado de aplicaciones móviles de transporte es necesario destacar que presenta barreras a la entrada distintas a las tradicionalmente admitidas que se configuran en: (1) efectos o externalidades de red, y (2) materias vinculadas a aspectos de comodidad y fidelidad.

En segundo lugar, respecto al análisis de poder de mercado, a lo largo del presente ensayo hemos seguido una posición que hemos caracterizado como “análisis factual”, la que hemos definido como un proceso racional que permite dilucidar si una empresa ostenta una posición de mercado a partir de un determinado comportamiento anticompetitivo, esto es, la materialización de un acto exclusorio de una empresa que tenga como consecuencia el entorpecimiento o impedimento a la entrada o expansión de competidores. Dicho análisis es posible de ser utilizado en el ordenamiento jurídico nacional ya que ha sido acogido de forma implícita por el TDLC en las sentencias N° 26/2005 y 63/2008. En este sentido, es factible concluir que Uber sí tendría poder de mercado según el derecho chileno.

En tercer lugar, cabe señalar que procedería aplicar la teoría de las facilidades esenciales en el caso de UrbanHail por la negativa de venta que efectuó Uber en el uso del API respecto al *metabuscador*, que tuvo como consecuencia el levantamiento de una barrera a la entrada artificial, puesto que se cumplen los requisitos señalados *supra*: (1) control de una instalación por un monopolista, (2) carácter imprescindible y necesario de la instalación para el suministro

de bienes o servicios en mercados relevantes o conexos, (3) negación de acceso a un competidor, y (4) posibilidad del monopolista de garantizar acceso a la instalación.

En cuarto lugar, el bloqueo forzoso de la base de datos de Uber constituye en nuestra opinión una barrera a la entrada artificial y principal que no poseería justificaciones técnicas o económicos puesto que: (1) el problema de los incentivos se puede salvaguardar por el hecho de que Uber compite en un mercado distintos que UrbanHail, y (2) el problema de las prácticas coordinadas se ve salvaguardado por diferentes factores pero, principalmente, por el hecho de que, en principio, UrbanHail no transparenta el mercado de aplicaciones móviles de transporte al ser las tarifas libres al público y por la circunstancia de que la invocación de ese argumento no puede ser suficiente para incurrir en una negativa unilateral de acceso a un activo esencial para la competitividad de otro agente económico.

En resumen, Uber valiéndose de su poder de mercado, estableció una barrera a la entrada artificial que perjudicó, por un lado, al *metabusador*, y por otro lado, a los consumidores que se vieron impedidos de utilizar la aplicación.

Asimismo, el presente ensayo ha permitido ilustrar que existe una serie de cualidades intrínsecas a las nuevas tecnologías (tales como la presencia de mercados de dos o más lados, Economías Colaborativas, utilización de bases de datos, externalidades o efectos de red) que tienen consecuencias prácticas en el entendimiento de la libre competencia de estos mercados. Así, por ejemplo, en el ensayo se ha podido demostrar que: (1) la posición de dominio para el caso de las nuevas tecnologías y/o Economía Colaborativa puede ser más precisamente evaluado bajo el alero del análisis factual, y no bajo las tradicionales herramientas de la teoría económica aplicadas a los mercados tradicionales, tales como el índice Lerner, el IHH, o el SNNIP, (2) que las barreras a la entrada se encuentran presentes en estos mercados; sin perjuicio de la aparente libre movilidad del consumidor y la competencia a un “click de distancia”, y (3) que la teoría de las facilidades esenciales puede ser una herramienta teórica interesante para aplicarla en el uso de bases de datos.

Lo anterior es de suma relevancia puesto que permite ilustrar que las herramientas tradicionales que se han utilizado para el análisis de la libre competencia hasta nuestros días no son del todo

fiables en los mercados de las nuevas tecnologías ya que fueron pensadas para mercados menos complejos que obedecían a una estructura totalmente distinta a la que actualmente estamos enfrentando.

Asimismo, esperamos que este estudio pueda ser útil en el futuro pues: (1) es muy probable que la normativa de la libre competencia cobre relevancia en los mercados de las nuevas tecnologías teniendo en cuenta que son cada vez más los casos en que se imputan a estas nuevas aplicaciones actuaciones propias de ilícitos económicos, y (2) porque el caso UrbanHail puede ser un precedente importante para otros casos de libre competencia, tanto nacionales como extranjeros, en que intervengan los *metabuscaadores*. En efecto, es perfectamente posible, que tanto Kayak, Skyscanner, como despegar.com, por nombrar algunos, tengan a futuro algún un problema similar a lo que aconteció con UrbanHail para cuya solución haya que recurrir a herramientas, puestas al día, propias del derecho de la libre competencia.

## ABREVIATURAS

Caso Uber vs. UrbanHail	Caso UrbanHail
Caso Voissnet vs. CTC Telefónica	Caso Voissnet I
Compañía de Telecomunicaciones Chile S.A.	Telefónica
Decreto Ley 211	DL 211
Departamento de Justicia de Estados Unidos	DJEU
Federal Trade Commission	FTC
Fiscalía Nacional Económica	FNE
Índice Herfindahl – Hirschman	IHH
Organization for Economic Co-operation and Development	OECD
The Small but Significant and Nontransitory Increase in Prices	SSNIP
Telefonía vía Internet	Telefonía IP o VoIP
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	TDLC
Tribunal de Justicia Europeo	TJEU



## BIBLIOGRAFÍA

### I. DOCTRINA

1. Ahlborn, Christian, y Christoph Barth. “Not Enough Girls in the Club: The European Antitrust Approach Towards Multisided Markets”. *Antitrust Chronicle* 6 (2013). [http://econpapers.repec.org/article/cpiatchrn/6.1.2013\\_3ai=11140.htm](http://econpapers.repec.org/article/cpiatchrn/6.1.2013_3ai=11140.htm).
2. Barry, Jordan M., y Paul L. Caron. “Tax Regulation, Transportation Innovation, and the Sharing Economy”. *University of Chicago Law Review Dialogue* 82 (2016 de 2015): 69–84.
3. Bergman, Mats A. “The Role of Essential Facilities Doctrine Economics”. *Antitrust Bulletin* 46 (2001): 403–34.
4. Bower, Joseph, y Clayton Christensen. “Disruptive Technologies: Catching the Wave”. *Harvard Business Review* 73 (1995): 43–53.
5. Coase, Ronald. “El problema del costo social”. *Revista Estudios Públicos* N° 45, 1992, 81–134.
6. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. “Resultados Preliminares: Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa”, 2016. <https://www.airbnbaction.com/wp-content/uploads/2016/03/0-2.pdf>.
7. Dahlman, Carl J. “The Problem of Externality”. *Journal of Law & Economics* 22 (1979): 141–62.
8. Di Amato, Alessio. “Uber and the Sharing Economy Hard Cases”. *Italian Law Journal* 2 (2016): 177–90.
9. Edelman, Benjamin. “How Uber Uses API Restrictions to Block Price Comparison and Impede Competition”, 2016. <http://www.benedelman.org/news/053116-1.html>.
10. ———. “PPC Platform Competition and Google’s ‘May Not Copy’ Restriction”, 2008. <http://www.benedelman.org/news/062708-1.html>.
11. Evans, David S. “Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms”. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 10 de marzo de 2016. <http://papers.ssrn.com/abstract=2746095>.
12. ———. “The Antitrust Economics of Two-Sided Markets”. SSRN Scholarly Paper.

- Rochester, NY: Social Science Research Network, 2 de noviembre de 2002. <https://papers.ssrn.com/abstract=332022>.
13. ———. “Two-Sided Market Definition”. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 11 de noviembre de 2009. <https://papers.ssrn.com/abstract=1396751>.
  14. Elzinga, Kenneth, y David E. Mills, “The Lerner Index of Monopoly Power: Origins and Uses”, *The American Economic Review* 101, no 3 (2011): 558–64. p. 558.
  15. Ezrachi, Ariel, y Maurice E. Stucke. “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015. <https://papers.ssrn.com/abstract=2591874>.
  16. Fiscalía Nacional Económica. “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”. Chile, 2012. [fne.gob.cl](http://fne.gob.cl).
  17. Fox, Eleanor M., y Daniel A. Crane. *Antitrust Stories*. New York: Foundation Press, 2007.
  18. Frischmann, Brett, y Spencer Weber Waller. “Revitalizing Essential Facilities”. *Antitrust Law Journal* 75, n° 1 (2008): 1–65.
  19. Geier, Mark. “United States v. Microsoft Corp. Antitrust Case Note”, *Berkeley Technology Law Journal* 16 (2001): 297–322.
  20. Grunberg, Jorge, y Santiago Montt. “Prueba de la Colusión”. Informe en derecho. Chile: Centro de Regulación y Competencia, 2010.
  21. Hall, Jonathan, Cory Kendrick, y Chris Nosko. “The effects of Uber’s Surge Pricing: A Case Study”, 2015. [http://faculty.chicagobooth.edu/chris.nosko/research/effects\\_of\\_uber’s\\_surge\\_pricing.pdf](http://faculty.chicagobooth.edu/chris.nosko/research/effects_of_uber’s_surge_pricing.pdf).
  22. Hattwick, Richard E. “Behavioral Economics: An Overview”. *Journal of Business and Psychology* 4, n° 2 (1989): 141–54.
  23. Hovenkamp, Herbert J. “Antitrust and Information Technologies”. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015. <https://papers.ssrn.com/abstract=2531689>.
  24. Husovec, Martin. “The End of (Meta) Search Engines in Europe”. *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 14 (2015 de 2014): 145–72.
  25. Johnson, Eric J., Wendy W. Moe, Peter S. Fader, Steven Bellman, y Gerald L. Lohse. “On the Depth and Dynamics of Online Search Behavior”. *Management Science* 50, n° 3

- (2004): 299–308.
26. Jonas, Alexandra. “Share and Share Dislike: The Rise of Uber and AirBnB and How New York City Should Play Nice Notes and Comments”. *Journal of Law and Policy* 24 (2015): 205–40.
  27. Jones, Alison, y Brenda Sufrin. *EU Competition Law*. Quinta. United Kingdom: Oxford University Press, 2014.
  28. Lazaroff, Daniel E. “Entry Barriers and Contemporary Antitrust Litigation”. *UC Davis Business Law Journal* 7 (2007 de 2006): 1–54.
  29. Lindenberg, Eric y Stephen Ross, “Tobin’s q Ratio and Insutrial Organization”, *The Journal of Business* 54 (1981): 1–32. p. 29.
  30. Mankiw, N. Gregory. *Principios de Economia*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana, 2003.
  31. McAfee, R. Preston, Hugo M. Mialon, y Michael A. Williams. “What Is a Barrier to Entry?” *The American Economic Review* 94, n° 2 (2004): 461–65.
  32. Mehra, Salil K. “Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms”. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015. <https://papers.ssrn.com/abstract=2576341>.
  33. Nehme, Nicole, y Paulo Montt. “Conductas Exclusorias y Libre Competencia: el caso de la negativa de venta en presencia de instalaciones esenciales”. *Revista Anales Derecho UC. Temas de libre competencia*, 2009, 11–35.
  34. Niminet, Liviana. “The Small But Significant and Nontransitory Increase in Prices (SSNIP) Test”. *Studies and Scientific Researches. Economics Edition*, n° 13 (2008). <http://sceco.ub.ro/DATABASE/repec/pdf/2008/20081312.pdf>.
  35. OECD. “Price Transparency”, 2001. <http://www.oecd.org/competition/abuse/2535975.pdf>.
  36. Overgaard, Per Baltzer, y H. Peter Møllgaard. “Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly”. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008. <https://papers.ssrn.com/abstract=1141749>.
  37. Pindyck, Robert, y Daniel Rubinfeld. *Microeconomía*. Séptima. España: Pearson, 2009.
  38. Pleatsikas, Christopher, y David Teece. “The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation”. *International Journal of Industrial Organization* 19, n° 5 (2001): 665–93.

39. Posen, Hannah A. “Ridesharing in the Sharing Economy: Should Regulators Impose Uber Regulations on Uber Notes”. *Iowa Law Review* 101 (2016): 405–34.
40. Rencoret, Pedro. “La Doctrina de las Facilidades Esenciales ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. Universidad de Chile, 2010.
41. Rochet, Jean-Charles, y Jean Tirole. “Platform competition in two-sided markets”. *Journal of the European Economic Association* 1, n° 4 (2003): 990–1029.
42. ———. “Two-sided markets: an overview”. *Institut d’Economie Industrielle working paper*, 2004. [http://web.mit.edu/14.271/www/rochet\\_tirole.pdf](http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf).
43. Sammut-Bonnici, Tanya, y John McGee. “Network Strategies for the New Economy”. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 3 de octubre de 2002. <https://papers.ssrn.com/abstract=2335400>.
44. Stephany, Alex. *The Business of Sharing: Making it in the New Sharing Economy*. Edición: 2015. Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, NY: Palgrave Macmillan, 2015.
45. Stucke, Maurice E., y Allen P. Grunes. *Big Data and Competition Policy*. United Kingdom: Oxford University Press, 2016.
46. Sundararajan, Arun. *The Sharing Economy. The End of Emploment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*. England: The MIT Press, 2016.
47. Thornton, Sara. “The Transportation Monopoly Game: Why Taxicabs Are Losing and Why Texas Should Let Transportation Network Company Tokens Play”. *Texas Tech Law Review* 47 (2015 de 2014): 893–938.
48. Ugarte Soto, Alfredo. “Facilidades Esenciales y Abuso de Posición Dominante”. *Revista de derecho (Coquimbo)* 20, n° 2 (2013): 233–68.
49. U.S. Department of Justice, y Federal Trade Commission. “Horizontal Merger Guidelines”, 2010. <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.
50. Valdés, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
51. Van Bael, y Bellis. *Competition Law of the European Community*. Cuarta. EEUU: Kluwer Law International, 2005.
52. Waelbroeck, M., y A. Frignani. *Derecho Europeo de la Competencia*. Edición: 1. Barcelona: Bosch, 1998.
53. Ybar, Mario. “Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina

y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias”,  
*Revista de Derecho Económico*, 2016, 13–60.

## **II. JURISPRUDENCIA NACIONAL**

1. Proposición N° 19/2017 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2017).
2. Sentencia N° 26/2005 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2005).
3. Sentencia N° 45/2006 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2006).
4. Sentencia N° 45/2006 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2006).
5. Sentencia N° 63/2008 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2008).
6. Sentencia N° 74/2008 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2008).
7. Sentencia N° 76/2008 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2008).
8. Sentencia N° 88/2009 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2009).
9. Sentencia N° 107/2010 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2010).
10. Sentencia N° 112/2011 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2011).
11. Sentencia N° 116/2011 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2011).
12. Sentencia N° 125/2012 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2012).
13. Sentencia N° 129/2013 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2013).
14. Sentencia N° 131/2013 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2013).
15. Sentencia N° 140/2014 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2014).
16. Sentencia N° 153/2016 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2016).
17. Sentencia Rol No7781-2010 (E. Corte Suprema 2011).

## **III. JURISPRUDENCIA COMPARADA**

1. Case A-3/2012 HTC Europe Co Ltd vs. Apple Inc (Court of Appeal (Civil Division) 2013).
2. Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG vs. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. (Court of Justice 1998).
3. Case IV/32.318 London European vs. Sabena (European Union Legislation 1988).
4. Case IV/34.174 Sealink vs. B&I-Holyhead (European Commission 1992).
5. Case T-201/04 Microsoft Corp vs. Commission of the European Communities (General

Court 2004).

6. Skyscanner Ltd v Hotels Combined Pty Ltd (Supreme Court New South Wales 2016).
7. Teklogix Inc. v. Zaino. (Ontario Court of Justice 1997).
8. Toronto (City) v. Uber Canada Inc. (Ontario Superior Court of Justice 2015).