



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

**CONCENTRACIÓN DE MERCADO Y PODER: UNA RELACION
ENTRE LIBRE COMPETENCIA, LIBERTAD DE EXPRESION Y
DEMOCRACIA
CASOS DE ESTUDIO: CASO AT&T/TIME WARNER Y LAS REDES
SOCIALES**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Camilo León Millones

Profesora guía:

Nicole Nehme Zalaquett

Santiago de Chile.

Abril, 2019

*A mis padres y hermano, por su enorme e indispensable apoyo durante todo este proceso,
A mi amada Valentina, por siempre estar a mi lado con un mensaje de amor*

INDICE

RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO II. La libre competencia y la concentración de mercado: repaso histórico .20	
1- <i>Época pre-Harvard: el análisis clásico de la libre competencia</i>	20
2- <i>Análisis estructuralista.</i>	24
3- <i>Enfoque conductual: la concentración favorece o, a lo sumo, es neutra para la libre competencia.</i>	26
4- <i>Una nueva versión de Chicago: la Escuela Post-Chicago.</i>	31
5- <i>El resurgimiento de las teorías pre-Chicago: enfocándonos nuevamente en la concentración como núcleo primario de la defensa de la libre competencia</i>	34
CAPITULO III: Caso AT&T y Times Warner	38
1- <i>Descripción del caso: la historia de AT&T y Time Warner</i>	38
2- <i>Neutralidad de red: los ISP y sus riesgos</i>	48
3- <i>Neutralidad de red y la televisión por cable</i>	57
4- <i>Problemas perspectiva pre Harvard / post “Post Chicago”</i>	60
CAPITULO IV: Concentración de mercado y libertad de expresión: el caso de las redes sociales	67
1- <i>El concepto de red social.</i>	69
2- <i>Avisos e información en redes sociales: el flujo de contenidos</i>	70
3- <i>Mercado Relevante</i>	74
4- <i>Captación masiva de usuarios: la “gratuidad” de las redes sociales.</i>	76
5- <i>Las redes sociales, un mercado de diversos lados</i>	78
6- <i>Barreras de entrada en la industria de las redes sociales</i>	81
7- <i>Definición del mercado geográfico</i>	86
8- <i>Posición dominante</i>	87
9- <i>Riesgos derivados de operaciones de concentración en la industria de redes sociales.</i>	89
10- <i>Riesgos verticales de parte de empresas dominantes en la industria de redes sociales</i>	93
11- <i>¿Son las redes sociales nuevas formas de medios de comunicación social?</i>	95
12- <i>Los desafíos para la libertad de expresión y la democracia</i>	98

CAPITULO V: El desafío en el derecho interno: regulación de las redes sociales desde la libre competencia.	110
1- <i>Postura del Servel</i>	111
2- <i>Postura Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</i>	113
3- <i>Postura Fiscalía Nacional Económica</i>	114
4- <i>Propuesta regulatoria en Chile</i>	116
CONCLUSIÓN	120
BIBLIOGRAFÍA	124

RESUMEN

La política de libre competencia en Estados Unidos históricamente ha estudiado las operaciones de concentración de mercado bajo un análisis estrictamente económico. Esto, actualmente, ha sido objeto de críticas por la compra de Time Warner por parte de la empresa de telecomunicaciones AT&T, por los riesgos que podría representar la nueva entidad, en caso de llevarse a cabo el negocio, para valores como la diversidad y pluralismo informativo.

En este ensayo se hace un repaso histórico de la política de libre competencia en Estados Unidos y las diferentes formas de abordar y analizar operaciones de concentración de mercado. El recorrido comienza con la Sherman Act, pasando por las Escuelas de Harvard, Chicago y Post-Chicago, para llegar a las nuevas voces críticas del negocio de AT&T con Time Warner, que reviven tendencias de finales del siglo XX en Estados Unidos sobre la libre competencia. Estas voces están reviviendo antiguos planteamientos que sostienen que existiría una conexión entre libre competencia y valores públicos como la diversidad informativa, el pluralismo, y la democracia.

Pero, en caso de existir esa conexión, ¿qué pasaría con las redes sociales, si se consideran como nuevos medios de comunicación social? ¿Qué pasa si existen operaciones de concentración de mercado en la industria de las redes sociales? ¿Habría riesgo para el pluralismo informativo, sobre todo por el rol que cumplen estas redes digitales hoy en día? En el presente ensayo también se analiza dicho escenario, con las posibles consecuencias tanto económicas como político-sociales de una operación de concentración en la industria de redes sociales, para finalmente proponer una reforma legal para efectos de que las autoridades chilenas de libre competencia puedan analizar *ex ante* dichas operaciones.

INTRODUCCIÓN

“La libertad es un bien precioso, pero no está garantizada, a ningún país, a ninguna persona, que no sepan asumirla, ejercerla y defenderla”.

MARIO VARGAS LLOSA

La confirmación por parte de la compañía de telecomunicaciones estadounidense AT&T de la compra de la empresa Time Warner, gigante en el negocio de los medios de comunicación y entretenimiento a nivel mundial (“Acuerdo” u “Operación”), suscitó un amplio debate público en Estados Unidos (“EEUU”), especialmente en el ámbito académico de la libre competencia y en los tradicionales partidos políticos.¹ Este acuerdo de concentración de mercado, anunciado el 22 de octubre del 2016, por una suma superior a los \$80 mil millones², genera muchas dudas por el alto poder que se concentraría en un solo agente de mercado, y sus posibles consecuencias, sobre todo a nivel político. Esta operación ha sido criticada tanto por el partido Republicano como el Demócrata en EEUU³, según consta en las declaraciones del presidente Donald J. Trump -entonces candidato presidencial republicano-⁴, y del excandidato demócrata por la Casa Blanca, Bernie Sander.⁵ A su vez, la excandidata Hillary Clinton

¹ Expansión. (2016, 23 de octubre). “La fusión entre AT&T y Time Warner desata las alarmas antimonopolio en EEUU” [en línea]. Fecha consulta 8 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.expansion.com/empresas/tecnologia/2016/10/23/580cf9c0e5fdea133f8b4588.html>.

² CPI Journal: Competition Policy International. (2016, 23 de octubre). “US: AT&T to buy Time Warner for \$85 billion, and raising antitrust concerns” [en línea]. Consultado el 8 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.competitionpolicyinternational.com/us-att-to-buy-time-warner-for-85-billion-and-raising-antitrust-concerns/?utm_source=CPI+Lista+Combinada&utm_campaign=90ceda34ab-EMAIL_CAMPAIGN_2016_10_28&utm_medium=email&utm_term=0_ee26de8909-90ceda34ab-236788509

³ Crews Jr, Clyde Wayne. (2016, 24 de octubre). “Republicans And Democrats Unite Against \$86 Billion AT&T-Time Warner Merger Deal” [en línea]. Forbes, Disponible en: <http://www.forbes.com/sites/waynecrews/2016/10/24/republicans-and-democrats-unite-against-86-billion-att-time-warner-merger-deal/#6894afdc5343>.

⁴ Lee, Timothy B. (2016, 25 de octubre). “Why the strongest case for AT&T's merger with Time Warner is also the case against it” [en línea]. Vox. Disponible en: <http://www.vox.com/new-money/2016/10/25/13388860/att-time-warner-merger-explained>.

⁵ Reuters. (2016, 24 de octubre). “Bernie Sanders Says Washington Should 'Kill' the AT&T-Time Warner Deal” [en línea]. Forbes. Disponible en: <http://fortune.com/2016/10/24/att-time-warner-deal-bernie-sanders/>.

sostuvo que, de haber sido electa presidenta, “miraría de cerca” esta operación entre dos de las más grandes empresas de entretenimiento y medios.⁶

Estas dudas que genera el Acuerdo se relacionan principalmente con el tipo de operación que representa, y sus posibles consecuencias tanto económicas como políticas. En efecto, en materia de libre competencia, en cuanto a las operaciones de concentración entre agentes de mercado, es posible reconocer dos tipos de operaciones de ese tipo: las verticales y las horizontales. Las operaciones llamadas “verticales” se realizan entre dos agentes ubicados en etapas distintas de una cadena de comercialización o distribución que se integran en virtud del acuerdo.⁷ En otras palabras, un agente económico se integra con un proveedor o comprador relacionado a su giro comercial y no con un competidor directo, como lo sería en una integración “horizontal”. Esta última, en cambio, se caracteriza por el control directo de un competidor sobre otro dentro del mismo mercado.

Sin perjuicio de los aspectos o consecuencias positivas que ambos tipos de operaciones de concentración pudiesen tener, ellas también podrían dar paso a situaciones perjudiciales para la libre competencia. En efecto, en cuanto a las concentraciones horizontales, estas pueden, al bajar el número de competidores, directamente reducir la competencia en el mercado, lo que podría dar paso a situaciones negativas, tales como mayores precios para los consumidores, o menor calidad de los productos.⁸ Por otro lado, respecto a las operaciones verticales, el riesgo fundamental para la libre competencia es uno excluyente, dado que, en virtud del acuerdo de integración entre agentes relacionados dentro de la cadena de comercialización del producto, se podría excluir, o adquirir incentivos para excluir, “aguas arriba” o “aguas abajo” a otros competidores.

⁶ Stelter, Brian. (2016, 27 de octubre). “Hillary Clinton addresses AT&T-Time Warner merger” [en línea]. CNN Money, 27 de octubre. <http://money.cnn.com/2016/10/26/media/att-time-warner-hillary-clinton/>.

⁷ Farrell, Joseph and Weiser, Phil. (2003) *Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*. Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 17, No. 1. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=452220>, p.87.

⁸ Esto sin perjuicio de que también podrían darse eficiencias, tales como una baja en los costos de producción para la empresa resultante del acuerdo. Ver Salant, Stephen W.; Switzer, Sheldon & Reynolds, Robert J. (1983). *Losses from horizontal merger: the effects of an exogenous change in industry structure on Cournot-Nash equilibrium*. The Quarterly Journal of Economics, p. 219.

El Acuerdo AT&T/Time Warner representa una operación de concentración de tipo vertical, dado que se unen dos empresas que actúan en mercados ubicados en distintas etapas de una misma cadena de comercialización (en este caso, entrega de contenidos informativos y de entretenimiento). En efecto, AT&T es una proveedora de acceso a cadenas pagadas (TV cable), siendo uno de los dos mayores operadores de telecomunicaciones de EEUU⁹, dueño, por ejemplo, de DIRECTV¹⁰, además de ser una compañía telefónica y de internet (“ISP”¹¹) con gran presencia en el mercado norteamericano. En cambio, Time Warner es un proveedor de contenido audiovisual, con propiedad sobre cadenas televisivas como CNN¹² y HBO¹³ a nivel global, y Chilevisión, su filial para el caso de Chile, es concesionario de televisión abierta. Por lo tanto, ambas empresas operan en niveles distintos en la cadena de comercialización. Por una parte, Time Warner provee los contenidos a los cuales accede el usuario, y AT&T provee la red a través de la cual el usuario tiene la posibilidad de ver el contenido.¹⁴

En materia de las operaciones de concentración verticales entre proveedores de servicios de internet y de TV cable y proveedores de contenido audiovisual, a nivel de política pública en EEUU, ha habido dos puntos que preocupan a la Federal Communications

⁹ Expansión. (2016, 22 de octubre). “AT&T confirma compra de Time Warner por 85,000 millones de dólares “. [en línea]. Disponible en: <http://expansion.mx/empresas/2016/10/22/at-t-confirma-compra-de-time-warner-por-85-000-millones-de-dolares>.

¹⁰ DirecTV es un proveedor de servicios de tv cable a través de difusión directa por satélite en vivo. Transmite televisión digital, canales de audio y radios por satélite a televisores fijos mediante un decodificador y una antena parabólica que receptiona la señal. El 18 de mayo de 2014, AT&T anunció la compra de DirecTV por una suma de 48.500 millones de dólares.

¹¹ El termino ISP se utiliza para referirse a los proveedores de servicios de Internet, es decir, a las empresas que ofrecen al consumidor acceso a internet a través de su red.

¹² Cable News Network (CNN) es un canal de televisión estadounidense, fundado en 1980, y cuya propiedad actualmente corresponde a Time Warner. CNN fue la primera cadena de televisión en transmitir durante las 24 horas del día contenido informativo para el público. CNN posee 15 cadenas de televisión de cable y satélite, 12 sitios web y 2 cadenas de radio. Es el segundo canal de noticias más visto en Estados Unidos, además de poseer dos cadenas en español, CNN en Español, y CNN Chile, con presencia en nuestro país.

¹³ Home Box Office (HBO) es un canal de televisión por cable y satélite estadounidense, siendo uno de los más populares en toda América. Su propietario es la empresa Time Warner. HBO exhibe películas ya estrenadas en el cine y películas y series de producción propia. La cadena está presente en más de 150 países del mundo, con 9 canales normales y 2 en versión HD.

¹⁴ Un ejemplo: un usuario en su casa, para ver un programa de TV cable, un partido de futbol, por ejemplo, necesita contratar un proveedor de red de TV cable. Por lo tanto, hay dos niveles distintos, el contenido en sí (el partido de futbol), y la red a través de la cual se puede acceder al canal que transmite el partido.

Commission (FCC).¹⁵ El primero de ellos dice relación con que los proveedores de servicios de TV cable o internet pueden discriminar sin restricción alguna los contenidos de los proveedores no integrados verticalmente, sobre todo los contenidos llamados “independientes”, es decir, de contenidos no asociados a ningún proveedor de servicios de red y que buscan su espacio en TV o internet, lo cual podría dar lugar a una conducta discriminatoria que tienda a su exclusión. En segundo lugar, la FCC se preocupa, a nivel del mercado de televisión e ISP, que un agente que esté integrado verticalmente con un proveedor de contenidos de aquellos llamados “esenciales” o particularmente importantes para el consumidor¹⁶, limite el acceso a otro proveedor de TV e ISP a tal contenido esencial, lo cual afectaría la competencia en este mercado, dado que la oferta del agente no integrado estaría en desventaja respecto de la oferta del proveedor integrado con el contenido “esencial”.¹⁷

Este es el punto central del problema que representa la operación de concentración que aquí analizamos. La empresa resultante de la concentración vertical entre AT&T y Time Warner será la mayor empresa de medios de comunicación y telecomunicaciones de EEUU.¹⁸ De esto se sigue que, al estar este mercado -relacionado con la entrega de información por distintos medios-, concentrado en un agente, esto podría *a priori*, por falta de competencia en el mercado de proveedores de contenido y en el de proveedores de servicios de TV cable e internet, repercutir potencialmente en una menor variedad de contenidos para los consumidores; o bien, en la potencial ejecución de conductas exclusorias o explotativas por parte del ISP o proveedor de TV cable respecto de ciertos agentes proveedores de contenidos, afectándose de ese modo la competencia en los distintos mercados en que dicha nueva entidad -de existir- participe a futuro. Es decir, y tal como lo analizó la FCC en Estados Unidos, se podría presentar un caso hipotético en que, al haber un gran porcentaje de medios de comunicación y contenido audiovisual bajo el control de un solo agente económico, y siendo este agente un proveedor de TV cable o un ISP, este podría favorecer directamente ciertos

¹⁵ La *Federal Communications Commission (FCC)* es un organismo estatal en EEUU, bajo supervisión directa del Congreso. Esta comisión, creada en 1934, es la responsable de la regulación de las telecomunicaciones interestatales (a nivel local) e internacionales de radio, televisión, redes inalámbricas, teléfonos, satélite y cable. Información disponible en <https://www.fcc.gov/about-fcc/what-we-do>.

¹⁶ Al referirse a esencial, la FCC hace referencia a contenido que sea muy valorado por el consumidor en general, lo cual le da un mayor valor dentro del mercado de contenidos.

¹⁷ Waterman, David & Choi, Sujin. (2011, diciembre) “*Non-discrimination rules for ISPs and vertical integration: Lessons from cable television*”. *Telecommunications Policy*, p. 2-3.

¹⁸ Crews Jr, Clyde Wayne. (2016, 24 de octubre).

contenidos, como por ejemplo, los relacionados o integrados verticalmente, ya sea con mayor tráfico de datos en internet, o con mayor tiempo de exhibición en TV, discriminando a otros sin justificación legal, situación que ya ha sucedido, por ejemplo, en el caso de la televisión por cable.¹⁹

Esto abre otro punto de análisis desde el punto de vista de la libre competencia. Tim Wu acuñó el término de *net neutrality*, o neutralidad de red, el cual está relacionado con los mercados tecnológicos y de innovación, sobre todo internet y las telecomunicaciones.²⁰ En otras palabras, la neutralidad de red dice relación con la red mediante la cual los proveedores de contenido para internet hacen llegar dicho contenido a los usuarios finales, siendo esta red administrada por los ISP.²¹ El hecho que esta red sea “neutral” quiere decir que estos proveedores de servicios de internet, quienes son los que tienen el control operativo de la red, no debieran establecer diferencias en la calidad del servicio respecto de ciertos contenidos, ni degradar el tráfico de unos respecto de otros, ni establecer contratos de exclusividad con algún proveedor de contenidos, ni discriminar algunos contenidos en relación a otros.²² En definitiva, debe haber un tratamiento igualitario para todo contenido que circule en la red.

Este debate relativo a los riesgos que suponen las grandes concentraciones en mercados tecnológicos y relacionados con las telecomunicaciones está estrechamente relacionado a cómo la autoridad de libre competencia enfrenta estas operaciones de concentración de mercado. En otras palabras, el Acuerdo ha puesto en el centro de la discusión pública un viejo debate de finales del siglo XIX y de todo el siglo XX en Estados Unidos: el rol de la autoridad de libre competencia, y bajo qué criterios ésta debe analizar y aprobar operaciones de concentración que versan sobre medios de comunicación. Es este punto el que ha generado que esta Operación adquiera tanta connotación pública, y que ha hecho que tanto intelectuales como políticos opinen sobre ésta, generándose incluso voces que abogan por una nueva mirada de la política *antitrust* en EEUU, en parte a partir del análisis de los posibles efectos a que podría dar lugar la Operación.

¹⁹ Waterman, David & Choi, Sujin. (2011, diciembre), p.1.

²⁰ Wu, Tim. (2003). “*Network Neutrality, Broadband Discrimination*”. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol, p.145.

²¹ Cave, M., & Vogelsang, I. (2015) *Net Neutrality: an EU/US Comparison. Competition Pol'y Int'l*, 11, p.1.

²² Cave, M., & Vogelsang, I. (2015) p.2.

En efecto, durante el siglo XX, se desarrolló en EEUU un debate sobre cómo debiera la autoridad de libre competencia enfrentar las concentraciones de mercado. En este debate, han destacado dos grandes Escuelas. La primera de éstas apoya una política donde se mira con mucho escepticismo y desconfianza a las operaciones que otorgan poder de mercado por el solo hecho de generarlo, en un análisis referido más bien a la estructura del mercado que a las conductas de los agentes, dado que habría conductas que hasta cierto punto serían inevitables en virtud de ciertas estructuras de mercado.²³ Esta tendencia fue desarrollada en la Universidad de Harvard a partir de la década del 1940, y aboga por una política de libre competencia que defienda la competencia en los mercados buscando evitar *ex ante* que se generen estructuras de mercado con pocos actores. Lo anterior, dado que, según esta Escuela, habría una relación directa entre estructura de mercado y comportamiento de este mismo.²⁴

La Escuela que vino a rebatir esta idea fue la desarrollada en la Universidad de Chicago en los años 1970s. Según ella, lo que determina el comportamiento de mercado no sería cierta estructura, sino que únicamente la conducta de los agentes competitivos que participan en él.²⁵ Es decir, sería el comportamiento de los agentes de mercado el que debería analizar la autoridad para evaluar posibles riesgos contra la libre competencia. Por el contrario, no sería relevante si el agente, por la estructura misma del mercado, posee un mayor o menor grado de poder de mercado. Como consecuencia de lo anterior, esta Escuela analiza las concentraciones de mercado en calidad de potenciales conductas –bajo un análisis prospectivo-, en virtud de elementos tales como el precio de los bienes, bienestar del consumidor o eficiencia del mercado, sin importar de manera primaria la estructura de mercado resultante de la operación.²⁶

Sin perjuicio de la importancia e influencia de los postulados de ambas Escuelas y sus derivaciones, lo que vuelve realmente interesante el Acuerdo es que hay nuevas voces que

²³ Hovenkamp, Herbert. (2010). *The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm*. U Iowa Legal Studies Research Paper, p.1.

²⁴ Bain, Joe S (1986). *Structure versus conduct as indicators of market performance: the Chicago-school attempts revisited*. Antitrust L. & Econ. Rev., vol. 18, p. 17-20.

²⁵ Bain, Joe S (1986), p.17-20.

²⁶ Kovacic, William E. (2007). *The Intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*. The. Colum. Bus. L. Rev., p.19-20.

piden una revisión de cómo la política *antitrust* aborda estas situaciones para proteger la competencia en los mercados, pero ahora desde la perspectiva de la protección de la libertad de expresión y la diversidad informativa.²⁷ La empresa resultante de la operación de concentración, al pasar a ser -de aprobarse la Operación- la mayor empresa de telecomunicaciones de EEUU, concentraría una gran cantidad de medios y contenido audiovisual, lo que, como se ha dicho, en principio afectaría, o al menos pondría en riesgo, la diversidad de contenidos.²⁸ Pero el mayor riesgo que esto supondría es que, al afectarse la diversidad de contenidos, ya sea por posibles prácticas exclusorias a ciertos proveedores de contenidos no integrados verticalmente al proveedor de servicios de TV cable o Internet, ya sea por discriminaciones arbitrarias o cualquier otra conducta anticompetitiva con objetivo de exclusión, se estaría afectando en primer término el pluralismo informativo, y en definitiva, se podría estar dañando, hasta cierto punto, a la libertad de expresión y la democracia.

Este problema es el que ven estas nuevas voces que abogan por un giro en la política *antitrust* de EEUU; un giro que propone que los análisis de concentraciones de poder económico y sobre todo las concentraciones verticales en la industria de las telecomunicaciones, cuando ellas incidan en medios de comunicación social, no solo se evalúen en base a elementos económicos, sino que también se consideren elementos y valores políticos y de derecho público, como la posible posición que podría afectar la democracia, el pluralismo informativo, la libertad de expresión y el poder político (por ejemplo, en lógica de *lobby*) que podría adquirir la empresa resultante, entre otros.²⁹

Por ejemplo, desde el mundo académico, en esta línea, el profesor Tim Wu³⁰ critica el que el sistema *antitrust* estadounidense centre su análisis de operaciones de concentración solo en variables económicas, tales como precios, eficiencias e innovación, entre otras. A su vez, el profesor Scott Hemphill, de la New York University School of Law, también critica que la política moderna de libre competencia deje fuera del análisis de operaciones de concentración

²⁷ Steward, James. (2016, 25 de octubre). “*Why a Media Merger That Should Go Through Might Not*” [en línea]. The New York Times. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2016/10/26/business/economy/why-a-media-merger-that-should-go-through-might-not.html?smprod=nytcore-iphone&smid=nytcore-iphone-share>

²⁸ Ver supra cita 13.

²⁹ Steward, James. (2016, 25 de octubre).

³⁰ Profesor en la Universidad de Derecho de Columbia.

a elementos políticos, y solo considere los económicos. En ese sentido, para Hemphill es totalmente pertinente preguntarse si efectivamente el análisis de libre competencia solo incumbe a la economía, o si debe haber elementos políticos que jueguen algún rol importante a la hora de analizar operaciones de este tipo.³¹

Estas posiciones escépticas frente al Acuerdo nos reconducen a la política adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos a finales del siglo XIX, en especial bajo la visión desarrollada por el juez Louis Brandeis.³² Este juez, considerado un intelectual muy influyente en la historia de la libre competencia en Estados Unidos, defendió la idea de que el poder económico, si está muy concentrado, puede afectar a la actividad política y a la libertad de expresión.³³ En efecto, en el célebre comentario del caso *Whitney v. California*³⁴, en su calidad de juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Brandeis defendió la idea de que los ciudadanos en democracia deben estar informados para poder ser parte de la actividad política. Para esto último, agregó, es fundamental que exista libertad de expresión, en el sentido de que todo tipo de información debe circular en la sociedad, sea popular o impopular. Solo así se defiende la democracia, dado que la participación ciudadana debe ser informada, y para que haya información circulando, no debe haber censura alguna, de ningún tipo de mensaje, agregó. Lo fundamental es que, para el juez Brandeis, la libertad de expresión también se defiende por medio de la libre competencia, evitando que se concentre un exceso de poder en un solo agente de mercado que pudiese afectar la circulación de la información.

Esta idea está volviendo a florecer con el reciente caso de AT&T y Time Warner, dado que justamente las voces críticas del Acuerdo han hecho ver su inquietud por los problemas de

³¹ Todos estos testimonios de los profesores Tim Wu y Scott Hemphill fueron publicados en “*Why a Media Merger That Should Go Through Might Not*”. The New York Times (2016). Disponible en: <http://www.nytimes.com/2016/10/26/business/economy/why-a-media-merger-that-should-go-through-might-not.html?smprod=nytcore-iphone&smid=nytcore-iphone-share>

³² Louis Brandeis (1856-1941) fue un Juez Asociado de la Corte Suprema de Estados Unidos entre los años 1916 y 1939. Es considerado uno de los más importantes juristas de la historia de Estados Unidos. Lo llamaron el “Abogado del Pueblo”, o “Robin Hood de la Ley”, calificativos que se ganó por luchar contra los monopolios económicos, y su defensa de las leyes laborales de los trabajadores. Además, contribuyó enormemente a la defensa de la libertad de expresión y derecho a la privacidad, entre otros ámbitos.

³³ En definitiva, habría cierto discurso político que se introduce dentro del análisis de las operaciones económicas de mercado. Ver blog Pro-Market sobre historia de la política *antitrust* en EEUU disponible en: <https://promarket.org/140-years-antitrust-brandeisian-pro-competition-anti-monopoly-sentiments-coming-back-political-discourse/>.

³⁴ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927)

libertad de expresión y los riesgos de discriminación informativa que podría conllevar este acuerdo vertical entre proveedor de contenido y proveedor de servicios de TV cable e Internet. Por lo tanto, es un tema interesante de analizar, sobre todo después de décadas donde la Escuela de Chicago ha dominado la configuración de políticas públicas de libre competencia en EEUU.³⁵ Según se explicó, bajo los parámetros entregados por esta Escuela, no se parte de la base de evaluar las estructuras - el eventual poder que adquiriera una empresa en virtud de una operación- sino que los efectos económicos en lógica de eficiencias.

Ahora bien, los posibles riesgos para la diversidad de contenido, y en último término para el pluralismo informativo y la libertad de expresión, no terminan en la industria de las telecomunicaciones. ¿Qué pasaría, en este sentido, en el hipotético caso de que Facebook se fusionara con Google, o con Twitter? ¿Qué pasaría con las redes sociales si, al menos las más importante y populares a nivel internacional, se concentraran en un grupo económico en específico? Hoy internet, y sobre todo las redes sociales, tienen gran penetración en la vida diaria de millones de personas en el mundo, y juegan un rol clave a la hora de informar en tiempo real sobre sucesos que acontecen en todo el mundo.³⁶ Además, a modo de ejemplificar su importancia, actualmente las redes sociales también juegan un importante rol político, lo cual se constató en las recientes elecciones presidenciales de EEUU³⁷, a partir de las cuales se han efectuado fuertes críticas al rol de Facebook en la difusión, aun en forma neutral, de noticias con un carácter notoriamente falso.³⁸

Es un hecho que internet ha permitido una gran diversificación y masificación de contenidos e información. Sin embargo, esto debe ser visto con precaución. Evgeny Morozov, experto en nuevas tecnologías e internet, en su libro “The Net Delusion”, nos plantea la tesis,

³⁵ Kovacic, William. (2007), p.21.

³⁶ Por ejemplo, para las elecciones presidenciales de Estados Unidos de 2016, Twitter, Facebook y YouTube informarán en vivo y en tiempo real sobre los pormenores de las votaciones. Fuente: <http://www.oxfordeagle.com/2016/11/07/presidential-election-results-live-stream-updates-2016-twitter-facebook-youtube-and-more-on-tuesday/>

³⁷ Kapko, Matt. (2016, 29 de septiembre). *How social media is shaping the 2016 presidential election*. [en línea]. CIO. Disponible en: <http://www.cio.com/article/3125120/social-networking/how-social-media-is-shaping-the-2016-presidential-election.html>

³⁸ Rutenberg, Jim. (2016, 6 de noviembre). *Media's Next Challenge: Overcoming the Threat of Fake News* [en línea]. The New York Times. Disponible en: http://www.nytimes.com/2016/11/07/business/media/medias-next-challenge-overcoming-the-threat-of-fake-news.html?_r=0

en principio contraintuitiva, de que internet no necesariamente es un instrumento de democratización que favorezca la libertad de expresión.³⁹ En efecto, la red puede ser utilizada para vigilar y controlar a la población, o bien, para que las autoridades políticas divulguen sin control propaganda de cierto sector político o económico, tergiversando información para su propia conveniencia. En estos casos, al igual que en el caso de los riesgos que presentan las fusiones verticales entre proveedores de contenido y proveedores de servicios de TV cable e internet, podrían producirse riesgos de censura de cierto contenido y divulgación, a veces exagerada, de otros contenidos en concordancia con la conveniencia de los propietarios de redes sociales. En ese sentido, una plataforma como una red social, se espera, debiera ser lo más neutra posible, entre otros, en relación con el mercado de los avisajes publicitarios que buscan un espacio en ellas para hacer llegar un mensaje al consumidor final.

Este es un punto crítico del análisis: ¿qué pasa si la plataforma, red social, no es neutra en este mercado, ya sea por la tendencia política del grupo controlador con poder de mercado, o por acuerdos económicos verticales entre publicistas y la plataforma? Si la plataforma tiende a mostrarnos con mayor frecuencia y preferencia cierto tipo de información o cierta visión de algún hecho importante para la población, esto podría repercutir en problemas para el pluralismo y la libertad de expresión. Este fenómeno se traduce en aquello que económicamente se define como un *problema de agencia*. La teoría de agencia, desarrollada a partir de la relación entre accionistas y gerentes en las empresas, señala que puede haber problemas cuando los intereses de los gerentes y de los accionistas no están alineados. Es decir, los gerentes actuarían en beneficio propio, y no en beneficio de los accionistas.⁴⁰ En el caso de las redes sociales, es posible enfrentar este problema de agencia dado que la plataforma debiese, en teoría, ser neutral. Ahora, si la plataforma actúa con incentivos propios, o permite que sea utilizada por los agentes publicitarios u otros agentes económicos en su propio interés, dejando de lado su neutralidad, se podrían generar problemas con los intereses de los usuarios que buscan utilizarla y confían en su objetividad. Lo anterior, más aun en

³⁹ Periodistas Sin Fronteras . *Primavera árabe: ¿apogeo de la Web?*, consultado 15 agosto 2018. Disponible en: <http://www.rsf-es.org/grandes-citas/dia-contra-censura-en-internet/a2011-dia-mundial-contra-la-censura-en-internet/frente-a-la-censura-solidaridad-en-la-red/>

⁴⁰Xiaoling, Clara. (2012). *The Agency Problem, Corporate Governance, and the Asymmetrical Behavior of Selling, General, and Administrative Costs*. Contemporary Accounting Research Vol. 29 No. 1, p. 252.

tiempos de campañas políticas donde las redes sociales se han vuelto una herramienta esencial para los partidos políticos y su anhelo por hacer llegar su mensaje y su visión a la ciudadanía.⁴¹

Con este escenario actual, y con las nuevas voces que abogan por una reformulación de la política de libre competencia en EEUU luego de que se anunciara el Acuerdo, para volver a nuevas formas de abordar el poder de mercado con implicancias en la libertad de expresión de finales del siglo XIX, es del todo pertinente preguntarse si en definitiva existe una relación entre libre competencia y afectación, aunque sea mínima, del pluralismo informativo y libertad de expresión en los mercados tecnológicos asociados a las telecomunicaciones e internet, y, si esta existe, cuáles serían sus características y fundamentos. Lo anterior supone, al mismo tiempo, responder la pregunta de si las autoridades de libre competencia, o aquellas que tienen a su cargo el análisis preventivo de operaciones de concentración de este tipo, deben considerar también los aspectos relacionados con la protección de la pluralidad y diversidad informativa, y con ello la libertad de expresión; o si, en cambio, deben mantener, como ha sido la posición mayoritaria hasta ahora, una metodología estrictamente económica en su análisis.

Para poder responder a nuestra pregunta, nos centraremos primero en el caso AT&T y Time Warner, analizando los aspectos relevantes de libre competencia a que este Acuerdo podría dar lugar, y, luego, nos pondremos en una situación hipotética de concentración de mercado en el ámbito de las denominadas redes sociales. Lo anterior, para evaluar si en definitiva sería posible extrapolar el análisis de la concentración de mercado de las dos grandes empresas de telecomunicación estadounidenses a un caso de operación de concentración en redes sociales y su relación con algún grado de afectación de la libertad de expresión y la democracia. Es así como en nuestro primer capítulo analizaremos el largo debate, de casi dos siglos, existente en Estados Unidos sobre la relación entre concentración y funcionamiento de los mercados, y el rol de la autoridad de libre competencia relativo a cómo enfrentar y bajo qué criterios analizar estas operaciones de concentración. Luego, evaluaremos las diversas variantes y características para la industria de las telecomunicaciones que puede

⁴¹ Caldevilla, David (2009). *La política se introduce en las redes sociales*, Pensar la Publicidad, Volumen III, número 2. Madrid, p.32. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/09/the-false-dream-of-a-neutral-facebook/541404/>

suponer un caso de integración vertical como el de la compra de AT&T de Time Warner. Posteriormente, en un tercer capítulo, nos plantearémos el caso hipotético de una concentración en la industria de redes sociales que otorgue poder de mercado a un agente en específico, para determinar si esto podría afectar en cierto grado la libertad de expresión. Finalmente, analizaremos las posturas de autoridades internacionales y nacionales en relación a operaciones de concentración en mercados de medios de comunicación social, para luego hacer una propuesta regulatoria de la legislación chilena sobre cómo enfrentar posibles operaciones de concentración a futuro en medios tecnológicos, como las redes sociales, en virtud de la *Ley 19.733 de libertad de opinión e información*, con un análisis preventivo *ex ante* de las operaciones donde se concentren redes sociales, tal y como sucede con las operaciones de concentración de medios de comunicación tradicionales.

CAPITULO II. La libre competencia y la concentración de mercado: repaso histórico

“*Las leyes antimonopolio estadounidenses están escritas en términos generales*”⁴² dice Jonathan B. Baker, profesor de la American University de EEUU. Aquello no se debe a algún olvido, negligencia o falta de rigurosidad del legislador norteamericano. El objetivo de esta forma de establecer la política de libre competencia es que justamente sea la doctrina y jurisprudencia las que vayan interpretando la ley, creando reglas más específicas dentro del contexto general que dan estas normas. Así se ha ido desarrollando toda la política *antitrust* en Estados Unidos desde finales del siglo XIX, y, sobre todo, a lo largo del siglo XX. En Chile, se ha optado por seguir una lógica similar, igual como sucede en las principales jurisdicciones del mundo, como por ejemplo en la comunitaria de la Unión Europea.

En este contexto, es posible detectar en EEUU cuatro grandes periodos diferenciables por las interpretaciones y propuestas tanto doctrinales como jurisprudenciales de los preceptos de la ley de libre competencia, todos los cuales han tenido influencia en otras legislaciones de libre competencia: el periodo “clásico” de finales del siglo XIX; el periodo de la Escuela de Harvard, a partir de los años 1940; la época de la Escuela de Chicago de los años 1980 en adelante.⁴³ Finalmente, a partir de los años 1990 en adelante, es posible ver cómo se ha ido desarrollando una Escuela que, a partir de los postulados de Chicago, elabora una política antitrust más completa y amplia. Esta es la denominada Escuela Post-Chicago.

1- Época pre-Harvard: el análisis clásico de la libre competencia

La época clásica se asocia al periodo de análisis de libre competencia que comienza con la primera legislación *antitrust* de Estados Unidos, la Sherman Acta de 1890. John Sherman (1823-1900) era un Senador del Partido Republicano, representante del Estado de Ohio en la época en que impulsó esta ley. EEUU, antes de la entrada en vigencia de la

⁴² Baker, Jonathan B. (2002). *A preface to post-Chicago antitrust*. Post-Chicago Developments in Antitrust Law, p.1. Texto original: “*The US antitrust laws are written in general terms.*”

⁴³ Baker, Jonathan B. (2002). p1.

Sherman Act, se decía que era un país con una larga tradición política de respeto hacia la libertad de contrato y, sobre todo, de ausencia de intervención regulatoria estatal en temas comerciales.⁴⁴ Sin embargo, esta visión estaba lejos de la realidad.⁴⁵ Hacia finales del siglo XIX, con el gran impacto de las nuevas tecnologías de la época que representaron la línea férrea y el telégrafo, se empezó a crear un mercado nacional de productos de todo tipo, dejando atrás los mercados a nivel de estados federados, como solían ser anteriormente.⁴⁶ Sin embargo, en la época, eran pocas las empresas de ferrocarriles encargadas de transportar los bienes entre los estados federados. Esto, agregado a la total desregulación de los mercados en lo relativo a la libre competencia, dio paso a que los diferentes dueños de los ferrocarriles que conectaban los estados se coludieran a través de acuerdos, para así aumentar los precios para transportar la mercancía.⁴⁷

Esta situación afectaba a los agricultores y, sobre todo, a las pequeñas empresas de la época. Tanto el partido Demócrata como el Republicano de aquellos años advirtieron los riesgos que estos acuerdos podían generar en los precios de los bienes.⁴⁸ Por ello, en marzo de 1889, el Senador Sherman propuso lo que se conoce como la Sherman Act, recogiendo estas inquietudes de los agricultores y pequeños empresarios, la cual, finalmente, pasó a ser ley y entrar en vigencia en 1890, siendo la primera ley *antitrust* en EEUU y una de las primeras leyes de libre competencia de la época moderna.

La Sherman Act es de gran importancia histórica por su contenido, que, a juicio de varios autores, excede lo meramente económico. En efecto, los redactores de esta ley y los jueces que la empezaron a aplicar a finales del siglo XIX, veían en la libre competencia una conexión entre valores económicos y valores políticos liberales.⁴⁹ En ese sentido, en virtud de

⁴⁴ Langlois, Richard N. (2016) *Antitrust: Where Did It Come from and What Did It Mean?* World Interdisciplinary Network for Institutional Research.

⁴⁵ Hughes, J. R. (2014). *The Governmental Habit Redux: Economic Controls from Colonial Times to the Present* (Vol. 1141). Princeton University Press.

⁴⁶ Langlois, Richard (2016), p.13.

⁴⁷ Langlois, Richard (2016), p- 20-21.

⁴⁸ Blog Promarket, *140 years of antitrust: The Evolution of economic Language Related to trust and Antitrust*, parte 2.

⁴⁹ Baker, Jonathan B. (2002), p.3. Los valores liberales bajo la Sherman Act son importantes dado que los impulsores de esta ley creían en la autodeterminación económica del hombre, en su capacidad de elección, y que esta elección estuviese protegida frente a poderes externos que pudiesen interferir, influenciar o guiar las propias

la Sherman Act y su interpretación doctrinal, las grandes empresas o conglomerados, es decir, las empresas con gran poder de mercado en virtud de acuerdos de concentración, o bien colusorios, pasaron a ser consideradas como contrarias al interés público, aun si estas generaban una reducción de costos de producción o menores precios para los consumidores.⁵⁰ En definitiva, la Sherman Act y la generación de aquella época, entendieron esta legislación como una forma de proteger lo que estimaban eran derechos naturales a la libertad económica, seguridad y prosperidad, la competencia y el libre intercambio sin interferencias.⁵¹ Bajo esa mirada, al proteger estos derechos, se podía asegurar las oportunidades de negocios para las personas, la eficiencia económica, la prosperidad nacional, la justicia, la armonía social y la libertad personal.⁵² Cuando la Sherman Act fue aprobada en el Congreso, John Sherman la llamó “una declaración de derechos, una carta de libertad”⁵³, y aludió a su importancia económica y política.⁵⁴ De hecho, el Senador Sherman veía a los monopolios como una forma de monarquía⁵⁵, cuando declaraba “[s]i no vamos a soportar a un rey como un poder político, no debemos soportar un rey sobre la producción, el transporte y la venta de cualquiera de las necesidades de la vida.”⁵⁶ En ese sentido, la Sherman Act se presentaba como una oportunidad para que los valores económicos que se defendían, es decir, la libertad económica y las libertades políticas, se realizaran simultáneamente.⁵⁷ En definitiva, esta ley se enmarcó dentro de una tradición que busca controlar el poder político a través de la descentralización del poder económico.⁵⁸

Dentro de esta época clásica, destacó un juez en particular por su legado y su visión acerca de las concentraciones de mercado y su conexión con la concentración del poder político: el juez Louis D. Brandeis. Nació en 1856 en Louisville, y se integró a la Corte

decisiones del hombre. Estos poderes externos se referían básicamente a la actividad estatal, y, sobre todo en la época, al gran poder de las empresas, que atentaba contra la libre competencia y la libertad económica.

⁵⁰ Baker, Jonathan B. (2002), p.4.

⁵¹ May, James. (1989). *Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis*. Ohio St. LJ, 50, p. 257

⁵² Baker, Jonathan B. (2002), p.4.

⁵³ Traducción libre de: “A bill of rights, a chart of liberty”.

⁵⁴ 21 CONG. REC. 2461 (1890)

⁵⁵ Teachout, Zephyr & Khan, Lina. (2014). *Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power*. Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy, vol. 9, p.61

⁵⁶ 21 CONG. REC. 2455, 2457 (1890) Texto original: “If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessaries of life.”

⁵⁷ May, James, (1989), p. 288.

⁵⁸ Millon, D. (1987). The Sherman Act and the balance of power. *S. Cal. L. Rev.*, 61, 1219, p.1220.

Suprema de Estados Unidos en 1916, y es a partir de este rol donde se hizo más conocido. Además, fue gran partícipe de la creación de la Federal Trade Commission (FTC).⁵⁹

El juez Brandeis se caracterizó por ser un gran defensor de la idea de que las grandes empresas debían ser reguladas dado el gran poder político que estas tenían.⁶⁰ Para él, una forma de limitar este poder de las empresas era a través de las reglas de la competencia.⁶¹ Los dos mayores legados del juez Brandeis en este tema fueron sus doctrinas acerca de la libertad de expresión y la privacidad.⁶² En efecto, el juez Brandeis fue el primer juez en reconocer el derecho a la privacidad como un derecho constitucional en Estados Unidos, a partir del caso *Olmstead v. United States*,⁶³ tesis que luego fue ampliamente aceptada, volviéndose parte de la jurisprudencia norteamericana.⁶⁴ En cuanto a la libertad de expresión, fue un importante defensor del pluralismo informativo, el cual consideraba fundamental para el funcionamiento de la democracia.⁶⁵ Por lo tanto, el juez Louis Brandeis, dentro de la época clásica de la política de libre competencia, fue fundamental para entender la relación entre grandes concentraciones de mercado, libertad de expresión y política, dado que fue un gran luchador en contra de las concentraciones y monopolios y el poder político que otorgaban estos acuerdos en el principio del siglo XX en Estados Unidos.⁶⁶

Ahora bien, luego de la época clásica de finales del siglo XIX y principios del XX, la política *antitrust* en los Estados Unidos osciló entre dos grandes tendencias durante el siglo XX. Por un lado, a mediados de siglo, se desarrolló una política que se centraba más bien en la estructura de los mercados, es decir, en el poder de mercado que dichas estructuras podían promover y los incentivos que ello producía. Por otro lado, hacia fines del siglo XX, se

⁵⁹ La Federal Trade Commission es una agencia independiente del gobierno de EEUU, creada en 1914 a través de la Federal Trade Commission Act. Su misión es “prevenir las prácticas comerciales anticompetitivas, engañosas o desleales hacia los consumidores; mejorar el nivel de información de las opciones disponibles para los consumidores y aumentar el grado de comprensión del proceso competitivo por parte del público; y cumplir con estos objetivos sin imponer una carga indebida sobre la actividad comercial legítima.” Más información en <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>

⁶⁰ Urofsky, Melvin I. (2012). *The Legacy of Louis D. Brandeis*, The. J. App. Prac. & Process, vol. 13, p. 192.

⁶¹ Urofsky, Melvin I. (2012), p.193

⁶² Urofsky, Melvin I. (2012), p.189.

⁶³ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

⁶⁴ Urofsky, Melvin I. (2012), p. 197.

⁶⁵ Urofsky, Melvin I. (2012), p.196.

⁶⁶ Blog PROMARKET *140 years of Antitrust: Are Brandeisian Pro-Competition and Anti-Monopoly Sentiments Coming Back Into the Political Discourse?* Parte 1.

elaboró una política de libre competencia que abogaba por un análisis de elementos más allá de la estructura de mercado, es decir, una que evaluaba el comportamiento de los competidores y la eficiencia económica a nivel agregado de las decisiones y conductas que estos tuvieran. Esta dicotomía es conocida doctrinalmente como la diferencia entre la Escuela de Harvard y la Escuela de Chicago, lo que dio lugar a un debate de gran importancia práctica y teórica para todo el desarrollo de la política de libre competencia en EEUU desde el periodo post Segunda Guerra Mundial hasta los años 80s'.⁶⁷ Además, hoy somos testigos de la teoría Post-Chicago, Escuela que comenzó a desarrollarse en los finales de los 80', y que en cierta forma discute la tendencia no intervencionista que caracteriza a la Escuela de Chicago.

Por lo tanto, a lo largo del siglo XX y hasta la actualidad, se ha desarrollado un gran debate, respecto a cómo y cuándo deben actuar las autoridades de libre competencia, principalmente de los Estados Unidos, sin perjuicio de que, si bien esta discusión doctrinal se ha dado en Norteamérica, esta diferenciación acerca de cómo enfrentar y adoptar la regulación de libre competencia influyó a un gran número de legislaciones extranjeras.⁶⁸

2- Análisis estructuralista.

La Escuela de Harvard o Escuela estructuralista tuvo su apogeo y máxima influencia en la política *antitrust* de los Estados Unidos en los años 1940, después de la Segunda Guerra Mundial. Esta Escuela centró su análisis en base a los riesgos que cierta estructura de mercado podría crear para la libre competencia. Dicho de otra manera, la Escuela de Harvard analiza el problema de la competencia en los mercados desde un enfoque estructuralista, donde la relación entre estructura y rendimiento del mercado es importante.⁶⁹ Una aplicación clásica de la mirada de esta Escuela se encuentra en el llamado *paradigma SCP* (*structure-conduct-performance* o estructura-conducta-desempeño), desarrollado por el profesor Bain en su texto más importante sobre organización industrial.⁷⁰ Según Joe Bain, hay una relación directa y

⁶⁷ Kovacic, William. (2007), p.30.

⁶⁸ Kovacic, William. (2007), p.27.

⁶⁹ Kovacic, William. (2007), p.27.

⁷⁰ Ver Bain, Joe. (1954). *Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries*. The American Economic Review.

positiva entre los niveles de beneficios económicos que obtiene un agente económico y su poder de mercado.⁷¹ Los exponentes de esta tendencia doctrinal, tales como Kovacic⁷² o Turner⁷³ confluyen en la idea de que hay ciertas estructuras de mercado que, al menos, contribuyen a que existan mayores riesgos de prácticas anticompetitivas. Estas estructuras son típicamente aquellas donde un agente, desde el punto de vista de su presencia y participación, tenga poder de mercado, es decir, que un determinado mercado este concentrado en uno o en pocos agentes económicos. Visto de otro modo, las relaciones directas y de colaboración entre competidores tendrían menos posibilidades de existir en mercados donde no existe poder de mercado de un solo agente.⁷⁴ La Escuela de Harvard aboga, por tanto, por la tesis de que cierto tipo de conductas anticompetitivas son, en cierta medida, inevitables, en razón de estas estructuras de mercado concentrados.⁷⁵ Por lo tanto, en este modelo de análisis, una autoridad de competencia debiese tener una visión *ex ante* más crítica de la conducta de una empresa por el hecho de tener cierto poder de mercado,⁷⁶ dado que los defensores de esta Escuela desconfían de que las grandes empresas actúen a favor del interés público.⁷⁷ En ese sentido, la Escuela de Harvard se acercó a los postulados de la época clásica de la política *antitrust*, dado que esta sostenía una tesis parecida respecto a la desconfianza en las grandes empresas, aunque los fundamentos de las posiciones hayan sido diferentes.⁷⁸

De hecho, siguiendo a la Escuela de Harvard, en los años 40' los tribunales estadounidenses, en los casos *United States v. Aluminum Co. Of America*⁷⁹, *American Tobacco Co. V. United States*⁸⁰, y *United States v. Griffith*⁸¹, adoptaron una posición más extrema en relación con cómo tratar las conductas abusivas, desarrollando “una teoría sin culpa” de monopolización. Es decir, los tribunales, en su análisis bajo ese paradigma, no debían considerar los efectos en el bienestar del mercado ni el rendimiento de este para establecer un

⁷¹ Bain, Joe. (1986), p.21

⁷² Kovacic, William. (2007).

⁷³ Kaysen, Carl, & Turner, Donald F. (1985). *Antitrust Policy-An Economic And Legal Analysis*. J. Reprints Antitrust L. & Econ., 15, 173.

⁷⁴ Kaysen Carl & Turner Donald F. (1985), p. 177-178.

⁷⁵ Hovenkamp, Herbert. (2010), p.1.

⁷⁶ Easterbrook, F. H. (1985). *Workable antitrust policy*. Mich. L. Rev., 84, p.1969.

⁷⁷ Baker, Jonathan B. (2002), p.8.

⁷⁸ Baker, Jonathan B. (2002), p.9.

⁷⁹ *United States v. Aluminum Co. Of Am.*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

⁸⁰ *Am. Tobacco Co. V. United States*, 328 U.S. 781 (1946).

⁸¹ *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948).

posible abusivo anticompetitivo, sino que solo debían centrarse en determinar la presencia de una posición dominante a partir de cierta estructura de mercado. Dicho de otro modo, se asumió un criterio de transitividad entre poder de mercado y abuso. Otro ejemplo de esto se dio en el caso *United States v. Von's Grocery Co*⁸² en los años 1960, donde los jueces interpretaron la ley *antitrust* como una presunción de que los competidores que se fusionaban dañaban a la competencia, sin hacer un análisis económico de eficiencias de la operación.⁸³ En los años 60', siguiendo esta tendencia, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos⁸⁴ trataba a los monopolios como crímenes en sí mismos.⁸⁵ Ahora bien, sin perjuicio de que estos últimos ejemplos son una expresión y aplicación más extrema de la teoría de Harvard por parte de los tribunales, ellos dejan en evidencia una clara mirada de esta Escuela respecto al rol que debe tener la autoridad de libre competencia, abogando por una política más intervencionista en presencia de una concentración de mercado como forma de precaver el abuso de posición dominante⁸⁶, más aun si lo comparamos con la teoría que vendría a cambiar la política *antitrust* de los EEUU en los años 70', la llamada teoría de la Escuela de Chicago.

3- *Enfoque conductual: la concentración favorece o, a lo sumo, es neutra para la libre competencia.*

La Escuela desarrollada en la Universidad de Chicago comenzó a hacerse presente desde el principio de los años 1970' hasta el día de hoy, con gran influencia en la política *antitrust* de EEUU y en la jurisprudencia norteamericana.⁸⁷ Esta Escuela, que tuvo también fuertes influencias en el movimiento de desregulación iniciado durante el gobierno de Ronald Reagan, empezó a desarrollarse con autores como Robert Bork, Frank Easterbrook o Richard Posner. Más que fijarse en cierta estructura de mercado y en los riesgos que esta podría generar en la libre competencia por el solo hecho de existir, esta Escuela se centraba en el

⁸² *United States v. Grocery Co.* 384 U.S. 270 (1966)

⁸³ Baker, Jonathan B. (2002), p.9.

⁸⁴ El Departamento de Justicia de los Estados Unidos es un ministerio parte del gobierno de EEUU. Sus objetivos más importantes son hacer valer las leyes, defender los intereses de EEUU de acuerdo con la ley, asegurar una administración de justicia imparcial y justa para todos los estadounidenses y garantizar la seguridad pública, entre otros objetivos. El Departamento de Justicia es administrado por el Fiscal General de los Estados Unidos. Información disponible en: <https://www.justice.gov/espanol/mision>

⁸⁵ Kovacic, William. (2007), p.17.

⁸⁶ Kovacic, William. (2007), p.16.

⁸⁷ Kovacic, William. (2007), p. 21.

análisis de las conductas de los agentes de mercado, mostrándose más distante de la idea de políticas de libre competencia de carácter intervencionista.⁸⁸ Es decir, se debía analizar el comportamiento de los agentes de mercado para efectos de verificar un posible perjuicio para la libre competencia en un determinado mercado, sin tomar en consideración la pura estructura del mismo, como sí lo hacía Harvard. En ese sentido, bajo esta mirada, la autoridad *antitrust* pasó a ser mucho más tolerante respecto a las concentraciones de mercado de lo que solía ser antes de los años 70s, dado que los riesgos para la libre competencia no se derivarían de una determinada estructura de mercado.⁸⁹ Es más, para el economista George Stigler, uno de los principales exponentes de esta Escuela, de una concentración de mercado, o de un oligopolio, no se seguía *per se* que los precios subirían sobre el nivel competitivo.⁹⁰ El punto fundamental en el entendimiento de la política de libre competencia para los exponentes de la Escuela de Chicago fue que el foco debía estar puesto en la eficiencia económica, y que esta debía ser el objetivo de toda aplicación y elaboración de reglas de libre competencia.⁹¹ Por ejemplo, respecto de los acuerdos verticales entre una empresa y su proveedor, el análisis de la autoridad de libre competencia debía centrarse en los beneficios asociados a la eficiencia a que podría dar lugar esta operación.⁹² A su vez, en el caso de las fusiones horizontales, se fue dejando de lado la presunción de que estas dañaban la competencia.⁹³

En otras palabras, la Escuela de Chicago pregonó por el que los tribunales hicieran una evaluación respecto al comportamiento del agente de mercado cuestionado, y en especial, si su comportamiento reducía o podía reducir la eficiencia económica del mercado, en lo que pasó a ser el valor o bien jurídico tutelado por la libre competencia. Asimismo, puso un foco de alerta en la necesidad de que hubiera cierta cautela respecto a las reglas que se impondrían a los *incumbentes* por parte de las autoridades, ya que estas podrían desincentivar a las empresas dominantes a buscar precios más bajos, a desarrollar nuevos productos (innovación), u otras

⁸⁸ Hovenkamp, Herbert. (2010), p.1.

⁸⁹ Easterbrook, Frank H. (1986), p. 1698.

⁹⁰ Stigler, George. (1964). *A Theory of Oligopoly*, Journal of Political Economy, p.44.

⁹¹ Kovacic, William. (2007), p.22.

⁹² Baker, Jonathan B. (2002), p.12.

⁹³ Baker, Jonathan B. (2002), p.13.

estrategias que repercutieran positivamente en el bienestar del consumidor final del bien o servicio producido.⁹⁴

En esta Escuela, por lo tanto, se estimó fundamental que los mercados fueran contestables o *desafiables*.⁹⁵ En efecto, que un mercado sea contestable significa que haya relativa libertad para entrar y salir del mercado sin costos relevantes. En otras palabras, que no haya costos de entrada significa que para el entrante no haya desventajas en cuanto a la técnica de producción o la calidad del bien que produce en relación a los incumbentes en el mercado.⁹⁶ Así, cualquier agente puede entrar o salir del mercado sin barreras de entradas, característica propia de los mercados perfectos y auto corregibles. Para la Escuela de Chicago esto es fundamental porque así el mercado se regularía solo, dado que, al no haber barreras de entrada, en caso de que haya un mercado atractivo para los competidores, estos entrarían a competir en él, sin importar si hay un agente con gran poder de mercado. Esto provocaría mayor competencia, y, en virtud de aquello, los precios se ajustarían automáticamente al precio de equilibrio que habría en un mercado competitivo, es decir, el precio sería igual al costo marginal del producto.⁹⁷ Por lo tanto la intervención estatal no sería necesaria, dado que el mercado se regularía solo y sería, de esta manera, eficiente.

En definitiva, la Escuela de Chicago se centró en criterios económicos a la hora de analizar operaciones de concentración de mercado, dejando de lado el enfoque más amplio que caracterizó a la época clásica de fines del siglo XIX. Es más, en los años 80', la Corte Suprema en EEUU llevó aún más lejos la postura que describimos, dado que estableció que la Escuela de Chicago buscaría también otros objetivos, siempre en el ámbito económico, tales como el bienestar del consumidor final, por ejemplo, aunque bajo un parámetro que, en la práctica, equivaldría al de eficiencia económica.⁹⁸ Antiguos parámetros y objetivos tales como la protección a los pequeños empresarios y, sobre todo, la prevención de concentración del

⁹⁴ Kovacic, William. (2007), p.20-21.

⁹⁵ Baumol, W. J. (1986). *Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure*. Microtheory: applications and origins.

⁹⁶ Baumol, W. J. (1986), p.3.

⁹⁷ Baumol, W. J. (1986), p.5.

⁹⁸ Ver fallos *FTC v. Indiana Fedn. of Dentists*, 106 S. Ct. 2009, 2018-20 (1986); *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 106 S. Ct. 1348, 1354-60 (1986); *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 105 S. Ct. 2847, 2857-59 (1985), todos citados en Kovacic, William. (2007) *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, p. 1698.

poder político en manos de los grandes conglomerados económicos fueron dejados de lado por esta Escuela.⁹⁹ Bajo la Escuela de Chicago se buscó más libertad, interpretando de forma más limitada las normas *antitrust*, y desincentivando la intervención de la autoridad de libre competencia, particularmente en el ámbito de las conductas de potencial abuso de poder de mercado o en el análisis preventivo de operaciones de concentración.

Esta diferenciación entre las Escuelas de Harvard y Chicago respecto de la forma en que debieran entenderse y abordarse los problemas de competencia en los mercados se expresa en definitiva en la existencia de posiciones relevantemente diferentes acerca de cómo detectar ciertas prácticas anticompetitivas que se dan en los mercados y cuándo sancionarlas. Por ejemplo, en relación a los precios predatorios, la Escuela de Chicago, por vía del profesor Richard Posner, sostuvo que debía haber un test donde se comprobara, además de que se hubiera fijado un precio menor al costo marginal del producto, que hubiera una intención de dañar a la competencia.¹⁰⁰ En cambio, para la Escuela de Harvard, para que existiera precio predatorio debían configurarse dos hipótesis relativas no a la conducta del agente con poder de mercado, sino que a la estructura misma del mercado. En primer lugar, debía probarse que el precio fuera inferior al costo relevante del producto, y, en segundo lugar, debía probarse que en el momento en que se fijara el precio potencialmente predatorio, el agente gozara de la posibilidad de recuperar las pérdidas *ex post* (*prospect of recoupment*).¹⁰¹ En ese sentido, respecto de la identificación de precios predatorios constituyentes de conductas anticompetitivas y sancionables, la Escuela de Harvard se guió por criterios más estructuralistas.

Otro ejemplo que refleja las diferencias entre ambas Escuelas se da en el entendimiento de la negativa unilateral a contratar, donde la Escuela de Chicago asumió dicha práctica *per se* cómo legal, partiendo desde esa hipótesis el análisis de los casos particulares en que se presentaran negativas a contratar. En cambio, los autores ligados a la Escuela de Harvard no

⁹⁹ Baker, Jonathan B. (2002), p.15.

¹⁰⁰ Posner, Richard A. (1976), *Antitrust Law*, p.189, visto en Hovenkamp, Herbert, *The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm*, p.3.

¹⁰¹ Areeda, Philip & Turner, Donald F. (1975). *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act*. J. Reprints Antitrust L. & Econ., 6, p. 697-698.

aceptaron *per se* dicha legalidad y se centraron en estudiar la estructura de mercado y el cómo afectaría la negativa de contratar al mercado y a la competencia.¹⁰²

Esta diferencia entre las dos Escuelas también se expresa en el análisis de otras prácticas que podrían calificarse como abusos de posición dominante, tales como las restricciones verticales, donde la Escuela de Chicago sostuvo que debían considerarse *per se* legales, salvo aquellas que supusieran una fijación de precios de reventa del bien, las que en todo caso gozarían de una presunción favorable.¹⁰³ En cambio, la Escuela de Harvard sostuvo lo contrario, al ver riesgos sustanciales en caso de que hubiera distribuidores con poder de mercado¹⁰⁴, o también en los contratos de exclusividad, donde Harvard determinó un potencial daño a la libre competencia si la estructura de mercado se asociaba a un monopolio, análisis que no compartió la Escuela de Chicago.¹⁰⁵

La postura de los tribunales de justicia en EEUU respecto a qué Escuela seguir a la hora del análisis de agentes con poder de mercado también es un asunto debatible. Algunos autores, como Hovenkamp, sostienen que los jueces analizarían hoy en día los casos bajo una mirada más asociada a los planteamientos de la Escuela de Chicago, o a lo menos una renovada versión de esta, dejando de lado una versión más tradicional de la Escuela de Harvard.¹⁰⁶ En ese mismo sentido, autores como William Kovacic o Bruce M. Owen, señalan que es la teoría desarrollada en Chicago la que ha guiado a la doctrina y a las autoridades de libre competencia, señalando el primero de estos autores que a partir de los años 70' es esta Escuela la que ha impuesto su perspectiva.¹⁰⁷ Por su parte, Bruce M. Owen señala que cada uno de nosotros, en cierta medida, es *Chicagoan*.¹⁰⁸ Sin embargo este es un debate que aún no se ha zanjado, dado que hay voces que sostienen que los tribunales de EEUU hoy en día aplicarían una versión renovada de Chicago, la llamada Escuela Post-Chicago, como veremos. La disputa sobre cuál Escuela ejerce mayor influencia en los jueces estadounidenses es un

¹⁰² Hovenkamp, Herbert. (2010), p.4.

¹⁰³ Posner, Richard A. (1981). *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, The University of Chicago Review, p.9.

¹⁰⁴ Hovenkamp, Herbert. (2010), p.5.

¹⁰⁵ Hovenkamp, Herbert. (2010), p.6.

¹⁰⁶ Hovenkamp, Herbert. (2010), p.8.

¹⁰⁷ Kovacic, William. (2007), p.21.

¹⁰⁸ Owen, Bruce M. (1986) *The Evolution of Clayton Section 7 Enforcement and the Beginnings of U.S. Industrial Policy*, p. 409-410, visto en Kovacic, William. (2007).

debate que no abordaremos en esta oportunidad con mayor profundidad, por exceder el objeto de este ensayo.

4- Una nueva versión de Chicago: la Escuela Post-Chicago.

No obstante el gran desarrollo e influencia de las Escuelas de Harvard y Chicago, a partir de los años 90' la doctrina ha desarrollado una nueva tendencia, la cual se ha denominado como la Escuela Post-Chicago, que viene a enriquecer el debate agregando otro punto de vista a la discusión. Esta Escuela sostiene que la política de intervención de la autoridad debe ser más fuerte que la sostenida por Chicago. En ese sentido, la Escuela Post-Chicago es más bien institucionalista y confía más en las autoridades de libre competencia y en su capacidad para determinar cuándo y cómo intervenir y tomar decisiones inteligentes en ciertas situaciones.¹⁰⁹ Dicho de otra manera, la Escuela Post-Chicago confía menos en el mercado, y desconfía más de las conductas de las empresas dominantes, restaurando su fe en la eficacia de las decisiones e intervención estatal en la libre competencia (instituciones), aunque manteniendo un enfoque basado en el análisis económico de las conductas y su impacto en la eficiencia del mercado.¹¹⁰ Sin embargo, la Escuela Post-Chicago, a diferencia de Chicago, sostiene que también deben ser analizados, además de la eficiencia económica en los mercados, otros objetivos que son igual de importantes, como la protección a los pequeños empresarios, y que en la búsqueda de estos objetivos, existen ciertas prácticas no deseadas por los ordenamientos de defensa de la libre competencia.¹¹¹ No obstante aquello, esta Escuela no propone una nueva formulación de la política *antitrust*, sino que, a partir de los postulados de la Escuela de Chicago, desarrolla teorías más sensibles a las imperfecciones del mercado.¹¹² En ese sentido, bajo la Escuela Post-Chicago se entiende que los mercados son más complejos y variados que lo que sostenían los autores de Chicago, cuya visión del mercado y de las herramientas de libre competencia podría calificarse de más unívoca.¹¹³

¹⁰⁹ Kovacic, William. (2007), p.23.

¹¹⁰ Hovenkamp, Herbert. (2001), p.267.

¹¹¹ Hovenkamp, Herbert. (2001), p.267

¹¹² Hovenkamp, Herbert. (2001), p.258.

¹¹³ Hovenkamp, Herbert. (2001), p.268.

La Escuela Post-Chicago es bien crítica de la tradicional Escuela de Chicago. En efecto, algunos exponentes de esta tendencia han criticado la idea de que la Escuela de Chicago mejoró la política *antitrust* de EEUU, como se sostuvo por décadas¹¹⁴, o han calificado a las ideas de aquella Escuela como extremas y como miradas que ponen en riesgo la competencia tanto en EEUU como en el extranjero. En este punto es importante el análisis que hace el profesor Robert Pitofsky. En su libro *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, editado por dicho profesor, se critica que la Escuela de Chicago redujo la política *antitrust* de EEUU a casi nada, creando un mercado desregulado.¹¹⁵ En ese sentido, se señala que Chicago sostiene interpretaciones extremistas y conservadoras de la ley, provocando que la política *antitrust* de EEUU “vaya en una dirección profundamente equivocada”.¹¹⁶ Esta errónea dirección que estaría teniendo la política de libre competencia se traduciría en falta de control de operaciones o transacciones que serían cuestionables, dado que el modelo asume que el mecanismo de mercado curaría todas las imperfecciones, centrándose solamente en la eficiencia como estándar o parámetro a tomar en cuenta.¹¹⁷ Por lo tanto, para la Escuela Post-Chicago, es importante asumir como premisa que “*ciertas estructuras de mercado y ciertos tipos de actividades colaborativas tienen muchas más probabilidades de tener consecuencias anticompetitivas de lo que imaginaba la Escuela de Chicago.*”¹¹⁸ Por ejemplo, Chicago asume que las integraciones verticales son generalmente lícitas, a diferencia de la Escuela de Harvard, que las mira con mayor recelo. Por su parte, la Escuela Post-Chicago sostiene que estas pueden ser dañinas para la competencia en ciertos casos, en una visión intermedia entre la Escuela de Harvard y la de Chicago.¹¹⁹ Otro ejemplo, que es del todo pertinente para el caso AT&T y Time Warner, es el de las externalidades de red de algunos mercados que pueden dar ventajas a ciertas firmas, lo

¹¹⁴ Kovacic, William. (2007), p.25

¹¹⁵ Crane, Daniel. (2009). *Chicago, Post-Chicago and Neo-Chicago*. U. Chi. L. Rev, p,1914.

¹¹⁶ Pitofsky, Robert. (2008) *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on US Antitrust*. Oxford University Press, p.6. Texto original: “[e]xtreme interpretations and misinterpretations of conservative economic theory have led American antitrust in the wrong direction.”

¹¹⁷ Ibid, p.5.

¹¹⁸ Hovenkamp, Herbert. (2001), p.270. Texto original: “[t]hat certain market structures and certain types of collaborative activity are much more likely to have anticompetitive consequences than Chicago School antitrust writers imagined.”

¹¹⁹ Ver Salinger, M. A. (1988). *Vertical mergers and market foreclosure*. The Quarterly Journal of Economics, 103(2).

que les permite competir y estar en mejor posición respecto de otros competidores con tecnologías superiores.¹²⁰

Todas estas críticas apuntan a cómo la Escuela de Chicago se centró solamente en consideraciones económicas, y sobre todo en la eficiencia económica, a la hora de analizar operaciones y transacciones en el mercado. Por lo tanto, la Escuela Post-Chicago vendría a refinar, aunque manteniendo un análisis esencialmente económico, algunas ideas propias de la Escuela de Harvard y otras de la Escuela de Chicago. Este avance no es solo doctrinal, dado que los tribunales estadounidenses igualmente tomaron en cuenta las ideas de la Escuela Post-Chicago en sus argumentos. Un ejemplo paradigmático es el caso *Kodak*¹²¹, en el cual la Corte Suprema desarrolló un argumento respecto de la teoría de los precios que no concordaba con lo propuesto por la Escuela de Chicago, en especial en relación a las consecuencias de la imperfección de la información disponible en mercados secundarios o *aftermarkets*. En otro caso, *Petroleum vs Piasa Motor*,¹²² nuevamente la Corte Suprema adoptó un enfoque más propio de la Escuela Post-Chicago, esta vez analizando la posibilidad de que acuerdos verticales constituyeran prácticas exclusorias que dañaran a la competencia.¹²³ En definitiva, el Poder Judicial, al menos por un tiempo y en algunos casos, aplicó los postulados más propios de la Escuela Post-Chicago, entendiendo en aquellos casos que su antecesora dejaba muy a la deriva a los pequeños competidores en virtud de la poca actividad controladora de la autoridad de libre competencia, sin que esto quiera decir que se volviera a la actividad judicial que se observó en la época de Harvard. Sin embargo, tal y como se dijo al analizar la Escuela de Chicago, aún hay gran cantidad de autores que sostienen que el Poder Judicial de EEUU aplica generalmente criterios de Chicago para resolver casos, más aun si tenemos en cuenta la actual composición de la Corte Suprema con cinco jueces conservadores en lo relativo a la intervención de la autoridad en materia de libre competencia.¹²⁴

¹²⁰ Ver Shapiro, Carl. (1988). Exclusivity in Network Industries. Citado en Hovenkamp, Herbert. (2001). *Post Chicago Antitrust: a Review and Critique*.

¹²¹ Eastman Kodak Co. V. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992).

¹²² JTC Petroleum Co. V. Piasa Motor Fuels, Inc., 190 F.3d 775 (1999)

¹²³ Baker, Jonathan B. 3. (2002), p.20.

¹²⁴ Los jueces conservadores de la Corte Suprema de Estados Unidos son: el presidente de la Corte John Roberts, el juez Clarence Thomas, el juez Samuel Alito, el juez Brett Kavanaugh, y el juez Neil Gorsuch, estos dos últimos nombrados por el presidente Donald Trump. Esto hace que la actual composición de la Corte Suprema sea 5 vs 4 a favor de los jueces conservadores en relación a los liberales.

5- *El resurgimiento de las teorías pre-Chicago: enfocándonos nuevamente en la concentración como núcleo primario de la defensa de la libre competencia*

Sin perjuicio de los postulados de Post-Chicago, que han dado una versión renovada de los postulados de Chicago y en cierta medida han influenciado a la jurisprudencia de EEUU de los últimos años, recientemente, y sobre todo en los últimos meses a partir de la fusión de AT&T y Time Warner, han surgido voces que abogan por una nueva mirada de la política antitrust, una mirada que se asimile mucho a lo que propuso la época clásica a finales del siglo XIX y principios del XX, una mirada que analice de nuevo la conexión entre economía y política, y cómo ambas se influyen mutuamente. Algunos autores, e incluso economistas, se refieren a esta nueva vertiente como una *populista*. Ello no supone, en la jerga académica, una calificación peyorativa; por el contrario, sus propios defensores se definen en tales términos, entendiendo ellos que esta postura implica reconectar la economía con la política desde una perspectiva, que ellos definen, más preocupada de los ciudadanos que de las empresas.¹²⁵

Uno de sus exponentes, el profesor Tim Wu, critica que la política de libre competencia en Estados Unidos solo se base en parámetros económicos, lo cual representa el triunfo de la Escuela de Chicago, y en cierta medida de la Escuela Post-Chicago. Asimismo, valora de forma negativa que la política antitrust de EEUU se haya vuelto casi indiferente respecto de las integraciones verticales en los últimos 40 años. Wu aboga por volver a la antigua tradición de la época clásica, y, sobre todo, a la jurisprudencia del juez Brandeis, la cual señalaba que las grandes concentraciones de poder en pocas manos podían ser nocivas para la democracia.¹²⁶ Estas ideas han ido sumando adeptos, en el sentido de que se estima que sería necesario volver a analizar los impactos de las grandes concentraciones de mercado y de poder económico en la política. En esta línea, Zhephyr Teachout, profesora de Derecho en la Universidad de Fordham, y Lina Khan, estudiante de la Universidad de Yale, han hecho un análisis bastante interesante del tema. La tesis de ambas es que las grandes concentraciones de

¹²⁵ Por ejemplo, Michael DeBow señala al respecto que los objetivos de una teoría populista son “la distribución ‘justa’ de las oportunidades e ingresos comerciales y la dispersión del poder político y económico”. En DeBow, Michael E. (1991). *Social Costs of Populist Antitrust: A Public Choice Perspective*, The. Harv. JL & Pub. Pol’y, vol. 14, p. 206.

¹²⁶ Todas estas ideas de Tim Wu están expuestas en el artículo “*Why a Media Merger That Should Go Through Might Not*” disponible en http://www.nytimes.com/2016/10/26/business/economy/why-a-media-merger-that-should-go-through-might-not.html?_r=0

mercado afectan a los gobiernos democráticos, influyendo, de distintas formas, de manera desproporcionada en el gobierno y en sus funcionarios.¹²⁷ En ese sentido, los mercados competitivos dan libertad tanto a los compradores como a los vendedores, y limitan el poder excesivo que pudiese tener un solo actor en el mercado.¹²⁸ Estas ideas confluyen con la idea del juez Louis Brandeis de que el poder económico descentralizado y los gobiernos democráticos capaces de tomar decisiones sin influencias externas son materias entrelazadas.¹²⁹ Por lo tanto, “*la regulación de uno debe entenderse en términos de su impacto en el otro*”.¹³⁰ Es necesario entonces que la política *antitrust* tenga en cuenta no solo las consecuencias económicas de las operaciones de mercado, no solo la eficiencia, el bienestar económico del consumidor, las alzas o bajas de precios, u otras variables cuantificables económicamente, sino que también debe prevenir un deterioro de la democracia y las libertades públicas por influencia del poder económico en la actividad política. En otras palabras, la ausencia de competencia daría la oportunidad a las compañías de ejercer poder sobre los ciudadanos de diversas formas, explícitas o implícitas, tales como corromper funcionarios de gobierno, divulgar información falsa que afecte a la democracia o hacer *lobby* para que se aprueben leyes que favorezcan a las grandes empresas.¹³¹

También otra forma en que el poder económico, que a su vez se transforma en poder político, pueda afectar directamente a los ciudadanos es a través de la afectación de su privacidad. En efecto, con el modelo económico imperante, sobre todo en los mercados tecnológicos asociados a internet, existiría una relación entre privacidad y competencia.¹³² El problema es que las jurisdicciones de libre competencia se han demorado en reconocer a la privacidad como una calidad del producto que se ofrece al consumidor, y, en ese sentido, la ley de libre competencia puede o bien proteger la privacidad, reconociéndola como valor en sí misma, o bien afectarla, en caso de que no la considere bajo ningún parámetro.¹³³ Es decir, al no estar protegida la privacidad por la autoridad de libre competencia, dado que no representa

¹²⁷ Teachout, Zephyr & Khan, Lina. (2014), p. 37.

¹²⁸ Teachout, Zephyr & Khan, Lina. (2014), p. 37.

¹²⁹ Ver Brandeis, Louis D., & Lewis, C. M. (1934). *The Curse of Bigness: Miscellaneous Papers of Louis D. Brandeis*. Viking Press.

¹³⁰ Teachout, Zephyr & Khan, Lina. (2014). p. 38 Texto original: “[t]he regulation of one must be understood in terms of its impacts on the other.”

¹³¹ Teachout, Zephyr & Khan, Lina. (2014), p.39-40.

¹³² Pasquale, Frank A. (2013), p.1009.

¹³³ Ohm, Paul. (2009). *The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance*. U. Ill. L. Rev., p. 1417, 1423, 1425-1427.

un criterio económico, esta puede ser intervenida por las grandes empresas, lo cual afectaría directamente a los ciudadanos en un valor público fundamental. Esto se vería sobre todo reflejado en las redes sociales o en los servidores *online*, donde la gente crea perfiles digitales y comparte información sobre su vida.¹³⁴ Por lo tanto, en este tema, para el profesor de Derecho de la Universidad de Maryland, Frank Pasquale, “*el propósito principal de la ley de privacidad (...) y de la ley antimonopolio es disuadir y castigar comportamiento injustos, engañosos o dañinos*”¹³⁵, y así se podrían proteger los derechos políticos de la ciudadanía de las grandes concentraciones de mercado que pudiesen afectarlos también en este aspecto.

En suma, son diferentes las Escuelas que se han visto pasar por la literatura y jurisprudencia norteamericana en casi dos siglos de política *antitrust*, partiendo desde tendencias intervencionistas y donde la competencia se trata desde un enfoque político, hasta las últimas tendencias de la segunda mitad del siglo XX donde predomina la mirada puramente económica de las concentraciones y acuerdos de mercado que dan poder a un agente económico. No obstante, las nuevas voces que están surgiendo y que proponen volver a las tendencias del siglo XIX vuelven interesante este debate, sobre todo en relación al caso AT&T/ Time Warner. Este acuerdo de operación de concentración vertical llama la atención dado que, justamente, daría, a priori, argumentos sólidos a estas nuevas voces que proponen volver a vincular política, democracia y libertad de expresión con la libre competencia, sobre todo por lo que representa la industria de las telecomunicaciones e internet en la vida diaria de los ciudadanos, y su influencia en la vida política de un país.

Finalmente, el análisis no debería acabarse en el acuerdo AT&T/Time Warner, sino que, al estar valores fundamentales para la comunidad en riesgo con este tipo operaciones de concentración en mercados relacionados a los medios de comunicación, es necesario ponerse en escenarios hipotéticos para prevenir estos riesgos, siendo el caso de los mercados de las redes sociales bastante interesantes de analizar bajo la óptica de estas nuevas voces representadas por autores como Lina Khan, Frank Pasquale o Tim Wu, entre otros.

¹³⁴ Pasquale, Frank A. (2013), p. 1012.

¹³⁵ Pasquale, Frank A. (2013), p.1011. Texto original: “*The primary purpose of privacy law (as applied to corporations) and antitrust law is to deter and punish unfair, deceptive, or harmful behavior. Improving market processes is only one tool among the many that privacy and antitrust policy makers should use to achieve these aims.*”

Así, a continuación, se analizará el acuerdo de integración vertical entre AT&T y Time Warner, las reacciones que ha provocado en el mundo político, cómo su evaluación podría enmarcarse en alguna de las Escuelas de política *antitrust* que han dominado el escenario competitivo en EEUU, y finalmente sus aspectos técnicos que podrían poner en riesgo valores políticos fundamentales como la libertad de expresión y la democracia. Luego, entraremos a evaluaciones conceptuales y aplicaciones de los conceptos analizados, a los mercados de redes sociales.

CAPITULO III: Caso AT&T y Times Warner

La fusión entre las compañías AT&T y Time Warner, anunciada a finales de octubre del 2016, que tanta repercusión ha tenido en EEUU, ha puesto en la discusión pública, como se ha señalado, la concentración de los medios de comunicación, y la relación del poder económico con la política.¹³⁶ Sin embargo, la relación entre las empresas Time Warner y, sobre todo, AT&T con los conceptos “monopolio” y “poder de mercado” no es algo reciente.

1- Descripción del caso: la historia de AT&T y Time Warner

La historia y crecimiento de la American Telephone and Telegraph Company (AT&T) y su gran desarrollo comercial en el mercado de las comunicaciones a larga distancia está muy relacionada con el periodo en que Theodore Vail ejerció la presidencia de la empresa, entre los años 1885 (año de su creación) y 1889, y luego entre 1907 y 1919. Vail es fundamental para entender la posición dominante, casi monopólica, que tuvo AT&T durante su desarrollo histórico en el mercado de las telecomunicaciones.¹³⁷ Tim Wu describe a Theodore Vail como “[e]l mayor monopolista en la historia de la industria de la información”.¹³⁸ Según indica Wu, Vail sostenía que el escenario perfecto para el desarrollo comercial de una empresa era uno donde la industria y el mercado estuvieran centralizados en un solo agente, rechazando la idea de que existiese competencia en el mercado. Para el entonces presidente de AT&T, los monopolios eran la mejor forma de organizar el mercado, siempre y cuando éstos

¹³⁶ El presidente de Estados Unidos, Donald J. Trump, señaló durante su candidatura que acuerdos como el de AT&T con Time Warner, o el de Comcast con NBC Universal, darían mucho poder político a las empresas resultantes, y podían “envenenar” la mente de los estadounidenses (en referencia al mercado en el cual se desarrollan estas empresas). Ver: *Reaction to AT&T-Time Warner Deal Shows Presidency's Growing Reach*. The Wall Street Journal. 26 de octubre de 2016. Disponible en: <http://www.wsj.com/articles/reaction-to-at-t-time-warner-deal-shows-presidencys-growing-reach-1477501112>

¹³⁷ En el presente ensayo, al hacer referencia al “mercado de las telecomunicaciones”, se hace en sentido amplio, abarcando todo tipo de comunicación en diversas plataformas, ya sea a través del telégrafo, el teléfono, o internet.

¹³⁸ Wu, Tim. (2010). *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*, New York: Alfred A. Knopf. p. 5. Texto original: “[t]he greatest monopolist in the history of the information industries.”

pertenecieran a los agentes económicos correctos.¹³⁹ De hecho, según señala Tim Wu, Vail estaba tan convencido de que los monopolios influían positivamente en los mercados que la justificación de su postura no solo se refería a asuntos económicos, sino que se extendía incluso más allá. Él creía que con los monopolios “[E]l lado oscuro de la naturaleza humana se encogería, y la virtud natural podría emerger.”¹⁴⁰ Esto supone un enfoque más psicológico que económico del monopolio y sus consecuencias para el mercado. Para el ex ejecutivo de AT&T, el monopolio permitía que florecieran las virtudes de los humanos, siendo, por lo tanto, un objetivo deseable que el mercado de las telecomunicaciones se encontrara concentrado en un solo agente.

Con esta idea en mente, Theodore Vail aplicó en la industria del teléfono el *Bell System*.¹⁴¹ En efecto, en su segundo periodo como presidente de la compañía, entre 1907 y 1919, el mayor objetivo de Vail fue la eliminación por completo de la competencia y la expansión a gran escala del servicio telefónico de larga distancia para todo el público en general.¹⁴² De hecho, la compañía adoptó como eslogan de campaña el lema “*Una Política, Un Sistema, Servicio Universal*”.¹⁴³ En definitiva, el Bell System buscó que el servicio telefónico fuera ofrecido por un solo agente de mercado.

Para lograr este propósito, AT&T comenzó a adquirir un número importante de competidores en la industria telefónica de la época, incluyendo a la competidora Western Union.¹⁴⁴ Sin embargo, este tipo de negocio de cooptación de competidores hizo que el Gobierno de Estados Unidos de la época detectara en esta estrategia comercial de AT&T un peligro para la libre competencia. Cabe señalar que bajo la administración del presidente

¹³⁹ Wu, Tim. (2010). p.8.

¹⁴⁰ Wu, Tim. (2010), p.9. Texto original: “[t]he dark side of human nature would shrink, and natural virtue might emerge.”

¹⁴¹ Se le denomina así dado que representa todo un conjunto de empresas que eran controladas por la Bell Telephone Company, posterior AT&T, cuya actividad comercial era la provisión de servicios telefónicos tanto para Estados Unidos como para Canadá a partir del año 1877 en adelante.

¹⁴² Thierer, Adam D. (1994) *Unnatural Monopoly: Critical Moments in the Development of the Bell System Monopoly*, Cato Journal, p.272.

¹⁴³ En inglés: “*One Policy, One System, Universal Service*”. Visto en: O’connor Jack. (2009, 15 de junio). *One Policy, One System, Universal Service* [en línea]. Competitive Enterprise Institute. Disponible en: <https://cei.org/blog/one-policy-one-system-universal-service>.

¹⁴⁴ Lassar, Matthew. (2011, 9 de marzo). *How AT&T conquered the 20th Century* [en línea]. Wired. Disponible en <https://www.wired.com/2011/09/att-conquered-20th-century/>.

Woodrow Wilson, la autoridad estadounidense empezó una política que se centraba en la limitación, o eliminación, de monopolios y oligopolios, apoyándose para tal propósito en la ley antitrust aprobada en 1889.¹⁴⁵

Es así que, en 1913, el gobierno presentó una demanda contra AT&T para limitar su creciente monopolio en la industria telefónica. Ante este escenario, y, más aun sabiendo que en el Congreso se analizaba la posibilidad de nacionalizar la empresa, AT&T comenzó un proceso de negociación con el Departamento de Justicia norteamericano, haciéndole ver a este último los aportes y beneficios que un modelo monopólico conllevarían. La empresa se mostró a sí misma como un agente innovador, que favorecía el interés público, y que tenía un importante deber en el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones en el país. Finalmente, esta ofensiva comunicacional de la empresa de telecomunicaciones terminó dando buenos resultados, dado que el gobierno de EEUU aceptó terminar la controversia judicial a través de un acuerdo entre el Departamento de Justicia norteamericano y AT&T, conocido como el compromiso Kingsbury, mediante el cual se aceptó, con condiciones, el monopolio creado por Vail, y se reguló su forma de operar.¹⁴⁶

Hubo tres objetivos centrales que buscaba este acuerdo regulatorio entre el gobierno y la empresa. El primero de ellos era que AT&T permitiría a las empresas telefónicas locales independientes interconectarse con su red de larga distancia, facilitando así la competencia entre estas redes de comunicación. En segundo lugar, la autoridad, mediante este acuerdo, buscó que AT&T se desprendiera de sus inversiones en la empresa de telégrafos Western Union. Finalmente, en tercer lugar, se buscó regular las compras de AT&T de otros competidores independientes, restringiendo así su expansión en el mercado. En este último punto se impuso como obligación, ante cualquier compra de AT&T de otras compañías, el visto nuevo de la Interstate Commerce Commission, agencia pública encargada, entre otras

¹⁴⁵ Por ejemplo, dentro de este nuevo enfoque escéptico respecto de los monopolios, en 1911 la Standard Oil fue dividida en 30 compañías distintas por la autoridad de libre competencia.

¹⁴⁶ Fung, Bryan. (2013, 19 de diciembre). *This 100-year-old deal birthed the modern phone system. And it's all about to end* [en línea]. The Washington Post. Disponible en: [.https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2013/12/19/this-100-year-old-deal-birthed-the-modern-phone-system-and-its-all-about-to-end/?utm_term=.1e89977b86ba](https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2013/12/19/this-100-year-old-deal-birthed-the-modern-phone-system-and-its-all-about-to-end/?utm_term=.1e89977b86ba)

cosas, de la regulación de los aspectos comerciales de las empresas telefónicas.¹⁴⁷ Esta obligación no fue en estricto rigor un impedimento para AT&T de adquirir nuevas empresas, dado que “[e]l acuerdo no fue interpretado por los reguladores para restringir a AT&T de adquirir nuevos sistemas telefónicos, sino sólo para exigir que un mismo número se vend[er]a a un comprador independiente para cada sistema que AT&T compró.”¹⁴⁸

En definitiva, este acuerdo entre el Departamento de Justicia de EEUU y AT&T fue visto por Vail como una forma de validar y mantener la posición y rentas económicas de su empresa, conservando un *statu quo* en el mercado de la telefonía a larga distancia. En ese sentido, AT&T estaba en un escenario que le acomodaba bastante: un monopolio permitido e imperfectamente regulado por el Estado, pues no se fijaban condiciones técnicas y comerciales del servicio, sino que estaba afecto únicamente a deberes conductuales de acceso en relación a los demás competidores, los cuales no suponían grandes sacrificios para la empresa.

La llegada de la Segunda Guerra Mundial supuso un cambio en el control de AT&T. El 1 de agosto del año 1918, el gobierno federal de EEUU nacionalizó toda la industria de las telecomunicaciones por razones de seguridad nacional.¹⁴⁹ Si bien en un principio Theodore Vail se mostró bastante preocupado por las consecuencias que esta decisión pudiera tener en su empresa; una vez vistos los beneficios que podría generar el control federal de la empresa en su monopolio, sus preocupaciones desaparecieron, hasta el punto de no estar muy apurado en recuperar el control del Bell System.¹⁵⁰

Uno de los hechos que explican los beneficios que experimentó la compañía durante el periodo en que el gobierno federal ejerció su control, fue la decisión por parte de la autoridad de establecer en las comunicaciones a larga distancia, tarifas estándar en todo el país, en base a los costos promedio de dichas comunicaciones. Dichas tarifas funcionarían en base a un

¹⁴⁷ Griffin, Jodie. (2013, 19 de diciembre). *100th Anniversary of the Kingsbury Commitment*. Public Knowledge. Disponible en <https://www.publicknowledge.org/news-blog/blogs/100th-anniversary-kingsbury-commitment>.

¹⁴⁸ Thierer, Adam D. (1994) p 272. Texto original: “*The agreement was not interpreted by regulators so as to restrict AT&T from acquiring any new telephone systems, but only to require that an equal number be sold to an independent buyer for each system AT&T purchased*”.

¹⁴⁹ Janson, Michael A. & Yoo, Christopher S. (2013). *The Wires Go to War: the U.S. Experiment with Government Ownership of the Telephone System During World War I*. Faculty Scholarship. Paper 467, p.944.

¹⁵⁰ Danielian, N.R. (1939). *AT&T: The Story of Industrial Conquest*. New York: Vanguard Press, p.275.

sistema de subsidios entre los usuarios de grandes ciudades y los de zonas rurales. En otras palabras, los usuarios que llamaran desde las grandes ciudades pagarían por encima de los costos que normalmente deberían pagar para proporcionar un subsidio a quienes vivieran en las zonas rurales. Este mecanismo de comienzos del siglo XIX por lo tanto operó como un sistema de subvenciones cruzadas.¹⁵¹

Este modelo de regulación tarifaria por parte de la autoridad, más que tener consecuencias negativas en AT&T, contribuyó y fortaleció la posición monopólica de la empresa en el mercado telefónico de larga distancia. En efecto, en primer lugar, este sistema de tarifas estándar con subvenciones cruzadas necesariamente exigía que hubiera un único proveedor monopolista para que fuera viable y eficaz. Para que una empresa pudiera cubrir de forma universal las necesidades de los usuarios usando los ingresos de un segmento de consumidores para subsidiar la extensión del servicio a zonas rurales, que pagaran menos, era necesario que esta empresa fuera grande, descartando la posibilidad de que nuevos agentes pequeños pudieran ingresar a un mercado que operara bajo esta lógica.¹⁵²

En segundo lugar, el sistema federal de regulación de las tarifas de la telefonía de larga distancia también fue replicado a nivel local por las autoridades de cada estado en Estados Unidos. Por ejemplo, en 1922, 40 de los 48 estados imitaron el modelo federal de subsidios cruzados, regulando las tarifas telefónicas de las comunicaciones entre usuarios dentro del estado.¹⁵³

En tercer lugar, este modelo de subsidios tarifarios entre las zonas urbanas y las zonas rurales creó un fuerte desincentivo a la competencia a nivel local. Se volvió muy complejo para un agente local competir con un agente que ofrecía un servicio a nivel universal en base al modelo de subsidios cruzados. Equiparar los precios subvencionados a nivel rural era casi imposible para los pequeños competidores locales.¹⁵⁴ En ese sentido, la regulación tarifaria a

¹⁵¹ Hyman, L.S. Toole, R.C., & Avellis, R.M. (1987). *The New Telecommunication Industry: Evolution and Organization*. Vol. 1. Public Utility Reports, Inc., p.81.

¹⁵² Thierer, Adam D. (1994) p. 277.

¹⁵³ Thierer, Adam D. (1994) p. 277.

¹⁵⁴ Thierer, Adam D. (1994) p. 278.

nivel federal y estatal incrementó las dificultades para la entrada al mercado de nuevos agentes locales.¹⁵⁵

Este escenario, donde el Bell System funcionó sin competencia relevante ayudado por las regulaciones impuestas por las autoridades de libre competencia a nivel federal y estatal, continuó una vez que las empresas de las telecomunicaciones volvieron a ser controladas por privados, al acabar la guerra.

Sin embargo, todo empezó a cambiar a partir de la década de 1970. El presidente de EEUU en esos años, Richard Nixon, viendo que era el propio marco regulatorio impuesto por la autoridad el que propiciaba un escenario de monopolio en el mercado, declaró ante el Congreso de ese país, en julio de 1974, que: “*la ley antimonopolios debe reforzarse para asegurar que el mecanismo regulatorio no se haya vuelto un paraíso para escapar de la competencia.*”¹⁵⁶ A partir de lo anterior, la Federal Communications Commission (FCC), autoridad sectorial con competencia en el sector de las telecomunicaciones, inició una serie de cuestionamientos sobre los supuestos beneficios que generaba el monopolio del Bell System.¹⁵⁷ En definitiva, la agenda de desregulación que impulsó el Gobierno de Nixon, profundizada posteriormente por el Gobierno de Reagan, se basó en un supuesto de que era la competencia, antes que la regulación, el mejor mecanismo de ordenamiento de los mercados. Es así que la FCC empezó a introducir ciertos elementos de competencia en la industria de las telecomunicaciones, para así propiciar, en su mirada, un escenario de competencia en mercados donde hasta la fecha no lo había.¹⁵⁸ En definitiva, se dijo que “[l]a FCC, antigua aliada de AT&T en la supresión de la competencia, ahora es amiga de los competidores.”¹⁵⁹

AT&T reaccionó ante estos intentos de las autoridades de ingresar competencia en el mercado. Por ejemplo, en el año 1976, envió a sus lobistas al Congreso con un proyecto de ley

¹⁵⁵ Brock, G.W. (1981). *The Telecommunications Industry: The Dynamics of Market Structure*. Cambridge: Harvard University Press, p. 159-161.

¹⁵⁶ Testimonio de la Sesión 1167 del Congreso de EEUU, antes del “Subcommittee on Antitrust and Monopoly”, 9 de julio 1974.

¹⁵⁷ Wu, Tim. (2010), p.187.

¹⁵⁸ Wu, Tim. (2010), p.188

¹⁵⁹ Wu, Tim. (2010), p.189 Texto original: “*The FCC, AT&T’s old ally in the suppression of competition, was a friend to competitors.*”

que detendría todo lo que la FCC estaba haciendo para incentivar la competencia en el mercado.¹⁶⁰ Este proyecto fracasó, lo cual hizo que AT&T buscara eliminar la competencia ya no desde la regulación pública, sino que, desde el ámbito industrial, con conductas que buscaban exterminar la competencia.¹⁶¹

Ante este escenario, durante el gobierno de Nixon surgió, desde el Departamento de Justicia y la Oficina de Política de Ciencia y Tecnología de la Casa Blanca, la idea de separar el Bell System en pequeñas partes, dado que las autoridades entendían que un monopolio en el sistema de telefonía ya no era deseable, y que los beneficios de una separación de AT&T en pequeñas empresas serían enormes para la nación.¹⁶² Es así que el 20 de noviembre de 1974, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos presentó una demanda antimonopolio contra la American Telephone and Telegraph Company, aludiendo que la compañía había utilizado su posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones para suprimir la competencia y aumentar su poder monopolístico.¹⁶³

Todo este proceso culminó en 1984, cuando el juez Harold Greene aprobó un acuerdo entre el Departamento de Justicia y AT&T para poner fin al litigio: Charles Brown, último presidente de la unida AT&T, anunció que, por decisión judicial, a partir del 1 de enero de 1984, la compañía que se había convertido en la mayor empresa de comunicaciones en la historia sería dividida en 8 partes: además de AT&T, ahora existirían 7 compañías regionales independientes unas de otras, las llamadas “Baby Bells”.¹⁶⁴ De esta manera, la autoridad de libre competencia logró controlar el poder que ejercía AT&T en el mercado de la telefonía. Por ejemplo, antes de la separación de la empresa, AT&T estaba valorada en 149.000 millones de dólares, y tenía un millón de trabajadores. En cambio, tras el 1 de enero de 1984, el valor

¹⁶⁰ Ver *Communications: A Bill for Ma Bell*. (1976, 4 de mayo). Time. Este proyecto de ley fue conocido como el “Monopoly Protection Act of 1976”, o simplemente como la “Bell Bill”.

¹⁶¹ Wu, Tim. (2010), p.191.

¹⁶² Wu, Tim. (2010), p.192.

¹⁶³ Pinheiro, John. (1987). *AT&T Divestiture & the Telecommunications Market*. 2 Berkeley Tech. L.J. 303.

¹⁶⁴ Wu, Tim. (2010), p. 194. Las empresas Baby Bells creadas a partir de este fallo judicial fueron Ameritech, BellSouth, Pacific Telesis, Southwestern Bell, BellAtlantic, Nynex y USWest.

de la empresa de redujo a 34.000 millones de dólares, y solo contaba con 373.000 trabajadores.¹⁶⁵

Sin embargo, con el paso de los años, fruto de la readquisición de muchas de las *Baby Bells*, autorizadas por el propio Gobierno, AT&T volvió a existir en la forma en que históricamente ha sido conocida: como una empresa con alto poder de mercado.¹⁶⁶ En efecto, las *Baby Bells* fueron uniéndose entre sí con el transcurso del tiempo gracias a fusiones y adquisiciones y, en 2005, este proceso alcanzó su máxima expresión con la compra, por parte de la antigua AT&T, de la Southwestern Bell Corp. (antigua *Baby Bell* que, con el tiempo, fue comprando otras de estas empresas). Esto dio lugar a la nueva AT&T Inc., actual empresa que se conoce hoy en día. Según se ha indicado, dicha empresa cuenta con un poder de mercado importante en varios mercados de las telecomunicaciones.¹⁶⁷

Por otro lado, para efectos del estudio de La Operación, también es útil analizar brevemente la situación de Time Warner Inc. Creada en 1990 a partir de un acuerdo entre el estudio Time Inc. y Warner Communications, Time Warner se autodefine como “*empresa global de entretenimiento y medios de comunicación de vanguardia con negocios de primera*

¹⁶⁵ Osorio, Víctor. (2014, 27 de agosto). *AT&T: del teléfono de Bell a un gigante de las comunicaciones*. [en línea]. *Expansión*. Disponible en <http://www.expansion.com/2014/08/27/directivos/1409160861.html>

¹⁶⁶ Ver Pagliery, José (2012). *AT&T, El Monopolio que Renació*. *Expansión* [en línea]. Disponible en: http://expansion.mx/negocios/2014/05/20/att-el-039rey039-de-los-conglomerados?utm_source=expansion&utm_campaign=InternalTraffic&utm_medium=PLAYLIST

¹⁶⁷ Según el portal WebpageFX, AT&T ocupa el segundo lugar en EEUU en relación a su cuota de mercado entre los proveedores de servicios de Internet móvil. Ver en <http://www.webpagefx.com/data/mobile-data-providers/>. A su vez, el portal CSIMarket señala que, actualmente, AT&T inc., en los servicios inalámbricos de internet, tiene una cuota de mercado del 14,14%, solo superado por Verizon Communications Inc., con un 21,55%. Ver en <http://csimarket.com/stocks/competitionSEG2.php?code=T>. En esta misma línea, se señala por parte del sitio especialista en economía, *Expansión*, que el valor bursátil de AT&T es de 230.000 millones de dólares. Tras la compra de Time Warner, este valor debiese subir considerablemente, lo que haría que la compañía ingrese al *top ten* de empresas con mayor presencia bursátil. Ver en <http://www.expansion.com/mercados/2016/10/21/580a4bd3e2704eef7a8b46a4.html>. Por su parte, el portal mexicano *El Financiero*, en su nota titulada “AT&T gana mercado en México, AMovil pierde”, en el mercado de la telefonía celular en México, AT&T fue la única empresa que registró ganancias durante el tercer trimestre del año 2016, con un 13%, a diferencias de los otros competidores, que registraron pérdidas. Asimismo, se señala que AT&T pasó del año 2005 al 2006 de tener un 7,6% de participación de mercado a un 9,6%, y se espera que estos números sigan creciendo con el paso del tiempo. Ver en <http://www.elfinanciero.com.mx/empresas/at-t-gana-mercado-en-mexico-amovil-pierde.html>. A su vez, el sitio *Expansión*, especializado en economía, señala que AT&T, en el periodo de julio-septiembre del año 2016, obtuvo ganancias en total valorizadas en 40.900 millones de dólares. Ver en <http://expansion.mx/empresas/2016/10/24/at-t-y-time-warner-quienes-son-y-por-que-se-fusionaran>. Finalmente, el sitio Rankia México señala que AT&T es la empresa de mayor cobertura en tecnología 4G en México con un 68% de cobertura del territorio. Ver en : <https://www.rankia.mx/blog/planes-telefoniamovil/3455018-que-cobertura-tiene-at-t-telcel-movistar-alo-cierto-maz-tiempo-virgin-unefon-qbobcel-weex>.

clase en la industria del cine, los servicios interactivos, las redes de televisión, los sistemas de cableado y la publicación”.¹⁶⁸ Time Warner posee tres grandes cadenas de contenido audiovisual: Home Box Office (más conocida como HBO), Turner y Warner Bros.¹⁶⁹ Time Warner es considerada una de las más grandes empresas de entretenimiento en el mundo, junto a Disney.¹⁷⁰ Durante el mes de octubre del año 2016, su capitalización bursátil llegó a una cifra superior a los 75.700 millones de dólares, convirtiéndola en una de las empresas más rentables del mercado.¹⁷¹

Durante su historia, dicha compañía también ha estado sometida a escrutinio con ocasión de fusiones o adquisiciones que han sido objeto de revisión en sede de libre competencia. El mayor ejemplo de esta situación fue la fusión entre la empresa de internet AOL y Time Warner en el año 2000. Esta fusión, que creó la empresa AOL Time Warner, es considerada como uno de los mayores fracasos comerciales conocidos. Problemas con la integración de ambas empresas, dificultades en la conducción de la nueva empresa y una baja sustancial en las ventas y en el valor de las acciones de la sociedad sepultó las probabilidades de éxito de la compañía resultante de la fusión. Es más, finalmente el presidente de la empresa, Dick Parsons, tomó la decisión de eliminar AOL de la razón social de la empresa, pasando a llamarse solo Time Warner. Asimismo, vendió parte de AOL a Google, para así intentar reactivar las ventas del sitio.¹⁷²

Todo este breve recorrido histórico busca mostrar que, desde sus inicios, las acciones y posiciones de AT&T y Time Warner las han llevado estar bajo la mirada de las autoridades de libre competencia. En efecto, ambas empresas, como se ha demostrado, han tenido en algún momento conductas monopólicas o de posición dominante, se han fusionado con potenciales

¹⁶⁸ Texto extraído desde el sitio de presentación de Time Warner Inc. a las personas que están interesadas en trabajar en ella. Ver en <https://careers.timewarner.com/TGWebHost/home.aspx?partnerid=391&siteid=5244>

¹⁶⁹ Visto en sección “About us” del sitio de Time Warner: <http://www.timewarner.com/company/about-us>

¹⁷⁰ Bowman, Jeremy. (2016, 18 de noviembre). *Better Buy: The Walt Disney Company vs. Time Warner* [en línea]. The Motley Fool. Disponible en <http://www.fool.com/investing/2016/11/18/better-buy-the-walt-disney-company-vs-time-warner.aspx>

¹⁷¹ Pozzi, Sandro. (2016, 21 de octubre). *AT&T ultima la compra de Time Warner* [en línea]. El País. Disponible en http://economia.elpais.com/economia/2016/10/21/actualidad/1477066578_724100.html

¹⁷² Para más información, ver Fernández, A. *La Fusión AOL-Time Warner*. Expansión. Disponible en: <http://www.expansion.com/especiales/20aniversario/20corporativos/aol.htm> y Mcgrath, Rita Gunther. (2015, 10 de enero). *15 years later, lessons from the ailed AOL-Time Warner merger* [en línea]. Fortune. Disponible en: <http://fortune.com/2015/01/10/15-years-later-lessons-from-the-failed-aol-time-warner-merger/>.

competidores, o han propiciado escenarios en los cuales la libre competencia ha estado en riesgo a través, por ejemplo, de conductas exclusorias, como se analizó en el caso de AT&T.

Estos riesgos vuelven a surgir luego de que el 22 de octubre del 2016, AT&T diera a conocer que adquiriría a la compañía Time Warner por más de 80 mil millones de dólares.¹⁷³ En efecto, la empresa resultante del acuerdo, de ser este aprobado por las autoridades, sería, como se ha señalado, un actor preponderante en las telecomunicaciones de EEUU. Lo anterior, dado que no solo se unirían dos empresas con gran presencia en el mercado, y de alta valoración comercial y bursátil, sino que también se sumarían dos empresas que operan en dos niveles distintos en la comercialización de contenido audiovisual a los consumidores. Es decir, se trataría de una fusión de aquellas denominadas *verticales*.¹⁷⁴ En la actualidad, AT&T es un proveedor de servicios de internet, ya sea a teléfonos celulares o a hogares, y de TV cable.¹⁷⁵ Por su parte, Time Warner es actualmente un proveedor de contenidos audiovisuales¹⁷⁶, tales como los ya señalados HBO, CNN o Warner Bros., todas de su propiedad, para diversos dispositivos. Por lo tanto, la empresa resultante sería capaz no sólo de producir contenido, sino que también distribuirlo a millones de personas, ya sea a través de *smartphones*, internet o televisión satelital.¹⁷⁷ Esta integración vertical en teoría provocaría, como se ha señalado, al menos algunos riesgos para la diversidad de información, tales como riesgos de posible discriminación de contenidos. Todos estos problemas y riesgos, como se ha dicho, han sido puestos en evidencia por el mundo político en EEUU, desde Republicanos hasta Demócratas, y por diversos expertos en libre competencia y nuevas tecnologías.¹⁷⁸

¹⁷³ De la Merced, Michael J. (2016, 2 de octubre). *AT&T Agrees to Buy Time Warner for \$85.4 Billion* [en línea]. The New York Times. Disponible en: http://www.nytimes.com/2016/10/23/business/dealbook/att-agrees-to-buy-time-warner-for-more-than-80-billion.html?_r=0.

¹⁷⁴ Ver supra cita 12.

¹⁷⁵ Para más información sobre los servicios de AT&T, ver http://about.att.com/category/all_news.html

¹⁷⁶ Para más información sobre los contenidos que ofrece Time Warner y sus canales de televisión, ver <http://www.timewarner.com/company/about-us>

¹⁷⁷ Por ejemplo, AT&T por sí sola 144 millones de clientes de servicios de Internet inalámbricos en Estados Unidos y México durante el tercer trimestre del año 2016. Información en https://www.att.com/Common/about_us/pdf/att_btn.pdf.

¹⁷⁸ Crews Jr, Clyde Wayne. (2016).

Esta desconfianza con que es mirada esta operación se reconduce a un concepto esencial para entender el por qué la fusión entre AT&T y Time Warner debe ser analizada con precaución por parte de la autoridad de libre competencia: la neutralidad de red.

2- Neutralidad de red: los ISP y sus riesgos

El problema de la neutralidad de red en los mercados tecnológicos, sobre todo en internet, es un fenómeno bastante nuevo, pero no por ello menos importante. De hecho, el procedimiento de consulta de mayo del 2014 de la FCC en EEUU sobre regulación de neutralidad de red¹⁷⁹, fue el procedimiento más comentado en los 80 años de historia de la FCC, con aproximadamente 4 millones de comentarios recibidos por el órgano gubernamental, lo cual demuestra la actual importancia del concepto.¹⁸⁰

Si bien no hay un consenso universal sobre el contenido del término de neutralidad de red, hay ciertos elementos básicos que ayudan a entenderlo. En los mercados tecnológicos, sobre todo en los mercados desarrollados en torno a internet, los proveedores de contenido audiovisual, como por ejemplo HBO o Netflix, buscan llegar con su contenido al usuario final (los que consumen la programación que los primeros desarrollan) a través de los ISP, tales como AT&T -VTR o Movistar en Chile- por ejemplo, quienes son los que manejan la red y el acceso a ella.¹⁸¹ Es decir, la red es lo que permite que los contenidos lleguen finalmente a los usuarios, a través de internet fundamentalmente. Lo esencial en ese sentido es que esta red se mantenga “neutra” en la administración que hacen de ella los ISP, entendiendo esa neutralidad como un principio de no discriminar contenidos arbitrariamente. Tim Wu, quien es considerado el padre del concepto “neutralidad de red”, lo define “[c]omo un principio de diseño de red. La idea es que una red de información pública de gran utilidad aspire a tratar por igual todo contenido, sitios y plataformas. Esto permite a la red llevar todo tipo de información y soportar todo tipo de aplicaciones.”¹⁸² Asimismo, agrega que “la teoría detrás

¹⁷⁹ U.S. Federal Communications Commission, Open Internet NPRM, 29 FCC Rcd at 5562 (2014)

¹⁸⁰ Cave, M., & Vogelsang, I. (2015). p.1.

¹⁸¹ Cave, M., & Vogelsang, I. (2015). p 11.

¹⁸² Wu, Tim. (2003), p.141. Texto original: “Network neutrality is best defined as a network design principle. The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and

del principio de neutralidad de la red (...) es que se espera que una red neutral entregue lo más posible a una nación y al mundo económicamente, sirviendo como una plataforma de innovación, y a la sociedad, facilitando la más amplia variedad de interacciones entre las personas. El Internet no es perfecto, pero aspira a la neutralidad en su diseño original.”¹⁸³

A su vez, Martin Cave e Ingo Vogelsang¹⁸⁴ se refieren al concepto señalando que *“la neutralidad de la red en su forma más estricta significa que no se permitirán pagos de tarifas de terminación para el acceso de los proveedores de contenido a los usuarios finales, no se permitirá diferencias en la calidad del servicio, se haya pagado o no, y no se permitirán degradación del tráfico, bloqueos, ‘estrangulamientos’, o contratos exclusivos”*.¹⁸⁵

Por otro lado, José Alcántara, en relación con este concepto y su importancia, nos señala que *“existe un factor más que vela para que nadie ni nada en Internet tenga el poder de ejercer un bloqueo que restrinja la libre interconexión, información y comunicación de los usuarios. Este factor no es sino el carácter neutro de la Red y emana de algo tan sencillo, y breve de explicar, como que un bit -la unidad básica de información en la era digital- es siempre, y únicamente, un bit. Sin importar el todo, sin importar para nada la pieza mayor de información -mensaje, noticia, obra cultural o de ocio- de la cual el bit forma parte, un bit es siempre un bit y, tomado de forma independiente, resulta indistinguible de cualquier otro. Esta noción tan básica es la que justifica la imposibilidad, sin atender contra nuestra lógica ni contra todo lo que atendemos como razonable, de querer tratar de forma diferente el tráfico de datos en Internet en función del tipo de mensaje que se transporta o en función de cuál es*

platforms equally. This allows the network to carry every form of information and support every kind of application.” Disponible en: http://timwu.org/network_neutrality.html.

¹⁸³ Idem. Texto Original: *“The theory behind the network neutrality principle, which the internet sometimes gets close to, is that a neutral network should be expected to deliver the most to a nation and the world economically, by serving as an innovation platform, and socially, by facilitating the widest variety of interactions between people. The internet isn't perfect but it aspires for neutrality in its original design”*.

¹⁸⁴ Martin Cave es un economista especialista en regulación y libre competencia. Ingo Vogelsang es un profesor de economía de la Boston University, también especialista en el tema.

¹⁸⁵ Cave, M., & Vogelsang, I. (2015), p.2. Texto original: *“Net neutrality in its strictest form means that no termination fees for the access of CAPs to end users, no quality of service differentiation (“tiering”) with and without pay, no degradation of traffic, no blocking, throttling, and exclusive contracts would be allowed.”*

*el servidor que te ofrece esos datos. Esta noción tan básica es la que nos ayuda a entender por qué la neutralidad es algo consustancial a la Red”.*¹⁸⁶

El Congreso Nacional de Chile, uno de los primeros órganos legislativos a nivel mundial en haber elaborado una ley que regulara la neutralidad en la red, señaló, en su primer trámite legislativo constitucional en la Cámara de Diputados, que *“la llamada ‘Neutralidad de la Red’ trata precisamente sobre la libertad en Internet, intentando asegurar el derecho de todo usuario de poder ver con igual facilidad el blog más pequeño así como la más cara y moderna página web de una gran empresa, además de utilizar los servicios y aplicaciones más convenientes, pudiendo obtener el máximo de provecho de los recursos de la misma. La Neutralidad en la Red es el nuevo principio que guía la lucha por la preservación de la libertad y apertura de Internet. La ‘Neutralidad en la Red’ asegura a todos los usuarios el acceso libre de contenidos o ejecutar aplicaciones o utilizar los dispositivos de su elección sin condicionamientos de ningún tipo.”*¹⁸⁷

En relación a los objetivos que busca la neutralidad de red, Hsing K. Cheng, profesor de la Warrington College of Business Administration de la Universidad de Florida, señala que, a grandes rasgos, *“la neutralidad de la red pretende abordar las preocupaciones planteadas por algunos comportamientos específicos de los proveedores de servicios de banda ancha: (a) el bloqueo de algunos proveedores de contenido; (B) trato preferencial de un proveedor sobre otro y (c) fallos de transparencia, porque un proveedor de banda ancha no notifica a sus clientes y proveedores de contenido qué servicio ofrece en términos de ancho de banda, latencia, etc.”*¹⁸⁸

¹⁸⁶ Alcántara, José. (2010). *La Neutralidad de la Red y por qué es una pésima idea acabar con ella* [en línea]. Visto en: <http://lasindias.com/la-neutralidad-de-la-red>

¹⁸⁷ Historia de la ley 20.453 que *Consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet*. Mensaje ante la Cámara de Diputados en su Primer Trámite Legislativo, 20 de mayo del 2007. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4635/> Congreso Nacional de Chile.

¹⁸⁸ Cheng, H. K., Bandyopadhyay, S., & Guo, H. (2011). *The debate on net neutrality: A policy perspective*. Information systems research, 22(1), p.3. Texto original: “network neutrality aims to address concerns raised by some specific behavior of the broadband service providers: (1) block of some contents providers (2) preferential treatment of one content provider over another, and (3) transparency failures, whereby a broadband provider fails to notify its customers and content providers what service they offer in terms of estimated bandwidth, latency, etc.”

En resumen, el principio de neutralidad en la red de internet propone que se debe tratar de forma igual y sin discriminación el tráfico que circula por la red. En efecto, que la red sea neutra, significa que no puede haber bloqueos, restricciones, entorpecimiento (con menor tráfico de datos a cierto contenido, por ejemplo), censura o discriminación en el trato de ciertos contenidos por parte de los ISP. Una red “abierta” es una red donde no se discriminan contenidos arbitrariamente.¹⁸⁹

Ahora bien, la neutralidad de red debe ser vista desde el punto de vista tanto de los proveedores de contenido, como de los usuarios o consumidores finales de este contenido audiovisual.

En relación con los proveedores de contenido, los ISP no debieran poder bloquear, discriminar o restringir arbitrariamente el contenido que estos agentes desarrollan y que tienen derecho a hacer llegar, a través de una red neutra, a los usuarios finales, para así competir de forma vigorosa y justa con otros desarrolladores de contenido. En definitiva, lo que le debe dar valor y popularidad a un material, ya sea aplicación o serie de televisión, por ejemplo, es justamente el contenido del material. En ese sentido, no debe haber una conducta de la red que le dé más posibilidad de valorizarse a un contenido respecto a otro, discriminando arbitrariamente a este último, por vías distintas de su valor innato para los consumidores.

A su vez, desde el punto de vista de los consumidores finales, la neutralidad de red defiende el derecho de elección de los usuarios con relación a la variedad de contenidos a los que ellos pueden acceder, sin entorpecer su acceso a ellos.

Sin embargo, la aplicación de este principio es controversial. Muchos países han adoptado una regulación no extrema en relación con la neutralidad de red, relativizando el concepto. Ello, pues en los mercados de provisión de contenidos que operan en base a internet hay tres agentes cuyos intereses muchas veces no confluyen: los ISP, los proveedores de contenido y los consumidores finales. Normalmente, los ISP estarían más a favor de una

¹⁸⁹ Arias Bustamante, Daniel. (2014). *Adaptación del principio de neutralidad de la red a la realidad costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, p.7.

aplicación gradual y no estricta de la neutralidad de red, para así manejarla de forma eficaz y eficiente. En cambio, los proveedores de contenido y aplicaciones no dominantes, y los consumidores finales estarían más a favor de una estricta regulación de la neutralidad en la red, para no sufrir con posibles bloqueos y discriminaciones en el tratamiento de ciertos contenidos.¹⁹⁰

Dentro de los argumentos en contra de una regulación estricta de la neutralidad de red, destacan los planteamientos de los ISP a favor de un uso eficiente e inteligente de la red, para lo cual sería necesaria cierta “libertad” para administrarla. En efecto, puede haber casos en que sea socialmente deseable que haya bloqueo de ciertos contenidos, como, por ejemplo, los que son abiertamente ilegales, tales como la pornografía infantil, para lo cual sería necesario cierta capacidad de administración de la red. Asimismo, puede ser también legítimo administrar la red para así lograr una gestión eficiente de esta por parte del ISP, y así beneficiar a los usuarios.¹⁹¹ En efecto, los mismos administradores de las redes señalan que son ellos los que están en mejor posición para manejar la red de la manera más eficiente e inteligente, entendiéndose esto como una administración de red en la cual se discrimine racionalmente el tráfico de datos, dando cierta priorización a productos que lo requieran legítimamente, lo cual incrementaría los ingresos de los ISP, lo que finalmente se pudiese traducir en financiamiento para mejorar la infraestructura de la red.¹⁹² En definitiva, quienes se oponen a la neutralidad de red sostienen que es necesaria cierta libertad en la administración de esta para poder gestionar mejor el flujo y tránsito de tráfico en la red, y así evitar congestión o mal aprovechamiento de

¹⁹⁰ Esta posición de los proveedores de contenido y aplicaciones y consumidores a favor de una regulación más estricta de la neutralidad de red sería en principio, dado que es perfectamente posible que los proveedores de contenido con posición dominante estén a favor de una desregulación en materia de neutralidad de red, dado que ellos están dispuestos a conseguir acuerdos con los ISP por exclusividad o accesos prioritarios a la red. Es más, el CEO de Netflix, Reed Hastings, señaló expresamente en la Code Confence, en California, que “Esa no es nuestra batalla principal en este punto. (...) Creemos que la neutralidad de la red es increíblemente importante, pero no muy importante para nosotros, porque ahora somos lo suficientemente grandes para conseguir los acuerdos que queremos.” (En inglés: “*It’s not our primary battle at this point. (...) We think net neutrality is incredibly important, but not narrowly important to us because we’re big enough to get the deals we want.*”) Ver en “*Netflix CEO: Net neutrality is no longer our primary battle* (2017, 31 de mayo). Recode. Visto el 28 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.recode.net/2017/5/31/15720268/netflix-ceo-reed-hastings-net-neutrality-open-internet>

¹⁹¹ Arias Bustamante, Daniel. (2014), p.13-17

¹⁹² Pérez, Marcos. (2013, 31 de agosto). *Neutralidad de la red III. Arquitectura de Internet*. [en línea]. Disponible en: <http://itruminations.wordpress.com/2010/08/31/neutralidad-de-la-red-iii- arquitectura-de-internet/>.

esta, lo que finalmente repercute en el usuario final.¹⁹³ La Comisión Europea, en su informe “La Internet Abierta y la Neutralidad de la Red en Europa” señala sobre este tema que “*se acepta generalmente que los operadores de redes tienen que adoptar ciertas prácticas de gestión del tráfico para garantizar un uso eficiente de sus redes*”¹⁹⁴ Respecto a la regulación del tráfico, la Comisión establece que “*La regulación es una técnica empleada para gestionar el tráfico y minimizar la congestión.*”¹⁹⁵ A su vez, la FCC señala que “*una administración razonable de la red no debiese ser constitutiva de discriminación irracional*”.¹⁹⁶

Por lo tanto, lo fundamental es que existan razones objetivas que justifiquen que los ISP manejen el tráfico de datos en la red (por ejemplo, velocidades diferentes según tipo de uso, medidas de descongestión de red y otras actividades de racionalización para no generar incentivos perversos de uso ineficiente o la facilitación de la figura de los *free riders*¹⁹⁷), estableciendo tratamientos diferenciados de ciertos contenidos respecto de otros. Los ISP serían, se argumenta, los más indicados para saber qué medidas tomar para descongestionar la red y hacerla más eficiente y rápida para su utilización, y, en ese sentido, sería deseable un espacio de libertad para administrar la red.

Por otro lado, dentro de los argumentos a favor de una regulación estricta de la neutralidad de red, se señala el impacto positivo de esta en la innovación y emprendimiento. En efecto, Tim Wu dice que “*el argumento de la neutralidad de la red debe entenderse como una expresión concreta de un sistema de creencias en la innovación*”.¹⁹⁸ Asimismo, agrega que “*una red de comunicaciones como Internet puede ser vista como una plataforma para*

¹⁹³ Arias Bustamante, Daniel. (2014), p. 46.

¹⁹⁴ Comisión Europea. (2011). *Comunicación De La Comisión Al Parlamento Europeo, Al Consejo, Al Comité Económico Y Social Europeo Y Al Comité De Las Regiones. La internet abierta y la neutralidad de la red en Europa*, p.3.

¹⁹⁵ Comisión Europea. (2011). p.6.

¹⁹⁶ Federal Communication Commission. (2010). *In the matter of preserving the open Internet broadband industry practices*. Report and Order FCC, p.40.

¹⁹⁷ El “*free-rider problem*”, detectado por primera vez por John Stuart Mill en 1848, es un problema que se da en los casos en que un grupo de personas aprovecha de los beneficios de un bien o un servicio sin haber incurrido en costos para que dicho bien o servicio se haya generado. Mark Walker y Oliver Kim lo definen como la situación en que una persona contribuye “poco o nada al costo del bien, mientras que disfruta de sus beneficios tan plenamente como cualquier otro miembro del grupo” (Original: “*to contribute little or nothing toward the cost of the good, while enjoying its benefits as fully as any other member of the group*”). Visto en Kim, Oliver & Walker, Mark. (1984) *The free rider problem: Experimental evidence*. Public Choice, vol. 43, n°1, p.3.

¹⁹⁸ Wu, Tim. (2003), p.145. Texto original: “*The argument for network neutrality must be understood as a concrete expression of a system of belief about innovation*”.

una competencia entre desarrolladores de aplicaciones. El correo electrónico, la web y las aplicaciones de transmisión están en una batalla por la atención e interés de los usuarios. Por lo tanto, es importante que la plataforma sea neutral para asegurar que la competencia siga siendo meritocrática.”¹⁹⁹ En otras palabras, una red neutral asegura a los desarrolladores de contenido y aplicaciones que éstas llegarán a los usuarios sin barreras ni desventajas respecto de otros competidores, dado que, si hubiera diferencias y limitaciones en la plataforma en la comercialización de ciertos contenidos respecto de otros, esto desincentivaría la innovación en el mercado. En términos económicamente racionales, no habría incentivos para emprender e innovar en un mercado predispuesto para que ciertos agentes tengan mayores probabilidades de éxito que otros, sobre todo en relación a los competidores nuevos.

Ahora bien, sin perjuicio de la relevancia de este último punto, uno de los argumentos más importantes para una regulación estricta de la neutralidad de red, es aquel que señala que una administración discriminatoria de la red por parte de los ISP podría suponer una afectación a la libre competencia. En efecto, *“una red neutral propicia un ambiente de igualdad de condiciones para los participantes”*.²⁰⁰ En ese sentido, al discriminar o tratar de peor forma cierto contenido respecto de otro, se podría afectar la competencia en este lado del mercado dado que no habría condiciones iguales para los agentes que compiten en el mercado de los proveedores de contenido, situación que sería aún más evidente en el caso de que un ISP tenga posición dominante. Un caso hipotético podría ser un escenario en que dos aplicaciones para *smartphone* ofrezcan el mismo servicio, pero el ISP en posición dominante, por sus propios incentivos, o por acuerdos verticales alcanzados con una de ellas, favorezca el tráfico de datos de una, y lo limite para la otra, lo cual crearía un escenario de exclusión para esta última, dado que los competidores no estarían en las mismas condiciones en el acceso a la red. Los ISP, en un escenario de desregulación de la neutralidad de red, podrían dar *“prioridad a los contenidos a favor de sus intereses, y poco importarles cursar otros contenidos que no les representen un beneficio, o que en el peor de los casos desfavorezcan sus intereses”*.²⁰¹ Estos incentivos podrían ser económicos, como contratos de exclusividad o aseguramiento de mayor velocidad a algún proveedor de contenido que pague más al ISP a

¹⁹⁹ Wu, Tim. (2003), p.146.

²⁰⁰ Arias Bustamante, Daniel. (2014), p.30.

²⁰¹ Arias Bustamante, Daniel. (2014), p.28.

cambio de mayor tráfico de datos, por ejemplo. Alcántara, en este punto, ejemplifica, respecto de los acuerdos bilaterales entre proveedores de contenido (o prestadores de servicios, como los llama él) y los ISP (“operadores” para el autor), con el caso en que *“el prestador de un servicio por Internet decide pagar al operador para que privilegie sus servicios frente a los de la competencia, de forma que le resulte más sencillo atraer a los usuarios. Los proveedores de acceso a Internet, por medio de un acuerdo con el prestador de servicio, se garantizan un ingreso. El prestador generalmente intentará conseguir beneficios en número de usuarios, y para ello, se asegura de recibir un trato preferente”*²⁰².

Estos riesgos se incrementarían en principio si, además de estar ante un escenario de desregulación de la neutralidad de red, existiera una integración vertical entre un ISP con poder de mercado y determinados proveedores de contenido o aplicaciones. En efecto, *“los ISP integrados verticalmente tendrían incentivos plausibles en favorecer su contenido afiliado y restringir la entrada a servicios de contenido rivales nacientes”*.²⁰³ En otras palabras, una integración vertical donde el administrador de la red se integre con los proveedores de contenido podría dar paso a que el ISP, al administrar la red, favorezca los contenidos del proveedor integrado por encima del contenido de otros proveedores no integrados, con lo cual se limitaría la diversidad de contenidos junto con afectar la libre competencia en el mercado conexo.²⁰⁴ El punto central de este argumento es que si existe poder de mercado “aguas abajo”, es decir, en el mercado de proveedores de servicios de internet para los usuarios, él o los agentes con poder de mercado podrían tener, en virtud, por ejemplo, de alguna integración vertical con algún proveedor de contenidos, incentivos para discriminar contenidos en el mercado “aguas arriba” respecto de contenidos no integrados verticalmente con el ISP.

²⁰² Alcántara, José. (2010), p. 96-97.

²⁰³ Waterman, David & Choi, Sujin. (2011, diciembre), p.3. Texto original: *“[u]nconstrained ISPs have similar economic incentives to favor vertically integrated content services and to restrict entry of relatively less established —rival content services in some reasonable circumstances”*

²⁰⁴ Arias Bustamante, Daniel (2014), p.33. Al referirnos al mercado conexo, se hace referencia al mercado relacionado con aquel que se está analizando. En las integraciones verticales, el mercado conexo puede ser “aguas arriba” o “aguas abajo”, dependiendo desde cuál de los mercados integrados se hace el análisis. Con todo, los mercados conexos en las integraciones verticales son aquellos mercados relacionados en virtud de la integración entre agentes que operan en niveles distintos dentro de la cadena de producción y comercialización del bien.

Este último punto se vuelve aún más interesante si lo asociamos con las nuevas voces que abogan por una revisión de la fusión AT&T/Time Warner en aras de la libertad de expresión y la democracia. En efecto, otro de los argumentos centrales de la neutralidad de red dice relación con que una red neutra otorga la posibilidad de que haya una mayor diversidad de contenidos en ella, y, en definitiva, facilitaría la autodeterminación informativa del usuario y la libertad de expresión. La misma Comisión Europea señala, dentro de los objetivos que buscaría una regulación de la red para asegurar su neutralidad, que *“la esencia de la neutralidad de la red y las cuestiones fundamentales del debate se refieren, ante todo, a la mejor manera de mantener la apertura de esta plataforma y de garantizar que pueda seguir prestando servicios de alta calidad a todo el mundo y facilitando la innovación, al tiempo que contribuye al disfrute de los derechos fundamentales, tales como la libre expresión y la libre actividad empresarial, y al respeto de los mismos”*²⁰⁵, haciendo presente el valor de la libertad de expresión como uno de los supuestos en que descansa la defensa de la neutralidad de red.

En definitiva, un modelo donde los ISP pueden controlar la red y el tráfico de contenidos que en ella circulan constituye una restricción a la característica más importante de los nuevos mercados tecnológicos que se desarrollan a través de internet, que es su rol activo en propiciar la libertad de expresión y el pluralismo informativo. Si se empieza a controlar el tráfico de información y contenido de forma arbitraria, discriminado unos contenidos respecto de otros, se podría a priori afectar sustancialmente la libertad de expresión. Si bien, como se explicó, esta discriminación de contenidos por parte de los ISP puede ser en base a incentivos económicos, también existe la posibilidad de que estos incentivos sean ideológicos, pudiendo darse escenarios en que *“por parte de los ISP se lleve a cabo una inspección y restricción de determinados contenidos sobre la base de criterios netamente editoriales, es decir, primando contenidos de una determinada tendencia ideológica frente a otros, bloqueando contenidos originados en determinados países, etc.”*²⁰⁶

²⁰⁵ Comisión Europea. *Comunicación De La Comisión Al Parlamento Europeo, Al Consejo, Al Comité Económico Y Social Europeo Y Al Comité De Las Regiones*. La internet abierta y la neutralidad de la red en Europa. 2011, p.3. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0222:FIN:ES:PDF>

²⁰⁶ Barata Mir, Joan (2012). *El concepto de net neutrality y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes*. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. N° 12, p.46.

Por lo tanto, resumiendo lo dicho hasta ahora, en casos como el de AT&T/Time Warner, que representan integraciones verticales entre proveedores de contenidos e ISP de las cuales resultan agentes con alto poder de mercado “aguas abajo” (en el mercado de provisión de servicios de internet), se podrían generar serios riesgos tanto para la libre competencia en el mercado “aguas arriba”, como para la libertad de expresión en la parte de abajo del mercado, por los incentivos que generarían dichas estructuras de mercado. Como se ha dicho, en ocasiones, estructuras de este tipo pueden favorecer un sesgo en la administración de la red respecto de ciertos contenidos, o incentivar a acuerdos contractuales o integraciones que den lugar a dicho sesgo, lo cual podría a priori afectar a la libertad de expresión y la diversidad informativa y de contenidos, así como la libre competencia. En ese sentido, un escenario de competencia y de libre entrada de nuevos competidores aseguraría que los consumidores tengan acceso a una mayor variedad de información y contenidos, y a sus fuentes.²⁰⁷

3- Neutralidad de red y la televisión por cable

David Waterman, profesor de la Universidad de Indiana, hace en este punto un análisis bastante interesante para entender que en el caso de AT&T y Time Warner la aplicación del concepto de neutralidad de red no se reduciría exclusivamente a internet. Waterman señala que habría similitudes entre los servicios de internet y de televisión por cable, y, por lo tanto, la neutralidad de red también sería un concepto que se podría aplicar a este último, dado que es el operador de televisión por cable el que selecciona los canales que llegarán al consumidor final.²⁰⁸

Para llegar a esta conclusión, un primer paso que da el autor es identificar algunos puntos claves dentro de los sistemas de cable integrados, es decir, en los sistemas donde hay una integración vertical entre proveedores de servicios de televisión por cable y proveedores de contenidos. Estos puntos ayudarían a entender la similitud de estos sistemas con los que pudiesen darse en internet.

²⁰⁷ Waterman, David & Choi, Sujin. (2011, diciembre), p.5.

²⁰⁸ Waterman, David & Choi, Sujin. (2011, diciembre), p.2.

Entre los más importantes, en primer lugar, Waterman señala que los sistemas de cable integrados son más propensos a transmitir sus señales afiliadas que las no afiliadas. Por ejemplo, a finales de los años 1980, la empresa Viacom transportaba en su sistema de red con mayor frecuencia la señal premium de Showtime que otras señales. Showtime, en aquella época, era de propiedad de Viacom.²⁰⁹

En segundo lugar, otro punto clave que al que el autor se refiere es que los sistemas de cable integrados tienden a excluir o desfavorecer las redes de la competencia. Por ejemplo, durante el 2004, Time Warner si bien transportó en su red de forma equitativa tanto a su contenido integrado, Cartoon Network, como al contenido rival, Toon Disney, la diferencia radicaba en que Cartoon Network fue puesta en una señal básica, y, en cambio, Toon Disney estaba en una señal digital con cargos extras, por lo tanto, había que pagar más para acceder a ese contenido.²¹⁰

Finalmente, en tercer lugar, Waterman sostiene que estos efectos verticales disminuirían si hubiera competencia en el mercado, tal y como pasaría en el caso de los ISP y los proveedores de contenido de internet.²¹¹

De estas características de los sistemas verticalmente integrados de televisión por cable, David Waterman desarrolla dos puntos que tendrían en común los ISP y los proveedores de sistemas de televisión por cable. Estos pondrían en evidencia que estos efectos verticales recientemente señalados, y que también existen en los ISP, se dan justamente porque ambos sistemas tienen la misma lógica y la misma estructura económica y tecnológica, por lo cual la aplicación de la lógica de la neutralidad de red en la televisión por cable sería totalmente pertinente.

La primera similitud radica en que tanto los proveedores de televisión por cable como los ISP pueden ser potenciales “cuellos de botella”, en cuanto hay pocas alternativas de ISP o

²⁰⁹ Waterman, David & Choi, Sujin. (2011, diciembre), p.9.

²¹⁰ Chen, D., & Waterman, D. (2007). *Vertical ownership, program network carriage and tier positioning in cable television: An empirical study*. Review of Industrial Organization, 30(3), p.227-251.

²¹¹ Waterman, David & Choi, Sujin. (2011, diciembre), p.10.

de proveedores de cable disponibles en el mercado para los proveedores de contenido que buscan vender su producto, lo cual aumentaría el riesgo de discriminación de contenidos. Por ejemplo, en la televisión por cable, casi el 96% de los suscriptores estadounidenses están concentrados en un número limitado de empresas.²¹²

Luego, la otra gran similitud es que las cuotas de mercado de los más grandes ISP y proveedores de tv cable son significantes. Traducido esto en cifras, en el mercado de la televisión por cable, por ejemplo, en el año 2016 Comcast tenía un 22% de cuota de mercado, y DIRECTV (AT&T) un 26%.²¹³ En cuanto a los ISP, en el año 2014, AT&T tenía una cuota de 31,2% y Verizon un 33,7% de los suscriptores a internet inalámbrico, logrando ambas compañías más de un 64% de la cuota de mercado en Estados Unidos.²¹⁴ El problema de esto último es que los proveedores de contenido funcionan con economías de escala en virtud de la cantidad de suscriptores que pueden acceder a sus contenidos. Este tipo de economía hace que si un proveedor de televisión por cable o ISP, excluye a un agente proveedor de contenido, esto podría hacer que sus costos medios de producción de programación se eleven, lo cual limitaría su capacidad para invertir en programación nueva y de calidad.²¹⁵

Por lo tanto, de los efectos verticales en los sistemas integrados de televisión por cable, y de la similitud de los mercados en que estos últimos y los ISP participan, Waterman señala a modo de síntesis que *“a pesar de que existen diferencias en las arquitecturas económicas en las redes de cable y de Internet, los ISP integrados tienen, en circunstancias reales, incentivos económicos similares para favorecer los servicios de contenidos integrados verticalmente, y restringir la entrada de nuevos servicios de contenidos rivales”*.²¹⁶ Por lo tanto, el análisis de la neutralidad de red no solo debería limitarse a internet, sino que también es interesante

²¹² Waterman, David & Choi, Sujin. (2011, diciembre), p.12.

²¹³ *Where Do Comcast And Dish Stand In The Pay TV Market?*[en línea]. (2016, 22 de agosto). Forbes. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2016/08/22/where-do-comcast-and-dish-stand-in-the-pay-tv-market/#5a430a50a213>

²¹⁴ Nicole (2014, 21 de agosto) *The AT&T/Verizon Market Share Duopoly* [en línea]. The Simple Dollar. Disponible en: <https://www.thesimpledollar.com/verizon/>. Estos datos son a modo ilustrativo de la gran cuota de mercado que tienen los más grandes ISP en el mercado, dado que, actualmente, el primer lugar lo ocupa Century Link, desplazando a AT&T y Verizon al segundo y tercer lugar respectivamente. Información en <https://www.verticalsystems.com/2018/08/22/mid-2018-us-ethernet-leaderboard/>

²¹⁵ Waterman, David & Choi, Sujin. (2011, diciembre), p.13.

²¹⁶ Waterman, David & Choi, Sujin. (2011, diciembre), p.27.

aplicar la misma lógica a la televisión por cable, por las similitudes en las características del mercado, y los incentivos de los agentes que compiten en él.

El punto es que el acuerdo AT&T/Time Warner es uno que abarca tanto a los servicios de internet como a los de televisión por cable, dado que AT&T no solo es un ISP, sino que también es proveedor de servicios de televisión por cable, como por ejemplo en América Latina a través de DirecTV. En definitiva, la integración entre el ISP AT&T y el proveedor de contenidos Time Warner podría generar, en virtud de lo señalado por David Waterman, un escenario riesgoso para la diversidad de contenidos (y así el pluralismo informativo) y para la libre competencia tanto en el mercado de la televisión de pago como en internet, más aun teniendo en cuenta que la empresa resultante del acuerdo será una de las más grandes a nivel internacional en relación a las telecomunicaciones y tráfico de contenidos e información. Por lo tanto, la autoridad antitrust de EEUU -lo que se aplica también a los tribunales competentes- debiese ser aún más cuidadosa a la hora de analizar esta operación de concentración y aprobarla o no, en definitiva.²¹⁷

4- Problemas perspectiva pre Harvard / post “Post Chicago”

Ahora bien, más allá de los problemas de neutralidad de red ya vistos, si nos centramos exclusivamente en la estructura de la empresa resultante del Acuerdo en análisis, su alto poder de mercado en Estados Unidos en virtud de las cifras ya señaladas que se manejan en la Operación, y la alta concentración de poder económico que adquiriría la empresa resultante, ello no debiese pasar desapercibido para las voces que piden a la autoridad de libre competencia revisar este Acuerdo con mayor celo. Los riesgos ya señalados para la libertad de

²¹⁷ En Chile, la operación entre AT&T y Time Warner fue aprobada el 4 de septiembre del 2017. Sin embargo, se hizo con una serie de medidas de mitigación ofrecidas por las partes, en conformidad con el Decreto Ley 211. En efecto, la Fiscalía Nacional Económica identificó en esta operación de concentración vertical riesgos para la libre competencia, que se traducen en posibles “*estrategias de bloqueo de clientes (...), estrategia de traspaso de información sensible relativa a los costos y/o ingresos de los rivales, y estrategia de bloqueo (total o parcial) de insumos (...)*”. Estos riesgos detectados por la FNE dejan en evidencia lo señalado por el profesor Waterman, en sentido de que este tipo de operaciones verticales conllevan riesgos exclusivos y de discriminación de competidores. Ver resolución de aprobación de la FNE: <http://www.fne.gob.cl/2017/09/04/fne-aprueba-compra-de-time-warner-por-parte-de-att-sujeta-a-medidas-de-mitigacion/>. A su vez, en EEUU, en junio de 2018 el Acuerdo fue aprobado por el Juez Richard Leon, decisión que fue apelada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, argumentando que el Juez cometió errores teóricos de carácter económicos al analizar la compra por parte de AT&T de Time Warner. El recurso de apelación aún no ha sido resuelto, por lo tanto, el futuro de la Operación sigue en duda en EEUU.

expresión y la diversidad de contenidos pueden repercutir o traducirse, en principio, en una afectación a la libertad de expresión y así, en forma mediata, a la democracia. En efecto, tal y como el juez Brandeis lo sostenía, habría una conexión entre poder económico y democracia²¹⁸, y esa conexión se haría aún más visible si este poder económico está concentrado en el mercado de las telecomunicaciones, pudiendo un actor de esa industria con poder de mercado tener la capacidad real de discriminar contenidos y seleccionar la información que se quiera divulgar al público. En ese sentido, los profesores Ariel Ezcachi de la Universidad de Oxford y Maurice Stucke de la Tennessee College Law sostienen que los exponentes de la nueva Escuela de Brandeis, en relación a la libre competencia en los medios virtuales, defienden la idea de que las concentraciones de mercado no solo afectan en términos económicos a las personas, sino que también afectan al tipo de información que recibe, su privacidad, y en último término, la democracia.²¹⁹

En este punto es interesante señalar los problemas que actualmente está teniendo una empresa y medio de comunicación social tan grande e importante como es Facebook respecto a la divulgación de información políticamente relevante en su plataforma. Actualmente, hay un gran debate sobre el rol de las redes sociales en la política, sobre todo tras el triunfo de Donald J. Trump en las elecciones presidenciales del año 2016, y el rol de Facebook en estos resultados.²²⁰ Se dice, como lo señala el diario *The New Yorker*, que la elección de Trump como presidente de EEUU se debió al abundante flujo y divulgación en Facebook de información falsa que favorecía al candidato Republicano.²²¹ De hecho, ya se ha desarrollado todo un mercado de noticias falsas, en el cual grupos económicos, políticos, sociales o comerciales pagan a ciertas personas para que estas divulguen información y contenidos falsos en las plataformas, sobre todo en Facebook.²²² Paul Horner es una de estas personas, llamadas

²¹⁸ Ver en general Brandeis, Louis D. (1934).

²¹⁹ Ezcachi, Ariel y Stucke, Maurice (2017). *The fight over antitrust's soul*. Journal of European Competition Law & Practice, Volume 9.

²²⁰ Isaac, Mike. (2016, 12 de noviembre). *Facebook, in Cross Hairs After Election, Is Said to Question Its Influence* [en línea]. The New York Times. Disponible en <http://www.nytimes.com/2016/11/14/technology/facebook-is-said-to-question-its-influence-in-election.html>

²²¹ Heller, Nathan. (2016, 18 de noviembre). *The Failure of Facebook Democracy*. The New Yorker. Disponible en <http://www.newyorker.com/culture/cultural-comment/the-failure-of-facebook-democracy>

²²² Ver Ohlheiser, Abby (2016, 18 de noviembre). *This is how Facebook's fake-news writers make money*. The Washington Post. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/11/18/this-is-how-the-internets-fake-news-writers-make-money/?tid=a_inl&utm_term=.c2f58664e899

“empresarios de noticias falsas” en Facebook, y señaló, en una entrevista en el diario *The Washington Post*, que Donald Trump ganó la elección presidencial en parte gracias a él, por su rol en las redes sociales.²²³

La difusión de noticias falsas no solo se debe a este “mercado de noticias falsas”, que responde más bien a incentivos económicos, sino que también puede haber incentivos políticos detrás de aquello. En efecto, luego de diversas investigaciones, ha quedado en evidencia que Rusia, a través de publicidad en Facebook, pudo haber tenido injerencia en los resultados electorales que dieron por ganador a Donald Trump.²²⁴

Este caso de Facebook demuestra la importancia de los medios de comunicación social, tanto los tradicionales como los digitales, en la formación de opinión en los ciudadanos, y, de forma indirecta, en la democracia. Por ejemplo, Facebook señaló que el país euroasiático gastó más de \$100.000 dólares en publicidad política, la cual, en su gran mayoría, buscaba dividir a los ciudadanos, dañar la imagen de Hillary Clinton y favorecer a Donald Trump.²²⁵ Asimismo, la red social también señaló que cerca de 126 millones de estadounidenses pudieron haber sido expuestos al contenido generado por los hackers rusos, lo cual deja en evidencia lo importante que puede ser la mala utilización de un medio de comunicación respecto a la información que él divulga al público.²²⁶ Más adelante se volverá a tratar más detalladamente el caso de Facebook y otras redes sociales respecto a la información falsa que circula en ellas y al rol que podría haber a la libre competencia en la materia.

²²³ Dewey, Caitlin (2016, 17 de noviembre). *Facebook fake-news writer: 'I think Donald Trump is in the White House because of me'*. The Washington Post. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/11/17/facebook-fake-news-writer-i-think-donald-trump-is-in-the-white-house-because-of-me/?tid=sm_tw&utm_term=.7e86f171a905

²²⁴ *Following the Links From Russian Hackers to the U.S. Election* (2017, 6 de enero). The New York Times. Ver en: <https://www.nytimes.com/interactive/2016/07/27/us/politics/trail-of-dnc-emails-russian-hacking.html?rref=collection%2Fnewseventcollection%2Frussian-election-hacking>

²²⁵ Shane, Scott & Goel, Vinu. (2017, 6 de septiembre). *Fake Russian Facebook Accounts Bought \$100,000 in Political Ads*. The New York Times. Ver en: <https://www.nytimes.com/2017/09/06/technology/facebook-russian-political-ads.html>

²²⁶ Byers, Dylan (2017, 31 de octubre). *126 millones de usuarios de Facebook recibieron contenidos de páginas relacionadas con Rusia*. CNN. Disponible en: <http://cnnespanol.cnn.com/2017/10/31/126-millones-usuarios-de-facebook-recibieron-contenido-de-paginas-relacionadas-con-rusia/>

Respecto de los medios de comunicación y la información que en ellos circula, Lina Khan y Zephyr Teachout señalan que una de las formas en que el poder puede ser ejercido por las grandes concentraciones económicas para afectar a la actividad política es justamente a través de la información.²²⁷ Así ha quedado en evidencia en el caso Facebook antes descrito. En efecto, el poder político de las grandes empresas puede ser ejercido “creando y difundiendo información”²²⁸, información que podría servir para favorecer un contexto de desregulación del mercado, dirigir e influir en la opinión pública para condicionar el contenido de las leyes, o bien, para favorecer mensajes de cierto sector político. Por ejemplo, las cuatro empresas de telecomunicaciones más grandes en EEUU, AT&T, Verizon, Sprint y T-Mobile, desembolsaron alrededor de \$37 millones en 2013 haciendo lobby en la FCC para presionar respecto a ciertos asuntos políticos relacionados con ellas. Asimismo, estas mismas empresas “gastaron casi el doble en campañas de influencia, pagando a universidades, comités de expertos y a empresas de relaciones públicas”.²²⁹ En definitiva, “en un momento dado, sobre cualquier tema, el conjunto total de información disponible se forma, en gran medida, por las corporaciones que buscan avanzar en políticas favorables. De esta manera, las empresas desempeñan el papel de actor político”.²³⁰

Este es el punto fundamental de la importancia que representa para la sociedad que dos grandes empresas relacionadas a los medios de comunicación y los mercados de las telecomunicaciones se integren verticalmente, pudiendo afectar la diversidad de contenidos y la libertad de expresión. Tim Wu dice que “el flujo de información define los tenores básicos de nuestros tiempos, el ambiente en el cual las cosas pasan, y, en último término, el carácter de una sociedad.”²³¹ En ese sentido, Wu señala que “cómo y qué piensas depende de la información a la cual estamos expuestos. (...) ¿De dónde vienen tus aspiraciones, tus deseos

²²⁷ Teachout, Zephyr & Khan, Lina. (2014), p.39.

²²⁸ Teachout, Zephyr & Khan, Lina. (2014), p.46.

²²⁹ Holmes, Allan. (2014). *The Wireless Wars*. Visto en Teachout, Teachout, Zephyr & Khan, Lina. (2014), p.47

²³⁰ Teachout, Zephyr & Khan, Lina. (2014), p.49. Texto original: “(...) at any given moment on any given topic the total set of available information is shaped, in increasing part, by corporations looking to advance favorable policy.39 In this way, companies play the role of political actor”

²³¹ Wu, Tim. (2010), p.12 Texto original: “(...) the flow of information defines the basic tenor of our times, the ambience in which things happen, and, ultimately, the character of a society.”

de una buena vida? Todo eso es producto del ambiente informativo".²³² Controlar el flujo y el contenido informativo que circula en la sociedad a través de la red, ya sea en la televisión, o en internet, podría ayudar a dirigir a la sociedad, dado que esta, sus deseos, sus aspiraciones, sus miedos, y, en definitiva, sus opiniones, son el resultado de un determinado contexto informativo al cual está expuesta. Es el flujo informativo el cual nos moldea, nos determina como seres humanos y como sociedad. Llevando el argumento a su límite, lo que queremos y deseamos en nuestras vidas es lo que los controladores de la información quieren que queramos y deseemos.²³³ La experiencia de Facebook que antes se ha relatado y el hecho de que habría influido realmente en los resultados de la última elección presidencial de los EEUU revela que lo anterior no es ciencia ficción.

El punto esencial al cual se refieren implícitamente todas las voces críticas del acuerdo de AT&T con Time Warner es que las industrias de la información son industrias que no pueden ser tratadas como cualquier otra, dado que *"por su estructura, éstas determinan quien puede ser oído"*.²³⁴ Por lo tanto, los aspectos no económicos involucrados en el análisis de operaciones de concentración en empresas relacionadas a los medios de comunicación son elementos que deben ser tenidos en cuenta.

Resumiendo todo lo señalado hasta ahora sobre la integración vertical entre AT&T y Time Warner, los aspectos de neutralidad de red que están en riesgo con una fusión entre un ISP y un proveedor de contenido pondrían a su vez en riesgo la libre competencia, la diversidad de contenidos, el pluralismo informativo y, en último término, la libertad de expresión. Ahora bien, la discriminación de ciertos contenidos se volvería aún más problemática dado que la empresa resultante del Acuerdo sería una con alto poder de mercado, y gran cobertura no solo en EE.UU., sino que en toda América. Por lo tanto, cualquier conducta contraria a la libertad de expresión y la diversidad de contenidos afectaría a gran

²³² Wu, Tim. (2010), p.13 Texto original: *"how and what you think depends on what information you are exposed to. (...) And where do your aspirations, your dreams of good living, come from? All of these are products of the information environment"*.

²³³ El otrora ministro nazi del régimen de Hitler, Joseph Goebbels, en 1933 señalaba, en relación a la actividad radial, que "es necesario centralizar todas las actividades radiofónicas".²³³ De esta manera, se podía controlar a la población, según el antiguo ministro de propaganda del III Reich alemán. Visto en Goebbels, Joseph (1938). *Der Rundfunk als achte Grossmacht*, p.197-207.

²³⁴ Wu, Tim. (2010), p.13. Texto original: *"(...) for their structure determines who gets heard."*

cantidad de usuarios y proveedores de contenido. Asimismo, en virtud de este gran poder económico de la empresa resultante, esta podría influir en el poder político a través de la divulgación de cierto tipo de información consistente con sus propios incentivos privados, y bloqueando otros que políticamente no le sería conveniente exponer al público. Todo esto podría afectar al usuario final y a la sociedad en su conjunto, dado que estaría expuesta a contenido especialmente seleccionado para su difusión, con una predisposición de la red y del ISP a mostrar cierto tipo de mensaje, y censurar la información que sea contraria a sus intereses, ya sean políticos o económicos. Todo esto, como señalaba el juez Brandeis en el fallo *Whitney v. California*,²³⁵ afecta a la democracia dado que el usuario final, en términos de información, solo accedería a lo que los grandes grupos económicos quieren, y no tendría todos “los naipes sobre la mesa” para decidir mejor dentro del juego que representa la política y la democracia. En este punto adquiere sentido lo señalado por Donald Trump, independientemente de la valoración que se tenga sobre su calidad como presidente, cuando, al referirse a esta operación señala que ella “puede destruir a la democracia.”²³⁶

En definitiva, un acuerdo como el de AT&T y Time Warner debiese ser visto con recelo y mucha precaución, por el escenario de riesgos que provocaría no sólo en el ámbito de libre competencia, sino que también en el flujo informativo. El desafío para las autoridades de libre competencia de EE.UU. sería analizar el Acuerdo no solo bajo criterios económicos, sino que también tomando en consideración valores tan importante para la democracia como los ya señalados. En ese sentido, lo que piden las nuevas voces no es rechazar *de facto* el Acuerdo, sino que analizarlo, considerando todas las consecuencias e implicancias que dicha operación pudiese tener, tanto económicas como políticas, y valorarla en su completo mérito.

Ahora bien, este interesante escenario que nos propone el caso AT&T/Time Warner nos abre la posibilidad de ampliar el análisis a otros medios de comunicación social, en especial a los no tradicionales que han surgido con la revolución de la información e internet de las últimas décadas. En efecto, las consecuencias en la libertad de expresión, en la

²³⁵ 274 U.S. 357 (1927)

²³⁶ *La fusión entre AT&T y Time Warner desata las alarmas antimonopolio en EEUU.* (2016, 13 de octubre). Expansión. Disponible en: <http://www.expansion.com/empresas/tecnologia/2016/10/23/580cf9c0e5fdea133f8b4588.html>.

diversidad de contenido, y en último término, en la democracia, que podría suponer una alta concentración de mercado en un solo agente competitivo, o en un número de competidores cuyos incentivos coincidan, también puede ser interesante de ser analizado en relación con un nuevo medio de comunicación social que en la última década ha cobrado gran relevancia para la vida cotidiana de millones las personas: las redes sociales.

CAPITULO IV: Concentración de mercado y libertad de expresión: el caso de las redes sociales

La era digital en la que vivimos actualmente ha roto un paradigma que las antiguas generaciones veían como una condición *sine qua non* a todo tipo de emprendimiento e innovación: el capital a gran escala. Si bien el dinero sigue siendo un elemento central para todo emprendimiento, hoy en día la plataforma online permite que, con un pequeño capital, se pueda desarrollar un proyecto en internet, y si este logra cautivar al consumidor de contenidos en la red, se puede masificar en ella con alguna rapidez. Además, en países como Estados Unidos, para pioneros en la innovación tecnológica, el acceso al capital es mucho más fácil en relación con otros países. Por ejemplo, el diario *The Economist* nos habla de los *bussiness angels*, que son entidades privadas que ponen a disposición de los emprendedores y agentes innovadores capital fresco para iniciar sus actividades, y así ayudar a que surjan invirtiendo en ellos.²³⁷

Esto ha permitido que en los últimos años se vea un sinnúmero de nuevas iniciativas relacionadas con internet y las redes sociales, las cuales nacen generalmente de ideas de jóvenes estudiantes que, gracias a la red y a la rápida difusión de ideas y contenido que esta permite, se expanden de tal manera que en poco tiempo se hacen muy reconocidas en el mundo de la red digital. El caso paradigmático de este fenómeno es el nacimiento de Facebook, o “The Facebook” en un principio. Este proyecto partió siendo un sitio para estudiantes de la Universidad de Harvard, en Estados Unidos, como una forma de que la comunidad universitaria se comunicara de forma fluida y casi instantánea y que pudieran compartir información relativa a sus vidas y el quehacer universitario. Fue tal su nivel de éxito a nivel universitario, que gracias a la inversión del empresario Peter Thiel, la compañía se expandió de tal manera que terminó no solo abarcando a jóvenes universitarios, sino que a

²³⁷ *Giving ideas wings.* (2016, 14 de septiembre). *The Economist*. Disponible en: <http://www.economist.com/node/7905466>

todo tipo de público.²³⁸ Su apuesta no fue en vano, dado que Facebook tuvo tanto éxito a nivel mundial, que hoy en día representa la red social más utilizada en el mundo, con más de 1.590 millones de usuarios en todo el mundo.²³⁹ A nivel comercial también ha sido un éxito la empresa Facebook, que representa un 40% de la cuota en el mercado de las redes sociales, con una valuación de \$300 mil millones de dólares.²⁴⁰ Respecto a su uso, en Estados Unidos un usuario en promedio gasta una hora entera de su día en Facebook, y al menos 40% de los estadounidenses se informan de al menos una noticia importante del día a través de Facebook.²⁴¹ Datos que innegablemente demuestran la importancia actual de la red social creada por Mark Zuckerberg.

Estos números no solo se dan en Facebook. Otras empresas privadas del ámbito de las redes sociales y de internet también ejercen gran influencia en el mundo. Por ejemplo, Amazon se ha convertido en el líder en la venta de libros a través de Internet, con un 40% de las ventas de libros en el mundo. Su cuota de mercado en este rubro es impresionante y sigue subiendo cada día, estimándose que por cada dólar que gaste un habitante de EE. UU. en una plataforma online, cerca de 50 centavos será gastado en Amazon, lo cual hace que la empresa tenga una valuación de mercado de cerca de \$300 mil millones de dólares.²⁴²

Estas estadísticas se replican en mayor o menor medida en empresas tales como Google²⁴³, Whatsapp²⁴⁴, Twitter²⁴⁵ o YouTube.²⁴⁶ Todas estas tienen en común que tienen un

²³⁸ Así nació Facebook. (2014, 2 de marzo). Dinero. Disponible en: <http://www.dinero.com/empresas/articulo/historia-facebook/191487>

²³⁹ Información extraída del portal de estadísticas Statista. Información disponible en <https://www.statista.com/topics/751/facebook/>

²⁴⁰ Strauss, Steven. (2016, 30 de junio). *Is it time to break up the big tech companies?* Revista Los Angeles Times Latimes.

²⁴¹ Strauss, Steven. (2016, 30 de junio).

²⁴² Strauss, Steven. (2016, 30 de junio).

²⁴³ El valor de mercado de Google en el inicio del año 2016 corresponde a 420.000 millones de dólares, lo cual hace que sea la empresa con mayor valor mercantil del mundo. Ver más en *Google Supera a Apple y ya es la empresa con mayor valor en el mundo*, disponible en: <http://www.elmundo.es/economia/2016/01/22/56a27424268e3e736f8b4638.html>

²⁴⁴ Un ejemplo del valor de Whatsapp se da en el monto pagado por Facebook para su adquisición, valor que rodea los 20.000 millones de dólares. Ver más en *5 preguntas sobre la compra de Whatsapp*, disponible en <http://www.forbes.com.mx/5-preguntas-sobre-la-compra-de-whatsapp/#gs.TM5L7JQ>

²⁴⁵ Twitter llegó a valer 53.000 millones de dólares en el año 2013. Actualmente en 2016 la empresa tiene un valor bursátil de 12.150 millones de dólares. Ver más en *Twitter pierde la cuarta parte de su valor en dos jornadas*, disponible en http://economia.elpais.com/economia/2016/10/10/actualidad/1476119538_403719.html

grado de penetración social suficientemente alto como para influir en el quehacer diario de toda persona que se relaciona de alguna forma con internet y las redes sociales. En Chile, por ejemplo, el 97,1% de las personas que utiliza internet es usuario de una red social, lo que representa un nivel de penetración dentro de los 10 más altos del mundo, ranking liderado por México con un 98,2%.²⁴⁷

Más allá de estos datos expuestos, que demuestran la importancia de las redes sociales hoy en día, es importante analizar qué se entiende por red social para efectos del análisis que interesa en el presente trabajo, a saber, la posible relación entre libre competencia y libertad de expresión. A partir de la definición que se dé a una red social, será posible identificar qué servicios son redes sociales y cuáles no, para así determinar su mercado relevante, sus características y sus posibles sustitutos eficientes.

1- El concepto de red social

Hoy, una persona que no haga uso de una red social es una persona que en cierta forma está excluida de la sociedad. Las relaciones sociales entre las personas han adoptado una nueva forma, *“un nuevo campo donde generarse, regenerarse, crecer, transformarse”*.²⁴⁸ En ese sentido, *“se trata de una transformación en los procesos de producción y recepción de informaciones”*.²⁴⁹ Es así que podemos definir a la red social como *“servicios basados en la web que permiten a sus usuarios relacionarse, compartir información, coordinar acciones y en general, mantenerse en contacto. Estas aplicaciones son la nueva forma en la que se representa nuestra red social, pero también son el modo en el que se construye nuestra*

²⁴⁶ Según The Wall Street Journal, si YouTube cotizara por separado de Google (esta última adquirió YouTube este año por más de 1300 millones de dólares), podría llegar a valer 100.000 millones de dólares. Ver más en *El crecimiento explosivo de YouTube: valer el doble que Netflix*, disponible en <http://www.estrategiaynegocios.net/lasclavesdeldia/916559-330/el-crecimiento-explosivo-de-youtube-vale-el-doble-que-netflix>

²⁴⁷ Datos entregados por empresa Comscore, compañía de investigación de marketing. Consultado 27 agosto: <http://www.comscore.com/esl/Insights/Presentations-and-Whitepapers/2014/The-State-of-Social-Media-in-Mexico-and-the-Metrics-that-Really-Matter>

²⁴⁸ Bernete, Francisco. (2009). *Usos de las TIC, relaciones sociales y cambios en la socialización de las y los jóvenes*. Juventud y nuevos medios de comunicación, Revista De Estudios de Juventud, p.97.

²⁴⁹ Bernete, Francisco. (2009), p.97.

identidad on-line".²⁵⁰ Una de las características más distintivas de las redes sociales online, a diferencia de las antiguas formas de socializar, es "la posibilidad de interactuar con otras personas aunque no las conozcamos, el sistema es abierto y se va construyendo obviamente con lo que cada suscripto a la red aporta."²⁵¹ En definitiva, "las redes sociales en línea nos permiten conocer y eventualmente acceder a los contactos de nuestros amigos, así como descubrir a personas con intereses, objetivos o gustos afines".²⁵²

2- Avisos e información en redes sociales: el flujo de contenidos

Las redes sociales no solo son una plataforma para comunicarnos, sino que también permiten un gran flujo de información y contenido audiovisual que nosotros, en tanto usuarios, vamos seleccionando para ser receptores de él, o bien para divulgarlo hacia otras personas. En efecto, las redes sociales "funcionan a modo de sistema de filtro y de alerta en la medida en que permiten un ajuste del flujo de información que recibimos en función de nuestros intereses y de los intereses de aquellos en quienes confiamos".²⁵³ En este punto es muy importante el rol que cumple la publicidad en las redes sociales. Los avisadores, ya sean empresas comerciales, u organizaciones sociales, buscan que su mensaje llegue al público a través de las redes. En ellas, generalmente, hay espacio para "avisos", el cual es usado por los agentes avisadores que pagan a la red social para que su mensaje llegue al usuario.²⁵⁴ Por ejemplo, los ingresos de Facebook por publicidad durante el año 2016 llegaron a 6.240 millones de dólares, siendo una de sus actividades más lucrativas.²⁵⁵ Por ello se suele señalar que las redes sociales corresponden a mercados de dos o más lados, como se verá *infra*.

La información, contenidos y publicidad no están disponibles aleatoriamente en las redes sociales, sino que están ordenados según las preferencias del usuario. Por ejemplo,

²⁵⁰ Orihuela, José Luis. (2008). *Internet: la hora de las redes sociales*. Nueva revista, vol. 118.

²⁵¹ Zamora, Marcelo. (2006). *Redes Sociales en Internet*. Maestros del web.

²⁵² Orihuela, José Luis. (2008).

²⁵³ Orihuela, José Luis. (2008).

²⁵⁴ De Salas Nestares, María Isabel. (2010). *La publicidad en las redes sociales: de lo invasivo a lo consentido*. Icono14, 2010, vol. 8, no 1, p. 80.

²⁵⁵ El beneficio y los ingresos de Facebook se disparan en el tercer trimestre. (2016, 2 de noviembre). *Expansión*. Disponible en <http://www.expansion.com/economia-digital/2016/11/02/581a4ec9e5fdea11488b468e.html>

Facebook tiene un algoritmo que hace que el usuario, en su “*News Feed*”²⁵⁶, vea más información y contenido de sus amigos y familiares en primer lugar, y luego información de carácter general (avisos). Estos avisos de carácter general, típicamente publicidad comercial o política, están igualmente relacionados a las preferencias del usuario, las cuales Facebook recopila de su actividad en la red social, por la vía de analizar los datos que a lo largo del tiempo el usuario genera y sus regularidades.²⁵⁷ Por ello es que se afirma que ésta es una industria que gira en torno al *big data*.²⁵⁸ En otras palabras, es la propia actividad del usuario la que determina el tipo de contenido que la plataforma le ofrecerá. A su vez, Google trabaja con el “*behavioral targeting*”, que consiste en una técnica de selección de los avisos y la publicidad que hará llegar al usuario en virtud de su conducta de navegación, lo cual operaría en principio de forma similar a Facebook.²⁵⁹ Esta forma de emisión de información y contenidos es una forma de “apuntar” a cierto tipo de usuario con cierto tipo de avisos e información, dado que no toda información es idónea para todo tipo de público. La ventaja respecto a otros medios donde se muestra publicidad de forma masiva, tales como la televisión y los diarios, es que en internet, gracias a diferentes algoritmos, la plataforma es capaz de captar a través de la información que compartimos y buscamos, nuestros gustos y preferencias, y así determina cuál tipo de publicidad y avisos serían más cercanos a nosotros en base a

²⁵⁶ Sección de la red social en la cual el usuario puede ver información de todos los contactos o “perfiles” a los cuales tiene acceso, y también a la publicidad y avisos que la red social le propone.

²⁵⁷ En definitiva, Facebook no propone al usuario publicidad estándar, sino que hace un análisis de qué páginas o empresas el usuario sigue o visita, para luego proponer publicidad y avisos que estén relacionados con ellas. Para ver más sobre el algoritmo, ver: <http://newsroom.fb.com/news/2016/02/news-feed-fyi-using-qualitative-feedback-to-show-relevant-stories/>

²⁵⁸ *Big data* es un término que se empezó a utilizar frecuentemente con el surgimiento y expansión de internet en el mundo. En efecto, los usuarios al navegar por internet van entregando datos, ya sea de sus preferencias, gustos, u opiniones sobre diversos temas, en las diferentes plataformas en línea que usan (por ejemplo, al buscar en Amazon algún producto, o al contestar alguna encuesta, etc..). Es así que al hablar de *big data* se hace referencia a la gran cantidad de datos que los proveedores de plataformas en línea logran recopilar de los usuarios que las utilizan. El punto es que estos datos, generalmente, son luego comercializados por estas plataformas, obteniendo utilidades. Eso explica que generalmente, el acceso a plataformas online para aprovecharse de sus contenidos sea gratuito en términos económicos directos, dado que las ganancias de la plataforma vendrían dadas por la posterior utilización y comercialización de estos datos, ya sea para fines publicitarios, comerciales, etc.... Actualmente hay un debate sobre las implicancias en la libre competencia del big data, habiendo por un lado autores que proponen su regulación desde la libre competencia, para evitar algunos riesgos, como la afectación de la privacidad de las personas, o la creación de barreras de entrada a nuevos competidores por los efectos de red que pueden generar grandes empresas que manejan gran cantidad de datos. Por otro lado, hay quienes señalan que no se debiese regular el *big data* desde la libre competencia, dado que él permite mayor innovación, competencia y calidad del servicio en el mercado, y trae beneficios económicos para todas las plataformas en línea.

Ver más en Sokol, Daniel & Comerford, Roisin. (2016). *Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?* Intellectual Property and High Tech, Roger D. Blair & D. Daniel Sokol editors, Cambridge University Press, Forthcoming.

²⁵⁹ De Salas Nestares, María Isabel. (2010), p.81

nuestro perfil de usuario.²⁶⁰ En la televisión y en los diarios físicos esto no es posible dado que el destinatario de la publicidad es un público masivo y no conocido uno a uno, y sin posibilidad alguna de conocer en términos más particulares para ir discriminando la información entregada. Por lo tanto, el *big data* es un gran activo con el que cuentan las redes sociales, y que generalmente se comercializa.

Ahora bien, cabe hacer una distinción respecto de los avisos a los cuales accede el usuario al utilizar una red social. En ellas, sobre todo en Facebook, es posible ver por un lado avisos publicitarios que nos aparecen “sin buscarlos”, es decir, que aparecen por la sola utilización de la red social (generalmente en el “inicio” de la aplicación) y otros que aparecen previa búsqueda del usuario (conocido como “Fanpage”²⁶¹ en Facebook, por ejemplo). La Comisión Europea en los casos *Facebook/Whatsapp* y *Microsoft/Yahoo! Search Business*²⁶² desarrolló los conceptos de “*search*” y “*non-search advertising*”.²⁶³ El *non search advertising* dice relación con la información y avisos que aparecen sin que el usuario utilice el buscador para acceder al contenido publicitario. En otras palabras, el usuario no busca ser destinatario de la información, sino que es un sujeto pasivo que recibe el aviso por el solo hecho de utilizar la red social. En cambio, el concepto de *search advertising* se relaciona más con la propia voluntad del usuario de acceder a ciertos contenidos, buscándolos y abriendo espacio en su perfil de red social para que, mediante él, la entidad buscada le haga llegar publicidad.

La Comisión Europea concluye que estos dos tipos de avisos publicitarios responden a dos diferentes propósitos y objetivos. La publicidad buscada es más para un público predispuesto a ser receptor de la información dado que él mismo acepta ser destinatario del contenido que se quiere entregar. Por lo tanto, el aviso “buscado” no tiene como propósito apuntar hacia todo usuario de la red social, no busca tanto la masividad ni la captación de

²⁶⁰ Ver supra cita sobre algoritmos de redes sociales, en especial Facebook.

²⁶¹ Un “Fanpage” es un espacio creado por un usuario para dar a conocer algún tipo de información o mensaje sobre algún tema en específico (alguna marca, un producto, algún artista o grupo musical, una causa o comunidad, o un personaje público, por ejemplo). A diferencia de los avisos que salen en el NewsFeed, la Fanpage es un espacio que, para acceder a él, el usuario debe buscarlo. Facebook, al momento de crear un Fanpage, señala al respecto que “[d]a a conocer tu marca, negocio o causa en Facebook y conéctalos con las personas que te importan.”. Extraído de <https://www.facebook.com/pages/create/>

²⁶² Comisión Europea (2010, 7 de febrero). Decisión M.5727/UE caso *Microsoft/ Yahoo! Search Business*, p.7

²⁶³ Comisión Europea (2014, 3 de octubre) Decisión M.7217/UE caso *Facebook/WhatsApp*.

nuevos destinatarios. En cambio, el aviso “non search” sí está enfocado a la masividad, a la captación, al convencimiento. Estos avisos, que aparecen en Facebook en la línea de “inicio” como “avisos”, tienen como objetivo que el usuario, al leerlos, se sienta atraído por el contenido del mensaje y en definitiva entre al perfil del emisor del aviso.²⁶⁴ En ese sentido, estos mensajes están destinados a todo usuario de la red social, y su característica más importante es la masividad de estos.

Este último punto es fundamental para la pregunta que nos hicimos al principio sobre cómo afectaría, si es que existe algún grado de afectación, una concentración de mercado en las redes sociales a la libertad de expresión y la democracia. Ello, dado que la red social, al ser un espacio de publicidad y de flujo de información relevante en términos políticos y sociales, representa un nexo directo entre el consumidor de información e ideas y desarrollares de avisos “no buscados”. El problema se presenta en el caso hipotético de que este nexo directo entre consumidor y avisador sea en un espacio predispuesto para cierto tipo de información, y reacio y hasta censurador de otro tipo de información, y que no haya disponibles otras plataformas populares en el mercado para que los avisadores puedan hacer llegar su mensaje al público (en el contexto, por ejemplo, en que Facebook tenga posición dominante en el tipo de servicios que entrega). Este punto se analizará más adelante.

En definitiva, para efectos del análisis que se propone, y de responder a las interrogantes que se han planteado, el análisis se centrará en las plataformas de comunicación y difusión de contenido de forma masiva donde el usuario se ve expuesto a avisos online no buscados, es decir, publicidad a la cual el usuario accede por la sola utilización de la plataforma. Sin embargo, no perderemos de vista el contenido buscado, dado que igualmente puede ejercer un rol importante en un caso hipotético de concentración de mercado.

Ahora bien, ya definido el concepto de red social y sus principales características, para poder analizar las consecuencias económicas, políticas y sociales que supondría una operación que otorgue gran cuota de mercado a un agente, tal y como sucede, por ejemplo, en la

²⁶⁴ Comisión Europea (2014, 3 de octubre) Decisión M.7217/UE caso *Facebook/WhatsApp*.

operación entre AT&T y Time Warner, es necesario delimitar el mercado relevante que servirá de referencia en el presente ensayo.

3- Mercado Relevante

Respecto a la definición conceptual del término mercado relevante, el Derecho de la Competencia de la Unión Europea nos señala que *“el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*.²⁶⁵ Es importante delimitar el mercado relevante de algún producto o servicio, dado que *“[l]a definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de estas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva.”*²⁶⁶ En efecto, el mercado relevante se analiza desde la perspectiva de dos elementos claves: el producto y el lugar geográfico en el cual este producto se comercializa. El análisis del producto se hace determinando si es intercambiable o sustituible con otros productos, en virtud de variables tales como precio, características o uso del bien.²⁶⁷

En referencia al análisis del producto en sí, y para hacer aún más preciso el razonamiento y ver los posibles sustitutos del bien bajo análisis, es importante diferenciar qué tipo de red social interesa para nuestro estudio, dado que si bien aplicaciones tales como Whatsapp, Instagram o Facebook son todas ellas catalogadas como redes sociales, en principio habría ciertas diferencias bastante importantes entre estas en cuanto a su uso. La Comisión Europea a la hora del análisis de la operación de concentración producida por la compra de Facebook a WhatsApp²⁶⁸, señaló que es posible reconocer que hay ciertas redes sociales que

²⁶⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997, p.6.

²⁶⁶ Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997, p.5

²⁶⁷ Chakravarthy, S. *Relevant market in Competition Case Analysis*, CUTS Institute for Regulation & Competition, p. 2-3.

²⁶⁸ Comisión Europea (2014, 3 de octubre). Decisión M.7217/UE caso *Facebook/WhatsApp*.

comparten entre sí características comunes, pero que, respecto a otras, no comparten las mismas características. Según la Comisión, por un lado, tenemos los llamados servicios de comunicación de los consumidores (*Consumer communications services*), y por otro los servicios de redes sociales (*Social networking services*).²⁶⁹ Los servicios de comunicación de consumidores son servicios de comunicación multimedia que permiten a las personas conectarse con sus amigos, familia y otros contactos en tiempo real. En este grupo podemos enmarcar aplicaciones tales como Viber, Whatsapp o Line. En cambio, los servicios de redes sociales son servicios que, además de presentar las características de los servicios de comunicación de los consumidores, permiten conectarse, compartir, comunicarse, expresarse e informarse a través de una plataforma más amplia y que ofrece una experiencia más completa en términos de comunicación social. Es así que en las redes sociales podemos compartir información con nuestros contactos, o también en ciertos casos con todo aquel que entre a nuestro perfil, sin importar si es nuestro contacto o no. Además, podemos acceder a todo tipo de información, contenidos, publicidad y propaganda que no está presente en un servicio de comunicación de los consumidores. Este último se caracteriza solamente por ser una plataforma de comunicación instantánea en tiempo real. En cambio, la red social es mucho más que eso. Una aplicación como WhatsApp solo está focalizada en la rápida y simple comunicación entre los usuarios, y no está diseñada para que se puedan crear perfiles, ni se pueda ingresar en la aplicación datos importantes del usuario tales como fecha de nacimiento, situación sentimental, fotos, trabajo, o el lugar donde el usuario vive, servicios que sí ofrece una red social como Facebook o Google+. Tampoco es posible “postear” información en una línea de tiempo durable a la que puedan acceder las personas, ya sea al mismo tiempo en que las personas comparten contenidos, o con posterioridad, ni tampoco se puede ver, por ahora, publicidad y avisos comerciales, los cuales sí están disponibles en las redes sociales, sin perjuicio de que en el futuro sí se pueda hacer.

Otro punto, que, si bien no es fundamental, sí demuestra cierta distinción entre ambos servicios y que también la Comisión Europea diferenció claramente, es la plataforma a través de la cual el servicio es ofrecido.²⁷⁰ Las aplicaciones de comunicación instantáneas, o servicios de comunicación de usuarios, en su mayoría se ofrecen a través de *smartphones* o

²⁶⁹ Comisión Europea (2014, 3 de octubre), p. 3-8.

²⁷⁰ Comisión Europea (2014, 3 de octubre), p. 10

celulares inteligentes, pudiendo obtenerse la aplicación a través de la respectiva “store”, ya sea en el sistema Android o iOS. Estas aplicaciones no tienen presencia en otro tipo de plataformas. Por ejemplo, WhatsApp o Viber solo tienen presencia en *smartphones*, pero no en tabletas o computadores, sin perjuicio de que existe la posibilidad de utilizar la versión “web” de Whatsapp en un computador, pero siempre y cuando se tenga un celular con la aplicación y que este esté conectado a la misma señal WiFi. En cambio, los servicios de redes sociales como Facebook o LinkedIn tienen presencia en todo tipo de plataformas. En ese sentido, no hay restricción en cuanto al acceso a la aplicación en relación con la plataforma que tiene disponible en un determinado momento el potencial usuario, siendo ello otro elemento fundamental a la hora de determinar los posibles sustitutos de los servicios de redes sociales.

En definitiva, para efectos de este ensayo y con el fin de responder a la pregunta propuesta, estos servicios no son sustituibles, dado que se podría considerar que forman parte de mercados distintos al tener características diferentes y responder a necesidades y requerimientos distintos. El producto sobre el cual se hará el análisis, para efectos de este ensayo, es el de las redes sociales, y no el de las aplicaciones de comunicación instantáneas.

4- Captación masiva de usuarios: la “gratuidad” de las redes sociales.

Un elemento central para que este fenómeno de las redes sociales haya tenido efecto y sea rentable para todas las partes es el hecho de que el acceso a la red social en sí, sin contar con el gasto básico de acceso a una red de internet, es gratis. Suscribirse a una red social, compartir información, datos, fotos o cualquier otra información es gratis en términos monetarios en casi el ciento por ciento de las aplicaciones, y es de fácil uso y de fácil obtención (basta una descarga en el “store”, o introducir un dominio web en el navegador del computador de escritorio). Es así como la cantidad de usuarios de redes sociales aumentó considerablemente, dado todos los beneficios gratis en términos monetarios que ofrece la red social, y los imperceptibles efectos negativos o costos por su utilización. Por lo tanto, en cuanto al precio del bien, no habría mayores costos de cambio de una red social a otra. En ese

sentido, las redes sociales de acceso gratuito son bienes totalmente sustituibles entre sí en atención al factor precio.

Sin embargo, y por eso se dice que son eventualmente imperceptibles para el usuario promedio, efectivamente sí hay costos por utilización de la red social, pero no son monetarios directamente, si no que dicen relación con la entrega de datos por parte de los usuarios, datos que son comercializados por las empresas. En efecto, el precio que el usuario paga por la utilización de las redes social no es dinero, sino que sus preferencias, hábitos, consultas en la red social, en definitiva, su identidad en tanto usuario.²⁷¹ Esta información, es decir, nuestra actividad en la red social, es demandada por las empresas que publicitan sus bienes y servicios a través de internet. A las empresas les interesa saber las necesidades y gustos de sus clientes, para así poder ofrecerles exactamente lo que les interesa. Hoy en día, en las relaciones comerciales y de publicidad, el consumidor ya no es mero receptor de los avisos, sino que forma parte activa del desarrollo y estrategias comerciales de estos, proporcionando datos claves a las empresas sobre sus necesidades e intereses.²⁷² Estos datos son el precio que pagamos al utilizar una red social, que, si bien no son monetarios, tienen gran valor para los agentes del otro lado del mercado, más aun teniendo en cuenta la forma en que operan los algoritmos en las redes sociales, con un sistema de exposición de información en base a las preferencias del usuario. Así, los datos, la privacidad, son el verdadero precio que se paga estos servicios.²⁷³ Este es el problema del *big data* ya señalado, donde no siempre se comercializa y utiliza la información de los usuarios para fines deseables.

En definitiva, en las redes sociales confluirían a lo menos tres intereses distintos, a saber, los usuarios que utilizan gratuitamente la red social, y por otro lado los avisadores y los adquirientes de datos de los usuarios, que, para poder utilizar la plataforma y acceder a los datos de los usuarios, deben pagar a la red social un costo monetario directo. Esto nos lleva a

²⁷¹ González, Susana. (2015, 26 de agosto). *Redes sociales, publicidad y datos. La aparente gratuidad de las redes sociales* [en línea]. Portal El Derecho. Disponible en http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/marketing_de_despachos/redes_sociales-gratuidad-susana_ruisanchez_11_853555002.html

²⁷² González, Susana. (2015, 26 de agosto).

²⁷³ Ver cita 253.

una de las características fundamentales en el funcionamiento del negocio de las redes sociales: son mercados de diversos lados.

5- *Las redes sociales, un mercado de diversos lados*

En la teoría clásica de estructura de mercado, un oferente, en cierto mercado, ofrece su producto, ya sea un bien o un servicio, a un determinado demandante, y el encuentro es casi instantáneo y casi sin intermediarios. Este típico caso es el de la venta de un producto por su fabricante a un consumidor en un mercado físico, como en una feria. Es una relación directa, donde interactúan las curvas de oferta y demanda de un bien, las cuales se cruzan en un punto, el cual se llama “equilibrio de mercado”. Es este punto el que determina el precio de equilibrio del bien en el mercado, y la cantidad de equilibrio que debe ser ofertada.²⁷⁴ Las variables que pueden influir en el desplazamiento de la curva de demanda (es decir, una mayor o menos demanda), son los gustos, las expectativas, o la renta de los consumidores.²⁷⁵ Por su parte, la oferta, es decir, la conducta de los vendedores, queda determinada por factores como los precios de los factores productivos, la tecnología empleada en la producción del bien, o las expectativas de los vendedores, entre otros.²⁷⁶

Esta estructura tradicional generalmente no se da en los mercados tecnológicos en línea. En las nuevas tecnologías, y más específicamente, en las redes sociales y servicios que ofrece internet, podemos ver cómo confluyen al menos dos intereses, donde uno depende del otro. Se trata así, de dos demandas entrecruzadas. Por un lado, encontramos a los demandantes de contenido y servicios, como son los usuarios y consumidores de internet y redes sociales, y, por otro lado, podemos ver a los agentes que publicitan contenidos, divulgan información y avisos de toda índole. Esta estructura, donde confluyen dos o más agentes, con demandas distintas pero interrelacionadas, en una sola plataforma constituye lo que la doctrina llama un mercado de dos o más lados. David S. Evans, profesor de la University of Chicago Law School, nos señala al respecto que “*muchos negocios en línea operan plataformas múltiples*

²⁷⁴ Mankiw, Gregory. (2012). *Principios de Economía*. Cengage Learning, p. 47.

²⁷⁵ Mankiw, Gregory. (2012), p. 43.

²⁷⁶ Mankiw, Gregory. (2012), p. 47.

lados que ayudan a diferentes tipos de participantes a reunirse y entrar en intercambios que aumentan sus valores”.²⁷⁷ En estos mercados, a diferencia de la interacción clásica en una estructura de mercado tradicional, es necesario que exista una plataforma que permita la interacción de dos o más grupos de agentes. Evans nos dice que se llaman mercado de múltiples lados porque permiten reunir a dos o más participantes en una plataforma, física o virtual, que posibilita que estos agentes interactúen en ella, donde cada lado de la plataforma está disponible para que los participantes la usen para conectarse.²⁷⁸

En los mercados de dos o más lados, la valoración de la plataforma por parte de los participantes depende directamente del valor que el otro agente le da: son mercados que están estructurados de tal forma que el valor de un lado del mercado depende del otro. Esto se conoce en términos económicos como los efectos indirectos de red (externalidades de red) que en este caso son “cruzados”, o efectos de retroalimentación.²⁷⁹ Una plataforma se vuelve más atractiva para un lado de mercado cuando en el otro hay más participantes, y viceversa. Jean-Charles Rochet y Jean Tirole señalan al respecto que “[m]uchos, sino la mayoría de los mercados con externalidades de red se caracterizan por la presencia de dos lados distintos cuyo beneficio final proviene de interactuar a través de una plataforma común.”²⁸⁰ Un claro ejemplo de este tipo de estructura de negocios son los diarios de circulación gratuita, tales como los que se reparten en las diferentes estaciones de Metro en la ciudad de Santiago. Por un lado, tenemos a los demandantes de diarios, es decir, a nosotros mismos en tanto lectores del periódico. Por otro lado, tenemos a los agentes que buscan publicitar sus bienes y servicios en las páginas del diario. Este ejemplo muestra claramente como un lado del mercado depende del otro: mientras más lectores tenga el diario, más agente publicitarios buscaran ofrecer sus productos a través de las páginas del periódico (plataforma). Es más, en este tipo de negocios a dos lados, es muy común ver que una parte del mercado ofrece servicios gratuitos, para captar

²⁷⁷ Evans, David S. (2016). *Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*. *Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, Coase- Sandor Working Paper Series in Law and Economics, No. 753, p.2. Texto original: “Many online businesses operate multi-sided platforms that help different types of participants get together and enter into value-increasing exchanges.”

²⁷⁸ Evans, David S. (2016), p.6.

²⁷⁹ Evans, David S. (2016), p.7.

²⁸⁰ Rochet, Jean-Charles & Tirole, Jean. (2003). *Platform competition in two-sided markets*. *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, no 4, p.1. Texto original: “More generally, many if not most markets with network externalities are characterized by the presence of two distinct sides whose ultimate benefit stems from interacting through a common platform.”

la mayor cantidad de oferentes y así el mercado se vuelva más atractivo para el agente del otro lado del mercado, atendidas las externalidades cruzadas de red que existen.

En el caso de las redes sociales, en ellas, en tanto plataformas, confluyen al menos dos agentes distintos: el usuario de la red social y el agente creador y difusor de contenido. En Facebook, por ejemplo, interactúan entre sí amigos, empresas, avisadores y desarrolladores de contenidos.²⁸¹ La masividad que han alcanzado las redes sociales con la cantidad de usuarios que las utilizan en todo el mundo las han vuelto un mercado que genera incentivos de entrar en él para los demandantes del otro lado de la plataforma, sobre todo para los agentes publicitarios, ya sean comerciales o políticos.²⁸²

Ahora bien, en este tipo de mercados, el valor económico de un bien o servicio no se determina exclusivamente por la interacción entre los dos lados del mercado. También es posible ver como la plataforma logra generar valor en un solo lado del mercado en base al comportamiento de los demandantes de aquel mismo lado. Por ejemplo, en Twitter, ¿qué sentido tendría para un usuario usar la aplicación si nadie más la usa? En ese sentido, se genera por parte del demandante un valor por valor, lo cual crea, como decíamos, incentivos cruzados.²⁸³ John McGee y Tanya Sammut-Bonnici señalan a este respecto que “*cuanto más se demanda algo y cuanto más se espera que sea demandado, entonces más valioso será.*”²⁸⁴ Por lo tanto, la utilización de una plataforma por parte de una persona influye directamente en la utilidad de otro usuario de esta misma plataforma. En otras palabras, la utilidad que pueda obtener un usuario al utilizar una red depende directamente de cuantas personas utilicen esa misma red o plataforma dentro del mismo lado del mercado.

Esto último es fundamental para entender la gratuidad en el acceso a la aplicación por parte de los usuarios, y para entender por qué el negocio de las redes sociales es rentable y genera muchas ganancias para la plataforma. En efecto, este modelo de negocios de varios

²⁸¹ Evans, David S. (2016), p.2.

²⁸² Si bien es posible hacer un análisis, como ya se señaló, considerando a los adquirentes de datos, y en tal sentido el mercado sería de al menos tres lados, para efectos del objetivo que se busca en este ensayo, se hará referencia, para efectos de simplicidad, solo a dos lados del mercado, a saber, los usuarios de redes sociales y los avisadores.

²⁸³ Evans, David S. (2016), p.6.

²⁸⁴ McGee, John & Sammut-Bonnici, Tanya. (2014) *Network Externalities*, p. 1.

lados generalmente opera bajo la lógica de que, para la masividad de sus usuarios, en un lado del mercado sea gratis el acceso y utilización la plataforma (sin perjuicio del precio implícito dado por la entrega de datos), pero en los otros lados del mercado, se deban asumir costos monetarios directos por parte de los demandantes de la plataforma. Esta estrategia permite que la valorización de un lado del mercado sea fácil y rápida, dado que la aparente gratuidad, y la innovación que representó en su momento el surgimiento de las redes sociales permitieron captar a una gran cantidad de usuarios. En consecuencia, al tener un lado del mercado altamente valorizado, y por los efectos de red ya señalados, se hace posible cobrar el acceso a la plataforma en los otros lados del mercado dado que habrá una alta demanda por parte de agentes avisadores y adquirentes de datos, lo cual vuelve rentable el negocio.

Sin perjuicio de aquello, estos efectos de red que suponen la estructura de diversos lados que representa el negocio de las redes sociales también pueden representar ciertos problemas para que nuevos agentes innovadores desarrolladores de plataformas puedan acceder y competir de igual a igual con las plataformas ya establecidas en el mercado.

6- Barreras de entrada en la industria de las redes sociales

Los efectos de red, más allá de las características y las consecuencias en ambos lados del mercado, también podrían representar barreras de entradas para nuevos competidores en el mercado de redes sociales. George Stigler las define como *“un coste de producción (a toda o parte de la producción) que debe ser soportado por una empresa que intenta ingresar a una industria pero que no es soportada por empresas que ya están en la industria.”*²⁸⁵ A su vez, Joe S. Bain define a las barreras de entrada como todo factor que permite a las empresas que ya forman parte de un mercado en particular obtener ganancias más altas de lo normal, y que disuade o inhibe la posibilidad de que otros actores entren y compitan en dicho mercado

²⁸⁵ Stigler, George. J. (1968). *The Organization of Industry*. University of Chicago Press Economics Books, p.67. Texto original: *“A barrier to entry is a cost of producing (at some or every rate of output) that must be borne by firms seeking to enter an industry but is not borne by firms already in the industry”*.

relevante.²⁸⁶ En definitiva, las barreras de entradas son factores que hacen difícil o más costosa la entrada de nuevos competidores al mercado, favoreciendo a los que ya participan de él (*incumbentes*), dado que no habría nuevos agentes que entren a competir con la misma curva de costos que tienen los incumbentes.

En el caso de las redes sociales, el problema de las barreras de entradas puede ser visto desde dos puntos de vistas. En principio, se podría señalar que el cambio de una plataforma a otra no tendría un costo de cambio alto, dado que bastaría con que un usuario tenga, por ejemplo, instaladas dos aplicaciones de redes sociales en su smartphone, y, por lo tanto, en cuestión de segundos podría cambiar de plataforma. Esto es lo que se conoce como el *multi-homing*²⁸⁷, que permite a un usuario utilizar diversas plataformas disponibles en la red, sin mayores costos de cambio, por lo cual en ese sentido se podría argumentar que no habría mayores barreras de entrada para un nuevo agente desarrollador de redes sociales.

Sin embargo, desde otro punto de vista centrado más en la interacción y dinámica misma que se da dentro de una red social, sí habría barreras de entradas, las cuales se derivarían de los grandes costos de cambio que supondría para los usuarios ya registrados en una red social ampliamente conocida y popular, cambiarse a otra desconocida y con pocos usuarios. Se trataría entonces de barreras de entrada derivadas de las externalidades de red.

²⁸⁶ Visto en Lazaroff, D. E. (2006). Entry barriers and contemporary antitrust litigation. UC Davis Business Law Journal 7(1), p.2. Definición, a su vez, extraída de J. Bain (1962). *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*.

²⁸⁷ El *multi-homing* es un sistema de conexión de sitios de internet a la red a través de diversos ISP, lo cual permite mayor fluidez y control del tráfico en la red, dado que, si el sitio se conecta a internet a través de un solo ISP, podría haber sobrecarga de la red, o, en casos de falla del ISP, podría quedarse sin conexión. Estos problemas se evitan teniendo múltiples conexiones a internet. Ahora bien, también se hace referencia a *multi-homing* al hablar del fenómeno, que se da en dispositivos como *smartphones* o *tablets*, de la disponibilidad transversal de aplicaciones para estos dispositivos, independiente del smartphone o del tablet. Esto se ejemplifica en la disponibilidad de las mismas aplicaciones tanto en smartphones sistema Android como en IOS. Bresnahan, Orsini y Yi, al referirse a este fenómeno, señalan que “*el suministro equilibrado de aplicaciones a las plataformas implica el multihoming de la mayoría de las aplicaciones atractivas para los usuarios.(...) la mayoría de las aplicaciones atractivas están disponibles para los usuarios cualquiera de las plataformas líderes que elijan.*” (traducción libre). Por lo tanto, el multi-homing en este punto hace referencia a la disponibilidad de una determinada aplicación en todos los dispositivos, lo que hace que el costo de cambio de unas a otras sea casi inexistente.

Ver más en Bresnahan, Timothy, Joe Orsini, & Pai-Ling Yin. (2015). *Demand heterogeneity, inframarginal multihoming, and platform market stability: Mobile apps*. Mobile Innovation Group Working Paper.

Por ejemplo, la Comisión Europea señala, en el caso *Google*, que en el mercado de los sistemas operativos en los dispositivos telefónicos “*existen importantes barreras de entrada debido en parte a los efectos de red: cuantos más usuarios utilizan un sistema operativo móvil inteligente, más desarrolladores preparan aplicaciones para ese sistema, lo que, a su vez, atrae a más usuarios*”.²⁸⁸ En otras palabras, la Comisión señala que, en este tipo de mercados, las barreras de entradas para nuevos desarrolladores de sistemas operativos se derivan del hecho que Google, y su sistema operativo Android, tienen una cuota de mercado del 95%, y, en ese sentido, los desarrolladores de aplicaciones solo crean contenido para el sistema Android, por haber una gran cantidad de usuarios (mercado de dos lados). Es último se da dado que, como se ha señalado anteriormente, al estar altamente valorizada una parte del mercado, este se vuelve atractivo para la otra parte, que en este caso son los desarrolladores de contenidos para los sistemas operativos. En ese escenario, por los efectos de red, no habría incentivos para los usuarios cambiarse a un sistema operativo nuevo que poca gente utiliza, y que tenga pocas o casi ninguna aplicación desarrollada para aquel sistema, lo que finalmente se traduce en una barrera de entrada al mercado para los desarrolladores de sistemas operativos alternativos para teléfonos celulares.²⁸⁹

Otro ejemplo del efecto de las externalidades de redes como barrera de entrada lo señala Jean Tirole en el caso de las tarjetas de crédito. Tirole explica que, en el sistema de tarjetas de crédito, mientras más se utiliza una tarjeta, mayor será el costo de cambio a otro sistema de tarjeta de crédito (señala como ejemplos MasterCard y Visa, las dos mayores empresas desarrolladoras de tarjetas de créditos). En términos simples, un consumidor le dará mayor valor a su tarjeta de crédito mientras mayor sea el comercio adherido a ese sistema de pago, y, a su vez, los comerciantes valorarán aún más la implementación de estos sistemas de pago mientras más consumidores lo usen. Por lo tanto, esto se traduce en menores costos de transacción para los consumidores, y mayores costos de cambio hacia otros sistemas de tarjetas de crédito, dado que no habría incentivo para cambiarse a una tarjeta de crédito que no es aceptada en general en el comercio.²⁹⁰

²⁸⁸ Comisión Europea (2018, 18 julio). Comunicado de prensa decisión caso *Google* N°40099 (aún no es publica la sentencia).

²⁸⁹ Comisión Europea (2018, 18 julio). Comunicado de prensa decisión caso *Google* N°40099.

²⁹⁰ Ver más en Rochet, Jean-Charles & Tirole, Jean. (2003), p.990-1029.

Volviendo a las redes sociales, es difícil entrar a competir en un mercado donde, por los efectos de red, ningún usuario, o avisador, tendría incentivos para participar de una plataforma emergente que tiene pocos usuarios registrados. No habría incentivos “sociales” para un usuario en cambiar de plataforma y usar una que ninguno de sus cercanos utilice, y no habría incentivos “económicos” para los agentes publicitarios de querer competir por un espacio en una plataforma sin valor de red. En ese sentido, los agentes *incumbentes*, tales como Twitter o Facebook, ya están en una posición favorable en el mercado, dado que ya se benefician de los efectos de red. El costo de cambio de red social, en relación con el valor ya adquirido por el *incumbente* respecto de un nuevo agente, es altísimo para el consumidor, dado que pasar de una plataforma donde tiene muchos potenciales contactos o una donde haya pocos, es un costo que hace prácticamente imposible un cambio de red social, y, por ende, el surgimiento de un nuevo agente de mercado.²⁹¹

¿De qué serviría entrar a Facebook si nadie lo utiliza? El primer desafío para todo generador de negocios bajo esta estructura es poder captar en el principio la mayor cantidad de personas o usuarios estimulando las ventas en grandes cantidades para que la red o plataforma se haga conocida, ganando usuarios. Es por eso que las redes sociales, en general, son de acceso gratuito para los usuarios en todo el mundo, dado que lo que busca la empresa desarrolladora del negocio es captar la mayor cantidad de público en ese lado del mercado, para que más usuarios entren y se generen más incentivos, en ambos lados del mercado, de participar en la plataforma, en virtud de los efectos de red ya señalados. Este fenómeno se conoce técnicamente como *tipping point*: una nueva idea innovadora que en un principio no tiene gran difusión empieza a expandirse entre las personas, es decir, la “tasa de adopción” aumenta a medida que más personas adoptan esta nueva idea. Es así como llega un momento

²⁹¹ Por ejemplo, la portabilidad numérica fue un mecanismo para facilitar el cambio de los consumidores a otras compañías telefónicas. En efecto, antes los costos de cambio eran altos, dado que el cambio de una compañía a otra implicaba perder el número telefónico (y todo lo que ello implica socialmente), con lo cual el surgimiento de una nueva compañía relevante era improbable. En ese sentido, la externalidad de red en los teléfonos celulares implicaba una barrera de entrada a nuevos competidores. Es así que la regulación de la portabilidad numérica permitió a los consumidores cambiarse de compañía sin perder el número, lo cual introdujo competencia en el mercado: se eliminaron las barreras de entradas que provocaba la red, la industria se expandió, hay nuevos actores y mayor competencia entre ellos, lo que se traduce en mejores servicios y más baratos.

en que la idea alcanza su tipping point, su punto de inflexión, es decir, se encuentra altamente difundida y en general es conocida y utilizada.²⁹²

El punto fundamental en el mercado de las nuevas tecnologías en línea es que, generalmente, son mercados donde el innovador, en un primer momento, capta una gran cantidad de demanda en poco tiempo y se posiciona como dominante en el nuevo mercado. Esto es lo que se conoce como el “*winner-takes-all*”²⁹³: el innovador, al presentar un producto nuevo y atractivo para los consumidores, logra captar toda la demanda y logra formar rápidamente una red de usuarios que genera incentivos para participar en ambos lados del mercado. Eso es lo que pasó con las redes sociales en los últimos años, sobre todo con Facebook. Fue la primera aplicación en internet en ofrecer todos los servicios de una red social, y por eso captó a casi la totalidad de usuarios de redes sociales, con gran cobertura en casi todo el mundo, y con pocas aplicaciones que puedan competirle en términos de difusión y cantidad de usuarios. En ese sentido, John McGee y Tanya Sammut-Bonnici señalan que “*la valoración del producto va aumentando a medida que otros consumen el mismo producto, lo cual llevaría a un escenario de ‘winner-takes-all’*”.²⁹⁴

Esto representa un problema para los nuevos hipotéticos competidores. Como ya se señaló, un agente innovador que quisiese entrar al mercado de las redes sociales, con incumbente tales como Facebook, Twitter, LinkedIn u Orkut (muy popular en Brasil e India a partir del 2004) tiene que enfrentarse a esta barrera de entrada que representan los efectos de red. La entrada de nuevos competidores al mercado estaría fuertemente limitada dado que los usuarios ya se sentirían cómodos registrados en las redes sociales conocidas y populares, haciendo muy difícil el surgimiento de una nueva, al menos en los mismos términos y características que las preexistentes.²⁹⁵ En efecto, al haber bases de datos distintas, y al no haber información de los usuarios que se comparta entre los desarrolladores de redes sociales, el cambio a una red social nueva tendría costos muy elevados.

²⁹² Rynes, Sara L. (2007) "Editor's Afterword Let's Create A Tipping Point: What Academics and Practitioners can do, Alone and Together". *Academy of Management Journal* 50.5, p.1046.

²⁹³ McGee, John & Sammut-Bonnici, Tanya. (2014), p.2.

²⁹⁴ McGee, John & Sammut-Bonnici, Tanya. (2014), p.2. Texto original: “*The valuation of a product increases the more that others consume the product leading to a winner-takes-all scenario.*”

²⁹⁵ Strauss, Steven. (2016, 30 de junio), p.2.

Por lo tanto, para efectos del mercado relevante, las redes sociales a las cuales se hará referencia y se analizarán en el presente estudio serán las masivas y populares, con gran cantidad de usuarios y con efectos de red ya consolidados. Cabe precisar que una red social emergente con pocos usuarios sí podría ser un sustituto para una red social como Facebook, pero sería uno imperfecto por la calidad misma del servicio ofrecido y la poca semejanza que una red social emergente puede ofrecer respecto de una masiva en términos de experiencia de utilización para un usuario. No sería posible comparar los beneficios que daría, tanto para usuarios como para avisadores, la utilización de una red social ampliamente conocida con millones de usuarios, con una emergente con pocos demandantes. Por lo tanto, a pesar de que podrían ser sustitutos, para efectos de este análisis, se hará referencia en el mercado relevante a las redes sociales masivas, dado que el impacto de las redes sociales pequeñas en el mercado y en la conducta de los agentes incumbentes es pequeño. Ello, pues las redes pequeñas no alcanzarían para afectar la posición dominante que las redes de mayor tamaño tendrían.

7- Definición del mercado geográfico

Las redes sociales, por su estructura de difusión y sus propósitos de conectar a toda persona que acceda a ellas, tienen por objetivo primordial llegar a todo el mundo. Las más importantes empresas desarrolladoras de plataformas de redes sociales han llegado justamente a ese sitio de liderazgo y reconocimiento por su masividad. El fenómeno de la globalización ha permitido, gracias a la revolución de internet, que todo el planeta esté conectado en tiempo real y sin grandes barreras. Es así como, por ejemplo, Facebook está presente en los cinco continentes con gran cantidad de usuarios. En Asia cuenta con más de 654 millones de usuarios conectados a la red, en América del Norte con más de 317 millones de usuarios, y en Europa con una cifra próxima a los 281 millones de personas conectadas a la red social.²⁹⁶ Estos datos demuestran lo global que son las redes sociales, alcanzando y haciéndose presentes en todo tipo de sociedad y en todo tipo de cultura. El único límite a esta masividad se puede dar en gobiernos autoritarios o dictatoriales donde internet, y sobre todo las redes

²⁹⁶ Datos sacados de la plataforma analista de redes sociales Owloo. Consultado 27 agosto de 2017: <https://www.owloo.com/facebook-statistics>

sociales, están prohibidas.²⁹⁷ Pero estos casos son aislados y son por hechos ajenos a la plataforma en sí. Por lo tanto, las redes sociales, sus características y su acceso “gratuito” son elementos presentes en todos los países. Las redes sociales, en definitiva, apuntan al mundo entero, siendo ese su mercado geográfico.

Ahora bien, respecto a los avisos a los cuales el usuario accede por la utilización de la red social, el análisis varía desde lo global a lo local. Si bien hay mucho contenido que tiene relevancia global y puede ir dirigido a todo tipo de usuario en cualquier lado del mundo, también es cierto que gran parte de los avisos que la red social ofrece son avisos locales. En todo caso, esto no se responde de forma binaria. Depende caso a caso de qué tipo de contenido se quiere entregar y cuál es el público al cual va dirigido, donde se pueden encontrar avisos que van dirigido a todo tipo de público a nivel mundial, mientras que otros avisos son más locales, centrándose en una realidad político social de un determinado país. Por lo tanto, en este punto, se debe hacer un análisis caso a caso para determinar el público destinatario de algún aviso en particular, lo cual no obsta a considerar al mundo entero dentro del mercado geográfico que enmarca a las redes sociales; pero podría suponer que el lado del mercado referido a avisaje tenga una extensión más acotada.

8- *Posición dominante*

Una vez definido el mercado relevante que servirá de referencia al presente análisis, se puede notar cómo muchas redes sociales de aquellas que analizamos hipotéticamente tendrían posición dominante en el mercado.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) ha definido la posición dominante como: *“la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar*

²⁹⁷ Países como China, Vietnam, Corea del Norte o Irán, son algunos de los que han bloqueado, o tienen bloqueado actualmente, el ingreso a redes sociales. Información consultada el 17 de agosto de 2017 en <http://www.infobae.com/2014/03/29/1553717-estos-son-los-paises-que-bloquean-facebook-twitter-y-youtube/>

dicho poder”.²⁹⁸ Como se ha señalado, en el caso de Facebook por ejemplo, esta red social es una de las más importantes en el mundo, con una cuota de 40% del mercado.²⁹⁹ Otro ejemplo puede ser Amazon, que representa el 50% de la venta de libros online.³⁰⁰ El punto es que si existiesen otras redes sociales con las mismas características de Facebook, y con niveles de difusión y utilización asimilables, no habría problemas desde el punto de vista de la libre competencia, dado que no habría un agente con posición dominante. El problema radica justamente en el escenario actual, donde si bien hay otras redes sociales, estas cumplen roles distintos, como en el caso de YouTube, o Twitter, por lo que es natural desprender que cada una de las mencionadas cuenta con una posición dominante en el respectivo servicio que presta. En ese sentido, y aun más considerando una hipotética operación de concentración de mercado donde participe una empresa como Facebook, los riesgos de estar ante una posición dominante de un actor y las consecuencias de aquello son aún mayores.

Cabe señalar que el intercambio y flujo de comunicación e información que se da en las plataformas debiera en principio suponer –al menos ésta es la asunción que haría el usuario medio- que sea neutra, lo cual permitiría la difusión de información de todo tipo y de todas las tendencias posibles, siempre respetando cierto límite ético –y en ocasiones jurídico-, que se manifiesta en las reglas de privacidad y de información de cada red social. Dentro de este contexto, la red debiese permitir todo tipo de intercambio y flujo de información sin sesgos ni discriminaciones irracionales.

El problema que podría presentarse, no solo para un usuario en particular, sino que para toda la comunidad y para principios tan fundamentales para la democracia como la libertad de opinión y el pluralismo es que, en virtud de acuerdos u operaciones de concentración, de colaboración o incentivos que den lugar a exclusividades o participaciones preferentes, un solo agente de mercado se beneficie de entregar información sesgada. Ello se agudizaría en el caso de que un grupo de estos agentes de mercado se concentre y capte con ello una mayor cuota de mercado, controlando un número importante de las redes sociales más

²⁹⁸ TDLC. Sentencia N° 112/2011. Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y Otros. Considerando Sexagésimo Noveno

²⁹⁹ Ver supra 240.

³⁰⁰ Ver supra 242

populares, limitando la variedad en la oferta de estas, y dando paso a riesgos de posibles conductas no deseadas en las materias a las que nos referimos. Pero antes de analizar esta arista de una concentración de mercado que otorgue poder de mercado a un agente o lo incremente, hay que analizar la vertiente económica de tal hipotética operación.

9- Riesgos derivados de operaciones de concentración en la industria de redes sociales.

Si asumimos que las redes sociales son medios de comunicación masivos y que ejercen una gran influencia en el público en tanto entidades que entregan contenidos informativos a grandes masas de personas, y teniendo en cuenta la estructura de al menos dos lados que presenta este negocio, debe ser de la mayor importancia para las autoridades de libre competencia –y eventualmente otras- prestar atención a las operaciones de concentración que pudiese haber entre agentes de este mercado que supongan que uno de ellos concentre o incremente su poder sobre las redes sociales con mayor penetración social, generando riesgos relevantes.

Estos riesgos pueden ser vistos, primero, desde el punto de vista de los usuarios que utilizan las redes sociales, dado que una concentración de mercado podría afectar los contenidos a los cuales pueden acceder en la plataforma. Esto constituye un tema más allá de lo comercial y económico, y se relaciona directamente con algunas de nuestras libertades y con nuestra democracia, lo cual será analizado posteriormente.

Pero estas grandes concentraciones de mercado también pueden ser analizadas desde un punto de vista económico, en relación con cómo afectaría tanto a los demandantes de espacio publicitario “no buscado” como a los agentes desarrolladores de plataformas de redes sociales, una concentración que otorgue poder de mercado a un agente, o a varios con incentivos comunes.

A modo de ejemplo, en la operación de concentración de Facebook con WhatsApp, la Comisión Europea hizo un análisis de cómo afectaría esta fusión a los nuevos competidores en el mercado de las aplicaciones de comunicación instantánea, como WhatsApp, y en el

mercado de las redes sociales, como Facebook. Estimó que a priori no se verían graves problemas, dado que participarían en mercados diferentes (operación de concentración de conglomerado) y responderían a necesidades y demandas distintas. Es decir, no serían bienes sustituibles, y harían parte de mercados relevantes diferentes.

Sin embargo, el acuerdo Facebook/Whatsapp ha sido objeto de críticas por la motivación que habría tenido la primera en adquirir Whatsapp. Los datos e información que generan las nuevas aplicaciones e internet permiten hacer un análisis general del tráfico de datos y comportamiento de los usuarios en estas aplicaciones. Es así como, a través de los datos, es posible analizar y prever la expansión que tendrá una determinada plataforma, ya sea red social, u otra. Esto se explica por los efectos de red que se agudizan en este tipo de plataformas, donde mientras más usuarios usan una determinada aplicación, mayor será su expansión en el tiempo. Es así como se ha señalado que la adquisición de Whatsapp por parte de Facebook responde a esto: la red social, comprando Whatsapp, estaría eliminando un futuro posible rival, dado que, por el crecimiento que tendría Whatsapp, esta podría incursionar en el ámbito de las redes sociales tradicionales para abarcar más usuarios. Por lo tanto, Facebook estaría utilizando una estrategia de prevención de futuras amenazas para su posición en el mercado, todo esto a través del análisis de datos que arroja la red.³⁰¹ Asimismo, esta operación también ha sido criticada justamente porque Facebook ha sido sancionada con 122 millones de dólares por las autoridades de libre competencia de la Unión Europea dado que la red social ha incumplido con normas de protección de datos a nivel de fusiones, dando datos e información falsa durante la etapa de investigación de la fusión. En específico, se le imputa de compartir y utilizar los datos de los usuarios de Whatsapp (más de mil millones de usuarios) en Facebook, yendo en contra de lo señalado durante la fase de investigación de la operación entre las dos empresas, donde Facebook señaló que no tenía la capacidad de hacer coincidir los datos y usuarios de Whatsapp y Facebook por “importantes obstáculos técnicos”³⁰² (y en ese sentido no podría compartir datos de usuarios de ambas plataformas). Finalmente, aquello no fue así, dado que, a partir de 2016, Facebook utilizaba los datos de Whatsapp, sobre todo para efectos

³⁰¹ *The world's most valuable resource is no longer oil, but data* [en línea]. (2017, 6 de mayo). The Economist. Disponible en: <https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource?fsrc=scn/fb/te/bl/ed/regulatingtheinternetgiantsstheedataeconomydemandsanewapproachtoantitrust>.

³⁰² Comisión Europea (2014, 3 de octubre). Decisión M.7217/UE caso *Facebook/WhatsApp*, p.33.

de publicidad. Esto, en definitiva, le daría una ventaja injusta a Facebook respecto de sus demás competidores en relación con el negocio de la publicidad en línea. Con mayor cantidad de datos, más rentable y mejor se administra la publicidad en la red.³⁰³ Por lo tanto, a pesar de estar en mercados diversos según la Comisión Europea, la fusión Facebook/Whatsapp igualmente presenta dudas respecto a los riesgos contra la libre competencia, sobre todo respecto del uso de datos.

El problema se agudizaría cuando la operación de concentración fuera entre dos redes sociales competidoras entre sí (operación de concentración horizontal) y, en virtud de ella, el agente resultante obtenga una alta cuota de mercado. Del análisis del caso Facebook/Whatsapp se puede sostener que, en una concentración horizontal de redes sociales, habría aún mayores problemas en términos de libre competencia en virtud de la gran base de datos que manejaría el nuevo agente de mercado, lo cual lo situaría en una posición privilegiada respecto al negocio de la publicidad y avisaje en redes sociales.

Dicho esto, cabe recordar que el mercado relevante en el negocio de las redes sociales es uno caracterizado por su modalidad de dos o más lados, y, en virtud de tal característica, existen efectos de red o interdependencia entre ambos lados del mercado, y efectos de ese tipo también dentro de un mismo lado del mercado.³⁰⁴ En ese sentido, tal y como se indicó al respecto, habría barreras de entrada para nuevos competidores por su posición de desventaja respecto de un elemento esencial para valorizar la plataforma, es decir, los usuarios.³⁰⁵

En un caso hipotético de concentración de las redes sociales con mayor cantidad de usuarios, estas barreras se incrementarían, dado que este agente ofrecería, a través de sus diferentes redes sociales, en teoría, más servicios a los usuarios, haciendo que los costos de cambio se acrecienten aún más. Por ejemplo, en el supuesto de que Facebook compre a Twitter y sus usuarios puedan usar ambas plataformas solo por hecho de registrarse en una de

³⁰³ Scott, Mark. (2017, 18 de mayo). *E.U. Fines Facebook \$122 Million Over Disclosures in WhatsApp Deal* [en línea]. The New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/05/18/technology/facebook-european-union-fine-whatsapp.html>

³⁰⁴ El ejemplo ya señalado respecto al mayor valor que adquiere la plataforma mientras más usuarios la utilicen. Así, los usuarios no tendrían incentivos a utilizar una plataforma desvalorizada donde haya pocos usuarios con los cuales interactuar.

³⁰⁵ Ver supra cita 255 sobre Barreras de entrada

ellas, ello haría que un cambio a otra red social independiente (es decir, fuera del conglomerado dominante) sería en teoría mucho más costoso —en lógica de costos de oportunidad- por no ser necesario. Habría una interconexión de sus bases de datos, por lo cual el acceso a una de las plataformas supondría estar registrado en todas las plataformas que forman parte del agente con posición dominante, volviendo más fácil para el usuario usar tales aplicaciones que “ya conocen”, en vez de una donde tenga que empezar a construir su perfil desde cero. Es más, dentro de una de las plataformas, pudiese haber publicidad de las otras redes sociales controladas por el mismo agente. En ese contexto, la entrada de un nuevo competidor sería aún más difícil, dado que competir en un escenario como el recientemente expuesto con una plataforma no valorizada, sería muy difícil.

Ahora bien, en el análisis económico de una supuesta operación de concentración de las redes sociales más importantes del mercado, las barreras de entrada no serían el único problema. Centrando el análisis en el lado del mercado que corresponde al de los avisadores, un alto poder de mercado de un agente en las redes sociales podría generar incentivos de adoptar conductas anticompetitivas que pondrían en riesgo la competencia entre los desarrolladores de avisos “no buscados”.

En efecto, en un escenario donde un agente tenga una alta cuota de mercado al controlar un número importante de redes sociales, existirían probabilidades de que la plataforma adopte conductas que favorezcan cierto tipo de publicidad donde esta tenga intereses económicos creados, o por la cual reciba incentivos económicos, y, en consecuencia, perjudique a los otros avisadores que compiten por un espacio en la red social. Estos riesgos, llamados riesgos verticales, no existirían, en teoría, en un escenario de competencia con gran cantidad de redes sociales disponibles, dado que estas, para incentivar que los avisadores utilicen su plataforma, no adoptarían conductas que pudiesen significar un perjuicio para ellos. Es importante notar la importancia y riesgos de que este tipo de conductas se presenten en las redes sociales, más aun teniendo en cuenta la ya señalada intervención de Rusia en las elecciones de Estados Unidos a través de los avisos publicitarios de Facebook. Un ejemplo como este, que ya fue importante y muy influyente en la elección, sería aún mayor y más

agudo en caso de que un agente tenga una alta cuota de mercado en el control de redes sociales.

10- Riesgos verticales de parte de empresas dominantes en la industria de redes sociales

Un escenario de riesgos verticales fue analizado por la Fiscalía Nacional Económica en la compra de Canal 13 por parte del grupo Luksic³⁰⁶, en cuanto esto podría suponer un problema en el mercado de avisaje a través de la televisión, dado que existían riesgos de que el medio de comunicación social favoreciera la exhibición de cierta publicidad donde el grupo Luksic tuviera interés. En particular, la FNE señaló que *“los principales riesgos que se observan en la presente operación dicen relación con que a través de este canal se potencien los otros negocios pertenecientes al Grupo Luksic. En relación a lo señalado, en un caso hipotético, el riesgo sería que Canal 13 pudiese avisar únicamente los productos y servicios del mencionado grupo económico, o bien ofrecer a terceros avisadores un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado.”*³⁰⁷

Si bien los acuerdos verticales desde la óptica de la libre competencia pueden ser positivos, dado que pueden favorecer la eficiencia en la producción y asignación de bienes, también presentan grandes riesgos competitivos. Sobre esto último, la Fiscalía Nacional Económica emitió el año 2014 una guía sobre los efectos competitivos de las restricciones verticales.³⁰⁸ La Fiscalía señala que los riesgos anticompetitivos más importantes de las restricciones verticales son la promoción y facilitación de la colusión o coordinación entre los agentes relacionados verticalmente, y el bloqueo o limitación a la entrada de nuevos competidores al mercado referido.³⁰⁹ Para determinar y analizar estos posibles riesgos, la FNE detecta ciertas restricciones verticales llamadas *inter-marcarias*, referidas a las relaciones entre el productor de un bien o servicio y sus demás competidores, a diferencia de las *intra-*

³⁰⁶ FNE, Fiscalía Nacional Económica, (2010, 24 diciembre) *Adquisición de Universidad Católica de Chile Corporación TV (Canal 13) por Inversiones TV-Medios*.

³⁰⁷ FNE, Fiscalía Nacional Económica. (2010, 24 de diciembre), p.27.

³⁰⁸ FNE, Fiscalía Nacional Económica. (2014, junio). *Guía para análisis de restricciones verticales*. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=99700&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

³⁰⁹ FNE, Fiscalía Nacional Económica. (2014, junio), p. 8.

marcarías, que dicen relación con la forma en que un producto es distribuido.³¹⁰ Dentro de las *inter-marcarias* adquieren especial relevancia los contratos de exclusividad como restricciones verticales. Patrick Rey los define como un “*trato exclusivo (que puede tomar la forma de un acuerdo de suministro exclusivo o de distribución exclusivo), en que una de las partes contratantes acepta no tratar con los competidores de su socio*”.³¹¹ Estos contratos de exclusividad pueden dar lugar a prácticas exclusorias de ciertos competidores en un determinado mercado, es decir, a prácticas que busquen excluir ciertos competidores, y así dificultarles su participación en el mercado.³¹² Un contrato de exclusividad, en ese sentido, representaría una limitación a la libertad contractual dado que se establecería una obligación de no hacer por parte de una de las partes hacia la otra.³¹³ Así también lo ha entendido el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), en la Sentencia N° 26/2005 respecto de la denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos, al señalar que “*Que, a juicio de este Tribunal, las cláusulas de exclusividad e incentivos antes indicados son, a la vez, fuente y medida de un ejercicio ilícito del poder de mercado que detenta CCT, toda vez que actúan como un verdadero cerrojo que impide, en los hechos, la venta de cigarrillos de otras marcas en los puntos de venta High Trade*”. A su vez, la Comisión Europea, en el caso Google, señala que la empresa adoptó conductas anticompetitivas que afectaron el mercado de aplicaciones de búsqueda, específicamente contratos de exclusividad entre Google y los desarrolladores de dispositivos móviles, para que estos preinstalen exclusivamente la aplicación de búsqueda *Google Search* en los dispositivos.³¹⁴

Replicando este análisis de la FNE al caso de las redes sociales, puede presentarse un caso en que una red social altamente valorizada por sus efectos de red, tenga cláusulas de exclusividad con algún avisador con el cual esté o no integrada verticalmente, acordando que la plataforma solo mostrará publicidad de este avisador, a cambio de un precio más elevado

³¹⁰ FNE, Fiscalía Nacional Económica. (2014, junio), p.5.

³¹¹ Rey, Patrick. (2012). *Vertical Restraints*. Agencia de Cooperación Internacional de Chile. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Vertical-restraints.pdf>. Traducción libre. Original: “*Under exclusive dealing (which can take the form of an exclusive supply or of an exclusive distribution agreement), one of the contracting parties agrees not to deal with its partner’s competitors*”

³¹² Coloma, Germán, et al. (2002). *Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia*. CEMA, p.1.

³¹³ Botero Latorre, Aura María, et al. (2008). *Aplicación de la prohibición de la cláusula de exclusividad en los contratos de suministro a los demás contratos de distribución comercial*, Tesis de Licenciatura. Universidad EAFIT, p.22.

³¹⁴ Comisión Europea (2018, 18 julio). Comunicado de prensa decisión caso *Google* N°40099.

que el precio de mercado que se paga normalmente por un espacio en la red social. Este problema se agudizaría en un escenario de alta cuota de mercado controlada por esta misma red social, lo cual hace evidente el riesgo de que se genera un mercado concentrado en pocos agentes.

Pero más allá de los riesgos económicos para la libre competencia que puede suponer una concentración de mercado excesiva en el mercado de las redes sociales, lo adicionalmente preocupante para efectos de este ensayo son los efectos más allá de lo económico, es decir, sobre la libertad de expresión y el flujo de información en estas plataformas. Para eso, es importante que se analice la naturaleza propia de las redes sociales, y cuál es el rol que juegan hoy en día, rol que cada día se asemeja más al de los medios de comunicación tradicionales.

11- ¿Son las redes sociales nuevas formas de medios de comunicación social?

Sabiendo la importancia de las redes sociales en el día a día de las personas en general, y cómo estas se informan allí de gran parte de lo que acontece tanto a nivel local, como regional y global, es importante preguntarse por el rol de las redes sociales en esta nueva era de la digitalización y de la información. En ese sentido, es relevante notar que ellas están cumpliendo una labor que tradicionalmente desempeñaban los medios de comunicación social tales como las radios o la televisión: informar.³¹⁵ En efecto, es normal que cada vez que vemos el noticiero central de algún canal en el horario nocturno presenciemos noticias que ya conocemos gracias a alguna red social, ya sea Twitter, Facebook o hasta YouTube. Según una investigación del The Reuters Institute for the Study of Journalism de la Universidad de Oxford en el año 2016, de los encuestados entre 18 y 24 años, un 28% utiliza a las redes sociales como principal fuente de información, y un 24% utiliza a la televisión.³¹⁶

³¹⁵ Pantoja, Antonio. (2011). *Los nuevos medios de comunicación social: las redes sociales*. Revista Tejuelo n° 12, p.219

³¹⁶ Newman, Ni;, Fletcher, Richard; Levy, David A. L. & Nielsen, Rasmus Kleis. (2016). *Reuters Institute Digital News Report 2016*. The Reuters Institute for the Study of Journalism Social, Universidad de Oxford. Disponible en: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/Digital-News-Report-2016.pdf>

La noticia clásica en televisión, en ese sentido, estaría perdiendo justamente la característica que la hacía ser noticia, es decir, la imprevisión. La imprevisión es usada ahora por las redes sociales para captar la atención de los usuarios.³¹⁷ Los medios de comunicación tradicionales ya no tendrían el monopolio de la noticia. Todo se sabe con mayor rapidez e inmediatez a través de las redes sociales, y no es necesario comprar un periódico o esperar al noticiario en la televisión para saber qué acontece en nuestro entorno. El estreno de la película *Castle of Sky* en Japón, con 143.199 tweets por segundo³¹⁸, o los 440.000 tweets por minuto durante la premiación de Leonardo DiCaprio como mejor actor en la ceremonia de los Oscar el año 2016³¹⁹, demuestran cómo las noticias a través de las redes sociales se divulgan de forma inmediata y deslocalizada. Lo local pasa a ser regional, y lo regional pasa a ser global, y todo esto en cuestión de segundos. Las formas clásicas de difusión de noticias están quedando en el pasado, obsoletas. Estamos en una era donde lo que le da más valor al medio de comunicación que entrega una noticia no sería el contenido en sí, sino que cuán rápido llega al destinatario. Por eso muchas personas, sobre todo los periodistas, han tomado Twitter como una nueva forma de ejercer la profesión, más acorde a nuestros tiempos, más conectada con la gente y, sobre todo, más instantánea. La información ya no está concentrada en unos pocos medios de comunicación que las informan bajo cierto estándar relativamente parecido y en horarios similares. Ahora la información está al alcance de la mano de cualquier usuario, que puede tomarla y compartirla más gente. Nosotros mismos pasamos de ser informados a ser informantes de noticias que nosotros seleccionamos. Esto es lo que el profesor Pantoja de la Universidad de Extremadura llama la ubicuidad en las redes digitales.³²⁰ La interacción se vuelve entonces un elemento fundamental de estos nuevos medios de comunicación. En definitiva, las redes sociales se configuran como *“un nuevo sistema de entretenimiento y también de información, que toma elementos, recursos y características de los medios*

³¹⁷ Pantoja, Antonio. (2011), p.222.

³¹⁸ Cifra alcanzada el 2 de agosto del 2013 en Japón. Información en <https://blog.twitter.com/2013/new-tweets-per-second-record-and-how>

³¹⁹ Esta cifra, alcanzada el año 2016, representa un record de tweets por minuto en los premios Oscar. Información en <https://blog.twitter.com/2016/how-the-2016-oscar-unfolded-on-twitter>

³²⁰ Pantoja, Antonio. (2011), p.221

tradicionales pero que incorpora tanto un nivel de interacción como un modelo de negocio más magro".³²¹

Finalmente, otro elemento que, si bien no es una característica fundante de lo que entendemos por medio de comunicación social, sí es un síntoma de que estamos frente a uno, es la publicidad comercial que en él podemos encontrar. Las entidades difusoras de publicidad y avisos de todo tipo han centrado su atención en este nuevo mercado dado que tiene la misma característica de los tradicionales medios de comunicación social: la masividad y su llegada a todo tipo de público. Si bien, no por ser masivo y tener publicidad estamos frente a un medio de comunicación social, no deja de ser un elemento que tomar en cuenta respecto a una característica que históricamente se ha visto en los medios de comunicación tradicionales, radio, televisión o diario.

Por lo tanto, las redes sociales representarían nuevos medios de comunicación social de la era digital. Sobre esto último, Federico Boni señala que la evolución digital y tecnológica propició un escenario ideal para el surgimiento de los *new medias*.³²² Estos nuevos medios de comunicación no serían de masas, sino que serían personales (*personal medias*), donde los usuarios de estos medios se comunican personalmente con otros usuarios (por ejemplo, a través de *chats*).³²³ En ese sentido, lo que señala Boni como *new medias* sería asimilable al rol que actualmente ejercen las redes sociales. Además, si bien las redes sociales no están reguladas como medios de comunicación social tradicionales en la mayoría de las legislaciones nacionales e internacionales, eso no obsta a que en el día a día cumplan los mismos roles que estos desempeñan: informar, generar opinión, divertir y permitir el aviso publicitario, ya sea de organizaciones comerciales o políticas. Es más, sobre esto mismo, el profesor Francisco Campos Freire sostiene que las redes sociales son nuevos medios de comunicación que entretienen e informan, entre otras cosas, tomando para ello elementos

³²¹Campos Freire, F. (2008). *Las redes sociales trastocan los modelos de los medios de comunicación tradicionales*. Revista Latina de Comunicación Social, 11 (63). Disponible en http://www.revistalatinacs.org/2008/23_34_Santiago/Francisco_Campos.html

³²²Boni, Federico. (2008). *Teorías de los medios de comunicación*. Univ. Autònoma de Barcelona, p.251

³²³Boni, Federico. (2008). p. 252.

típicos de los medios de comunicación tradicionales, sin perjuicio que introduzcan elementos novedosos, como el sistema de negocios de dos lados que las caracteriza.³²⁴

El hecho de que se tome a una plataforma como Facebook, o Google o Snapchat o Instagram como un medio de comunicación masivo y social no debe dejarnos indiferentes, en virtud del rol preponderante que cumplen en tanto formadoras de opinión. Esto no puede ser pasado en alto por las legislaciones tanto nacionales como internacionales, dado los posibles riesgos que esto conllevaría si se utilizaren de mala manera, particularmente en un contexto de incremento de poder de mercado como resultado de operaciones de concentración.

12- Los desafíos para la libertad de expresión y la democracia

Como ya se adelantó, Facebook cumplió un rol esencial en las pasadas elecciones presidenciales en Estados Unidos. Según un estudio de los analistas de medios Borrel Associates, los políticos gastaron en 2016 más de 1.000 millones de dólares en anuncios digitales, a diferencia de los 159 millones de dólares que gastaron en 2012.³²⁵ A su vez, el grupo de análisis Citigroups calculó que el presupuesto de los candidatos para anuncios digitales en 2016 fue de 607 millones de dólares.³²⁶ El diario *The Guardian*, a través de un análisis de la campaña del ex-precandidato del partido Republicano Ted Cruz, señala que los donantes de la campaña del senador estadounidense gastaron en promedio \$10.000 dólares diarios en publicidad en Facebook para posicionar al candidato dentro de los primeros anuncios publicitarios y así hacer que su popularidad creciera.³²⁷

Más allá de los datos expuestos sobre los grandes montos que se manejan en las candidaturas presidenciales de Estados Unidos para publicidad digital, esto demuestra cuán

³²⁴ Campos Freire, F. (2008).

³²⁵ Mims, Christopher. (2016, 4 de octubre). *Facebook domina la campaña electoral en EE.UU.* The Wall Street Journal. Disponible en <http://lat.wsj.com/articles/SB12466167522824294725904582352500769507284>

³²⁶ *Facebook saca tajada de la millonaria campaña presidencial estadounidense.* (2016, 29 de enero). El Diario con colaboración de The Guardian. Disponible en http://www.eldiario.es/theguardian/Facebook-millonaria-campana-presidencial-estadounidense_0_478753091.html

³²⁷ *How Facebook tracks and profits from voters in a \$10bn US election.* (2016, 28 de enero). The Guardian. Disponible en <https://www.theguardian.com/us-news/2016/jan/28/facebook-voters-us-election-ted-cruz-targeted-ads-trump>

importante es la publicidad y los avisos políticos a través de las redes sociales, y cómo estos pueden influir en decisiones tan importantes para el país, formando opinión y decidiendo elecciones que al fin del día repercuten en la democracia del país. Las redes sociales, entre las cuales Facebook ejerce mayor influencia, han pasado a ser un agente más dentro del juego democrático de la propaganda y la campaña política.

La plataforma en ese sentido debe ser lo más neutral posible dado que sirve de base para la difusión de ideas de todas las tendencias políticas posibles. En este punto es interesante hacer un paralelo entre la neutralidad de red aplicable a las plataformas de telecomunicaciones, ya señalada a propósito del caso AT&T/Time Warner, y el rol de las redes sociales respecto de la diversidad de contenidos.

En efecto, la neutralidad de red, como ya se señaló, supone que el ISP, al manejar la red y la información que circula en ella, genere un trato igualitario y no discriminatorio de todo contenido que en ella circule, para así no afectar ni a los proveedores de contenidos, ni a los consumidores finales de dicho contenido.³²⁸ En el caso de las redes sociales, estas cumplirían el mismo rol de lo que se denomina un guardián de la entrada, o *gatekeeper*³²⁹, y, en ese sentido, se asemejarían, guardando las diferencias, con un ISP. La red social es el canal mediante el cual el proveedor de avisos y el consumidor se encuentran. En ese sentido, la red social también debiese actuar guiada por un principio de neutralidad, ya no de red, sino que de plataforma, en el sentido de que debe dar trato no discriminatorio a todo contenido que se quiera divulgar en la red social, y no debiese establecer tratos diferentes y arbitrarios entre los proveedores de avisos, tal y como el ISP no puede establecer tratos discriminatorios y arbitrarios entre los proveedores de contenido.

Un escenario de competencia perfecta con pluralidad y gran variedad de redes sociales podría permitir que todas las tendencias políticas tengan presencia en alguna red social de

³²⁸ Véase supra cita 21 definición de neutralidad de red.

³²⁹ La teoría del *Gatekeeping* en los medios de comunicación masivos, desarrollada por David Manning White, se refiere al proceso de selección, discriminación y filtración de las noticias y mensajes que finalmente son transmitidos al público a través del medio de comunicación. En efecto, un *gatekeeper* es aquel que recibe todos los mensajes, información y noticias, y selecciona cuales son transmitidos al público, decide cuales “continúan o se detienen”. Visto en Shoemaker, Pamela J., et al. (2001). *Individual and routine forces in gatekeeping*. *Journalism & mass communication quarterly*, vol. 78, no 2, p. 233

mediana o alta difusión, dado que habría una variada oferta de plataformas para los avisadores demandantes de espacio en ellas. Ahora bien, si nos imaginamos un escenario de aún mayor concentración de mercado donde un agente tenga control sobre las redes sociales de mayor difusión, penetración y conocimiento a nivel global, esto puede presentar un riesgo real para la variedad y pluralidad de información, tal y como lo ha representado en el caso de los ISP y su relación con los proveedores de contenido, dados los posibles incentivos que tendría la red social de censurar o no difundir ciertos mensajes; lo que ya resultó polémico, como se ha visto, en el caso de Facebook en las últimas elecciones presidenciales de EEUU. Este escenario es aún más riesgoso si se toma en cuenta que las personas, a través de las redes sociales, se informan de casi de todos los sucesos que ocurren minuto a minuto en el mundo entero, mucho antes que en la televisión o los diarios. Por eso es tan importante, y pertinente para el caso de las redes sociales, el debate que se generó en el caso AT&T Time Warner en relación a las nuevas voces que, reviviendo los postulados del juez Brandeis, solicitan que operaciones de concentración de mercado sean analizadas no solo bajo parámetros económicos, sino que también tomando en consideración elementos públicos como la libertad de expresión, o el pluralismo informativo.

Veamos otro ejemplo específico de lo riesgoso que pudiese ser para la diversidad de contenidos y de información que un agente de mercado tenga en su control las redes sociales de mayor difusión en el mundo. La compañía Google, de alcance mundial con filiales en todo el mundo, es una empresa en la cual hay flujos de información y de datos a niveles inimaginables a cada minuto, y donde el acceso a cualquier plataforma de Google supone el acceso a diversos contenidos, muchos de los cuales son propaganda o avisos. Por ejemplo, según el sitio Internet Live Stats, hay más de 40.000 búsquedas en Google por segundo, lo cual se traduce en 3.5 mil millones de búsquedas por día, y 1.2 billones al año.³³⁰ Asimismo, Google cuenta con 15 Centros de Datos en el mundo³³¹, y en julio de 2016, se estimó que la empresa cuenta con 2.5 millones de servidores activos.³³² Es en este contexto que se presenta una situación bastante llamativa, y riesgosa a la vez. La persona que tiene más poder en el

³³⁰ Datos sacados del sitio Internet Live Stats, en el cual publican estadísticas respecto a la actividad en internet. Disponible en: <http://www.internetlivestats.com/google-search-statistics/>

³³¹ Información disponible en: <https://www.google.com/about/datacenters/>

³³² Información disponible en: <http://www.datacenterknowledge.com/archives/2017/03/16/google-data-center-faq>

mundo para decidir quién puede expresarse y quien puede ser oído y quien no, no es precisamente una persona con algún alto cargo político, o algún dueño de alguna cadena televisiva. Esa persona, hasta hace poco, era Nicole Wong. Además de ser un alto mando en la empresa Google, a Wong se le conocía como “The Decider”.³³³ Este apodo se debía a que Nicole Wong era la persona que decidía qué contenido continuaba en la web una vez que era subido y qué contenido era bajado de la nube, no solo en el mundo de Google a nivel internacional (Google.cl, Google.fr, Google.de, Google.com, etc.) sino que también en una red tan importante como lo es YouTube, comprada por Google en el año 2006.³³⁴ Jeffrey Rosen, profesor de Derecho de la Unidad de Oxford, a pesar de encontrar sorprendente que una sola persona pueda ejercer tal nivel de influencia en la libertad de expresión en redes sociales tan importantes como las que posee Google, reconoce que actualmente es la mejor solución respecto a otras alternativas. Hoy en día, hay un nivel de presión importante por parte de estados de todas partes del mundo por censurar ciertos contenidos en la web, desde estados democráticos que buscan censurar mensajes catalogados como terroristas o que van en contra de sus intereses, hasta estados autoritarios que persiguen censurar el acceso a internet y a cierto contenido informativo que podría desestabilizar sus regímenes. En definitiva, hay un juego político en el contenido informativo que ofrece internet, y sobre todo las redes sociales, el cual debe ser controlado lo más seriamente posible. En ese sentido, Rosen entiende de que la mejor solución es que sea el propio Google el guardián de la libertad de expresión en internet. Sobre todo, sabiendo que la empresa adhirió al Global Network Initiative, una coalición de industrias que apoyan y promueven la libertad de expresión y la privacidad.³³⁵ Facebook, por su parte, no se unió a esta coalición que promueve valores tan importantes para la democracia y la libertad.³³⁶

³³³ Rosen, Jeffrey. (2012) *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, 80 Fordham L. Rev. 1525, p.1536

³³⁴ La empresa Google, durante el año 2006, anunció la compra de YouTube por una suma equivalente a \$1.65 billones de dólares. Más información en *Google to Acquire YouTube r \$1.65 Billion*. The New York Times. 2016. Disponible en <http://www.nytimes.com/2006/10/09/business/09cnd-deal.html>

³³⁵ La Global Network Initiative es un proyecto en común que tienen varias empresas y organizaciones de la sociedad civil para presentar y promover derechos fundamentales como lo son la libertad de expresión y la privacidad. Más información en <https://www.globalnetworkinitiative.org>

³³⁶ Rosen, Jeffrey. (2012), p.1537.

Si bien el modelo de The Decider es señalado por Jeffrey Rosen como “*el mejor respecto a otras alternativas*”³³⁷, en una estructura de mercado donde un agente de mercado sea propietario de las redes sociales con más usuarios y de mayor conocimiento, como podría suceder si Facebook comprara a sus competidores directos (entre ellos Google), este modelo se volvería aún más riesgoso. Una sola persona o un pequeño grupo de persona ejerciendo esta labor de censura en la mayoría de las redes sociales de mayor utilización en el mundo, sería, a lo menos, un escenario riesgoso.

El control sobre los medios de comunicación, y sobre la información que llega finalmente a los ciudadanos, es un tema muy delicado e importante, dado que todo lo que las personas desean, piensan y aspiran a ser en la vida, forma parte o es producto del contexto informativo al cual están expuestas.³³⁸ Esa es la importancia de la libertad de expresión: sin ella, estamos expuestos a que un grupo reducido de personas que controlan los medios de comunicación y el flujo de información, condicionen nuestras formas de vida, nuestros deseos, nuestras opiniones.

El juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, hablaba del “Marketplace of ideas”³³⁹, un espacio donde cada miembro de la sociedad puede y tiene derecho a expresar sus opiniones, sus ideas, sus creencias. Si este espacio está medianamente controlado por un agente de mercado, hay un serio riesgo de que solo un tipo de información sea divulgada, y, en definitiva, no todas las opiniones que los ciudadanos deseen expresar finalmente sean expresadas. Esto es aún más riesgoso en caso de los medios de comunicación, dado que Federico Boni señala que “*el consumo de los medios de comunicación ha demostrado que algunos contenidos mediáticos constituyen auténticos recursos sociales, es decir, que activan una serie de procesos de identificación que contribuyen a producir, reproducir o reforzar un sentido de identidad de los individuos, y de pertenencia a determinados grupos sociales o comunidades (...) la gente discute y comenta el contenido de los programas que ha visto*”³⁴⁰ En este punto es importante lo que señala el sociólogo Pierre

³³⁷ Rosen, Jeffrey. (2012), p.1536.

³³⁸ Wu, Tim. (2010), p.13

³³⁹ Wu, Tim. (2010), p.13.

³⁴⁰ Boni, Federico. (2008). p. 247.

Bourdieu, quien, al hacer un análisis de la televisión como medio de comunicación social, afirma que en ella hay una “formidable censura”, donde las condiciones de comunicación en ella son impuestas por agentes externos.³⁴¹ Estas censuras, según Bourdieu, se deben ya sea a intervenciones políticas en los medios de comunicación, o bien a censuras económicas, sobre todo en relación a los dueños de los medios y los nexos que ellos tengan con los agentes publicitarios.³⁴²

En las redes sociales, este peligro es aún más latente dado el rol importante que cumplen en informar y formar opinión en los usuarios. El agente con poder de mercado puede tener, además de los intereses económicos ya señalados, incentivos políticos para alterar su propio algoritmo y favorecer la exhibición de un determinado mensaje, alterando la neutralidad de la plataforma. En ese sentido, la plataforma sería utilizada como un mecanismo para discriminar cierto contenido político que no favorecería al que no esté alineado con los intereses del controlador de la red social; o, inclusive, que simplemente sea puesto en valor desproporcionadamente por incentivos económicos. Es más, como se vio en la elección presidencial de Estados Unidos, hay todo un mercado de difusión de noticias e información falsas en redes sociales como Facebook. Esto puede repercutir finalmente en las opiniones y pensamientos políticos y sociales de gran cantidad de ciudadanos, dado que, si estos están expuestos a información parcial, es decir, solamente a información que favorecería a una tendencia política en particular, esto puede condicionar y formar sus posturas políticas. En definitiva, los medios de comunicación, innegablemente, tienen un rol preponderante en la formación de opinión de la ciudadanía. Nuevamente, el escándalo Facebook de los últimos meses, al que nos hemos referido *supra*, es muestra patente de ello.

Todo esto repercute finalmente en la posibilidad cierta de que la “posverdad” se instaure como discurso predominante en las redes sociales. Esta es definida literalmente como una “*distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales*”.³⁴³ El riesgo, en ese sentido, es que a

³⁴¹ Bourdieu, Pierre. (1997). *Sobre la televisión*. Barcelona: Anagrama, p.19.

³⁴² Bourdieu, Pierre. (1997), p.19-20.

³⁴³ Definición de la Real Academia Española de Lengua (RAE). Disponible en <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=posverdad>

través de las redes sociales se difundan noticias falsas que distorsionan la realidad, y hacen que la opinión pública tenga una falsa representación de los hechos objetivos. Esto repercute, como se ha manifestado en Inglaterra en la época del Brexit, o en Estados Unidos en el año de la elección de Donald J. Trump, en una elevada desconfianza de la ciudadanía respecto de las instituciones y del Gobierno, muchas veces basada en datos o informaciones erróneas.³⁴⁴ Es más, ha sido de tal importancia la utilización de la posverdad durante el Brexit y las elecciones presidenciales de EEUU, que Oxford eligió a la palabra “posverdad” como la palabra del año 2016.³⁴⁵

El punto es que las redes sociales, y en específico Facebook, si bien han combatido la difusión de noticias falsas, no han podido establecer un mecanismo eficiente respecto al filtro de este tipo de noticias que pudiesen circular en la plataforma. Es así como cualquier usuario, o cualquier avisador que pague por un espacio, puede divulgar, compartir o crear información falsa que sirva a intereses particulares. Más aun, si tomamos en cuenta los algoritmos que usualmente se utilizan en las redes sociales, mediante los cuales la plataforma ofrece al usuario contenidos, avisos e información en base al historial y a las preferencias del usuario, esto se volvería más problemático, dado que, si el usuario accedió y se interesó en una determinada información falsa, se encontrará cada vez más seguido en la plataforma con información también falsa relacionada a la primera a la cual accedió.

Cass Sustein, profesor de la Universidad de Chicago, durante el año 2007 desarrolló una investigación sobre los efectos que tiene en las personas la sobreexposición a información de un solo sector político, o desde un solo punto de vista. Sustein señala que mientras más se exponga a una persona a ideas e información que estarían en concordancia con sus gustos y

³⁴⁴ Drezner, Daniel W. (2016, 16 de junio). *Why the post-truth political era might be around for a while*. The Washington Post. Consultado el 17 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2016/06/16/why-the-post-truth-political-era-might-be-around-for-a-while/?noredirect=on> En Inglaterra, Ipsos Mori, empresa de investigación, realizó un estudio sobre diversas materias relacionadas a la Unión Europea y el Reino Unido en relación al Brexit, donde la percepción de los encuestados está muy alejada de la realidad. Disponible en <https://www.ipsos.com/ipsos-mori/en-uk/perils-perception-and-eu>. Asimismo, en Estados Unidos, la encuesta Gallup, en el año 2016, pleno año electoral, señaló que la confianza de los ciudadanos estadounidenses en sus instituciones alcanzó los niveles más bajo en la historia, con un 32%. Disponible en: <https://news.gallup.com/poll/192581/americans-confidence-institutions-stays-low.aspx>

³⁴⁵ Drezner, Daniel W. (2016, 16 de junio).

opiniones, más esta persona se vuelve un “extremista” de la idea. Esto es lo que llama “la polarización de los extremos.”³⁴⁶ El problema que identifica es que, si esta polarización se hace en base a información falsa, esto podría suponer un riesgo para la democracia. En las redes sociales e internet, por los algoritmos ya señalados, el usuario cada vez se encontrará con más información y contenidos acorde a sus preferencias, y, en ese sentido, se podría transformar en un extremista de sus ideas. Sunstein señala al respecto que existe “*un riesgo general que aquellos que se reúnen juntos, en internet o en otros lugares, acabarán confiados y equivocados, simplemente porque no han sido suficientemente expuestos a contraargumentos. Incluso pueden pensar en sus conciudadanos como adversarios o adversarios en algún tipo de ‘guerra’*”.³⁴⁷ El riesgo para la democracia es aún mayor si esta polarización de extremos se hace en base a información falsa.

En un escenario en que, en los medios de comunicación más influyentes actualmente, como lo son las redes sociales, circule información falsa, y que esta sea consumida por los ciudadanos, puede provocar un ejercicio imperfecto de la democracia, dado que el ciudadano, fuente primaria de la democracia, estaría actuando en base a información errónea, y que muchas veces responde no al interés colectivo, sino que, a algún interés privado, ya sea económico o político. Por ejemplo, acorde a un estudio realizado por BuzzFeed³⁴⁸, durante los últimos tres meses de campaña en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de 2016, las 20 noticias falsas con mayor rendimiento y tráfico en la red superaron a las 20 noticias verdaderas, y, dentro de las falsas, 17 favorecían a Donald Trump.³⁴⁹

³⁴⁶ Sunstein, Cass R. (2007, 15 de diciembre). *Divided we fell: self-sorting, the internet and enclave extremism* Princeton University Press. Investigación disponible en <https://arthurmag.com/2007/12/15/divided-we-fell-self-sorting-the-internet-and-enclave-extremism/>

³⁴⁷ Sunstein, Cass R. (2007, 15 de diciembre). Texto original: “*There is a general risk that those who flock together, on the Internet or elsewhere, will end up both confident and wrong, simply because they have not been sufficiently exposed to counterarguments. They may even think of their fellow citizens as opponents or adversaries in some kind of “war.”*”

³⁴⁸ BuzzFeed es una empresa de medios de comunicación digital, centrada en la difusión y estudio los contenidos virales que circulan en la red. Más información en <https://www.buzzfeed.com/about>

³⁴⁹ Silverman, Craig. (2016, 16 de noviembre). *This Analysis Shows How Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook* [en línea]. Buzzfeed. Disponible en https://www.buzzfeed.com/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook?utm_term=.rcRZeqP4Z7#.rmd12JZ114

Ahora, si las principales redes sociales se concentran, habría aun mayor posibilidad de divulgación de esta información falsa, ya que los algoritmos que propondrían este tipo de información al usuario funcionarían de igual manera en las diferentes redes sociales controladas por agentes con posición dominante, dado que estas plataformas compartirían entre ellas los datos de los usuarios. Por lo tanto, el usuario, al acceder a cualquiera de estas plataformas, se encontraría con contenidos e información parecida a la que encontraría en cualquier otra red social del mismo agente.

A pesar de todo lo que se ha dicho, y de ahí la preocupación que se ha manifestado a lo largo de este ensayo, dentro de las operaciones de concentración de mercado, no se analizan habitualmente los riesgos antes descritos y ni siquiera los conceptos de “privacidad” o “protección de datos” de los usuarios. La Federal Trade Commission ha señalado explícitamente en sus directrices para el análisis de fusiones del año 2010 que este debe centrarse en si la operación disminuye o no la competencia, sin mencionar aspectos como la privacidad o los datos, lo cual limita la actuación de los órganos encargados de efectuar tal análisis. Es más, tanto la FTC como la Comisión Europea, en el análisis del caso Facebook/Whatsapp, como en otros, han señalado expresamente que no debe considerarse a la privacidad a la hora de analizar estas operaciones de concentración.³⁵⁰

Nuestra opinión es que ese acercamiento es erróneo. El punto es que, en un mercado concentrado, el usuario –especialmente el acostumbrado a consumir información desde las redes sociales- tendría, por los efectos de red ya señalados y los costos de cambio que supone utilizar una nueva red social poco valorizada, pocas opciones de acceder a otras fuentes de información, o a otras plataformas de redes sociales dentro de internet en las cuales no funcione un algoritmo que lo exponga a información falsa.³⁵¹ Por lo tanto, en razón del

³⁵⁰ Tucker, D. S. (2015). *The proper role of privacy in Merger Review*, CPI Antitrust Chronicle, p.3.

³⁵¹ Cabe precisar en este punto que es perfectamente posible que el usuario acceda a otras fuentes de información “fuera” de las redes sociales, por ejemplo, entrando a diarios electrónicos, sin costos de cambios. El punto en este análisis es que esto supondría un esfuerzo extra del usuario, una intencionalidad de buscar una determinada información por su propia cuenta. En las redes sociales, muchas veces la información “aparece”, y no es buscada, tal y como se analizó con los avisos buscados y no buscados. Lo importante es que un usuario común de redes sociales se ve expuesto a mucha información día a día en la plataforma, y corroborar esa información en otras fuentes fuera de la plataforma sería un ejercicio que, si bien se puede hacer, es poco probable, por el comportamiento mismo del usuario, que lo haga respecto de cada información disponible en la red social. Es en este contexto que se afirma que se señala que el usuario de red social tendrá pocas opciones de acceder a otras

algoritmo de las redes sociales, habría una especie de círculo vicioso de información falsa una vez que el usuario acceda y se interese en un contenido falso.

Facebook ha sido la primera red social que ha iniciado una campaña en contra del problema de las noticias falsas en su plataforma. Conscientes de que un gran número de personas utiliza como fuente primaria para informar lo expuesto en la red social, la empresa de Zuckerberg ha creado una herramienta para denunciar y eliminar las noticias falsas, el cual busca tres objetivos. El primero de ellos es eliminar los incentivos económicos que genera la difusión de noticias falsas, y, en ese sentido, acabar con este mercado que se ha generado. El segundo objetivo es proteger y fomentar la diversidad de contenidos e información confiable, dejando en evidencia las que son falsas. Esto ayudaría a lograr el tercer objetivo, el cual es fundamental para nuestro estudio, que es que las personas puedan formarse opinión y tomar decisiones basadas en información real y verdadera, sobre todo en procesos tan importantes como elecciones populares.³⁵² Sin perjuicio de estos intentos por parte de Facebook de combatir la difusión de información, esto, como se ha manifestado con los diversos ejemplos en Estados Unidos, ha sido insuficiente.

Ahora, más allá del problema de la información falsa, el profesor Jeffrey Rosen da otro ejemplo muy claro del peligro que supone para la libertad el hecho de que un agente ejerza una posición dominante en un mercado de medios de comunicación, como lo sería el de las redes sociales. Él da el caso hipotético de que Google, en un futuro próximo, instalara cámaras de vigilancia 24/7 en las calles de una determinada ciudad.³⁵³ Esto sería una especie de versión mejorada y evolucionada de la ya conocida aplicación Google Maps, mediante la cual podemos movernos por todo el mundo en un mapa con imágenes reales de las calles de cualquier ciudad del mundo. Un paso más allá sería hacer esto mismo, pero en tiempo real, es decir, que cualquier persona desde cualquier ubicación en el mundo pueda, mediante un clic en un computador desde su hogar, ir a otro lugar del mundo y ver lo que hacen las personas en

fuentes respecto de cada información puntual disponible en la red social, sobre todo si son informaciones falsas abaladas por algoritmos que incentivan su aparición en las otras plataformas que controle el agente económico con posición dominante.

³⁵² Facebook lanza herramienta para detectar noticias falsas. (2017, 4 de julio). Diario Semana. Consultado el 17 de agosto de 2017. Disponible en: <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/facebook-lanza-herramienta-para-detectar-noticias-falsas/521389>

³⁵³ Rosen, Jeffrey. (2012), p.1525-1526.

tiempo real. El profesor Rosen se pregunta si este tipo de aplicación vulneraría la privacidad de las personas. Esta pregunta no deja de ser extremadamente importante, dado que es posible que Google tenga incentivos privados incompatibles con los intereses generales, pudiendo hacer una mala utilización de una herramienta que en principio no tendría problemas desde el punto de vista ético. Imaginemos que se produce una fusión en el mercado de las redes sociales de tal forma que Google, que ya es propietaria de la red YouTube, sea comprada por Facebook. ¿Cómo funcionaría entonces este sistema de cámaras 24/7 en caso de que el controlador de dicho dispositivo no solo tenga acceso a los movimientos de los ciudadanos, sino que también, mediante la información que entregamos en Facebook, tenga acceso a sus datos y preferencias? ¿Más aun sabiendo que Facebook no forma parte de la Global Network Initiative?³⁵⁴

Todas estas preguntas y todos estos riesgos se provocan porque las legislaciones a nivel mundial se han ido quedando atrás respecto al avance y la innovación en las nuevas tecnologías. Hay un desajuste temporal entre, por un lado, la protección y difusión de ideas democráticas como la libertad de expresión y la privacidad, y, por otro lado, los avances tecnológicos, sobre todo en internet y redes sociales. Fred Friendly, presidente de “CBS News”, señaló en relación con este tema que *“antes de cualquier pregunta sobre libertad de expresión, viene la pregunta sobre quien controla el master switch”*.³⁵⁵ El problema es que en las redes sociales si bien se sabe quién controla el “interruptor”, no se sabe bien con qué propósitos, bajo qué incentivos, y qué consecuencias pueda tener para la libertad de expresión y la democracia. Puede haber, como se señaló, incentivos económicos o políticos para favorecer un punto de vista o un mensaje en particular, o bien, la misma plataforma, por la forma en que está estructurada, puede propiciar un escenario en que se divulgue información falsa que, al final del día, en principio, afectaría a la democracia.

La pregunta pertinente en este punto sería: ¿cómo regular a las redes sociales? ¿Son medios de comunicación social? Si fuese así, debiesen estar expuestos a las regulaciones a las que están sometidos los medios de comunicación tradicionales como la radio o televisión, por ejemplo, en materia de neutralidad. ¿Cumplen las redes de internet roles como para ser

³⁵⁴ Incluso sabiendo que la Global Network Initiative es una forma de autorregulación a la cual las empresas pueden adherir voluntariamente.

³⁵⁵ Wu, Tim, (2010), p.13.

llamadas servicio público? ¿O son empresas privadas sin ninguna función social? Rosen y Wu hacen el hincapié en este punto. Las industrias de información no pueden ser tratadas como cualquier otra empresa de otro rubro.³⁵⁶ Su estructura, su funcionamiento, su importancia y su rol público fundamental para la ciudadanía hacen que no puedan ser vistas como cualquier otra firma; más bien debe entenderse que su rol e importancia publica va más allá de que su estructura sea de derecho privado. Como ya se expuso, la profesora Pantoja de la Universidad de Nueva Extremadura sostiene que las redes sociales son y deben ser tratadas como nuevos medios de comunicación masivos, y no como cualquier otro sitio web al cual podemos acceder en internet.

La idea es evitar un poder de mercado en el negocio de las redes sociales que ponga en riesgo la diversidad de contenidos. La prohibición de censura hoy en día no solo debe ser vista como una prohibición centrada en los organismos públicos o en los medios de comunicación masivos tradicionales, sino que también debe ser introducida y desarrollada regulatoriamente en las nuevas tecnologías para evitar situaciones que afecten a las personas que ingresen a redes sociales en busca de diversos contenidos. Este es el desafío que debe superar el riesgo de la concentración de las redes sociales más populares en manos de un agente de mercado. En definitiva, al analizar las operaciones de concentración, se debe ir más allá de los efectos en la competencia y se deben introducir elementos nuevos como la privacidad y los datos de los usuarios. La idea es proteger la democracia, y para eso el derecho debe hacerse cargo de tal problema. Lo señalado, en su época, por el juez Brandeis, y actualmente por intelectuales como Tim Wu, es totalmente pertinente en el caso de las redes sociales y una hipotética concentración de mercado entre ellas.

³⁵⁶ Wu, Tim, (2010), p.13.

CAPITULO V: El desafío en el derecho interno: regulación de las redes sociales desde la libre competencia.

En nuestro país, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, los temas de nuevas tecnologías, innovación, redes sociales y su posible vinculación con la libertad de expresión y la democracia aún no han sido desarrollados largamente. El punto es que la legislación nacional no reconoce a las redes sociales como medios de comunicación masivos³⁵⁷, y, por lo tanto, no les ha aplicado la regulación y normativa que sí rige para los medios de comunicación tradicionales en relación con operaciones de concentración entre estos.³⁵⁸

Esto no obsta a que Chile tenga el título de ser el primer país del mundo en haber dictado una ley sobre neutralidad de red, a través de la ley N° 20.453 en julio del año 2010, mediante la cual se prohíbe la discriminación o barreras de acceso a la red de internet. La red debe ser utilizada por todos en condiciones iguales, sin barreras o restricciones de acceso y uso de la red de internet, y de los contenidos y sitios que esta contiene.³⁵⁹

Si bien, como se señaló, no ha habido gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la concentración de mercado en los nuevos medios de comunicación social y su posible relación con la libertad de expresión y la democracia, el Servicio Electoral de Chile (Servel),

³⁵⁷ Las leyes más importantes en relación a los medios de comunicación social en Chile, es decir, la ley N°19.733 Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo y la ley N°18.168 (Ley General de Telecomunicaciones), no se refieren a las redes sociales como medios de comunicación masivos.

³⁵⁸ La diputada María José Hoffman y el diputado Ramón Farías, el año 2014, presentaron un proyecto de ley (N°9460-19) en el cual solicitan la modificación de la Ley 19.733 para efectos de agregar a los diarios digitales como medios de comunicación social propiamente tal, sin necesidad de recurrir al oficio n°1891 de marzo del 2001 de la Superintendencia de Valores y Seguros, en el cual se homologa a estos periódicos digitales con los diarios de soporte material para efectos de realizar las publicaciones legales que corresponda. Sin perjuicio de que este proyecto de ley es un reconocimiento a los soportes digitales como medios de comunicación, este solo se refiere a los diarios digitales, tales como *El Mostrador*, y no se refiere a las redes sociales en particular. Más información sobre el estado del trámite legislativo en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9873

³⁵⁹ En específico, la ley N° 20.453, que modifica la ley N°18.168 General de Telecomunicaciones, en el artículo 24 letra h) señala que los proveedores de servicios de internet “*No podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red.*”

indirectamente, ha dado a entender su postura frente al rol de la información de redes sociales en materias políticas.

1- Postura del Servel

El Servel, en el primer “Manual de Consulta de Campaña y Propaganda Electoral” para las Elecciones Municipales del año 2016, en la sección “Propaganda electoral en medios de comunicación”, señaló que no se podrá realizar propaganda electoral a través de redes sociales como Facebook o Twitter.³⁶⁰ En ese sentido, aun cuando la legislación formal no las considera aún como tales, el Servel reconoció indirectamente la calidad de medio de comunicación social a las redes sociales. Además, el hecho de que el Servel se preocupe, a la hora de una campaña electoral, de las redes sociales, da cuenta de cierta conciencia de que estas pueden tener un rol importante en la formación de opinión de los ciudadanos, y, en definitiva, en la democracia de un país. Asimismo, la prohibición de propaganda política en las redes sociales podría dar cuenta de una desconfianza hacia ellas y de su rol de plataforma neutra para la exhibición imparcial de material de propaganda política, sin perjuicio de que, posteriormente, el Servel modificó esta decisión y permitió la propaganda electoral por redes sociales.³⁶¹

³⁶⁰ El Servel argumenta que la ley N°18.700, la Ley Orgánica Constitucional Sobre Votaciones Populares y Escrutinios, en su artículo 31, señala que se entenderá por propaganda electoral “todo evento o manifestación pública y la publicidad radial, escrita, en imágenes, en soportes audiovisuales u otros medios análogos”. En ese sentido, el organismo sostiene que la ley no señala nada respecto de los soportes digitales y las redes sociales. Por ende, el Servel interpreta que no se puede efectuar propaganda electoral en dichos soportes dado que no serían “manifestaciones públicas” para efectos del artículo 31 de la ley 18.700, sino que corresponden a comunicaciones privadas.

³⁶¹ *Servel se retracta y permitirá campañas por medio de redes sociales.* 3 de agosto de 2016. Diario electrónico *Cooperativa*. Consultado el 10 de agosto de 2016. Información disponible en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/municipales/servel-se-retracta-y-permitira-campanas-por-medio-de-redes-sociales/2016-08-03/181300.html>. El “Manual de Consulta de Campaña y Propaganda Electoral” del Servel fue modificado, incluyendo a las “redes sociales” dentro de los medios digitales en los cuales se puede efectuar propaganda electoral. Manual disponible en: https://www.servel.cl/wp-content/uploads/2016/09/Manual_propaganda_2016_09_02.pdf. El Servel modificó su decisión ante la ola de críticas del mundo político y los intentos, a través de la actividad legislativa, de modificar esta decisión. Si bien el organismo electoral sostuvo su idea de no considerar a las redes sociales como manifestaciones públicas, entendiéndolas por lo tanto como comunicaciones privadas, igualmente aclara que “*se podrán efectuar comunicaciones privadas tales como correos físicos o electrónicos, llamadas o mensajes telefónicos o las que se realizan por medio de internet a través de redes sociales, ya que no constituyen ‘manifestaciones públicas’ y, por ende, no son propaganda electoral, según la definición de la actual legislación*”. Comunicado Servel disponible en: <https://www.servel.cl/comunicado-sobre-propaganda-electoral/>.

Ahora, si bien se señaló que no hay mayor jurisprudencia respecto de la relación entre plataformas de redes sociales y libertad de expresión, dado que el derecho chileno no las reconoce como medios de comunicación, sí hemos visto casos en que la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se han pronunciado sobre operaciones de concentración que pudieren dar lugar a una posición dominante de un agente en el mercado de los medios de comunicación tradicionales, tales como la radio o la televisión. Estos pronunciamientos son en virtud de la ley N°19.733 sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Esta ley, fundamental en el ámbito de los medios de comunicación masivos, fue creada con el fin de proteger el pluralismo informativo y la diversidad de opiniones que deben estar presentes en los medios de comunicación social. En específico, la ley, en su artículo 38, señala que todo cambio o modificación en la propiedad de un medio de comunicación masivo debe ser informado a la Fiscalía Nacional Económica, dentro de treinta días de ejecutado, y en caso de que sea sobre medios de comunicación masivos sujetos al sistema de concesión otorgado por el Estado, el acto deberá contar con un informe previo favorable de la Fiscalía Nacional Económica referido a sus efectos sobre la competencia en el mercado. Antes de la entrada en vigencia de la ley N°20.361, que modificó la ley N°19.733, quien tenía competencia para conocer de estos asuntos era el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por lo tanto, analizaremos tanto la visión del TDLC como de la FNE sobre la concentración de mercado en medios masivos de comunicación social.

Asimismo, el artículo 37 inciso primero de la misma ley señala que, para efectos de esta ley, se *“consideraran, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los que entraban la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación”*. El legislador, claramente, está preocupado por la difusión de información en los medios de comunicación social, y establece que todo acto que afecte a la circulación de información estaría impidiendo la libre competencia.

Cabe hacer presente que el informe o consulta previa a la FNE que señala el artículo 38 de la ley N°19.733 opera de manera independiente a las reglas generales del Decreto Ley N°211, que señala, en el Título IV, que toda operación de concentración de mercado debe notificarse

previamente a la Fiscalía Nacional Económica en dos casos: cuando las ventas de los agentes comerciales que se van a concentrar superen el umbral fijado por el Fiscal Nacional Económico mediante resolución, o bien que por separado, al menos uno de los agentes económicos que van a concentrarse haya generado ventas que superen el umbral que fija también el Fiscal Nacional Económico a través de una resolución. Por lo tanto, en el caso de la ley N°19.733, este umbral no opera, y deben considerarse solo las hipótesis del artículo 38 de dicha ley para efectos de comunicar o solicitar un informe previo a la FNE sobre una determinada concentración de mercado en los medios de comunicación.

2- Postura Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Dentro de la jurisprudencia del TDLC, un fallo que llama la atención por la argumentación expuesta por el Tribunal es el del caso de la compra de GLR Chile Limitada a Claxson Chile S.A. de la totalidad de acciones de la sociedad Iberoamerican Radio Chile.³⁶² Mediante esta fusión, Claxson controlaría un 12,2% del total de concesiones radiofónicas asignadas en el país, con más de 230 concesiones de radiodifusión en todo el territorio nacional. Más allá del análisis económico y jurídico de lo que representa la fusión en relación con el mercado de la radiodifusión y cómo se distribuyen las concesiones de radiodifusión en el espectro limitado disponible, lo importante es recalcar el análisis sobre libertad de expresión y pluralismo como bienes fundamentales que el Tribunal debe cautelar. El Tribunal señala claramente que la ley N° 19733 fue establecida en resguardo de la pluralidad y la diversidad informativa. Asimismo, en el considerando Cuarto, el Tribunal recalca la especial preocupación del legislador en la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social, dado que esta sola circunstancia puede resultar atentatoria para el funcionamiento del sistema democrático, y, en ese sentido, el Tribunal considera como esencial para la libertad de expresión que exista pluralidad de medios de comunicación social.³⁶³ El fin de estas normas, según el Tribunal, es que haya un adecuado equilibrio entre el pluralismo y la economía de mercado con el objetivo de promover una sociedad y democracia pluralista y transparente. En ese sentido, es importante la diversidad de medios de

³⁶² TDLC, 27.07.2007, Resolución n° 20/2007. Procedimiento compra acciones Iberoamerican Radio Chile S.A.

³⁶³ TDLC, 27.07.2007, Resolución n° 20/2007, p.38.

comunicación y que no se concentren la mayoría en un solo agente, para que así haya más posibilidades de contrastar la información que un medio en específico difunda con información de otro medio de comunicación. Para lograr esto, según el TDLC, la libre competencia es el instrumento más idóneo para alcanzar un grado razonable de pluralismo y diversidad de la información.

3- Postura Fiscalía Nacional Económica

La Fiscalía Nacional Económica, por su parte, en el caso de la compra del grupo Luksic de la estación televisiva Canal 13, conocido como “*Adquisición de Universidad Católica de Chile Corporación TV (Canal 13) por Inversiones TV-Medios*”³⁶⁴, entregó un análisis interesante en cuanto a los posibles riesgos que tal operación supondría en los avisos publicitarios que el canal televisivo emite. En el caso, la Fiscalía hizo presente el riesgo de que el medio de comunicación social tuviera cierto sesgo en cuanto a la selección de la información publicitaria que entregaría. En efecto, es posible que Canal 13 favorezca la difusión de contenido publicitario que tenga relación a negocios pertenecientes al Grupo Luksic, y, en ese sentido, estaría influenciada por un elemento externo que provocaría que cierta información sea difundida con mayor claridad y frecuencia, en detrimento de otros contenidos informativos y publicitarios que no irían en interés de los propietarios del medio de comunicación masivo.³⁶⁵ Esto supondría un perjuicio para los demás competidores que buscan un espacio en la televisión para promocionar sus productos, dado que la plataforma estaría discriminando contenidos sin un argumento jurídico o técnico viable. En definitiva, un escenario como el que provocaría una operación entre el grupo Luksic y Canal 13, podría traducirse en conductas anticompetitivas tales como precios discriminatorios o abusivos, o simplemente conductas exclusorias de ciertos agentes publicitarios. La FNE finalmente aprobó la operación, señalando que estos riesgos no tenían la importancia necesaria como para condicionar la operación, y que era poco probable que el grupo Luksic utilizara como medio preferente a Canal 13 para publicitar sus productos en desmedro de otros medios, más aun considerando la existencia de las “agencias de medios”, organismos que sirven de

³⁶⁴ FNE, Fiscalía Nacional Económica, (2010, 24 diciembre).

³⁶⁵ FNE, Fiscalía Nacional Económica, (2010, 24 diciembre), p.27

intermediario entre los medios de comunicación masivos y las empresas que quieren publicitar sus productos. La Fiscalía señaló que la participación del Grupo Luksic en la inversión publicitaria en canales de televisión era del 0.45% del total, y 0,43% en Canal 13, por lo tanto, la operación no revestiría mayores riesgos para la competencia en el mercado de avisajes en el canal.³⁶⁶ Sin perjuicio de la decisión de la FNE, resulta interesante el análisis de cómo afectaría al mercado de avisajes una operación como la señalada.

Otro ejemplo de la preocupación de la FNE por la diversidad de contenidos y el pluralismo se dio en el caso del año 2012 de la compra de Radiodifusión SpA, vinculada a Canal 13, de las radios Oasis y Horizonte.³⁶⁷ La FNE, al interponer un asunto de carácter no contencioso ante el TLDC en virtud del artículo 38 de la ley N°19.733, además de hacer un análisis de los avisos publicitarios en los mismos términos que en el análisis de la compra de canal 13 por parte del Grupo Luksic, también hizo énfasis en que la diversidad y pluralidad informativa son elementos esenciales en el mercado de los medios de comunicación, y que deben protegerse, dado que el legislador tiene especial preocupación por los riesgos que una concentración en la propiedad de los medios de comunicación social puede suponer para el sistema democrático y la libertad de expresión. Para ello, es esencial que exista pluralidad de medios de comunicación.³⁶⁸

Finalmente, y de más reciente data, es la aprobación en Chile de la operación entre AT&T y Time Warner por parte de la Fiscalía Nacional Económica. Si bien, como se ha señalado anteriormente, en Estados Unidos el tema aún no está zanjado a nivel judicial, en Chile la FNE ya se pronunció al respecto, aceptando el acuerdo, sin perjuicio de establecer ciertas medidas de mitigación de los riesgos que representa la operación para la libre competencia, sin que esa decisión haya sido susceptible de recursos. En definitiva, la FNE identificó dos riesgos que debían ser tomados en cuenta. En primer lugar, el traspaso de información relativa a costos e ingresos de rivales, y, sobre todo, en segundo lugar, el posible bloqueo de insumos, es decir, un riesgo de discriminación vertical, que podría ser ya sea limitando la competencia entre los

³⁶⁶ FNE, Fiscalía Nacional Económica, (2010, 24 diciembre), p. 28.

³⁶⁷ FNE. Fiscalía Nacional Económica, (2012, 5 abril). Consulta al TDLC sobre adquisición de Radios Oasis y Horizonte por Radiodifusion SpA.

³⁶⁸ FNE. Fiscalía Nacional Económica, (2012, 5 abril), p.33.

desarrolladores de contenidos, dándole preferencia AT&T, a través de DirecTV, a los contenidos de Time Warner, o bien que esta última solo difunda sus contenidos a través del proveedor de AT&T, negándole este contenido a otros proveedores de servicios de televisión por cable e internet. Ante esto, la FNE aceptó las medidas de mitigación ofrecidas por las empresas contratantes, las cuales eran la protección y resguardo de la confidencialidad de la información sensible a la cual tengan acceso tanto AT&T como Time Warner, y otorgar acceso a los contenidos de Turner en términos no discriminatorios a todos los proveedores de televisión por cable.³⁶⁹

En síntesis, del análisis de las decisiones adoptadas tanto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como por la Fiscalía Nacional Económica en los casos señalados, es posible observar una clara preocupación de estos organismos por la neutralidad, la democracia y el pluralismo informativo, evitando la discriminación arbitraria de contenidos en los medios de comunicación. Para proteger dichos valores, la libre competencia juega un rol esencial, evitando los riesgos de fuertes concentraciones de mercado en los medios de comunicación tradicionales que puedan dar paso a riesgos de abusos y conductas anticompetitivas, no sólo en lo económico, sino que también en lo relativo al pluralismo.

4- Propuesta regulatoria en Chile

El análisis hecho tanto por la FNE como por el TDLC en base a la ley N°19.733 sobre libertad de opinión e información es interesante dado que establece una relación directa entre la pluralidad informativa, la libertad de expresión y concentración en medios de comunicación social tradicionales. El punto fundamental, en caso de las redes sociales, es hacer igualmente este vínculo entre una concentración de mercado a nivel de la plataforma y valores como la pluralidad y diversidad de contenidos. Para aquello, y para que las autoridades en libre competencia sean competentes para conocer este tipo de casos, es fundamental dar el paso hacia entender, ya no solo doctrinalmente, sino que legalmente, a las redes sociales como nuevos medios de comunicación social, dado que, de esa forma, deberán cumplir con reglas y

³⁶⁹ FNE. Fiscalía Nacional Económica, (2017, 4 septiembre). Consulta a la FNE por compra de Time Warner por parte de AT&T.

estándares legales respecto a su comportamiento en relación con la información que en ellas se divulgue. Solo de esta forma se podrían enfrentar más adecuadamente los problemas de libre competencia y de libertades públicas que se provocarían por los incentivos que genera un mercado donde las redes sociales más utilizadas estén altamente concentradas.

Es la misma ley N°19.733 la que da una definición bastante amplia de lo que se entiende, para efectos de esta ley, como medio de comunicación social. En efecto, la ley, en su artículo 2, señala que se entenderá por medio de comunicación *“aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado”*. Asimismo, respecto del pluralismo informativo, en el artículo 3 señala que *“el pluralismo en el sistema informativo favorecerá la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país.”*

Atendiendo a las características que se han señalado a lo largo del presente ensayo respecto de las redes sociales, además del rol que tendrían y la importancia en la vida diaria de sus usuarios, se podría señalar que el concepto de red social, en tanto plataforma principal de comunicación y de interacción hoy en día entre ciudadanos, se puede asimilar a lo que la ley N°19.733, en su artículo 2, señala como definición de “medios de comunicación”, dado que cumple con las características que contempla dicho artículo como propias de un medio de comunicación social. Es más, la ley hace hincapié en que el soporte no es un elemento importante a la hora de definir un medio de comunicación, lo cual ahorra todo debate en torno a si la plataforma digital de la red social puede asimilarse a los soportes tradicionales de los medios de comunicación.

En ese sentido, el siguiente paso lógico es dar por establecido, aclarándolo por vía de una reforma legislativa del tipo *ley corta*, que el artículo 3 que protege el pluralismo informativo sería totalmente pertinente y aplicable a las redes sociales en tanto nuevos medios de comunicación social de la era digital, lo cual en cierta forma representaría una protección legal frente a la amenaza que representa para el pluralismo y la diversidad de contenidos que el mercado esté fuertemente concentrado.

Por lo tanto, resumiendo, bien debiera considerarse legislativamente a las redes sociales, en virtud del artículo 2 de la ley N°19.733, como un medio de comunicación social. El punto es que esto tendría consecuencias en caso de concentración de mercado en las redes sociales. Como ya se vio, el artículo 38 de esta misma ley establece un mecanismo de consulta previa a la FNE en caso de cualquier hecho relevante que suponga la modificación o cambio de propiedad de un medio de comunicación social. Esta norma buscaría proteger el pluralismo informativo, la competencia y la diversidad de contenidos, asegurando que existan diversos medios de comunicación, y que la mayoría no esté en control de un solo agente, para lo cual es necesario que, ante este tipo de acuerdos, la FNE se pronuncie y autorice la operación, bajo criterios duales de libre competencia y protección del pluralismo.

En definitiva, lo que se propone, dado que las redes sociales podrían considerarse como medios de comunicación, y dado que la ley N°19.733, a través del artículo 38, establece una relación directa entre libertad de expresión, democracia y libre competencia, es que las operaciones de concentración de mercado entre redes sociales también deban respetar esta norma, y deban someterse al control *ex ante* del artículo 38 por parte de la FNE, independientemente de los umbrales de ventas en Chile a los que se refiere el artículo 48 del Decreto Ley N°211. Por lo tanto, una modificación de la ley N°19733 en la cual se señale expresamente, para evitar dudas, que las redes sociales son medios de comunicación social solo para efectos de esta ley y del control preventivo del artículo 38, se haría necesaria, sobre todo por los valores democráticos en juego en estas plataformas virtuales tan importantes y tan fundamentales a la hora de formar opiniones e informar a la ciudadanía. Es importante tomar en consideración que solo para efectos de esta ley una red social se consideraría medio de comunicación social para el control preventivo de la FNE, dado que, si se considera como medio de comunicación sin más, quedarían sometidas a todas las otras obligaciones que establece la ley, lo cual es inviable e imposible de cumplir por el dinamismo y rapidez con que se desarrollan las redes sociales.

Asimismo, se propone una modificación de la ley N°20.453 sobre la neutralidad de red, extendiendo las reglas de dicha neutralidad no solo a los proveedores de servicio de internet,

acorde a los señalado en el artículo 24 H de dicha ley, sino que también a las redes sociales o plataformas digitales, o al menos, a las que tengan posición dominante, previa calificación de la Fiscalía Nacional Económica, para así evitar que estas discriminen contenidos de forma arbitraria, ya sea por razones económicas o bien políticas. El artículo 24 H, a grandes rasgos, prohíbe la discriminación y limitación arbitraria de contenidos por parte de los ISP. Lo que se busca con esta reforma, como ya se señaló, es que exista una “neutralidad de plataforma”, y para aquello, es indispensable que se apliquen las prohibiciones del artículo 24 H a las redes sociales, para que así una red social “*no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos*”. De esta forma, se estaría asegurando, vía normativa de rango legal, que las redes sociales no discriminarán contenidos arbitrariamente, y así se protegería el pluralismo informativo y la libertad de expresión en estas plataformas digitales.

CONCLUSIÓN

En el presente ensayo se hizo un recorrido histórico por la regulación de libre competencia en EE.UU. desde finales del siglo XIX hasta nuestros días, para así poder analizar y entender el fenómeno que se está dando en la reflexión de libre competencia a propósito de la operación de AT&T con Time Warner. Estas nuevas voces que abogan por más intervencionismo de la autoridad de libre competencia, y porque esta última considere elementos no económicos en el análisis de operaciones de concentración, se alzan en respuesta a la mirada meramente económica que ha dominado al estudio y aplicación de la libre competencia en Estados Unidos. Lo fundamental es entender que en operaciones de concentración no solo están en juego elementos económicos, sino que hay un conjunto de consideraciones, más allá de lo económico, que se verían afectadas. En efecto, las doctrinas previas a la Escuela de Harvard, donde la Sherman Act jugó un rol importante, y las actuales voces que retoman estas doctrinas para criticar el Acuerdo, sostienen que la relación entre poder económico y poder político es real y debe ser analizada en las operaciones de concentración, dado que lo que está en riesgo son las libertades públicas, la diversidad informativa, y la democracia en último término.

Esto último es aún más importante en el caso de operaciones de concentración en medios de comunicación masiva social. La fusión de AT&T con Time Warner ha abierto el debate en Estados Unidos sobre cómo debe afrontar la autoridad de libre competencia las operaciones de concentración en mercados como los de medios de comunicación social, dado que en ellos los riesgos para elementos no económicos, como el pluralismo de contenidos, por ejemplo, son aún más evidentes que en cualquier otro mercado.

Un análisis Chicago o Post-Chicago de una operación como la de AT&T con Time Warner no supondría mayores problemas. Este es el punto: económicamente, este tipo de operaciones no daría lugar a muchos reproches. Si bien puede haber riesgos económicos asociados a la concentración de poder de mercado en un agente, los cuales fueron analizados en el presente ensayo, estos riesgos para la libre competencia son comunes y generalmente

están presentes y son tenidos en cuenta en los análisis clásicos de operaciones de concentración. El problema surge, por lo tanto, no desde lo económico, sino desde lo público, desde lo político. Los riesgos para valores tan importantes como la concentración de poder político, la libertad de expresión y el pluralismo informativo son elementos no económicos que no aparecen en los análisis clásicos de una operación de concentración en libre competencia, y que debiesen ser tomados en cuenta a la hora de analizar operaciones de concentración, sobre todo en el caso de los medios de comunicación.

Este modelo de análisis se replica en el caso de las redes sociales. Su importancia, y su rol informativo para la gran mayoría de sus usuarios, son elementos que deben ser tomados en consideración por las autoridades a la hora de analizar operaciones de concentración en el mercado de las redes sociales, para evitar que se generen incentivos en las plataformas de prácticas contrarias al pluralismo informativo y la diversidad de contenidos. El ejemplo de Donald Trump y su elección como presidente de EE. UU. demuestra lo importante que pueden llegar a ser las redes sociales para una comunidad. La desinformación, o la divulgación de información de un solo punto de vista, imposibilitando que otros sean igualmente difundidos, es un problema real en las redes sociales, y con consecuencias y ejemplos concretos. Que se haya desarrollado un negocio de información falsa en las redes sociales no se debe banalizar, y debe ser tomado como una alerta de que, si no se regula a las plataformas en base al interés público, se podrían seguir replicando estas situaciones. Este es el debate que se está desarrollando hoy en día en Estados Unidos, por el rol que jugó Facebook en las elecciones presidenciales del 2016.

El punto es que las autoridades deben tomar en consideración todos estos elementos. En ese sentido, la red social ya no debe ser vista como una empresa que responde solo a incentivos e intereses privados. Se debe, por parte de las autoridades, tomar conciencia del rol y la función pública que ejercen estos medios de comunicación digitales, y asumir y regularlos como tales. La estructura clásica del medio de comunicación se está dejando atrás. La televisión, la radio o el diario ya no son los únicos medios mediante los cuales los ciudadanos se informan. Por lo tanto, estos nuevos medios de comunicación social que representan las

redes sociales deben ser regulados como tales, cuestión que aún no sucede, y que se propone en el presente ensayo.

En definitiva, y tras un análisis de los casos de AT&T/Time Warner y un hipotético caso de concentración en redes sociales, es posible concluir que sí habría cierta relación entre libertad de expresión, democracia y libre competencia. Sin embargo, no es una relación explícita y fácil de reconocer. En una sociedad, y, sobre todo, en una política gobernada por las ciencias y la economía, reconocer elementos que pertenecerían a las ciencias sociales en temas que en las últimas décadas han sido tratados solo bajo preceptos científico-económicos, es un ejercicio que supone un mayor esfuerzo, y un mayor compromiso con la sociedad y la democracia.

Esta relación en Chile sí es reconocida en las operaciones de concentración en los medios de comunicación tradicionales, como lo son la televisión o la radio, mediante la ley N°19.733 sobre libertad de opinión y de información, e indirectamente, mediante la ley N°20.453, en cuanto establece los principios de neutralidad de las redes de telecomunicaciones. La FNE y el TDLC han reconocido, en diversos fallos, la preocupación del legislador por valores como la diversidad, la libertad, y la democracia a la hora de analizar operaciones económicas de concentración. La propuesta hecha en este ensayo apunta a que se siga en esa dirección, haciendo extensiva la normativa de la ley N°19.733 y N°20.453 a las redes sociales. Es decir, se busca con la propuesta de modificación legislativa que las redes sociales, para efectos del control del artículo 38 de la ley N°19.733, se consideren como medios de comunicación social, y en ese sentido, se someta cualquier operación de concentración que las involucre a un control *ex ante* por parte de la FNE, para así controlar no solo aspectos competitivos en los mercados afectados por dichas operaciones, sino que también otros aspectos tales como el pluralismo informativo y la libertad de opinión. Asimismo, se sugiere en lo referido a la regulación sobre neutralidad de red, que esta se debe ampliar a las redes sociales o plataformas digitales en sentido amplio, al menos aquellas que la FNE pueda declare como dominantes, para que estas actúen como plataformas neutras en relación al contenido que en ellas se difunda, evitando discriminaciones arbitrarias.

En conclusión, con todo el recorrido que se ha hecho en el presente ensayo se ha buscado dejar en evidencia que no solo hay aspectos económicos envueltos en operaciones que crean monopolios o entidades con poder de mercado, sino que, en base a una lógica de la nueva Escuela que revive los postulados del juez Brandeis, hay otros aspectos que pudieren verse comprometidos. En ese sentido, el mundo digital y su constante evolución, y, sobre todo, su gran importancia en relación al flujo de información que en ellos circula, suponen un desafío para las autoridades de libre competencia. Se hace necesario un nuevo enfoque, alejado de los postulados de la Escuela de Chicago, para efectos de entender los verdaderos alcances que pudiesen tener acuerdos u operaciones que modifiquen la propiedad de los medios digitales, en este caso, de las redes sociales.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos de revistas y otros:

- Alcántara, José (2010). *La Neutralidad de la Red y por qué es una pésima idea acabar con ella* [en línea].
- Areeda, Philip & Turner, Donald F. (1975). *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act*. J. Reprints Antitrust L. & Econ., 6, 219.
- Arias Bustamante, Daniel (2014). *Adaptación del principio de neutralidad de la red a la realidad costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- Bain, Joe S. (1986). *Structure versus conduct as indicators of market performance: the Chicago-school attempts revisited*. Antitrust L. & Econ. Rev., vol. 18.
- Bain, Joe S. (1954). *Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries*. The American Economic Review
- Baker, Jonathan B. (2002). *A preface to post-Chicago antitrust*. Post-Chicago Developments in Antitrust Law.
- Barata Mir, Joan (2012). *El concepto de net neutrality y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes*. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. Nº 12.
- Baumol, W. J. (1986). *Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure*. Microtheory: applications and origins.
- Bernete, Francisco. (2009). *Usos de las TIC, relaciones sociales y cambios en la socialización de las y los jóvenes*. Juventud y nuevos medios de comunicación, Revista De Estudios de Juventud.
- Boni, Federico. (2008). *Teorías de los medios de comunicación*. Univ. Autònoma de Barcelona.
- Botero Latorre, Aura María, et al. (2008). *Aplicación de la prohibición de la cláusula de exclusividad en los contratos de suministro a los demás contratos de distribución comercial*. Tesis de Licenciatura. Universidad EAFIT.
- Bourdieu, Pierre (1997). *Sobre la televisión*. Barcelona: Anagrama.

- Bowman, Jeremy (2016, 18 de noviembre). *Better Buy: The Walt Disney Company vs. Time Warner*. The Motley Fool [en línea].
- Brandeis, Louis D., & Lewis, C. M. (1934). *The Curse of Bigness: Miscellaneous Papers of Louis D. Brandeis*. Viking Press.
- Brock, G.W. (1981). *The Telecommunications Industry: The Dynamics of Market Structure*. Cambridge: Harvard University Press.
- Byers, Dylan (2017, 31 de octubre). *126 millones de usuarios de Facebook recibieron contenidos de páginas relacionadas con Rusia*. CNN [en línea].
- Caldevilla, David (2009). *La política se introduce en las redes sociales*. Pensar la Publicidad, Volumen III, número 2. Madrid.
- Campos Freire, F. (2008). *Las redes sociales trastocan los modelos de los medios de comunicación tradicionales*. Revista Latina de Comunicación Social, 11 (63).
- Carlton W. D. & Perloff J. (2015). *Modern Industrial Organization*.
- Cave, M., & Vogelsang, I. (2015) *Net Neutrality: an EU/US Comparison*. Competition Pol'y Int'l, 11.
- Chakravarthy, S. *Relevant market in Competition Case Analysis*. CUTS Institute for Regulation & Competition.
- Chen, D., & Waterman, D. (2007). *Vertical ownership, program network carriage and tier positioning in cable television: An empirical study*. Review of Industrial Organization, 30(3).
- Cheng, H. K., Bandyopadhyay, S., & Guo, H. (2011). *The debate on net neutrality: A policy perspective*. Information systems research, 22(1).
- Coloma, Germán, et al. (2002). *Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia*. CEMA.
- Comisión Europea (2011). *Comunicación De La Comisión Al Parlamento Europeo, Al Consejo, Al Comité Económico Y Social Europeo Y Al Comité De Las Regiones*. La internet abierta y la neutralidad de la red en Europa.
- CPI Journal: Competition Policy International. (2016, 23 de octubre) *US: AT&T to buy Time Warner for \$85 billion, and raising antitrust concerns* [en línea].
- Crane, Daniel. (2009). *Chicago, Post-Chicago and Neo-Chicago*. U. Chi. L. Rev.

- Crews Jr, Clyde Wayne (2016, 24 de octubre). *Republicans And Democrats Unite Against \$86 Billion AT&T-Time Warner Merger Deal*. Forbes [en línea].
- Danielian, N.R. (1939). *AT&T: The Story of Industrial Conquest*. New York: Vanguard Press.
- De la Merced, Michael J. (2016, 2 de octubre). *AT&T Agrees to Buy Time Warner for \$85.4 Billion*. The New York Times [en línea].
- De Salas Nestares, María Isabel (2010). *La publicidad en las redes sociales: de lo invasivo a lo consentido*. Icono14, 2010, vol. 8, no 1
- Dewey, Caitlin (2016, 17 de noviembre). *Facebook fake-news writer: 'I think Donald Trump is in the White House because of me'*. The Washington Post [en línea]
- Dinero (2014, 2 de marzo). *Así nació Facebook* [en línea].
- Drezner, Daniel W. (2016, 16 de junio). *Why the post-truth political era might be around for a while*. The Washington Post [en línea].
- Easterbrook, F. H. (1985). *Workable antitrust policy*. Mich. L. Rev., 84.
- El Diario y The Guardian (2016, 29 enero) *Facebook saca tajada de la millonaria campaña presidencial estadounidense* [en línea].
- Evans, David S. (2016). *Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*. *Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, Coase- Sandor Working Paper Series in Law and Economics, No. 753.
- Expansión. (2016, 23 de octubre). *La fusión entre AT&T y Time Warner desata las alarmas antimonopolio en EEUU* [en línea].
- Expansión. (2016, 22 de octubre). *AT&T confirma compra de Time Warner por 85,000 millones de dólares* [en línea].
- Ezrachi, Ariel y Stucke, Maurice (2017). *The fight over antitrust's soul*. Journal of European Competition Law & Practice, Volume 9.
- Farrell, Joseph and Weiser, Phil. (2003) *Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*. Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 17, No. 1.
- Federal Communication Commission. (2010). *In the matter of preserving the open Internet broadband industry practices*. Report and Order FCC.

- Fiscalía Nacional Económica. (2014, junio). *Guía para análisis de restricciones verticales*.
- Forbes (2016, 22 de agosto). *Where Do Comcast And Dish Stand In The Pay TV Market?* [en línea].
- Fung, Bryan (2013, 19 de diciembre). *This 100-year-old deal birthed the modern phone system. And it's all about to end*. The Washington Post [en línea].
- Griffin, Jodie (2013, 19 de diciembre). *100th Anniversary of the Kingsbury Commitment*. Public Knowledge [en línea].
- González, Susana. (2015, 26 de agosto). *Redes sociales, publicidad y datos. La aparente gratuidad de las redes sociales*. Portal El Derecho [en línea].
- Heller, Nathan (2016, 18 de noviembre). *The Failure of Facebook Democracy*. The New Yorker [en línea]
- Hovenkamp, H. (2010). *The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm*. U Iowa Legal Studies Research Paper.
- Hughes, J. R. (2014). *The Governmental Habit Redux: Economic Controls from Colonial Times to the Present* (Vol. 1141). Princeton University Press.
- Hyman, L.S. Toole, R.C., & Avellis, R.M. (1987). *The New Telecommunication Industry: Evolution and Organization*. Vol. 1. Public Utility Reports, Inc.
- Isaac, Mike (2016, 12 de noviembre). *Facebook, in Cross Hairs After Election, Is Said to Question Its Influence*. The New York Times [en línea].
- Janson, Michael A. & Yoo, Christopher S. (2013). *The Wires Go to War: the U.S. Experiment with Government Ownership of the Telephone System During World War I*. Faculty Scholarship. Paper 467.
- Kapko, Matt (2016, 29 de septiembre). *How social media is shaping the 2016 presidential election*. CIO [en línea].
- Kaysen, C., & Turner, D. F. (1985). *Antitrust Policy-An Economic And Legal Analysis*. J. Reprints Antitrust L. & Econ., 15, 173.
- Kim, Oliver & Walker, Mark (1984) *The free rider problem: Experimental evidence*. Public Choice, vol. 43, nº1.
- Kovacic, William E. (2007). *The Intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*. The Colum. Bus. L. Rev.

- Langlois, Richard N. (2016). *Antitrust: Where Did It Come from and What Did It Mean?* World Interdisciplinary Network for Institutional Research.
- Lassar, Matthew. (2011, 9 de marzo). *How AT&T conquered the 20th Century*. Wired [en línea].
- Lazaroff, D. E. (2006). *Entry barriers and contemporary antitrust litigation*. UC Davis Business Law Journal 7(1).
- Lee, Timothy B. (2016, 25 de octubre). *Why the strongest case for AT&T's merger with Time Warner is also the case against it*. Vox [en línea].
- Mankiw, Gregory (2012). *Principios de Economía*. Cengage Learning.
- May, James (1989). *Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis*. Ohio St. LJ, 50.
- Mcgee, John & Sammut-Bonnici, Tanya (2014). *Network Externalities*.
- McGrath, Rita Gunther (2015, 10 de enero). *15 years later, lessons from the ailed AOL-Time Warner merger*. Fortune [en línea].
- Millon, D. (1987). *The Sherman Act and the balance of power*. S. Cal. L. Rev., 61, 1219.
- Mims, Christopher. (2016, 4 de octubre). *Facebook domina la campaña electoral en EE.UU.* The Wall Street Journal [en línea]
- Newman, Ni; Fletcher, Richard; Levy, David A. L. & Nielsen, Rasmus Kleis. (2016). *Reuters Institute Digital News Report 2016*. The Reuters Institute for the Study of Journalism Social, Universidad de Oxford.
- Nicole (2014, 21 de agosto) *The AT&T/Verizon Market Share Duopoly*. The Simple Dollar [en línea].
- O'connor, Jack (2009, 15 de junio). *One Policy, One System, Universal Service*. Competitive Enterprise Institute [en línea].
- Ohlheiser, Abby (2016, 18 de noviembre). *This is how Facebook's fake-news writers make money*. The Washington Post [en línea]
- Ohm, Paul (2009). *The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance*. U. Ill. L. Rev.
- Osorio, Víctor. (2014, 27 de agosto). *"AT&T: del teléfono de Bell a un gigante de las comunicaciones"*. Expansión [en línea].
- Orihuela, José Luis. (2008). *Internet: la hora de las redes sociales*. Nueva revista, vol. 118.

- Pagliery, José (2012). *AT&T, El Monopolio que Renació*. Expansión [en línea].
- Pérez, Marcos (2013, 31 de agosto). *Neutralidad de la red III*. Arquitectura de Internet. [en línea].
- Pantoja, Antonio (2011). *Los nuevos medios de comunicación social: las redes sociales*. Revista Tejuelo nº12.
- Periodistas Sin Fronteras. *Primavera árabe: ¿apogeo de la Web?* [en línea].
- Pinheiro, John. (1987). *AT&T Divestiture & the Telecommunications Market*. 2 Berkeley Tech. L.J. 303.
- Pitofsky, Robert. (2008) *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on US Antitrust*. Oxford University Press.
- Posner, Richard A. (1981). *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*. The University of Chicago Review.
- Pozzi, Sandro. (2016, 21 de octubre). *AT&T ultima la compra de Time Warner*. El País [en línea].
- Promarket. “*140 years of antitrust: The Evolution of economic Language Related to trust and Antitrust*” [en línea].
- Reuters (2016, 24 de octubre). *Bernie Sanders Says Washington Should 'Kill' the AT&T-Time Warner Deal*. Forbes [en línea].
- Rey, Patrick (2012). *Vertical Restraints*. Agencia de Cooperación Internacional de Chile.
- Rosen, Jeffrey (2012). *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, 80 Fordham L. Rev. 1525.
- Rutenberg, Jim. (2016, 6 de noviembre). *Media's Next Challenge: Overcoming the Threat of Fake News*. The New York Times [en línea].
- Rynes, Sara L. (2007) *Editor's Afterword Let's Create A Tipping Point: What Academics and Practitioners can do, Alone and Together*. Academy of Management Journal 50.5
- Salinger, M. A. (1988). *Vertical mergers and market foreclosure*. The Quarterly Journal of Economics, 103(2).
- Scott, Mark (2017, 18 de mayo). *E.U. Fines Facebook \$122 Million Over Disclosures in WhatsApp Deal*. The New York Times [en línea].
- Shane, Scott & Goel, Vinu (2017, 6 de septiembre). *Fake Russian Facebook Accounts Bought \$100,000 in Political Ads*. The New York Times [en línea].

- Shoemaker, Pamela J., et al. (2001). *Individual and routine forces in gatekeeping*. Journalism & mass communication quarterly, vol. 78, n°2.
- Silverman, Craig (2016, 16 de noviembre). *This Analysis Shows How Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook*. BuzzFeed [en línea].
- Stelter, Brian. (2016, 27 de octubre). *Hillary Clinton addresses AT&T-Time Warner merger*, CNN Money [en línea]
- Steward, James. (2016, 25 de octubre) *Why a Media Merger That Should Go Through Might Not*. The New York Times [en línea].
- Stigler, George J. (1964). *A Theory of Oligopoly*. Journal of Political Economy.
- Stigler, George. J. (1968). *The Organization of Industry*. University of Chicago Press Economics Books.
- Strauss, Steven (2016, 30 de junio). *Is it time to break up the big tech companies?* Revista Los Angeles Times Latimes.
- Sustain, Cass R. (2007, 15 de diciembre). *Divided we fell: self-sorting, the internet and enclave extremism* Princeton University Press.
- Teachout, Zephyr & Khan, Lina. (2014). *Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power*. Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy, vol. 9.
- The Economist (2016, 14 de septiembre) *Giving ideas wings* [en línea].
- The Economist (2017, 6 de mayo). *The world's most valuable resource is no longer oil, but data* [en línea].
- The Guardian (2016, 28 enero). *How Facebook tracks and profits from voters in a \$10bn US election* [en línea].
- Thierer, Adam D. (1994) *Unnatural Monopoly: Critical Moments in the Development of the Bell System Monopoly*, Cato Journal.
- Tim Wu y Scott Hemphill (2016). “*Why a Media Merger That Should Go Through Might Not*”. The New York Times [en línea].
- Tucker, D. S. (2015). *The proper role of privacy in Merger Review*. CPI Antitrust Chronicle.
- Urofsky, Melvin I. (2012). *The Legacy of Louis D. Brandeis*. The. J. App. Prac. & Process, vol. 13.

- Waterman, David & Choi, Sujin (2011, diciembre). *Non-discrimination rules for ISPs and vertical integration: Lessons from cable television*. Telecommunications Policy
- Wu, Tim (2003). *Network Neutrality, Broadband Discrimination*. Journal of Telecommunications and High Technology Law.
- Wu, Tim (2016). *Why a Media Merger That Should Go Through Might Not*. The New York Times [en línea].
- Wu, Tim (2010). *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*. New York: Alfred A. Knopf.
- Xiaoling, Clara. (2012). *The Agency Problem, Corporate Governance, and the Asymmetrical Behavior of Selling, General, and Administrative Costs*. Contemporary Accounting Research Vol. 29 No. 1.
- Zamora, Marcelo. (2006). *Redes Sociales en Internet*. Maestros del web.

Leyes y Jurisprudencia:

- Comisión Europea (2010, 7 de febrero). *Decisión nº M.5727/UE caso Microsoft/ Yahoo! Search Business*
- Comisión Europea (2014, 3 de octubre) *Decisión M.7217/UE caso Facebook/WhatsApp*.
- Comisión Europea (2018, 18 julio). Comunicado de prensa decisión *caso Google*, N°40099.
- Corte Suprema Estados Unidos. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).
- Corte Suprema Estados Unidos. *United States v. Aluminum Co. Of Am.*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).
- Corte Suprema Estados Unidos. *Am. Tobacco Co. V. United States*, 328 U.S. 781 (1946).
- Corte Suprema Estados Unidos. *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948).
- Corte Suprema Estados Unidos. *United States v. Grocery Co.* 384 U.S. 270 (1966)
- Corte Suprema Estados Unidos. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927)
- Fiscalía Nacional Económica. Pronunciamiento caso adquisición de Universidad Católica de Chile Corporación TV (Canal 13) por Inversiones TV Medios (24.12.2010).

- Fiscalía Nacional Económica. Consulta al TDLC sobre adquisición de Radios Oasis y Horizonte por Radiodifusion SpA (05.04.2012).
- Fiscalía Nacional Económica. Consulta a la FNE por compra de Time Warner por parte de AT&T (04.09.2017).
- Ley N°19.733. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 4 de junio de 2001
- Ley N°18.168. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 2 de octubre de 1982
- Ley N°18.700. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 6 de mayo de 1988.
- Servel, Manual de Consulta de Campaña y Propaganda Electoral 2016.
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°112/2011 (22.06.2011) Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y Otros
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N°20/2007 (27.07.2007) Procedimiento compra acciones Iberoamerican Radio Chile S.A.