



UNIVERSIDAD DE CHILE

Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

Taller de investigación: Libre Competencia y Nuevas Tecnologías

**ABUSOS EXPLOTATIVOS DE POSICIÓN DOMINANTE
EN PRECIOS EN PLATAFORMAS DIGITALES Y SU APLICACIÓN A LA
EXPLOTACIÓN DE DATOS**

Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Estudiante: Sebastián Cañas O.

Profesora guía: Nicole Nehme Z.

Santiago, Chile

2023

*Al que acapara el grano, el pueblo lo maldecirá;
Pero bendición será sobre la cabeza del que lo vende (Prov. 11:26)*

Dedicado a la memoria de Iris Mónica Morales quien me contagió su espíritu de perseverancia y autosuperación. Q.E.P.D.

Agradecimientos a Patricia Bustos por su constante apoyo durante toda mi carrera.

Tabla de contenido

Resumen	7
Introducción: Las plataformas digitales, un nuevo escenario al que nos enfrentamos	8
Capítulo 1: Definición y clasificación de las plataformas. Aspectos que distinguen a las plataformas digitales	15
1.1. Plataformas en mercados de dos o más lados: sus clases y características	15
a) Plataformas de transacción e intercambio	15
b) Plataformas financiadas por publicidad	16
c) Plataformas de <i>software</i>	17
1.2. El manejo de datos como factor distintivo de las plataformas digitales	18
1.3. Barreras de entrada y mercados tendientes a la saturación: retornos a escala, externalidades de red y economías de alcance	20
a) Retornos a escala	21
b) Economías de alcance	21
c) Externalidades de red	22
1.4. Costos de cambio, <i>single-homing</i> y <i>multi-homing</i>	24
1.5. Integración vertical: <i>los E-monopsonies</i>	25
1.6. Conclusiones: Plataformas digitales ¿Alguna novedad sustantiva en su análisis?	27
Capítulo 2: Abusos explotativos de posición dominante en precios y respuestas normativas	28
2.1. Abusos explotativos de posición dominante en precios	28
a) Aguas abajo: fijación abusiva de precios de venta excesivamente altos	30
a. i. Argumentos en contra de la sanción a los precios excesivos	32
a. ii. Argumentos a favor de la sanción a los precios excesivos	35
a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos	43
b) Aguas arriba: fijación unilateral de precios de compra excesivamente bajos	49
b. i. Aplicabilidad de los mismos <i>tests</i> de análisis de precios excesivos.....	53

2. 2. Mecanismos de sanción, remedios y formas de prevenir abusos explotativos de posición dominante en materia de precios_____	54
a) Procedimiento contencioso y remedios_____	54
b) Mecanismos de prevención_____	60
2. 3. Conclusiones parciales_____	63
Capítulo 3: Abusos explotativos de posición dominante en plataformas digitales. Un nuevo escenario_____	65
3.1. Adaptación de los <i>benchmarks</i> de precios excesivos a la realidad de las plataformas digitales_____	65
3.2. Precios excesivos en relaciones plataforma-consumidores: el caso “SAMR c. CNKI”_	70
3.3. Abusos explotativos de posición dominante en relaciones plataforma-oferentes_____	73
a) Cobro de comisiones excesivas en plataformas con un modelo de agencia puro con y sin cláusulas de paridad_____	76
b) Comisiones excesivamente altas bajo un modelo de agencia con fijación de tarifas: ¿precios excesivamente altos o bajos?_____	80
c) Cobro de comisiones excesivas en relaciones plataforma-oferentes en plataformas verticalmente integradas_____	83
3.4. Aprendizajes del caso “ <i>Bundeskartellamt c. Facebook, Inc</i> ”: ¿explotación de datos como precio excesivo?_____	90
3.5. Respuestas institucionales para abusos explotativos por parte de plataformas digitales_____	99
Capítulo Final: Conclusiones, desafíos y propuestas para combatir los abusos explotativos en precios en mercados intermediados por plataformas digitales_____	104
BIBLIOGRAFÍA:_____	1

Índice de figuras y tablas:

Tabla N° 1	24
Tabla N° 2	66
Tabla N° 3	78
Figura N° 1	86

Resumen

Los mercados intermediados por plataformas digitales generalmente poseen características que los hacen tender a la saturación. En efecto, estas plataformas típicamente participan en mercados de dos o más lados y comúnmente se benefician de: **(i)** economías de escala y alcance; **(ii)** efectos de red positivos; **(iii)** la acumulación de grandes cantidades de datos personales de sus usuarios; **(iv)** integración vertical en mercados complementarios; y **(v)** costos de cambio de sus consumidores finales.

Estas características podrían impedir que en los mercados intermediados por ellas se produzca una efectiva competencia que discipline su comportamiento, permitiendo que algunas estas abusen de su posición dominante para extraer rentas de sus contrapartes. Dichas conductas son comúnmente denominadas abusos explotativos de posición dominante y, en los mercados intermediados por plataformas, pueden ir dirigidos en contra de consumidores finales o de los ofertantes de servicios al interior de la plataforma.

Ejemplos tradicionales de esta clase de abusos son la fijación unilateral de precios excesivamente altos o bajos, los cuales, en el entorno digital, deben ser analizados considerando las interacciones entre los distintos lados que la plataforma atiende. Además, en el entorno digital también pueden surgir otras clases de abuso tales como la extracción abusiva de datos. Para identificar y abordar esta última clase de abusos, exploramos la posibilidad de aplicar los *tests* de precios excesivos en plataformas digitales.

Introducción: Las plataformas digitales, un nuevo escenario al que nos enfrentamos

Las llamadas *plataformas digitales*¹, en general, son agentes intermediarios capaces de satisfacer demandas u ofertas interdependientes de dos o más grupos de usuarios² y que comúnmente ofrecen servicios de forma *online* a través de *softwares*, aplicaciones (en adelante “apps”) o páginas *web*. Estas plataformas han impactado a la sociedad entera³. Los beneficios que nos entregan son incontables, y se extienden desde favorecer el rápido acceso a nuevos conocimientos y formas de entretenimiento, hasta facilitar la entrega de servicios básicos tales como la comida, el alojamiento o el transporte. Todo lo anterior a gran escala y de forma personalizada.

Sin embargo, la reciente aparición de estas plataformas también ha significado un cambio en las dinámicas que rigen en numerosos mercados. Durante los últimos años hemos presenciado el surgimiento de grandes “monopolios” digitales⁴⁻⁵ que se han adueñado de gran parte del escenario tecnológico⁶.

¹ Las llamamos *Digitales* por contraposición a las plataformas tradicionales, que requieren medios o espacios materiales para funcionar.

² Véase: NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. (2017). Comercio electrónico y libre competencia. Una potencial aplicación a Chile.

³ No solo en términos de comunicación y facilidad para efectuar transacciones, sino que también han tenido roles definitorios respecto de la manera en que se desenvuelve nuestra política. Véase: LEÓN, Camilo. (2019). Concentración de Mercado y Poder: Una Relación entre Libre Competencia, Libertad de Expresión y Democracia, Casos de Estudio: Caso AT&T/Time Warner y las Redes Sociales. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: Nicole Nehme. Santiago: Universidad de Chile. Pp. 98-109. Disponible [en línea] en: <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168064>>.

⁴ Con este término hacemos referencia a dos clases de monopolio en particular. Los monopolios de datos o *data-opolies*, y las *superplataformas*. Maurice E. Stucke y Allen Grunes han utilizado el concepto *data-opolies* para referirse a las empresas que basan sus modelos de negocio el análisis de *big data* manteniendo una posición dominante en sus respectivos mercados. Véase: GRUNES, Allen P. y STUCKE, Maurice E. (2016) Big data and Competition Policy. Oxford University press. Reino Unido.

Por su parte las superplataformas son, según Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke, aquellas de cuya existencia dependen otros desarrolladores de *software*, apps y accesorios. Véase: Pro-Market. Is the Digital Economy Much Less Competitive Than We Think It Is? (Entrevista completa a Ariel Ezrachi) Disponible [en línea] en: <<https://promarket.org/digital-economy-much-less-competitive-think/>> [29/01/2022].

⁵ Si bien en el sentido técnico es quizás discutible que sean monopolios. Su enorme poder en algunos mercados, permite catalogarlos como tal en el sentido jurídico, propio de las legislaciones de competencia: VALDÉS, Domingo. (2009). Libre Competencia y Monopolio. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Pág. 65.

⁶ Tanto Aphabet, Inc. como Meta Platforms, Inc. (ex Facebook, Inc.) son claros ejemplos de lo anterior. Estas empresas no solo ofrecen una amplia gama de servicios de entretenimiento a través de sus plataformas, sino que también han venido a cambiar por completo la manera de hacer negocios.

Gran parte de los servicios que estos gigantes ofrecen son utilizados de manera masiva por personas en casi todo el planeta y, debido a esto, han atraído la atención de la academia en temas de libre competencia.

Una investigación realizada por el Stigler Center ha identificado que las plataformas digitales, en general, poseen características que estimulan la concentración y la aparición de agentes dominantes en el mercado⁷. Dentro de estas características podemos considerar:

- (i) su participación en mercados de dos o más lados⁸;
- (ii) la existencia de efectos de red⁹ que pueden ser internalizados por ellas en la medida que aumentan sus usuarios;
- (iii) importantes retornos a escala y economías de alcance¹⁰;
- (iv) la acumulación de grandes cantidades de datos personales de sus usuarios; y, en algunos casos,

Meta Platforms, Inc. (“Meta”) es una sociedad propietaria de la página web Facebook.com, que también cuenta con su versión en app (ambas en conjunto “Facebook”), así como de otras plataformas que son objeto de la utilización masiva de los ciudadanos, dentro de las que destacan la red social Instagram y la plataforma de mensajería instantánea WhatsApp. Alphabet, Inc., por su parte, es una empresa multinacional propietaria de todos los servicios ofrecidos por Google, LLC (“Google”) comprendiendo entre estos: (i) el servicio de buscador de Google o *Google Search*; (ii) el navegador web *Google Chrome*; (iii) los servicios de publicidad *Google AdSense* y *Google Ads* (antiguamente llamada *Google AdWords*); (iv) la nube de archivos digital *Google Drive*; y (v) la plataforma de videos llamada *YouTube*.

Tal y como sostiene John Newman “*Google, Apple y Facebook son maestros en la creación de ecosistemas que minimizan los costos cognitivos de cambiar entre diferentes funciones, siempre que el usuario permanezca dentro del ecosistema*”. NEWMAN, John M. (2018). Silicon Valley Rhetoric: Three myths debunked. CPI Antitrust Chronicle. Mayo 2018. Pág. 6. Traducción libre: “*Google, Apple, and Facebook are masters at creating ecosystems that minimize the cognitive costs of switching among different functions — so long as the user remains within the ecosystem*”.

⁷ MARKET STRUCTURE AND ANTITRUST SUBCOMMITTEE, Stigler Committee on Digital Platforms (en adelante “STIGLER CENTER”). (2016). Report. En: STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS, Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Final Report. Chicago Booth. Septiembre, 2019. Pág. 35. Disponible [en línea] en: <<https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report>> [29/01/2022].

⁸ Véase Infra: 1.1. Plataformas en mercados de dos o más lados: sus clases y características.

⁹ “Una externalidad es un efecto, positivo o negativo, de la carencia de un mercado sobre aquellos que de otra manera habrían sido partes en él”. Cita a Ronald Coase en su obra “The Problem Of Social Cost” (1961), extraída de: DORMAN, Peter. (2014). Microeconomics: a fresh start. Editorial Springer. Nueva York, EE. UU. Capítulo 15: Market Failure. Pág. 321. Traducción libre: “*an externality is an effect, positive or negative, of a missing market on those who would otherwise have been parties to it*”. Por su parte “*las externalidades de red hacen referencia a los efectos indirectos de las decisiones de consumo individuales, cuando el valor de un bien o servicio depende de cuantos usuarios tiene*”. Ídem. Pág. 330. “*Network externalities refer to the spillover effects of individual consumption decisions when the value of a good or service depends on how many users it has*”.

¹⁰ Se habla de economías de escala cuando “*el coste total medio a largo plazo disminuye conforme aumenta la producción*” en una empresa o industria. Se habla de economías de alcance cuando el mismo resultado es alcanzado por la producción de dos productos en forma conjunta. Mankiw, N. Gregory. (1997). Principios de Economía. Traducido por Rabasco, Esther y Toharía, Luis. (2002). Madrid, España. Pág 178

- (v) integración vertical y marcada dominancia de estas en mercados complementarios.

Como resultado del panorama recién descrito, varias empresas que podrían ser consideradas como dominantes en sus respectivos mercados han sido fuertemente cuestionadas por ejercer prácticas que podrían ser consideradas injustas o abusivas, ya sea en contra de los usuarios que prestan servicios a través de plataformas digitales, como respecto de sus consumidores finales. A falta de una regulación que permita evitar esta clase de abusos, parte importante de estos problemas han debido, y deberán, ser resueltos por medio de la aplicación de instrumentos regulatorios *ex post*, principalmente a través del reforzamiento interpretativo de las normas de libre competencia.

Un ejemplo de esto es el caso “*Grupos Hoteleros vs Booking*”. El año 2015 un grupo de empresas hoteleras denunció a esta plataforma ante la *Autorité de la Concurrence* por abusar de su posición dominante. Según los primeros, las cláusulas que Booking imponía a las hoteleras eran abusivas, puesto que les imponía restricciones para ofrecer sus habitaciones en otras páginas a precios más bajos. A partir de este caso surgieron otros casos similares en Alemania, Austria, Italia y Suiza, viéndose cuestionada la plataforma por imponer cláusulas de paridad y cobrar comisiones excesivas a los propietarios de las habitaciones dadas en arriendo. El caso concluyó con un acuerdo, comprometiéndose la plataforma a sustituir las cláusulas de paridad por otras menos abusivas¹¹.

Ante este escenario, creemos que resulta necesario identificar qué clase de conductas pueden ser constitutivas de abusos derivados de la posición dominante que estas plataformas puedan mantener en sus respectivos mercados.

Si bien ninguna de las características anteriormente descrita es inédita de este tipo de plataforma, la concurrencia de todas ellas en una sola es lo que las ha posicionado en un lugar de especial preocupación para las autoridades de competencia¹² y, debido a esto, se hace necesario revisar los criterios comúnmente utilizados para aplicar las normas de libre competencia.

¹¹ Véase: AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE [sitio web oficial]. (2017) “6 April 2017: Online hotel booking platforms”. Disponible [en línea] en: <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/6-april-2017-online-hotel-booking-platforms>> [29/01/2022]

¹² STIGLER CENTER. (2016). Pág. 34.

En particular, y en esto tomamos postura, creemos que es necesario revisar el trato que se le ha dado, tanto en Chile como en la doctrina comparada, a los abusos explotativos de posición dominante en precios¹³. Lo anterior, considerando que el escenario al que nos enfrentamos podría significar la existencia de nuevos riesgos de que este tipo de conductas se produzca.

Hacemos la prevención al lector de que, a lo largo de esta tesis, nos referiremos a aquellos que ofrecen sus productos o servicios en las plataformas, en forma genérica como “oferentes”, diferenciándolos de aquellos que compran, consumen o utilizan estos productos o servicios que llamaremos “consumidores”. Además, y separadamente de ambos grupos anteriores, hablaremos de “anunciantes” en sentido genérico, para hacer referencia a aquel grupo de usuarios de plataformas digitales que acceden a estas para anunciar sus productos¹⁴.

Como se verá a lo largo de esta tesis, algunas plataformas digitales gozan de ventajas que les permiten imponer condiciones que se pueden considerar abusivas en perjuicio de oferentes o consumidores, sin que por ello pierdan su posición en el mercado.

Comúnmente, se consideran abusos explotativos en precios la fijación unilateral de precios abusivos de venta o de compra¹⁵. Sin embargo, las características que los mercados digitales¹⁶ presentan podrían acarrear la existencia de nuevas formas de abuso que no necesariamente se

¹³ Como se verá más adelante, gran parte de la doctrina en esta materia considera que esta clase de abuso no merece tanta atención considerando, entre otras razones, la capacidad autocorrectiva que los mercados comúnmente presentan. Véase: MENCHACA, Tomás. (2011). ¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos? En: La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Chile. Editorial Thompson Reuters. Pág. 253.

¹⁴ El trato diferenciado que le damos a los anunciantes de los oferentes, y de los consumidores, responde a que los primeros comparten algunas características propias de ambos grupos. Son consumidores de la plataforma, en tanto que ésta les ofrece un servicio especial, distinto del contenido ofrecido a los consumidores y, a su vez, se diferencian de este último grupo en el sentido de que su participación en la plataforma es un medio para conseguir un fin específico, que es darse a conocer ante un público objetivo. En nuestro concepto los anunciantes son una subcategoría de consumidores de la plataforma, que no proveen servicios a esta última, no obstante que la generalidad de las veces sean empresas.

¹⁵ TAPIA, Javier C. (2014). “Dime de qué presumes y te diré de qué careces”: el tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile. Revista Derecho Competencia. Bogotá, Colombia. Vol. 10 N° 10, 47-119, enero-diciembre 2014. Pág 80.

¹⁶ Entendiendo por tales los mercados intermediados por plataformas digitales.

condicen con estas categorías, especialmente cuando se está frente a plataformas que hacen uso del análisis de *big data*¹⁷ y del tratamiento de datos personales¹⁸.

Por ejemplo, algunas plataformas pueden utilizar su posición dominante para extraer cantidades desproporcionadas de información de sus usuarios, sin necesidad de mejorar los servicios que les entregan. También pueden fijar, en forma unilateral, tarifas abusivas o condiciones inequitativas en los intercambios en desmedro de oferentes.

Algunos sostienen que estas conductas, en ocasiones, pueden traer aparejados perjuicios que no necesariamente se condicen con el daño meramente monetario de sus contrapartes, sino que también pueden conllevar la restricción de libertades o derechos constitucionalmente protegidos por nuestro ordenamiento jurídico¹⁹.

La manera en que estos abusos se expresen dependerá de quien los ejerza y quienes son los afectados, pudiendo producirse en relaciones de tipo Empresario-Consumidor (en adelante “B2C” por sus siglas en inglés), Distribuidor-Proveedor (“B2B”); o ambas de manera simultánea. El presente trabajo es una tesis que tiene como objetivo defender la idea de que los abusos explotativos de posición dominante en precios representan un problema relevante en los mercados digitales. Además, se argumenta que es necesario adaptar las herramientas de detección de estas conductas para abordar el problema en el contexto de las plataformas digitales. Finalmente, se explora la posibilidad de aplicar los estándares de los abusos explotativos en precios a otras conductas de abuso “no monetarias” como la explotación de datos.

Para respaldar nuestra tesis, nos hemos propuesto un objetivo accesorio. Refutar la suposición común según la cual los abusos explotativos en precios, por sí mismos, no deben ser perseguidos por las autoridades de competencia nacionales.

Como consecuencia de esto último, y considerando la naturaleza de los daños que estas conductas puedan traer consigo, a lo largo de esta tesis se realiza una revisión general de dos

¹⁷ El ‘análisis de *big data*’, es un término cuyo significado ha ido evolucionando con el tiempo. En el actual estado de la cuestión, se entiende por análisis de *big data* la aplicación de métodos propios de las ciencias informáticas, tales como la inteligencia empresarial y el análisis predictivo (generalmente apoyándose en métodos de aprendizaje automático o *machine learning*), a enormes colecciones de datos personales recopilados por diversos medios. Véase: 365 CAREERS. (2020). The Data Science Course 2020: Complete data science bootcamp. Sección 5: The field of data science-popular data science techniques. Capítulo 14: Real life examples of big data. En: Udemy [sitio web oficial]. Curso [en línea] disponible en: <<https://www.udemy.com/course/the-data-science-course-complete-data-science-bootcamp/learn/lecture/10762820#overview>> [24/04/2020]

¹⁸ Entendiendo por tales “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables” en los términos del artículo 2º letra f) de la Ley 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada.

¹⁹ Véase *infra*: 3.4. Aprendizajes del caso “*Bundeskartellamt c. Facebook, Inc*”: ¿explotación de datos como precio excesivo?

clases abusos explotativos de posición dominante en precios: **(i)** la fijación unilateral de precios excesivamente altos; y **(ii)** la fijación unilateral de precios de compra excesivamente bajos. Esto, para determinar en qué medida, y en qué casos, la aparición de las plataformas digitales puede traer consigo la aparición de nuevas formas de abuso explotativo en precios²⁰ en los distintos mercados en que estas participan, así como el redescubrimiento de la necesidad de sancionar antiguas formas de extracción de renta dejadas de lado por parte de la doctrina²¹. De esta forma, nos proponemos revitalizar la preocupación por esta clase de fenómenos y su persecución a través de las herramientas que nuestro ordenamiento jurídico ofrece.

Dicho todo lo anterior, y dados los objetivos propuestos, el primer capítulo de esta tesis está destinado a dilucidar el concepto de plataforma digital y desarrollar las características comunes que muchas de estas presentan, explicando por qué se diferencian de las plataformas tradicionales.

El segundo capítulo busca desarrollar, en forma crítica, algunas posturas doctrinales y jurisprudenciales, tanto nacionales como extranjeras, relativas a la aplicación de las figuras de abuso explotativo de posición dominante en materia de precios, con miras a refutar la creencia de que estas prácticas no constituyen ilícitos de competencia. También se ofrecen herramientas útiles para identificar en qué casos nos encontramos con abusos de esta naturaleza, con el propósito de adaptarlas, posteriormente, para nuestros análisis en el entorno digital. Además, se revisan los instrumentos normativos disponibles en nuestro ordenamiento jurídico que pueden ser utilizados para abordar esta clase de abusos.

En el tercer capítulo se desarrollan distintas posturas que contribuyen a la adaptación de las herramientas de análisis de los precios excesivamente altos o bajos, para luego aplicarlas a casos reales o, en su caso, hipotéticos, propios de plataformas digitales. En este sentido, se distinguen

²⁰ Por ejemplo, la tendencia comparada de algunas autoridades europeas trae al debate la consideración del abuso de negociación, en aquellos casos en que existe poder mercado, aplicado a formas no monetarias de extracción de rentas. Véase: BUNDESKARTELLAMT [sitio web oficial]. (2019). Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources. Disponible [en línea] en: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html> [29/01/2022]

²¹ Tanto la fijación unilateral de precios excesivos como los abusos derivados del excesivo poder de compra son ejemplos de abusos que la doctrina de los últimos años ha dejado de considerar relevantes. Véase: MENCHACA. (2011); y DOMPER, María de la Luz y RETAMALES, Silvia. (2020). Una mirada crítica a la Jurisprudencia Europea de Fijación Unilateral de Precios Excesivos en el Mercado Farmacéutico: ¿Estamos en presencia de una sanción a la sola fijación de precios unilaterales excesivos? En: Desafíos de la Libre Competencia en la Actualidad en Iberoamérica. Legal Publishing Chile.

los abusos producidos en relaciones: **(i)** plataforma-consumidores; y **(ii)** plataforma-oferentes. También se explora la posibilidad de aplicar los criterios y estándares propios del cobro de precios excesivos a la explotación abusiva de datos. Al final de este capítulo se analizan los instrumentos regulatorios nacionales e internacionales que podrían contribuir al combate de esta clase de conductas en el entorno digital.

En el capítulo final, se agregan algunas conclusiones y propuestas para afrontar los desafíos que se puedan extraer de esta tesis.

Capítulo 1: Definición y clasificación de las plataformas. Aspectos que distinguen a las plataformas digitales

1.1. Plataformas en mercados de dos o más lados: sus clases y características

En los mercados digitales comúnmente participan plataformas que hacen las veces de intermediarias en mercados de dos o más lados, es decir, que “facilita[n] las interacciones entre dos grupos que obtienen valor o ingresos entre sí”²².

Se llaman plataformas “porque típicamente administra[n] un lugar físico o virtual que permite a estos distintos tipos de agentes interactuar”²³.

Comúnmente nos encontramos con este modelo de negocios en periódicos o páginas web que utilizan la publicidad como su principal mecanismo de ingreso y que, en algunos casos, incluso son monetariamente gratuitos para los lectores (llamados mercados de “precio cero”). Por ejemplo, Meta Platforms, Inc (en adelante “Meta” sin más) a través de su plataforma *Facebook.com*, genera el punto de encuentro entre empresas que buscan publicitarse a través de anuncios, y usuarios que acceden a esta red social (subsidiados por el primer grupo).

Sin embargo, el subsidio a determinados usuarios responde solo a uno de los muchos modelos de plataforma de dos o más lados. Por esta razón, algunos distinguen a nivel teórico tres tipos o subcategorías de plataformas²⁴, a saber: **(i)** plataformas de transacción e intercambio; **(ii)** plataformas financiadas por publicidad y; **(iii)** plataformas de *software*.

En la práctica, la clasificación de las plataformas entre estos tres grupos no es tan marcada, pero sí es útil para entender las interacciones que se producen dentro de las mismas y los beneficios que se obtienen de ellas.

a) Plataformas de transacción e intercambio

²² BLOODSTEIN, Ben. (2019). Amazon and Platform Antitrust. *Fordham Law Review*. Vol 88, N° 1, 187-230, octubre. Pág. 189. Traducción Libre: “*that facilitates interactions between two groups that derive value or revenue from one another*”.

²³ EVANS, David S. (2016). Multi-sided platforms, dynamic competition, and the assessment of market power for internet-based firms. University of Chicago, Coase-Sandor institute for law and economics. Working paper, N° 753, marzo. Pág. 6. Traducción Libre: “*because it typically operates a physical or virtual place that enables these different types of agents to interact*”. [Lo escrito entre corchetes en nuestro].

²⁴ Véase: BLOODSTEIN. (2019).

Son aquellas que permiten reducir costos de transacción -esto es, el “costo de usar el intercambio en el mercado para lograr un objetivo económico”²⁵- entre oferentes y consumidores para la entrega de un determinado producto o servicio. Lo anterior puede lograrse ya sea facilitando un “espacio” a través del cual ambos pueden realizar intercambios, o bien “facilita[ndo] los medios para efectuar la transacción entre compradores y vendedores que ya se encontraron uno al otro”²⁶.

El elemento distintivo de este tipo de plataformas es que su valor será tal en la medida que sean capaces de conectar a ambos grupos de manera exitosa. En palabras de Bloodstein “[l]a plataforma en sí misma no tiene un valor inherente”²⁷, dependiendo este principalmente de su capacidad para internalizar los efectos de red que generan los usuarios al realizar intercambios en la plataforma.

Por ejemplo, *Mercadolibre* es una plataforma de transacción que sirve de punto de encuentro entre vendedores y potenciales clientes²⁸. El valor que los clientes le asignen a la plataforma dependerá principalmente del atractivo de comprar en ella, siendo determinante la variedad de opciones disponibles. A su vez, el valor que los vendedores le asignen a la plataforma dependerá de la cantidad de personas, potenciales clientes, que esta sea capaz de atraer. Se profundizará sobre esto más adelante.

b) Plataformas financiadas por publicidad

Son aquellas que conectan a los usuarios espectadores de la plataforma (consumidores) con empresas que pagan por espacios de publicidad a través de anuncios (anunciantes) subsidiando, total o parcialmente, el acceso de los primeros al contenido ofrecido por la plataforma.

²⁵ DORMAN. (2014). Capítulo 7: Markets. Pág. 128. Traducción libre: “*cost of using market exchange to achieve an economic objective*”.

²⁶ BLOODSTEIN. (2019). Pág.198. Traducción libre: “*facilitate the means of the transaction between buyers and sellers who have already found one another*”. [Lo escrito entre corchetes es nuestro].

Según Bloodstein “*Aquí no solo caben American Express y Amazon, sino que también incluye las aplicaciones de transporte, mercados online y sus análogos en espacios offline, y las páginas de citas*”. Ídem. Traducción Libre: “*This is not only where American Express and Amazon Marketplace fit in but also includes rideshare apps, online markets and their offline analogues, and dating websites*”.

²⁷ Id. Traducción libre: “*the platform itself has no inherent value*”.

²⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. (2020). Informe de archivo sobre denuncia contra Mercado Libre, emitido por el jefe de la división antimonopolios de la Fiscalía Nacional Económica con fecha 22 de septiembre de 2020. Investigación Rol N° 2624-20.

Según Bloodstein, estas difieren de las plataformas de transacción en dos cuestiones fundamentales. La primera es que para los consumidores la plataforma tiene valor por “sí misma” (generalmente debido a los contenidos generados por ella, tales como noticias, programas de TV, radio, etc.), pudiendo comportarse de manera indiferente, o incluso negativa, frente a la presencia de los anunciantes.

Así, los efectos positivos de red indirectos no se producen necesariamente para ambos usuarios de esta clase de plataforma, sino solo para los anunciantes, quienes se beneficiarán del aumento de los usuarios espectadores en la medida que estos sean potenciales consumidores de su marca²⁹. Se profundizará sobre esto más adelante.

La segunda característica distintiva de las plataformas financiadas por publicidad es que la eventual sustitución entre dos o más plataformas podría ser diferente para los consumidores, por un lado, y para los anunciantes, por el otro³⁰. Por ejemplo, si bien para los consumidores el uso de una red social como *Facebook.com* no es sustituible por el de la plataforma de videos *YouTube*, los anunciantes sí podrían considerar que el servicio de publicidad que ambas plataformas ofrecen es equivalente³¹.

c) Plataformas de *software*

Son aquellas que permiten a los consumidores gozar de ciertos productos comprados solo si tienen acceso a la misma plataforma que los desarrolladores consideraron al momento de crear su producto³².

Ejemplos de estas son: **(i)** las plataformas de tiendas de apps (*APP store*, *Google Play Store*, etc.); **(ii)** sistemas operativos (*iOS*, *Android*, *Windows*, etc.); **(iii)** los *softwares* que permiten a terceros desarrollar complementos de sus productos o que sean el complemento mismo (*Adobe Flash*

²⁹ BLOODSTEIN. (2019) Pág. 199.

³⁰ Ídem.

³¹ La implicancia práctica de esto es que a la hora de definir el (o los) mercado(s) relevante(s). Habrá que distinguir si se trata de una plataforma de transacción o si se trata de plataformas financiadas por publicidad. Algunos sugieren que “*en mercados de dos lados que no sean de transacción, se debe definir dos mercados (interrelacionados). En mercados de dos lados que sean de transacción, solo se debe definir un mercado*”. FILISTRUCCHI, Lapo. GERADIN, Damien. VAN DAMME, Eric y AFFELDT, Pauline (en adelante FILISTRUCCHI *et. al*). (2013). Market Definition in Two-sided Markets: Theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*. Vol. 10, N°2, marzo de 2013. Pág. 302. Traducción libre: “*In two-sided non-transaction markets, two (interrelated) markets need to be defined. In two-sided transaction markets, only one market should be defined*”.

³² BLOODSTEIN. (2019). Pág. 200.

Player, Microsoft Word, Garage Band, etc.); y **(iv)** las consolas de videojuegos (*Xbox, Playstation, Nintendo, etc.*). También podemos encontrar ejemplos más antiguos de ellas en los dispositivos lectores de VHS, CD, DVD o *Blu-ray*, o los reproductores de contenido mp3, mp4, WAV, entre otros.

Para esta clase de plataformas, es importante no solo considerar las cuotas de mercado que los competidores tengan en los mercados de plataformas, sino también mirar su participación en los mercados relativos a los productos que estas ejecutan³³.

Las externalidades de red indirectas generadas dentro de la plataforma dependerán de la capacidad de los usuarios para acceder a más de una plataforma competidora a la vez, por lo que la interoperabilidad podría inhibir su formación. Se profundizará sobre esto más adelante.

1.2. El manejo de datos como factor distintivo de las plataformas digitales

Buena parte de los negocios que ofrecen servicios *online*, recopilan los datos personales de sus usuarios, o del rendimiento de su plataforma, para mejorar su servicio mediante la personalización y optimizar recursos. Esto se conoce como “análisis de *big data*” en referencia al enorme flujo de datos que se produce por la recopilación, intercambio y procesamiento que las empresas con manejo informático realizan³⁴.

Los datos son usados por las empresas con distintos propósitos, dependiendo del tipo de plataforma que se trate.

En las plataformas de transacción son útiles para conocer los gustos y las preferencias de sus consumidores de manera que puedan ofrecerles productos o servicios personalizados, pero también:

“facilitan la toma de mejores decisiones en materias tales como la segmentación óptima del mercado, la identificación de las necesidades de cada cliente en particular, la fijación de precios óptimos, el diseño

³³ Ídem.

³⁴ DORSEY, Elyse. y WRIGHT, Joshua D. (2016). Antitrust analysis of big data. Revista: Competition Law & Policy Debate. Vol. 2, N° 4, diciembre de 2016. Recurso disponible [en línea] en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3165278. [15/02/2020].

de nuevos productos y servicios, e incluso la innovación en modelos de negocios”³⁵.

Lo mismo podríamos decir de las plataformas de *software*, en la medida en que estas requieren de la información necesaria para funcionar como la puerta de acceso a los servicios que terceros desarrollan intermediados por ellas (a veces son las mismas plataformas las que desarrollan estos servicios de forma verticalmente integrada).

Para las plataformas financiadas por publicidad, los datos personales son fundamentales para mejorar los servicios prestados a los anunciantes, constituyendo uno de los insumos claves de la plataforma³⁶. Tanto Alphabet, Inc., (en adelante “Google”) como Meta representan este fenómeno. Ambas compañías utilizan los datos personales de sus consumidores para mostrarles publicidad teledirigida, asegurando a los anunciantes que sus productos serán promocionados al grupo o sector al que deseen llegar³⁷.

En este sentido, los servicios prestados a los consumidores por plataformas en mercados de “precio cero”, rara vez son realmente gratuitos. Lo anterior, puesto que estos se encuentran condicionados a la entrega de tiempo en pantalla e información útiles para que las plataformas puedan ofrecer a terceros espacios de publicidad pagada. Insumos que, en la práctica, implican un verdadero costo para los consumidores, en términos de privacidad y tiempo, y constituyen el “medio de intercambio” para acceder a los contenidos ofrecidos por la plataforma³⁸.

El *big data* es caracterizado “no solo debido a la gran cantidad de información que compila (la cual es en sí misma, bastante impresionante), también lo es por su amplio alcance y su acelerado

³⁵ GARCÉS, Eliana. (2018). The Collection of Data in Online Platform Businesses: A perspective for antitrust assessment. CPI Antitrust Chronicle. Mayo, 2018. Pág. 2. Traducción Libre: “*facilitate better decisions on such matters as optimal market segmentation, the identification of individual customer needs, optimal pricing, the design of new products and services, and even business model innovation*”.

³⁶ EZRACHI, Ariel y STUCKE, Maurice E. (2016). Virtual Competition: The promise and perils of the algorithm-driven economy. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. Londres, Inglaterra. Parte I: Setting the Scene. Pág. 20.

³⁷ Véase: CENTROCOMPETENCIA UAI. (2020). Medios de comunicación y publicidad online: la mirada de la política de competencia. Investigaciones CeCo, octubre, 2020. Disponible [en línea] en: <https://centrocompetencia.com/medios-de-comunicacion-y-publicidad-online-la-mirada-de-la-politica-de-competencia/> [06/05/2023]

³⁸ Esto ha sido conceptualizado por John M. Newman como “*costos que hacen de medio de intercambio*” puesto que en la práctica pueden llegar a ser considerados verdaderos costos, en términos de privacidad y tiempo, para los usuarios que deseen acceder a los contenidos ofrecidos por la plataforma. NEWMAN. John M. (2015). Antitrust in Zero Price Markets. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 164, N° 1. Pág. 163. Traducción Libre: “*costs that double as media of exchange*”.

ritmo tanto de creación como de obsolescencia”³⁹. Algunos autores hablan de las tres, o cuatro, “Vs” en referencia a su *Volumen, Variedad, Velocidad de creación* -y, para otros, también su *Valor*-⁴⁰. En atención a sus beneficios, dependiendo del modelo de negocios que adopten, las plataformas digitales buscarán expandir los medios que posean para recopilar información. Por ejemplo, “aquellas plataformas que puedan obtener mucho valor del análisis de datos, van a esforzarse mucho por generar tráfico a través de la adquisición de nuevos usuarios e induciendo la repetición de visitas a la plataforma”⁴¹.

1.3. Barreras de entrada y mercados tendientes a la saturación: retornos a escala, externalidades de red y economías de alcance

Otro elemento que diferencia a las plataformas digitales de las plataformas tradicionales es que las primeras participan en mercados que poseen características tendientes a la saturación o “*tipping*” -esto es “un ciclo que conduce a una empresa dominante y a una alta concentración”⁴². Según los comisionados del Stigler Center, se trataría de:

“efectos de red extremadamente fuertes, economías de escala muy fuertes, economías de alcance notables debido al uso de los datos, costos marginales cercanos a cero, costos de distribución drásticamente más bajos que las empresas físicas y un alcance global”⁴³.

Como ya hemos señalado, muchas de estas características son comunes a otros mercados, sin embargo, el hecho de que todas se encuentren presentes en un solo lugar es lo que les entregaría el sello distintivo a los mercados digitales⁴⁴.

³⁹ DORSEY y WRIGHT. (2016). Pág. 36. Traducción Libre: “*not only because of the sheer amount of data it covers (which is, itself, quite impressive), but also because of its wide-ranging scope and the rapid pace at which it both is created and can become stale*”.

⁴⁰ Maurice E. Stucke y Allen Grunes se refieren a las cuatro Vs descritas en este párrafo. Sin embargo, otros autores como Joshua D. Wright y Elyse Dorsey solo consideran las primeras tres. Véase: GRUNES y STUCKE. (2016). Pág.16.; DORSEY y WRIGHT. (2016). Pág. 36.

⁴¹ GARCÉS (2018). Pág. 4. Traducción Libre: “*Platforms that can extract a lot of value from data analytics will put a lot of effort into traffic generation through the acquisition of new users and the inducement of repeat visits*”.

⁴² STIGLER CENTER. (2016). Pág. 35. Traducción libre: “*a cycle leading to a dominant firm and high concentration*”.

⁴³ Ídem. Pp. 34-35. Traducción libre: “*extremely strong network effects, very strong economies of scale, remarkable economies of scope due to the role of data, marginal costs close to zero, drastically lower distribution costs than brick and mortar firms, and a global reach*”.

⁴⁴ Id. Pág. 34.

a) Retornos a escala

En estos mercados, generalmente se intercambian bienes o servicios de información, que “involucran retornos a escala crecientes porque su producción requiere un costo fijo y ningún, o un pequeño, costo variable”⁴⁵.

En otras palabras, aparte de las grandes inversiones necesarias para entrar al mercado (p. ej., en innovación y desarrollo, o “I+D”), estas plataformas comúnmente presentan bajísimos costos de producción en comparación al número de clientes que atienden. Según un reporte de la Comisión Europea:

“Si bien esto siempre ha sido verdad hasta cierto punto, que las grandes fábricas o empresas de *retail* son comúnmente más eficientes que las más pequeñas, el mundo digital empuja este fenómeno hasta el extremo. [...] Una vez que un motor de búsqueda o un servicio de mapeo ha sido desarrollado y se encuentra funcionando, usualmente puede servir por un costo relativamente bajo a cientos de miles de usuarios”⁴⁶.

Con estos retornos de escala, y cuando existen altos costos fijos, se dificulta la posibilidad de que un nuevo competidor pueda entrar al mercado sin que disponga de la industria y la clientela adecuada para poder generar retornos equivalentes. Lo anterior, puesto que, para cubrir los costos totales de producción, este competidor se vería forzado a cobrar precios por sobre su propio costo marginal, mientras que las empresas ya constituidas en el mercado entrarían a competirle por precios más bajos para quedarse con sus clientes.

b) Economías de alcance

⁴⁵ STIGLER CENTER. (2016). Pág. 36. Traducción libre: “involve increasing returns to scale because their production requires a fixed cost and no or little variable cost”.

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA. (2019). Competition Policy for the Digital Era (Final report). Chapter 2: Digitalization and Competition. Pág. 20. Disponible [en línea] en: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>> [24/02/2023] Traducción libre: “While this has always been true to some extent, as bigger factories or retailers are often more efficient than smaller ones, the digital world pushes this phenomenon to the extreme. [...] Once a search engine or mapping service has been developed and is running, it can usually serve fairly cheaply hundreds of thousands of users. This is not to say that servicing these users is not costly but rather that the costs rise much more slowly than the number of users”. [Lo escrito entre corchetes es nuestro].

El manejo de *big data* y el desarrollo de la inteligencia artificial⁴⁷ (“IA”) permiten a las plataformas conocer de manera mucho más detallada el entorno a través del cual ofrecen sus servicios, lo que estimula su expansión hacia sectores adyacentes⁴⁸.

Así, la combinación de distintas funciones ofrecidas por una misma plataforma, que a su vez sirve a grandes cantidades de personas, puede derivar en la formación de nuevas economías de alcance. Por ejemplo, una plataforma que ofrece servicios de correo electrónico y *geolocalización o mapa* puede, al mismo tiempo, utilizar los datos que ambos servicios le proveen para entregar también, y de forma eficiente, el servicio de recomendación de restaurantes⁴⁹.

En este sentido, las economías de alcance producen efectos similares a las economías de escala, pudiendo constituir en la práctica barreras de entrada⁵⁰.

c) Externalidades de red

Como ya se adelantó, el aumento en la participación de los usuarios en la plataforma le permite a esta última internalizar las externalidades o efectos de red positivos que los usuarios generan. Estos efectos serán directos (o “intra-grupo”) cuando un aumento en el tamaño de la red signifique una mejora directa en el servicio ofrecido a los usuarios en un mismo lado de la plataforma, es decir, cuando los agentes que producen esta externalidad (“emisores”) sean también quienes se benefician de ella (“receptores”)⁵¹.

Sin embargo, serán indirectos o “cruzados” (también llamados “inter-grupo”) cuando los emisores de la mejora sean distintos de sus receptores, es decir, cuando signifique una mejora en

⁴⁷ La inteligencia artificial es “*el estudio de sistemas que se comportan de manera que a cualquier observador le parecería inteligente*”. A su vez, “*la Inteligencia Artificial involucra el uso de métodos basados en el comportamiento inteligente de los humanos y otros animales para resolver problemas complejos*”. COPPIN, Ben. (2004). Artificial Intelligence Illuminated. Editorial Jones and Bartlett. Sudbury, Massachusetts. Parte 1, capítulo 1: A brief history of Artificial Intelligence. Pág. 4. Traducción. Libre: “*Artificial intelligence is the study of systems that act in a way that to any observer would appear to be intelligent [...]. Artificial Intelligence involves using methods based on the intelligent behavior of humans and other animals to solve complex problems*”.

⁴⁸ STIGLER CENTER. (2016) Pág. 37.

⁴⁹ Ver ejemplo en: Ídem.

⁵⁰ Las barreras a la entrada son aquellas “*características de la economía o su entorno legal que dificultan que las nuevas empresas ingresen a los mercados con ganancias superiores a la media*”. DORMAN. (2014). Capítulo 13: Monopoly Power. Pág. 278. Traducción libre: “*features of the economy or its legal environment that make it difficult for new businesses to break into markets with above-average profits*”.

⁵¹ CentroCompetencia. (2022). Glosario: Efectos de Red. Disponible [en línea] en: <<https://centrocompetencia.com/efectos-de-red-network-effects/>>.

el servicio ofrecido a los usuarios del otro lado de la plataforma. A su vez, los efectos de red pueden beneficiar a los usuarios de un solo lado de la plataforma, o de ambos recíprocamente⁵². En plataformas de transacción, el aumento de usuarios produce efectos de red indirectos “recíprocos”, beneficiándose ambos lados mutuamente. Por ejemplo, en las páginas de comercio online, mientras más personas utilicen la plataforma para comprar, mayores serán las posibilidades de que alguien pueda vender a través de ella, y mientras más personas ofrezcan sus productos en la página, mayor será la variedad de productos que los consumidores puedan elegir. Estas externalidades también son llamadas “externalidades por uso”, puesto que solamente se verifican una vez que se produce una transacción⁵³.

En las plataformas financiadas por publicidad, los efectos de red positivos directos generalmente benefician a un solo lado de la plataforma, y no existirá una reciprocidad en los efectos de red positivos e indirectos. Incluso podría darse el caso de que el aumento de usuarios a un lado de la plataforma (emisores), genere externalidades de red negativas indirectas para los usuarios del otro lado (receptores).

Por ejemplo, en redes sociales, el aumento de usuarios en el lado de los consumidores produce efectos de red positivos directos para este mismo grupo, puesto que las posibilidades de interactuar con gente conocida y de conocer personas nuevas aumenta⁵⁴. También genera efectos de red positivos indirectos hacia el lado de los anunciantes, quienes se benefician de la mayor variedad de grupos o sectores a quienes pueden acceder con su publicidad. Sin embargo, el aumento de usuarios en el lado de los anunciantes puede generar externalidades negativas indirectas para los consumidores, pudiendo estos últimos considerar molesto el exceso de publicidad ofrecido en la plataforma⁵⁵.

Finalmente, para el caso de las plataformas de *software*, la existencia de externalidades de red positivas dependerá de la naturaleza del servicio ofrecido y de sus posibilidades de interconectarse con otras redes generadas por servicios que requieran acceso a la plataforma para poder operar.

⁵² Para todo este párrafo véase: STIGLER CENTER. (2016). Pág. 38

⁵³ GREENE, Elisa y MORDOJ, Benjamín. (2020). Mercado relevante en plataformas: el caso Ohio v. Amex. Investigaciones CeCo, febrero, 2020. Disponible [en línea] en: <<https://centrocompetencia.com/mercado-relevante-en-plataformas-el-caso-ohio-v-amex/>>.

⁵⁴ STIGLER CENTER. (2016). Pág. 38

⁵⁵ EVANS, David S. y SCHMALENSEE, Richard. (2015). The Antitrust Analysis of Multisided Platform Businesses. En: BLAIR, Roger D. y SOKOL, Daniel D. The Oxford Handbook of International Antitrust Economics. Vol. 1. Oxford University Press. Nueva York, EE.UU. Pág. 410.

Por ejemplo, en el caso de las consolas de videojuegos online, el servicio que estas plataformas ofrecen es el de permitir el acceso de los consumidores (*Gamers*) a los videojuegos que ellos mismos compraron a terceros desarrolladores de contenido. Las consolas no siempre permiten conectar (de forma *online*) a los usuarios de un determinado videojuego con otros usuarios de este, pero por medio de consolas competidoras. En estos casos, el aumento de consumidores con acceso una determinada consola, genera externalidades de red positivas para otros consumidores al aumentar las posibilidades de interactuar online en un determinado videojuego/red.

Por su parte, como se verá más adelante, el hecho de que una plataforma de *software* sea interoperable, podría inhibir estos efectos.

A continuación, se muestra una tabla sintetizando las dinámicas de red que se observan en cada plataforma.

Tabla N°1
Efectos de red según clase de plataforma

Plataformas	Tipos de efectos de red
Plataformas de transacción	Efectos de red indirectos recíprocos (“externalidad por uso”)
Plataformas financiadas por publicidad	Efectos de red positivos directos entre usuarios espectadores
	Anunciantes generan efectos de red negativos indirectos hacia el lado de los espectadores
	Espectadores generan efectos de red positivos indirectos hacia el lado de los anunciantes
Plataformas de <i>software</i>	Depende de la naturaleza del servicio ofrecido y sus posibilidades de interconectarse con otras redes (interoperabilidad)

1.4. Costos de cambio, *single-homing* y *multi-homing*

El acceso de los usuarios a más de una plataforma disminuiría la capacidad que esta tiene de internalizar estos efectos de red, porque los consumidores podrían disfrutar el acceso simultáneo a varias redes (“*Multi-homing*”)⁵⁶.

Por esta razón, los costos de cambio —es decir “los costos de oportunidad de cambiar a otro [producto] estándar”⁵⁷- de una plataforma a otra pueden entrar a definir la manera en que se desarrolla la competencia entre ellas.

Tal y como lo plantea la Comisión Europea, “los beneficios, para una plataforma incumbente, de las externalidades de red se deben a la dificultad que tienen los usuarios para coordinar la migración a una nueva plataforma”⁵⁸.

Lo anterior resulta especialmente complejo si consideramos que estos costos de cambio pueden llegar a constituir barreras a la entrada de nuevas plataformas competidoras. En palabras de Shapiro y Varian:

“en desmedro de posibles nuevos competidores o innovadores, los costos de cambio operan de manera no-lineal: la dificultad de convencer a diez personas conectadas a una red para que se cambien a la tuya que es incompatible, es mayor que diez veces la dificultad de convencer a un solo cliente.”⁵⁹.

Estos factores muchas veces explican que los consumidores permanezcan en una sola plataforma (“*Single-homing*”) en lugar de acceder a varias de manera simultánea.

1.5. Integración vertical: *los E-monopsonies*

⁵⁶ STIGLER CENTER. (2016) P. 38.

⁵⁷ KOLMAR, Martin. (2017). Principles of Microeconomics: An Integrative Approach. Editorial Springer. Cham, Suiza. Capítulo 12: Firm behavior in oligopolistic markets. Pág. 285. Traducción libre: “*the opportunity costs of switching to another standard*”. [Lo escrito entre corchetes es nuestro].

⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA. (2019) Pág. 22. Trad. Libre: “*The benefits, for an incumbent platform, of network externalities are due to the difficulty for users to coordinate migration to a new platform*”.

⁵⁹ SHAPIRO, Carl y VARIAN, Hal R. (1999). Information Rules: a strategic guide to the network economy. Harvard Business School Press. Boston, Massachusetts. Pp. 184-185. Traducción libre: “*for would-be entrants and innovators, switching costs work in a nonlinear way: convincing ten people connected in a network to switch to your incompatible network is more than ten times as hard as getting one customer to switch. But you need all ten, or most of them: no one will want to be the first to give up the network externalities and risk being stranded*”.

Cuando hablamos de plataformas digitales, comúnmente tendemos a pensar en los servicios que estas plataformas nos proveen como consumidores finales. Si escuchamos que estas plataformas abusan de su posición dominante en el mercado, tendemos a imaginar los efectos negativos que como consumidores podemos experimentar producto de aquello. No obstante, tal y como Stucke y Ezrachi afirman, “menos discutidos, pero significativamente preocupantes, son los efectos que estas plataformas pueden generar *aguas arriba*”⁶⁰.

Lo cierto es que muchas de estas plataformas no solamente son dominantes frente a sus consumidores, sino que también lo son frente a sus proveedores. Stucke y Ezrachi bautizaron este fenómeno como *E-monopsony*⁶¹, en referencia al enorme poder de compra que muchas plataformas digitales poseen frente a sus proveedores (oferentes)⁶².

Así como “monopolio es un único (o dominante) vendedor que negocia con múltiples compradores, monopsonio es un único (o dominante) comprador negociando con múltiples vendedores”⁶³. Muchos consideran que los monopsonios son “el reflejo” de los monopolios⁶⁴ y, por lo tanto, la manera en que los primeros puedan comportarse también debe ser objeto de análisis desde el Derecho de la libre competencia⁶⁵.

Como veremos más adelante, ser conscientes de los efectos anticompetitivos que un excesivo poder de compra pueda acarrear es importante, sobre todo si tomamos en cuenta que esta dominancia también puede ser utilizada para abusar del lado menos favorecido en la transacción, por ejemplo, forzando las negociaciones para rebajar los precios de compra a proveedores.

⁶⁰ STUCKE, Maurice E. y EZRACHI, Ariel. (2017). Looking Up in the Data-Driven Economy. CPI Antitrust Chronicle. Mayo, 2017. University of Tennessee Knoxville, College of Law. Pág. 2. Traducción libre: “*Less discussed, but of significant concern, are the upstream effects of these super-platforms*”. Disponible [en línea] en: <<http://ssrn.com/abstract=2975510>> [15/02/2020].

⁶¹ El término *E-monopsony*, fue acuñado por primera vez por Maurice E. Stucke y Ariel Ezrachi, y hace alusión al enorme poder de compra que muchas Plataformas Digitales poseen. Véase: STUCKE y EZRACHI. (2017).

⁶² Véase: Ídem.

⁶³ FEINSTEIN, Debbie y TENG, Albert. Buyer Power: Is Monopsony the New Monopoly?. American Bar Association. Cover Stories. Antitrust, Vol. 33, N° 2, primavera de 2019. Traducción libre: “*While monopoly is a single (or dominant) seller dealing with multiple buyers, a monopsony is a single (or dominant) buyer dealing with multiple sellers*”.

⁶⁴ Esto es debatido por Stucke, según el autor, los monopsonios se comportan de manera diferente a los monopolios y, debido a esto, debemos darles un trato especial cuando se trata de ilícitos de competencia. Véase: STUCKE, Maurice E. (2013). Looking at the Monopsony in the Mirror. Emory Law Journal. Vol. 62, N° 6.

⁶⁵ Para todo este párrafo véase: BLAIR, Roger D. y HARRINGTON, Jeffrey. (1991). Antitrust Policy and Monopsony. Cornell Law Review. Vol. 76, N° 297. Pág. 306, y; ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (en adelante “OECD”). (2008). Policy Roundtables: Monopsony and Buyer Power. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (DAF/COMP). Disponible [en línea] en: <<http://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>>.

1.6. Conclusiones: Plataformas digitales ¿Alguna novedad sustantiva en su análisis?

El énfasis que se ha dado a los elementos distintivos de este tipo de plataforma se debe fundamentalmente a las consideraciones prácticas que de estos podemos extraer para nuestro análisis. El solo hecho de que una empresa cubra altas cuotas de participación en un determinado mercado no quiere decir que se esté frente a un agente dominante. Lo anterior considerando que este solo hecho no permite concluir que una eventual alza en precios cobrados a consumidores finales, o la imposición a los proveedores de precios de compra excesivamente bajos, vaya a tener efectos lesivos para la competencia o el bienestar de los consumidores (efectos exclusorios o explotativos).

Sin embargo, por las razones que se detallan en este capítulo, la existencia de altas barreras de entrada y el uso de técnicas de análisis de *big data*, en un determinado mercado, hacen mucho más plausible concluir que una plataforma digital ya constituida, particularmente si lo ha sido hace un largo tiempo, pueda gozar de una posición dominante en un determinado mercado relevante. Por lo anterior, esta clase de conductas (bajas o alzas de precios sustantivas a proveedores, o el cobro de precios excesivamente altos) podrían, existiendo dominancia, dar lugar a los efectos mencionados. Lo anterior se acentúa cuando consideramos que las plataformas digitales comúnmente presentan todas estas características de forma conjunta, algo que para algunos es considerado como un hecho inédito frente a otros mercados tradicionales⁶⁶. Como se verá en los capítulos que siguen, haber sentado las bases respecto a qué entendemos por “plataforma digital”, cuáles son sus clasificaciones y características más comunes, es fundamental para defender nuestra tesis. En específico, para explicar por qué sostenemos que los abusos explotativos de posición dominante en precios constituyen una fuente de particular preocupación que las agencias de competencia deberán tomar en cuenta, en el escenario de los mercados digitales.

⁶⁶ Véase: STIGLER CENTER. (2016). Pág. 34.

Capítulo 2: Abusos explotativos de posición dominante en precios y respuestas normativas

2.1. Abusos explotativos de posición dominante en precios

Según explica Bruce Lyons los “abusos explotativos hacen referencia al uso del poder de mercado para imponer condiciones inequitativas en las transacciones o precios excesivos”⁶⁷. Diversas legislaciones modernas incluyen prohibiciones a esta figura. Por ejemplo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFEU” por sus siglas en inglés), en su versión actual, en el artículo 102 sanciona:

“la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, en: a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”⁶⁸.

A su vez, la legislación chilena en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 de 1973 (en adelante “DL 211”) sanciona “b) *La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, [...] o imponiendo a otros abusos semejantes.*”

El fundamento de estas prohibiciones es responder a un problema común en los mercados con agentes dominantes o monopolistas, cual es que, en aquellos casos en que se hace difícil para los consumidores cambiar a una fuente alternativa de suministro, una empresa dominante puede subir los precios, limitar la producción, o empeorar la calidad de sus servicios para aumentar sus ganancias⁶⁹. Producto de lo anterior, “los consumidores pierden al tener que pagar más y

⁶⁷ BOUGETTE, Patrice. BUDZINSKI, Oliver y MARTY, Frédéric. (2017). Exploitative abuse and abuse of economic dependence: What can we learn from the industrial organization approach? GREDEG, Working Paper N° 2017-37. Pág. 2. Traducción libre: “Exploitative abuses refer to the use of market power to impose unbalances transaction conditions or excessive prices”.

⁶⁸ UNIÓN EUROPEA. (2012). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 26 de octubre, 2012. Artículo 102. Disponible [en línea] en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>>.

⁶⁹ LYONS, Bruce. (2007). The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse. Centre for Competition Policy, University of East Anglia. Working Paper N° 08-1. Pág. 3.

comprar menos, y hay una distorsión consecuente en la asignación de recursos”⁷⁰ (fenómenos también conocidos como “ineficiencias asignativas”). Estos resultados son contrarios a los principios de eficiencia económica y bienestar de los consumidores, los cuales, tal y como explica Francisco Agüero, forman parte del bien jurídico libre competencia consagrado en nuestro DL 211⁷¹.

Es necesario aclarar, sin embargo, que la disposición chilena en comento establece en su inciso primero la necesidad de que se trate de una conducta “*que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*”, agregando que “[s]e considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos” las conductas descritas en la letra b) ya citada. Lo anterior, debido a la vaguedad de la expresión y las consideraciones políticas que se encuentran en juego, ha dejado abierto el debate sobre si, respecto de los abusos explotativos, es suficiente acreditar el daño a los consumidores para hacer aplicable su sanción, o si más bien es necesario acreditar la existencia de conductas exclusorias, acompañando las explotativas.

A mayor detalle, incluso para aquellos que consideran que la primera postura es la adecuada, la forma en que deba acreditarse este perjuicio a los consumidores no es del todo clara, situación que también ha sido objeto de disputa⁷². Los argumentos a favor de una u otra postura serán analizados a lo largo de este subcapítulo, aplicados a la figura de los precios excesivos, pero extensibles al resto de las conductas explotativas en precios, de modo que podamos encontrar una justificación adecuada para la intervención de las autoridades de competencia en estas materias.

⁷⁰ Idem. Traducción libre: “Consumers lose out by having to pay more and buy less, and there is a consequent distortion in the allocation of resources”.

⁷¹ Según explica Agüero, en el Tratado de Libre Comercio firmado entre Chile y los Estados Unidos de América, en su artículo 16.1, se consagró explícitamente la necesidad de que cada parte adopte o mantenga “*leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas*”. AGÜERO, Francisco. (2004). Nuevos Elementos para el Debate Sobre el Bien Jurídico Libre Competencia. Boletín latinoamericano de competencia. Noviembre de 2004, N°19, y; REPÚBLICA DE CHILE, Ministerio de relaciones Exteriores y EE.UU. (2003). Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América. 30 de diciembre de 2003. Artículo 16.1. Disponible [en línea] en: <<https://www.aduana.cl/tratado-de-libre-comercio-chile-estados-unidos/aduana/2007-07-11/153552.html>> [07/02/2023].

⁷² Como se verá a lo largo de este capítulo, parte de la doctrina atribuye a este factor el hecho de que en la práctica exista una reticencia de parte de las autoridades a perseguir esta clase de conductas.

También es necesario precisar que, si bien el cobro de precios excesivos es el ejemplo de abuso explotativo por excelencia, es tan solo uno entre varios. En efecto, esta clase de abuso puede producirse en diferentes situaciones en las cuales exista, por un lado, un agente con suficiente poder de mercado para imponer condiciones “abusivas” en los intercambios y, por el otro, un agente que se vea obligado a aceptar estas condiciones debido a la ausencia de alternativas, sufriendo un perjuicio económico que puede exceder el ámbito de un precio pactado. Tal y como lo explica Bruce Lyons “en principio, la calidad del producto, los niveles del servicio y el rango de los productos también pueden ser abusados por parte de las empresas dominantes”⁷³.

A lo largo de este subcapítulo, y sin perjuicio que el listado de conductas que pueden ser perseguidas por esta figura no es finito, el análisis se centrará en las siguientes figuras: **(i)** la fijación unilateral de precios excesivos de venta; y **(ii)** la fijación unilateral de precios de compra excesivamente bajos.

Lo anterior, debido a que estas son las formas de abuso explotativo más comentadas por la literatura tradicional en el Derecho de la competencia y, en este sentido, su estudio minucioso nos entregará las bases sobre las cuales, en el capítulo 3, trataremos el asunto de los abusos explotativos en los distintos escenarios de plataformas digitales.

El subcapítulo siguiente también incluye un apartado que introduce el problema de la intervención por parte de la autoridad, los conflictos que esto puede acarrear, y algunas propuestas que podrían ser tomadas en consideración⁷⁴.

Todo lo anterior será trasladado al escenario de las plataformas digitales en el capítulo 3 de esta tesis, situación que nos obligará a hacer variaciones respecto de los parámetros utilizados para que puedan adaptarse de manera acertada al entorno digital.

a) Aguas abajo: fijación abusiva de precios de venta excesivamente altos

Los precios excesivos son comúnmente entendidos como el ejemplo por excelencia de abuso explotativo. Si bien no existe acuerdo unánime respecto a qué significa que un precio sea excesivamente alto, el consenso general apunta a que, por lo menos, debe tratarse de un precio

⁷³ LYONS. (2007). Traducción Libre: “*In principle, product quality, service levels and product range may also be abused by a dominant firm*”.

⁷⁴ Véase *infra*: 2. 2. Mecanismos de sanción, remedios y formas de prevenir abusos explotativos de posición dominante en materia de precios.

“por sobre el que existiría en un mercado competitivo”⁷⁵. La disyuntiva en este punto gira en torno a las limitaciones adicionales que debe cumplir un precio excesivo para ser objeto de sanción.

Para algunos autores, este término debe entenderse como el precio que existiría en un mercado cercano al monopolio⁷⁶. Para otros se trataría más bien de una posición intermedia⁷⁷. Otros criterios, sin ser opuestos a los recién mencionados, han sido demarcados por la jurisprudencia comparada en estas materias. Por ejemplo, en el caso *United Brands (1978)* el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) determinó que un precio cobrado era excesivo si no tiene “relación razonable con el valor económico del producto ofrecido”⁷⁸⁻⁷⁹.

Antes de adentrarnos más en este asunto, es necesario señalar que se discute si la situación de cobrar precios excesivamente altos es una conducta que se deba sancionar. Algunos creen que la sanción al cobro de precios excesivamente altos, como una infracción a las leyes de la libre competencia, es necesaria⁸⁰, mientras que otros sostienen que la intervención de las autoridades

⁷⁵ REINO UNIDO (“U.K.”). (2001). Decisión N° CA98/2/2001 de fecha 30 de marzo de 2011 del Director General del Comercio Justo. Caratulado: Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd. and Subsidiaries (“NAPP”). Considerando 203. Traducción libre: “*above that which would exist in a competitive market*”.

⁷⁶ En este extremo se encuentran las posturas de Massimo Motta y Alexandre De Stree, entre otros. Véase *infra*: a. ii. Argumentos a favor de la sanción a los precios excesivos

⁷⁷ MAIER-RIGAUD, Frank. (2011). Excessive Prices: Background Paper by the Secretariat. En: ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (“OECD”). (2011). Policy Roundtables: EXCESSIVE PRICES. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee (en adelante “DAF/COMP”). Pág. 31. Disponible [en línea] en: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>>.

⁷⁸ UNIÓN EUROPEA, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). (1978). Sentencia dictada por el TJUE el 14 de febrero de 1978, relativa al Asunto N° 27/76. ECLI:EU:C:1978:22. Caratulado: United Brands Company and United Brands Continental BV c. Commission of the European Communities (en adelante “United Brands”). Disponible [en línea] en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0027>> [07/02/2023].

⁷⁹ A partir de esto último, se han elaborado distintos parámetros para poder determinar si acaso un determinado precio es o no excesivo, los cuales serán examinados más adelante en esta sección. Véase *infra*: a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos.

⁸⁰ Particularmente en aquellos casos en que existe un “*potencial limitado para que se produzca la autocorrección del mercado debido a la permanencia de altas barreras a la entrada, la falta de un regulador o de la acción efectiva de un regulador ya existente*” MAIER-RIGAUD. (2011). Pág. 27. Traducción libre: “*cases of limited potential for market self-correction due to permanently high entry barriers, the lack of a regulator or of effective action by an existing regulator*”.

De lo contrario dejaríamos a los consumidores en una situación de desprotección frente al perjuicio económico que los agentes dominantes puedan causarles.

en estas materias más bien podría perjudicar que ayudar⁸¹. Como se verá a continuación, en la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional se han visto enfrentadas ambas posturas, sin que se pueda afirmar, de forma tajante, la existencia de una postura mayoritaria.

a. i. Argumentos en contra de la sanción a los precios excesivos

La postura contraria a la sanción de los cobros excesivos considera que el mero hecho de que un agente dominante cobre precios por sobre los de competencia no debe ser objeto de prohibición por parte de las autoridades de libre competencia⁸².

En Chile, esta postura encuentra cabida en torno a la discusión respecto a qué se debe entender por explotación “abusiva”, señalando algunos autores que la sanción a los precios excesivos debe ir acompañada de “prácticas restrictivas de la libre competencia de cualquier índole. Es decir, si el precio se logró gracias a un acuerdo, o al abuso de una posición dominante, a la imposición abusiva de barreras estratégicas a la entrada o a prácticas exclusorias”⁸³. De forma similar, otros sostienen que el término “abusiva” en la letra b) del artículo 3° del DL 211, hace alusión a medios ilícitos para dicho cobro, pudiendo tratarse de cobros injustificados, infracciones a disposiciones legales o contractuales, o arbitrariamente discriminatorios, pero no el mero hecho de cobrar precios excesivamente altos⁸⁴.

Los fundamentos económicos de estas concepciones descansan sobre dos grandes supuestos: **(i)** la capacidad autocorrectiva de los mercados haría innecesaria o redundante la intervención pretendida y **(ii)** la dificultad o arbitrariedad para determinar qué precios son (manifiestamente) excesivos y cuáles no, haría imposible su aplicación en la práctica, a menos que se tenga criterios de licitud con los cuales se puedan contrastar.

⁸¹ En el sentido de que traería aparejado “*el riesgo de reducir los incentivos a la inversión (tanto de las empresas ya constituidas en el mercado como de los potenciales entrantes) y la incerteza jurídica que podría estar asociada a la vaguedad del concepto*”. Ídem. Pp. 25-26. Traducción. libre: “*the risk of reducing investment incentives (both of firms already in the market and potential entrants) and the legal uncertainty that may be associated with the vagueness of the concept*”.

⁸² Véanse los votos disidentes en: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (“TDLC”). (2014). Sentencia N° 140/2014, dictada el 4 de noviembre de 2014. Caratulado: Demanda de Condominio Campomar contra Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Ltda (en adelante “Campomar”). Rol N° C-245-12; y TDLC (2018). Sentencia N° 163/2018 dictada el 19 de junio de 2018. Caratulado: Demanda de Alimentos Bio Bio Ltda y Otros contra Alimentos y Frutos S.A y Otros (en adelante “Alimentos Bío Bío Ltda”). Rol N° C-305-2016.

⁸³ MENCHACA. (2011). Pág. 262.

⁸⁴ TDLC. (2014). Sentencia “*Campomar*”. Considerando 3° de los votos disidentes.

Respecto al primer punto, los defensores de esta postura asumen que el carácter de los mercados desregulados es inherentemente competitivo cuando la creación de barreras artificiales se encuentra controlada⁸⁵⁻⁸⁶. Bajo esta hipótesis, si existiese un agente que cobre precios excesivamente altos, la capacidad autocorrectiva del mercado operaría, es decir, sus competidores aprovecharían esta oportunidad para cobrar precios más bajos, equilibrándose en consecuencia los precios de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda.

En el evento que se esté frente a un mercado que contenga “fallas”, es decir, características que impidan que la autocorrección se produzca fácil y expeditamente, el cobro de precios excesivos sería un incentivo a la entrada para nuevos competidores, lo que permitiría alivianar los efectos inhibitorios a la competencia producidos por la presencia de altas barreras de entrada⁸⁷. Esto sería especialmente relevante en industrias que dependen fuertemente de la inversión en I+D, dado que el cobro de los precios excesivos sería un incentivo para que potenciales competidores se decidan por desarrollar innovación disruptiva y/o realizar grandes inversiones de capital que permitan desplazar a las empresas que los cobran. Se generaría, de esta forma, una dinámica de competencia “por el mercado” en lugar de una de competencia “en el mercado”⁸⁸.

En todos estos casos, la intervención de las autoridades de competencia para prohibir el cobro de precios excesivos incrementaría el efecto que producen estas fallas al eliminar la recompensa que constituye el incentivo a la entrada de potenciales competidores.

Visto de esta manera, algunos agregan que los costos asociados a intervenir para sancionar el cobro de precios excesivos serían siempre mayores que el beneficio que ello podría acarrear⁸⁹,

⁸⁵ MAIER-RIGAUD. (2011). Pág. 32.

⁸⁶ Según Tomás Menchaca esta sería una postura generalizada en la doctrina norteamericana. MENCHACA. (2011). Pág. 258.

⁸⁷ Esta postura se condice con lo sostenido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Verizon Communications, Inc vs Law Offices of Curtis V Trinko”. En este caso la corte resolvió que “*La mera posesión de poder de mercado, y el consecuente cobro de precios monopólicos, no sólo no es ilegal; es un importante elemento del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios monopólicos –a lo menos durante un breve tiempo– es lo que incentiva el emprendimiento empresarial en primer lugar; induce a tomar riesgos que producen innovación y crecimiento en la economía*”. ESTADOS UNIDOS, Corte Suprema. (2004). Sentencia N° 02–682/2004, dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Caratulado: Verizon Communications, Inc c. Law Offices of Curtis V Trinko (en adelante “*Trinko*”). Traducido por Tomás Menchaca en: MENCHACA. (2011). Pág. 259.

⁸⁸ Este punto es levantado por Massimo Motta y Alexandre De Streel quienes, como se verá más adelante, no siempre se oponen a la sanción de los precios excesivos, pero sí sostienen una postura reticente. Véase: MOTTA, Massimo y De STREEL, Alexandre. (2003). Excessive Pricing and Price Squeeze Under EU Law. En: EHLERMANN, Claus-Dieter y ATANASIU, Isabela. (2003). EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL, What Is an Abuse of a Dominant Position?. Editorial Hart Publishing. Portland Oregon, EE. UU. Pp. 110-111.

⁸⁹ MENCHACA. (2011). Pág. 15.

siendo este último, la corrección de la pérdida de eficiencia experimentada en la asignación de los recursos en el mercado. Así, no podría darse el caso en que la sanción al cobro de precios excesivos se haga para la protección del bienestar de los consumidores.

El segundo supuesto para sostener que el mero hecho de cobrar precios excesivos no debe ser sancionado, recae en que, la dificultad que existe para determinar cuáles precios son excesivos y cuáles no, hace que sea difícil catalogar un precio como tal sin entrar a regular los precios en dicho mercado.

En Chile, esta postura puede observarse con claridad en el voto disidente de la Sentencia N° 140/2014 del Tribunal de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) donde se sostuvo que:

“en la gran mayoría de los casos, el precio es superior al costo marginal, no existiendo criterios para determinar cuándo un precio se consideraría “excesivo”, ni aun en jurisdicciones en que los precios excesivos explotativos son expresamente declarados ilegales [...] si se opta por sancionar los precios excesivos el agente económico sancionado no podrá saber con certeza cuál es el precio por el cual no será sancionado y, si cambian las circunstancias del mercado, aumentando por ejemplo los costos, no podrá subir libremente los precios sin consultar previamente al Tribunal, a riesgo de ser sancionado nuevamente, lo cual erigiría a éste último en un verdadero regulador de precios. En lo económico, el principal problema es determinar a partir de qué punto se considerará un precio como excesivo”⁹⁰.

La cita anterior deja entrever que este supuesto presenta dos aspectos como determinantes. En primer lugar, presume la carencia de criterios suficientes, tanto a nivel legislativo como teórico, que permitan concluir que un determinado precio es excesivo, sin que se caiga en consideraciones arbitrarias o injustas. En segundo lugar, y considerando lo anterior, se sostiene que la prohibición del cobro de un determinado precio acarrearía necesariamente la fijación de un determinado precio “tope”, potestad que no corresponde a las facultades propias de los tribunales con competencia en estas materias, sino al ente designado en la constitución o las leyes para regular los mercados.

⁹⁰ TDLC. (2014). Sentencia “*Campomar*”. Considerandos 8° y 10° de los votos disidentes.

Como se verá más adelante, estos argumentos son perfectamente rebatibles si se observan en detalle las herramientas que la doctrina y jurisprudencia reciente ha propuesto para determinar la existencia de precios excesivamente altos.

Basándose en los argumentos anteriores, como fundamento económico, los defensores de la postura contraria a la sanción de precios excesivos proponen interpretar el art. 3 del DL. 211 ya citado, de forma tal que la fijación de precios sea considerada abusiva solo si es la manera de concretar un abuso de posición dominante de carácter exclusorio, o si es resultado de la utilización de prácticas anticompetitivas de carácter ilícito⁹¹.

a. ii. Argumentos a favor de la sanción a los precios excesivos

Si bien ninguna postura con relativa aceptación en la doctrina considera que la sanción a los precios excesivos deba existir siempre que se cobre un precio por sobre los costos marginales⁹², las opiniones favorables a sancionar los precios excesivos pueden ser más o menos exigentes, pudiéndose subclasificar en dos. La primera postura podría catalogarse como una reticente, aunque no contraria, a sancionar los precios excesivos⁹³ y considera que, para que la sanción sea procedente deben cumplirse exigencias de carácter muy restringido, tales como que existan barreras a la entrada imposibles de derribar, “superdominancia” o que se trate de mercados en los que se produzcan fallas imputables al ente regulador, entre otras.

La segunda postura podría considerarse como una postura moderadamente reticente, que no pide que los requisitos a cumplir sean tan exigentes, pero sí advierte que es necesario que los criterios utilizados para determinar si un precio debe o no ser sancionado por excesivo deben ir más allá de la sola comparación entre los costos de producción y el precio incurrido. No obstante, ambas posturas (la reticente y la moderadamente reticente) tienen algunos puntos en común que se explican a continuación.

⁹¹ Lo anterior, entendiendo, por tanto, el término “explotación abusiva” como el aprovechamiento de una posición dominante para incurrir en prácticas de carácter exclusorio o ilícito, y el término “fijando precios” como la acción por medio de la cual este abuso puede materializarse, restringiendo su alcance a meras conductas exclusorias.

⁹² Recordemos que el fundamento de la sanción es la ineficiencia asignativa de recursos que se produce cuando una empresa cobra precios que se encuentran excesivamente por sobre los costos marginales de producción.

⁹³ Esta sería la postura que defienden Massimo Motta y Alexandre De Streel, entre otros. Véase *infra*: 102

Como bien ha asentado parte de la doctrina en estas materias, el precio que los consumidores están dispuestos a pagar por un producto o servicio no necesariamente deberá identificarse con el valor de los costos asociados a su producción⁹⁴. En una hipótesis de mercado competitivo perfecto⁹⁵, el precio de equilibrio entre la oferta y la demanda se sitúa en la intersección entre las curvas de ingreso y de costo marginal de producción⁹⁶, siendo este el precio más bajo que los competidores (racionales) estarían dispuestos a aceptar. De lo contrario, no verían beneficio alguno en mantenerse en el mercado.

Sin embargo, esta situación es imposible de observar en la práctica. En el “mundo real” no existen mercados perfectamente competitivos, razón por la cual no se puede esperar que el precio de equilibrio coincida con los costos marginales. Además, aun si la competencia fuera lo suficientemente eficaz como para disciplinar a un competidor dominante en su estrategia de precios, en aquellas industrias que presentan retornos a escala crecientes y altos costos fijos, los competidores más pequeños se verían forzados a cobrar precios por sobre su propio costo marginal para constituirse en el mercado. De lo contrario, no serían capaces de recuperar sus costos medios.

Por esta razón, los diversos criterios que se utilizan para determinar si los precios cobrados por una determinada empresa son excesivos, no solo toman en cuenta los costos marginales de producción, sino que lo hacen en comparación con los precios que se esperaría que existan en mercados competitivos imperfectos⁹⁷ (llamados por la doctrina económica “oligopólicos”).

Considerando lo anterior, podemos observar que la postura presente en el voto disidente del TDLC citado más arriba⁹⁸, no toma en cuenta que, para la mayor parte de la doctrina favorable

⁹⁴ MAIER-RIGAUD. (2011). Pág. 31.

⁹⁵ Tal y como explica Frank Maier-Rigaud “Los supuestos necesarios para que exista un equilibrio perfectamente competitivo son más bien restrictivos e incluyen el supuesto de que las economías a escala son pequeñas en relación al tamaño del mercado, que la información es perfecta y que la producción es homogénea de modo que las empresas son aceptantes de precios. Por ejemplo, las empresas no pueden influir en el precio de mercado. Además, se asume que no existen barreras a la entrada ni a la salida”. MAIER-RIGAUD. (2011). Cita extraída de nota a pie de página N° 21. Pág. 29. Traducción libre: “The necessary assumptions for a perfectly competitive equilibrium are rather restrictive and include the assumption that the economies of scale are small relative to the size of the market, that information is perfect and that output is homogenous so that firms are price takers, i.e. firms cannot influence the market price. In addition, no entry or exit barriers are assumed”.

⁹⁶ Este punto será profundizado en la siguiente subsección. Véase *infra*: a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos

⁹⁷ Véase *infra*: a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos.

⁹⁸ Véase *supra*: 90.

a la sanción de precios excesivos, las consideraciones basadas en los costos de producción no constituyen el elemento definitorio, sino que a esto le agregan una serie de parámetros o “*benchmarks*” para determinar qué precios son excesivamente altos, y cuáles no⁹⁹.

En nuestra opinión, lo anterior le quita peso al argumento según el cual sería difícil catalogar un determinado precio como excesivo sin caer en arbitrariedades, puesto que la postura en comento malentende este problema y asume que el contraste que se pretende hacer sería entre el precio efectivamente cobrado y el que existiría en un mercado perfectamente competitivo -puesto que solo en estos mercados los precios se equiparan al costo marginal de producción-. Siendo que, por el contrario, el contraste que se pretende hacer es entre el precio efectivamente cobrado y el que existiría en un mercado competitivo imperfecto, sumado a una serie de parámetros restrictivos que, en su conjunto, permiten que la autoridad se aleje del terreno de la arbitrariedad¹⁰⁰.

Además, como se verá a más adelante, los umbrales que se fijan para cobrar precios no son “estáticos” y sí responden a las variaciones de costos en el mercado, lo que quiere decir que una empresa anteriormente sancionada sí podría aumentar sus precios debido a, por ejemplo, alzas inesperadas de costos.

Por lo tanto, para tener certeza sobre la validez de los argumentos sobre la arbitrariedad, primero habrá que examinar, en detalle, cuáles son los criterios que se han usado para acreditar el nivel de exceso de los precios, situación que abordaremos en la subsección que sigue¹⁰¹.

Dicho todo lo anterior, podemos abordar la primera subclasificación: la postura reticente a sancionar los precios excesivos. Esta, comparte algunos supuestos con aquellos que se oponen a su sanción.

Según Massimo Motta y Alexandre De Streel, la sanción a “el cobro de precios excesivos es un instrumento sumamente peligroso para ser usado en el derecho de la competencia. Sin embargo, pueden existir circunstancias excepcionales que justifiquen el uso de dicha provisión”¹⁰².

⁹⁹ Véase *infra*: a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos.

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ Véase *infra*: a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos.

¹⁰² MOTTA y DE STREEL (2003). Pág. 109. Trad. libre: “excessive pricing is a very dangerous instrument to use in competition law. Yet, there might be exceptional circumstances that might justify the use of such a provision”.

Para estos autores, los precios excesivos serían sancionables solo en el supuesto de que se cumplan los siguientes requisitos: **(i)** que existan barreras a la entrada no transitorias; **(ii)** que el monopolio o la posición dominante se haya obtenido por medio de actuales o pasadas conductas exclusorias o derechos especiales; **(iii)** que no existan medios efectivos para que las autoridades de competencia eliminen las barreras de entrada; y **(iv)** que no exista un regulador especializado en el sector específico en cuestión¹⁰³.

El primer requisito se basa en la idea de que es preferible permitir que las fuerzas del mercado operen para equilibrar los precios en lugar de intervenir, salvo que se trate de aquellas situaciones en que “no se dé una presión efectiva del mercado para bajar los precios a un nivel competitivo (y que esta situación sea improbable que cambie)”¹⁰⁴. La segunda restricción se funda en la idea de que, si castigáramos a un competidor que legítimamente ha adquirido una posición dominante, “el miedo a la intervención de las autoridades de competencia podría socavar los incentivos a la inversión”¹⁰⁵. Los requisitos restantes se fundan en la idea de que, bajo un análisis de costo-beneficio, siempre será preferible que se ataquen estos medios por vías indirectas o por medio de la regulación estratégica¹⁰⁶.

Si bien esta postura se acerca bastante a los criterios adoptados por el TDLC en la sentencia N°140/2014 ya citada, estos últimos difieren ligeramente en el sentido de que no es un requisito *sine qua non* que la dominancia se haya obtenido por medio de conductas exclusorias o derechos exclusivos. Más bien, estas serían algunas maneras de obtener una posición dominante que no se deba a inversiones pasadas o a innovación, siendo esto último lo relevante¹⁰⁷.

Por su parte, la postura que hemos denominado “moderadamente reticente” ha sido tratada por Ariel Ezrachi y David Gilo, quienes desafían dos de los presupuestos compartidos por las anteriores. En específico, consideran que: **(i)** no es correcto afirmar que los precios excesivos constituyan un incentivo a la entrada de potenciales competidores en el mercado; y **(ii)** en

¹⁰³ Véase: Ídem. Pp. 109-112.

¹⁰⁴ Id. Pág. 110. Trad. libre: “no effective market pressure to bring the price down to a competitive level (and this is unlikely to change)”

¹⁰⁵ Id. Trad. libre: “fear of antitrust intervention may undermine investment incentives”.

¹⁰⁶ En términos de eficiencia y cuidando no afectar el dinamismo en el mercado. Véase: Id. Pp. 112-113.

¹⁰⁷ Véase: TDLC. (2014). Sentencia “*Campomar*”. Considerando 16°.

relación con lo anterior, no sería adecuado esperar que existan altas barreras a la entrada para que se pueda sancionar el cobro de precios excesivamente altos¹⁰⁸.

Para entender el primer punto, es necesario distinguir primero aquellos precios que un monopolista puede cobrar previo a la entrada de nuevos competidores (precios “pre-entrada”), del precio que una empresa entrante podría cobrar después de su exitosa entrada en el mercado (precios “post-entrada”)¹⁰⁹. Según estos autores, en el evento de que un monopolista se vea desafiado por un nuevo competidor, bajaría sus precios a un nivel soportable a corto plazo con la intención de impedir su entrada en el mercado, desatándose entre ambos una “guerra de precios”¹¹⁰. Lo anterior no solamente sería posible bajo la hipótesis de una conducta exclusoria -la cual implicaría cobrar precios bajo los costos marginales- sino que también sería posible si se cobrara un precio por sobre el costo marginal de la incumbente, pero bajo el costo medio de potenciales entrantes¹¹¹.

Ante esta posibilidad, la empresa entrante se vería inhibida de entrar en el mercado si no tiene seguridad de que los precios post-entrada serán suficientes para cubrir los costos incurridos en la guerra de precios, esto es, a menos que tenga certeza de que sus costos marginales son inferiores a los del monopolista, o que posee alguna ventaja competitiva¹¹².

Visto de esta forma, el rol de los precios pre-entrada simplemente sería “alertar” a potenciales competidores -quienes carecen de información confiable-, de que la empresa ya constituida presenta costos marginales más altos que aquellos que las primeras podrían alcanzar¹¹³.

Lo anterior quiere decir que:

¹⁰⁸ Véase: EZRACHI, Ariel y GILO, David. (2009). Are Excessive Prices Really Self-Correcting?. *Journal of Competition Law and Economics*. Vol. 5, N° 2, junio de 2009. Pp. 249-268.

¹⁰⁹ Ídem. Pág. 255.

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ Esto se explica puesto que, al momento de ingresar al mercado, la empresa entrante no necesariamente entrará a ocupar suficientes cuotas como para alcanzar la escala necesaria para cubrir sus costos medios y al mismo tiempo cobrar precios que se ubiquen al nivel de su costo marginal, debiendo, en consecuencia, optar por cobrar precios más altos para no incurrir en pérdidas.

¹¹² Según Ezrachi y Giló, en la práctica esto constituye la existencia de una barrera a la entrada que “es particularmente aguda si la firma entrante percibe que la firma dominante es más eficiente o atractiva para los consumidores que ella misma (que es frecuentemente el caso, debido a las ventajas que le trae ya estar constituida en el mercado: experiencia, economías de escala, posicionamiento de la marca, lealtad de los consumidores, entre otras)”. Ezrachi y Giló. (2009). Pág. 255. Traducción libre: “is particularly acute if the entrant perceives the dominant firm to be more efficient or attractive to consumers than the potential entrant is (which is often the case, because of the advantages of incumbency: experience, economies of scale, brand recognition, consumer loyalty, and so forth).”

¹¹³ Ídem. Pp. 256-257.

- (i) la razón por la cual un potencial competidor se puede ver incentivado a entrar en el mercado no es el cobro de precios excesivos por parte de un agente dominante (pre-entrada), sino la posibilidad que el primero tenga de cobrar precios lo suficientemente altos después de su entrada en el mercado;
- (ii) si el resultado de la sanción es tener precios medianamente representativos de los costos en el mercado, entonces la sanción a los precios excesivamente altos no constituye un desincentivo para la entrada de futuros competidores, por el contrario, la facilitaría, siendo perfectamente compatible la sanción con la existencia de un mercado competitivo imperfecto¹¹⁴⁻¹¹⁵.

El segundo supuesto que la postura moderadamente reticente controvierte es que los precios excesivos solo deben sancionarse cuando existan barreras a la entrada¹¹⁶. La existencia de barreras a la entrada es uno de los supuestos que permitirían a una empresa monopolista predecir que su

¹¹⁴ Bastaría que los precios que los potenciales competidores puedan cobrar después de su ingreso al mercado sean suficientes para cubrir los costos incurridos en la entrada, para que estos se vean incentivados a entrar.

¹¹⁵ Estos autores van incluso más lejos y explican que, en ocasiones, la sanción a los precios excesivos puede reforzar el rol de “alerta” que los precios pre-entrada pueden cumplir. Véase: EZRACHI y GILO. (2009). Pp. 263-268.

Un argumento que se podría oponer en contra de la compatibilidad entre competencia y sanción a los precios excesivos es que, en un mercado en que los consumidores aceptan los precios cobrados por el monopolio, el rol que cumplirían los precios excesivos- de “alertar” a potenciales competidores que ignoran los altos costos de un monopolio- sería suficiente motivo para que la empresa dominante se vea inhibida de cobrar precios excesivamente altos. Esta objeción, abordaría este asunto desde la lógica de la contestabilidad de los mercados, sin embargo, los casos en que esta idea se puede dar, en la práctica son muy escasos, puesto que descansa sobre supuestos excesivamente restrictivos: EZRACHI, Ariel y GILO, David. (2010). Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the Mittal litigation. *Antitrust Law Journal*. Vol. 76, N° 3. Pág. 881.

Tal y como Ezrachi y Gilo explican, el posible efecto de “alerta” de los precios excesivos, solo inhibirá a los monopolistas de cobrarlos en aquellos casos, muy excepcionales, en que concurren de forma simultánea los siguientes supuestos:

- (i) los potenciales entrantes no saben cuál es el costo marginal de producción de la empresa dominante, y no entrarán hasta saberlo (puesto que, si los supieran, el monto del precio no tendría ninguna incidencia en la entrada de nuevos competidores);
- (ii) para el agente dominante es más rentable cobrar “precios límite” -esto es, precios sobre el costo marginal, pero bajo el costo medio de potenciales entrantes- a largo plazo, que cobrar precios monopólicos a corto plazo;
- (iii) existen barreras a la entrada y estas no son lo suficientemente altas como para dejar de hacer atractiva la entrada a nuevos competidores (como ya lo establecimos, no son los precios pre-entrada sino los precios post-entrada los que atraen a nuevos competidores, por lo tanto, si las barreras a la entrada son muy altas, los precios post-entrada deberán serlo también, de lo contrario no alcanzarán para cubrir los costos a la entrada, en el mediano o largo plazo, y nadie intentará ingresar en el mercado, siendo irrelevante el cobro de precios límite).
- (iv) las barreras a la entrada no son lo suficientemente bajas como para que la entrada en el mercado dependa exclusivamente de los costos marginales de cada entrante (considerando que, si no hay barreras a la entrada, o estas son muy bajas, el comportamiento en los precios del monopolio no tendría ninguna incidencia en los potenciales competidores, por lo que elegirá la opción que maximice sus beneficios).

Con todo, aun si estos casos fueran a darse en la práctica, los precios límite podrían seguir siendo mayores que los precios que existirían en un mercado competitivo, no habiendo nada que asegure que los precios límite cobrados no sean precios excesivamente altos. EZRACHI y GILO. (2009). Pp: 257-263, y; EZRACHI y GILO. (2010). Pág. 880-883.

¹¹⁶ Como hemos visto, todas las posturas ya vistas piden que por lo menos se trate de barreras a la entrada no transitorias. Pero estos autores van un poco más lejos.

comportamiento, en el cobro de precios, puede fomentar o inhibir la entrada de potenciales competidores¹¹⁷. Dándose el caso, las empresas dominantes o el monopolista fijarían un “precio límite” -esto es, un precio mayor al costo marginal pero lo suficientemente bajo como para mantener fuera a potenciales competidores¹¹⁸-, lo que constituiría en la práctica la existencia de una barrera a la entrada adicional¹¹⁹ pero no necesariamente una situación de precios excesivamente altos (puesto que el precio que se cobre sería un precio significativamente inferior al que maximiza los beneficios del monopolista).

Por el contrario, si no concurren barreras a la entrada -ni siquiera el temor a que la empresa sea un monopolio con bajos costos marginales- entonces el monopolista no tiene razones, fuera de su ilicitud, para no cobrar precios excesivamente altos, situación que se podría prolongar en el tiempo hasta que un nuevo competidor entre en el mercado.

Frente a esto último, según Ezrachi y Gilo:

“Se podría argüir que una autoridad de competencia podría demorar años en llevar un caso contra un agente dominante y que, para el momento en que el caso es traído al efecto, la entrada ya hubiera ocurrido y los precios excesivos ya se hubieran disipado. Sin embargo, no debemos ser indiferentes al valor disuasivo que tiene el Derecho de la competencia. El objetivo no es meramente detener a una empresa dominante de cobrar precios excesivos, sino disuadirla de hacerlo en primer lugar. Si la empresa dominante no es disuadida de hacerlo, las ineficiencias involucradas en el cobro de precios excesivos, en la forma de consumo sub-óptimo del producto o servicio, persistirá por los años en que dicho cobro se mantenga”¹²⁰.

¹¹⁷ Véase *supra*: 115

¹¹⁸ Véase el razonamiento expresado en: 115

¹¹⁹ EZRACHI y GILO. (2009). Pág. 263.

¹²⁰ Ídem. Pág. 263. Traducción libre: “*It could be claimed that it might take competition authorities several years to bring a case against the dominant firm, and that by the time the case is brought, entry will have occurred and the excessive price will have been dissipated. One must not disregard, however, the deterrent value of competition law. The aim is not merely to stop the dominant firm from charging an excessive price, but to deter it from doing so in the first place. If the dominant firm is not deterred from doing so, the inefficiencies involved in the excessive price, in the form of sub-optimal consumption of the product or service, would persist for the several years in which the excessive price had lasted*”

Si bien la propuesta de Ezrachi y Gilo es capaz de desafiar algunos de los argumentos que justifican una aproximación reticente a la sanción de los precios excesivos, ellos mismos reconocen que su postura no quiere decir que el cobro de precios excesivos deba siempre ser objeto de sanción¹²¹. La dificultad para determinar qué es un precio excesivamente alto e implementarlo en la práctica, así como el efecto nocivo que este puede tener para la inversión futura, son problemas que aún quedan sin resolver, y que deberán ser analizados caso a caso¹²². Concluyen estos autores diciendo que “cuando la autoridad de competencia considera que el riesgo de socavar la inversión y los problemas de evaluación no son convincentes, la intervención debe considerarse como una opción viable¹²³”.

En nuestra opinión, la postura de estos últimos autores es acertada en tanto demuestra que los precios excesivos, por sí mismos, no constituyen incentivos a la entrada. Sin embargo, en cuanto a la objeción que realizan a la existencia de barreras a la entrada para ser sancionadas, estas serían erróneas desde un punto de vista jurídico, por lo menos para el caso de Chile.

Como se adelantó al comienzo de este capítulo, nuestro DL 211 sanciona la “*explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta*” (en forma similar a la legislación europea). En este sentido, la existencia de barreras a la entrada -que permitan que una empresa que cubra altas cuotas en el mercado se comporte como si fuera una firma dominante- y el aprovechamiento de esta circunstancia para fijar condiciones inequitativas en los intercambios, constituyen una condición necesaria para que el cobro de precios excesivamente altos sea considerado como un ilícito de competencia. Por lo demás, así ha sido zanjado en más de una ocasión por la jurisprudencia nacional¹²⁴.

¹²¹ Ídem. Pág. 268.

¹²² Id.

¹²³ Id. Traducción libre: “When the competition authority finds that the risk of undermining investment and problems of assessment are not compelling, intervention should be considered as a viable option”.

¹²⁴ TDLC. (2014) Sentencia “*Campomar*”; (2008) Sentencia N° 75/2008 dictada el 30 de septiembre de 2008. Caratulado: Demanda de Atrex y otros contra SCL. Rol N° C-113-2006. Considerando 49°; (2022). Sentencia N° 181/2022 dictada el 24 de mayo de 2022. Caratulado: Demanda de REDTEC S.A. en contra de WALMART CHILE S.A. Rol N° C-363-2018. Considerando 53°.

Por su parte es necesario tomar en cuenta que la existencia de barreras a la entrada es uno de los elementos que permiten reducir el riesgo de que las autoridades de competencia tomen decisiones equivocadas que puedan implicar un alto costo social¹²⁵.

Las posturas principales a favor de la intervención de las autoridades de competencia comparten, en cierto grado, la preocupación fundamental de no intervenir en forma desmedida, debido a los efectos adversos que esto puede provocar a la inversión futura en dichos mercados. Por lo tanto, una aproximación sensata en estos asuntos requiere que se acuda a las mejores herramientas disponibles para determinar cuándo se está frente a precios excesivamente altos, evitando generar incertidumbre en aquellos mercados que dependen fundamentalmente de la inversión en I+D.

A continuación, examinaremos con mayor detalle algunas propuestas para determinar cuándo estaremos frente a un precio excesivo, y cómo podemos intervenir intentando evitar, en la mayor medida posible, los efectos negativos que esta intervención pueda generar.

a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos

Para responder a la interrogante de cuándo estaremos frente a un precio excesivamente alto, la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, han elaborado una serie de parámetros o *benchmarks*, con sus respectivos *test* o métodos para aplicarlos al caso concreto.

Como ya adelantamos, en el caso *United Brands* el TJUE estableció que el precio cobrado será considerado excesivo si no tiene “relación razonable con el valor económico del producto ofrecido”¹²⁶. Además, especificó que para poder dar por acreditada la situación anterior se debe:

(i) analizar si existe una desproporción excesiva entre el costo efectivamente soportado y el precio del producto; y **(ii)** examinar si el precio cobrado es inequitativo, ya sea en términos absolutos (o en “sí mismo”), como en comparación con los productos de competidores.

Además, en el considerando inmediatamente anterior, el tribunal resolvió que es necesario determinar “si acaso la empresa dominante ha hecho uso de las oportunidades que le entrega su

¹²⁵ Véase: O’Donogue, Robert y Padilla, Jorge. (2019). Excessive Pricing. En: The Law and Economics of Article 102 TFEU. Editorial: Hart Publishing, 3ª Edición. 15 Octubre 2020. Sección publicada individualmente, en forma previa, con fecha 9 de noviembre de 2019. Disponible [en línea] en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3484155> [07/02/2023].

¹²⁶ UNIÓN EUROPEA. (1978). Sentencia “*United Brands*”. Considerando 250º.

posición dominante, de manera que haya podido obtener beneficios comerciales que no hubiera obtenido si hubiera existido una normal y suficientemente efectiva competencia”¹²⁷.

A partir de estos pasajes, Motta y De Streel concluyen que un precio será excesivo si es significativamente mayor que el precio que existiría en un mercado competitivo imperfecto¹²⁸.

En el mismo sentido, estos autores agregan que este precio tampoco debe ser inferior a los costos medios, puesto que “un precio menor a los costos medios no sería viable (y por lo tanto no podría ser tomado como el parámetro de competencia) en caso de que existan costos fijos”¹²⁹.

Además, cuando la competencia se da *por el mercado*, en lugar de *en el mercado*, consideran que los precios competitivos deberán ser incluso mayores que los costos medios¹³⁰, de lo contrario, la empresa arriesgaría no recuperar las inversiones incurridas si se produce la entrada de un nuevo competidor que desplace al incumbente.

Con todo, es difícil probar el carácter supra competitivo de los precios, por lo tanto, el parámetro utilizado no entrega mucha información para determinar la existencia de un precio excesivamente alto. En este sentido, Motta y De Streel, a partir de una reconstrucción de los métodos utilizados por el TJUE, señalan que los precios excesivamente altos:

“se puede[n] probar comparando el precio cobrado por la empresa con diferentes indicadores, tales como: los costos de la firma dominante; otros precios cobrados por la firma dominante; o precios cobrados por otras firmas ofreciendo productos similares a los de la empresa investigada”¹³¹.

A esto se le puede agregar la comparación con los precios que cobra la misma empresa dominante en mercados geográficos distintos donde exista relativa competencia, o incluso empresas distintas que ofrezcan productos equivalentes en mercados geográficos distintos¹³².

¹²⁷ Ídem. Considerando 249°.

¹²⁸ MOTTA y DE STREEL (2003). Pág. 93.

¹²⁹ Ídem. Pág. 94.

¹³⁰ Id.

¹³¹ Id. Traducción libre: “*may be proved by comparing the price under review with different indicators: cost measures of the dominant firm; other prices applied by the dominant firm; or prices of other firms offering products similar to the one of the investigated firm*”

¹³² Sobre este último punto véase: REPÚBLICA DE FRANCIA, Autorité De La Concurrence. (2015). Sentencia N° 22-D-26 de 22 de diciembre de 2022 sobre las prácticas implementadas en el sector de revisión técnica de vehículos pesados en Guadalupe (en adelante caso “CPTL-AG” por las siglas de la empresa sancionada “*Contrôle Technique Poids Lourds - Antilles Guyane*”).

Sin embargo, en ocasiones, la simple comparación de precios puede arrojar pocas luces respecto del carácter excesivo o no de un determinado precio, por ejemplo, si la empresa en cuestión presenta estructuras de costos diferentes a los de las empresas usadas en la comparación. En este sentido, algunos proponen que, además de la comparación entre precios, se realice una comparación de rentabilidad entre estas empresas, de modo que se pueda determinar si la diferencia entre costos y precios de la empresa investigada, son similares a la diferencia entre costos y precios de las empresas comparadas¹³³.

Ahora bien, aquí surge el problema de qué empresas son aptas para la comparación, es decir, si la empresa debe ser una productora relativamente eficiente (con costos relativamente bajos), si debe ser una ineficiente (con costos altos), o si debe tratarse de la empresa más eficiente del mercado¹³⁴. Como se verá más adelante, esto cobra relevancia cuando se decide intervenir.

Así las cosas, tenemos que algunos de los *benchmarks* que la doctrina y jurisprudencia comparada han utilizado para determinar el carácter excesivo de un precio son:

1. **Abusividad.** El precio es excesivo si deriva de condiciones que resultan de la falta de una real y efectiva competencia¹³⁵.
2. **Proporcionalidad.** Es excesivo si existe una desproporción excesiva entre este y los costos efectivamente soportados¹³⁶.
3. **Valor absoluto.** Es excesivo si el monto no se justifica por elementos que le aporten un valor agregado que lo distinga de otros productos¹³⁷.
4. **Monto en comparación con competidores.** Es excesivo si es excesivamente más alto que los productos de competidores¹³⁸.

¹³³ MAIER-RIGAUD. (2011). Pp. 63-69. Para determinar la relevancia de los costos utilizados, se debe prestar atención a las características propias del mercado en cuestión. Por ejemplo, si es un mercado estable en el largo plazo, entonces los costos utilizados como comparación deberán ser los costos medios incrementales a largo plazo. Si el mercado es más bien dinámico, los costos relevantes serán los costos medios en el corto plazo.

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ REPÚBLICA DE FRANCIA, Autorité De La Concurrence. (2015). Sentencia caso “*CPTL-AG*”. Considerando 215°; y UNIÓN EUROPEA, TJUE. (1978). Sentencia “*United Brands*”. Considerando 249°.

¹³⁶ UNIÓN EUROPEA, TJUE. (1978). Sentencia “*United Brands*”. Considerandos 251-252°.

¹³⁷ ESPAÑA, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”). (2022). Resolución dictada el 10 de noviembre de 2022 por la Sala de Competencia de la CNMC en el expediente S/0028/20: *Lediant* (en adelante caso “*CNMC c. Lediant*”). Pp. 198-205.

¹³⁸ Ídem. Pp. 205-211.

5. **Monto en el tiempo.** Es excesivo si es mucho mayor al precio que la misma empresa cobraba en otro tiempo¹³⁹.
6. **Monto a nivel geográfico.** Es excesivo si es desproporcionadamente mayor al que la misma empresa cobra en otros mercados geográficos asimilables¹⁴⁰.
7. **Rentabilidad en comparación con competidores.** Es excesivo si permite obtener márgenes desproporcionadamente superiores a los de otros competidores¹⁴¹.
8. **Rentabilidad en comparación con productos asimilables.** Es excesivo si permite obtener márgenes desproporcionadamente superiores a otros productos asimilables en su valor, riesgos de invertir y costos¹⁴².

Con todo, el desafío siguiente está en escoger un *test* adecuado para poder dar por acreditados los parámetros recién señalados. En este sentido, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante “CNMC”), conociendo de un caso reciente contra el productor de un fármaco en España, utilizó dos *test* para dar por acreditados los *benchmarks* de proporcionalidad y rentabilidad en comparación con productos asimilables.

El primero es el *test Cost-Plus*, que permite medir la diferencia entre los ingresos por ventas de una empresa, por una parte, y los costos efectivamente incurridos sumados a un beneficio estimado “razonable” por la autoridad. Es decir, se trataba de una metodología que permitía medir el porcentaje de exceso en la rentabilidad respecto de un parámetro utilizado como comparativo. En este caso, el margen “razonable” utilizado por la CNMC era el margen promedio de toda la industria farmacéutica en Europa¹⁴³. La CNMC dio por acreditado los parámetros señalados al obtener como resultado un exceso que superaba por más de 10 veces el umbral definido por el margen razonable¹⁴⁴.

El segundo *test*, consistía en comparar la Tasa Interna de Retorno (“TIR”) del proyecto asociado al medicamento con el Costo Medio Ponderado del Capital invertido en este (“WACC” por sus

¹³⁹ REPÚBLICA DE FRANCIA, Autorité De La Concurrence. (2015). Sentencia caso “CPTIL-AG”. Considerandos 221-236°.

¹⁴⁰ UNIÓN EUROPEA, TJUE. (1978). Sentencia “*United Brands*”. Considerando 260°.

¹⁴¹ REPÚBLICA DE FRANCIA, Autorité De La Concurrence. (2015). Sentencia caso “CPTIL-AG”. Considerandos 242-245°.

¹⁴² En el caso “*CNMC c. Lediant*” la CNMC estimó que el margen razonable estaba dado por el promedio obtenido por toda la industria farmacéutica en Europa. Véase: ESPAÑA, CNMC. (2022). Resolución caso “*CNMC c. Lediant*”. Pp. 151-155.

¹⁴³ Que giraba en torno al 22%. Véase: Ídem.

¹⁴⁴ De acuerdo con la CNMC “el exceso anual es significativo a partir de 2018, con porcentajes que alcanzan hasta un 353%”. Id. Pág. 156. Exceso que se mantuvo en un promedio de 223% durante el período analizado. Id. pág. 159.

siglas en inglés)¹⁴⁵. Esta metodología permite evaluar la conveniencia de invertir en un proyecto *ex ante*, y fue utilizada por la CNMC a petición de la empresa investigada, con el fundamento de que, según esta, el *test Cost-Plus* no tomaría en cuenta descuentos basados en el valor de dinero en el tiempo, el riesgo soportado por el inversionista, o los costos de oportunidad de invertir el capital, mientras que el WACC sí. En este sentido, este *test* podría ser de utilidad para prevenir que la intervención de las autoridades genere efectos adversos en la inversión, asegurándose que el precio utilizado como referencia en la medición de otros *benchmarks*, no sea un precio por debajo del WACC. La CNMC, arribó a conclusiones similares al aplicar este *test*, considerando que el margen de la empresa sancionada era desproporcionado y que excedía las proyecciones hechas para atraer la inversión al inicio del proyecto¹⁴⁶.

Por otra parte, en un artículo reciente, Javier Tapia y Eduardo Saavedra proponen un método diferente para determinar la existencia de precios excesivos, cumpliendo los parámetros propuestos por Motta y De Streel.

El método que proponen consta de tres pasos: **(i)** determinar si la empresa presenta un nivel de dominancia superior al común, o superdominancia¹⁴⁷; **(ii)** comparar el precio cobrado por la empresa, con el mayor valor entre sus costos medios a largo plazo y el precio que cobraría una empresa con un 75% de participación en el mercado¹⁴⁸ bajo un modelo de firma dominante¹⁴⁹, y; **(iii)** si la empresa cobra precios mayores que el mayor de estos valores, puede justificar esta diferencia, entre otras razones no taxativas, demostrando que lo hace con el propósito de recuperar inversiones fijas y hundidas pasadas. Si se trata de una empresa multiproducto que

¹⁴⁵ La TIR se define como la tasa de descuento a la cual el Valor Presente Neto de un proyecto es igual a 0. El Valor Presente Neto es el valor de una inversión deducido el WACC invertido. Finalmente, el WACC hace referencia a los costos asociados a la inversión de capital en un proyecto determinado. Tales podrían ser los costos de oportunidad de invertir en otro proyecto, los riesgos, el costo del capital prestado, entre otros factores a considerar. Ver: ALLEN, Franklin; MYERS, Stewart C., y BREALEY, Richard A. (2010). Principios de finanzas corporativas. Editorial: Mc Graw Hill. Novena Edición. Traducido por: DERAS, Adolfo y TINOCO, Miguel Ángel.

¹⁴⁶ ESPAÑA, CNMC. (2022). Resolución caso “CNMC c. Lediani”. Pág. 194.

¹⁴⁷ Los autores definen superdominancia como una participación de mercado mayor al 75%. Esto con el propósito de cuidar que el enfoque sea restrictivo y no afecte la inversión futura. SAAVEDRA, Eduardo y TAPIA, Javier C. (2019). El Control de los Precios Excesivos en el Derecho de la Libre Competencia: Análisis y propuesta. Revista Estudios Públicos. Vol. 153, verano de 2019. Pág. 122.

¹⁴⁸ Como se explicará, estos autores proponen que este precio sea igual al precio que maximiza los beneficios de una empresa con un 75% de participación de mercado, suponiendo que se trata de un equilibrio estático o de corto plazo: Ídem. Pág. 125.

¹⁴⁹ El modelo propuesto por Tapia y Saavedra es el modelo de liderazgo de precios en la versión de Yoshiyasu Ono. Véase: Id. Pág. 127, y; ONO, Yoshiyasu. (1982). “Price Leadership: A Theoretical Analysis”. *Economica* Vol. 49, N° 193. Pp 11-20.

aprovecha economías de ámbito, puede defenderse demostrando que asigna costos basándose en un criterio económico. Finalmente, cuando la empresa en cuestión sea una plataforma de dos o más lados, tendrá que demostrar que los precios excesivos compensan el subsidio a otros lados de la plataforma¹⁵⁰.

La propuesta de estos autores tiene la ventaja de ser simple y de cuidar que la intervención minimice los efectos nocivos que esto pueda generar en la inversión¹⁵¹. También tiene la fortaleza de que permitiría explicar cuál es el precio “máximo” considerado razonable que podría cobrar una empresa que detenta una posición de superdominancia (esto es, que concentra más de un 75% del mercado bajo un modelo de firma dominante) o un monopolio. Además, es un *test* que se basa en costos, lo que quiere decir que se adapta a la naturaleza cambiante de estos, reduciendo los niveles de incerteza ante eventuales intervenciones.

Hasta aquí hemos analizado el ejemplo más claro de abuso explotativo, el cobro de precios excesivamente altos. Abordamos los principales argumentos utilizados por aquellos que se oponen a su sanción, y los contrastamos con los de aquellos que son favorables a esta. Además, observamos los diferentes parámetros y *tests* que la doctrina y jurisprudencia han ofrecido para determinar cuándo estamos frente a un precio excesivamente alto.

De todo lo visto se pueden desprender las siguientes conclusiones:

- (i) si bien es esperable que, en condiciones competitivas, los precios que una empresa incumbente cobre no sean desproporcionadamente mayores a sus costos marginales, existen situaciones excepcionales en que aquello sí puede ocurrir y que, por lo tanto, ameritan la intervención directa de las autoridades;
- (ii) no sería correcto afirmar que el cobro de precios excesivamente altos constituya un incentivo a la entrada de nuevos oferentes en el mercado, por lo tanto, este argumento no debe ser tomado en cuenta para analizar cada caso;
- (iii) las razones que justifican una aproximación restrictiva de la sanción de los precios excesivos encuentran su fundamento principal en el efecto nocivo que este puede tener en la inversión futura, y la dificultad práctica que existe para determinar cuándo un precio es excesivamente alto y cuándo no;

¹⁵⁰ SAAVEDRA y TAPIA. (2019). Pp. 135-137.

¹⁵¹ Ídem. Pág. 120.

- (iv) sin perjuicio de lo anterior, las razones para no intervenir deben ser analizadas caso a caso, ponderándose los riesgos de afectar la inversión futura y los beneficios de la sanción, considerando el potencial efecto disuasivo de esta última medida y su capacidad para alertar a posibles competidores de la estructura de costos de la empresa dominante;
- (v) los precios cobrados por una empresa que detenta una posición dominante en el mercado relevante, no deben superar el umbral determinado por el mayor valor entre: i.- los costos medios a largo plazo de la incumbente y; ii.- el precio que cobraría una empresa con el 75% de participación en el mercado, bajo un modelo de firma dominante¹⁵²;
- (vi) el procedimiento para arribar a la sanción por el cobro de precios excesivamente altos deberá procurar que se produzcan instancias adecuadas para que una empresa pueda justificar su estrategia de precios, de modo que se afecte en la menor medida posible el incentivo a la inversión futura.

b) Aguas arriba: fijación unilateral de precios de compra excesivamente bajos

El abuso de poder de compra puede producirse en dos situaciones diferentes. En primer lugar, puede ocurrir cuando una empresa posee una posición dominante frente a sus proveedores y se comporta de forma monopsónica. En segundo lugar, puede producirse en aquellos casos en que una empresa posee un elevado poder para negociar, aprovechándose de esta circunstancia para imponer condiciones abusivas a sus proveedores. Una y otra situación no son necesariamente

¹⁵² Esta es la propuesta de Tapia y Saavedra, y se representaría de la siguiente forma: $umbral = Max \{p^*, p^d\}$. Siendo p^* el precio que permitiría a la empresa incumbente recuperar sus costos medios en el largo plazo y p^d el precio que maximiza los beneficios de una empresa con el 75% de participación bajo un modelo de mercado competitivo imperfecto. Véase: TAPIA y SAAVEDRA. (2019). Pág. 124.

excluyentes¹⁵³, no obstante, en la jurisdicción chilena son tratadas por cuerpos regulatorios distintos¹⁵⁴.

Nuestra legislación de competencia incorpora el abuso explotativo de poder de compra en la letra b) del artículo 3 del DL 211, como una forma de abuso de posición dominante que se expresa en la fijación unilateral de precios de compra (precios excesivamente bajos) o en la imposición de abusos semejantes (ilícito monopólico de abuso de negociación). A continuación, centraremos la exposición en el primer supuesto, que puede llevarse a cabo exigiendo condiciones de precios irrisorias para los proveedores¹⁵⁵.

Considerando el tenor literal del art. 3 recién referido, la fijación unilateral de precios excesivamente bajos solo podrá ser objeto de requerimiento o demanda ante el TDLC cuando derive del excesivo poder de compra que una empresa posea frente a sus proveedores.

Una empresa posee poder de mercado “aguas arriba”, cuando es capaz reducir los precios en el mercado de sus proveedores, por el simple hecho de comprar menos¹⁵⁶. En este sentido, existirá un abuso de poder monopsónico, cuando el precio fijado por el comprador sea un precio menor al que existiría en un mercado competitivo¹⁵⁷.

¹⁵³ Cierta jurisprudencia nacional, considera el elevado poder de negociación como un criterio para determinar la existencia de una posición dominante. Ver: TDLC. (2006). Sentencia N°45/2006 dictada el 26 de octubre de 2006. Caratulado: Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC. Rol N° C-60-2005

En nuestra consideración, si bien un elevado poder para negociar puede entregar indicios de la existencia de una posición dominante, uno y otro concepto son diferentes. Mientras el primero obedece a distintas circunstancias que hacen que una empresa dependa de las negociaciones con otra para poder subsistir, el segundo se refiere a la posibilidad que tiene una empresa de influir en la conducta contractual de la gran mayoría de los agentes que intercambian en el mercado con ella, y aprovecharse esta situación en su favor. Ver: YAMADA, Atsushi. (2022). Abuse of Superior Bargaining Position in Japan – Its Development and Current Position. CPI Columns. Diciembre de 2022. Disponible [en línea] en: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/abuse-of-superior-bargaining-position-in-japan-its-development-and-current-position/>> [07/02/2023].

¹⁵⁴ El abuso de negociación se encuentra consagrado en el art. 4 letra i) de la Ley de Competencia Desleal, como una hipótesis de competencia desleal “impropia” que no se produce entre competidores, sino entre distribuidores y proveedores, y que no requiere de la desviación de clientela como el motivo de dicha conducta. En cambio, la sanción al abuso del poder de compra se encuentra consagrado en el art 3 del DL. 211, tal y como se explicará a continuación.

¹⁵⁵ El segundo supuesto puede consistir en diversas conductas tales como el empeoramiento de las condiciones contractuales de las empresas vendedoras o la estipulación de cláusulas contractuales en el solo beneficio de la compradora dominante. Dado el tenor del art. 3º letra b) del DL. 211, estas conductas solo serían sancionables cuando se expresen en abusos similares o asimilables a la fijación unilateral de precios excesivamente bajos.

¹⁵⁶ OECD. (2008). Pág. 21.

¹⁵⁷ Este análisis parte desde la base de que, en este caso, el mercado no es competitivo, no por la escasez de oferta, sino por la escasez de demanda, existiendo un único comprador viable. En este escenario, los compradores se comportan como fijadores de precios y no como precio-aceptantes.

Es importante recalcar que se debe distinguir el abuso de un poder de compra bajo un modelo de compra y venta “al por mayor” -en que el distribuidor compra a sus proveedores para luego revender a sus consumidores finales-, del cobro de comisiones excesivas en relaciones B2B bajo un “modelo de agencia” -en que el distribuidor ofrece los productos a consumidores finales y cobra una comisión a sus proveedores por cada venta-¹⁵⁸.

Desde un punto de vista teórico, el modelo de agencia difiere del modelo de compra al por mayor en que, bajo el primero: **(i)** son los proveedores quienes fijan los precios de sus productos cobrados a consumidores finales; y **(ii)** los distribuidores pierden el incentivo para competir por precios en el mercado “aguas abajo”, considerando que los cargos por la distribución ya no son ingresos unitarios por ventas, sino tarifas porcentuales que constituyen una participación por los ingresos de los proveedores¹⁵⁹.

Estas razones, a nuestro parecer, son suficientes para justificar que el cobro de comisiones excesivas en relaciones B2B bajo un modelo de agencia, en general, deba ser abordado bajo la figura de los precios excesivos, ya tratada, aunque con ciertas diferencias que serán explicadas en el capítulo siguiente (a propósito de las relaciones plataforma-oferentes)¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

Aclarado lo anterior, una suposición común es que el abuso de poder monopsonico no puede ser calificado como una conducta explotativa, desde la perspectiva de la libre competencia, puesto que un menor precio de compra de los productos disminuiría los costos de producción de la empresa dominante y le permitiría a esta cobrar precios más bajos a los consumidores finales¹⁶². Sin embargo, esta suposición es equívoca.

Tal y como explican Roger D. Blair y Jeffrey L. Harrington, “[i]rónicamente, los precios de compra reducidos de que disfruta el monopsonista no conducen a precios más bajos de venta.

¹⁵⁸ LU, Liang. (2017). A Comparison of the Wholesale Model and the Agency Model in Differentiated Markets. Review of Industrial Organization. Vol 51, 151-172. Pág. 152.

¹⁵⁹ Ídem. Pág. 167.

¹⁶⁰ Véase *infra*: 3.3. Abusos explotativos de posición dominante en relaciones plataforma-oferentes.

¹⁶¹ El motivo de esto último es que el modelo de agencia constituye la regla general en las relaciones entre proveedores y distribuidores en plataformas de dos o más lados.

¹⁶² Véase el caso: ESTADOS UNIDOS, Corte de Apelaciones de Sexto Circuito. (1989). Sentencia n° 87-6094, dictada por la corte de apelaciones del sexto circuito. Caratulado: BALMORAL CINEMA, INC., v. ALLIED ARTISTS PICTURES CORP., et al. (en adelante “*Balmoral*”). Considerando 20°.

De hecho, cuando el monopsonista tiene poder de mercado en el mercado de venta, los precios de compra más bajos provocan un alza en sus precios de venta¹⁶³.

La explicación de lo anterior se encuentra al analizar el detalle de los costos que pueden influir en los precios cobrados por una empresa. Como ya hemos desarrollado anteriormente, en principio, los costos relevantes para que una empresa fije sus precios son los costos marginales y no los costos medios¹⁶⁴ (salvo que los costos medios sean mayores que los costos marginales). En este sentido, la existencia de costos más bajos en el acceso a bienes necesarios para la producción de una empresa, por sí mismos, no aseguran que los precios de venta en el mercado también disminuyan. Para que esta situación se produzca, sería necesario que los precios de compra sean más bajos, pero que la producción de la empresa con poder monopsonista se mantenga igual, lo cual es poco probable si se tiene en cuenta que el poder monopsonista se ejerce precisamente disminuyendo la cantidad comprada¹⁶⁵.

Cuando una empresa ejerce su poder monopsonista por medio de la reducción en la cantidad comprada, actúa como si sus costos marginales fueran mayores¹⁶⁶, lo que quiere decir que, para poder cobrar el precio competitivo en el mercado en el que vende, deberá disminuir su producción.

Ahora bien, si se da el caso en que una empresa, además de detentar poder de mercado aguas arriba, posee poder de mercado aguas abajo, entonces la disminución en la cantidad comprada también tendrá efectos en el precio monopolístico que esta podría cobrar. Es decir, aumentaría el precio que maximiza los beneficios de una empresa monopolista en un eventual escenario de precios excesivos hacia sus consumidores¹⁶⁷.

¹⁶³ BLAIR y HARRINGTON. (1991). Pág. 306. *“Ironically, the reduced input prices the monopsonist enjoys do not lead to reduced output prices. In fact, when the monopsonist has market power in its output market, the reduced input prices cause higher output prices”*.

¹⁶⁴ Ídem. Pág. 304.

¹⁶⁵ Sería el caso en que la oferta de los proveedores se comporte de forma inelástica frente al precio fijado por el monopsonista o que la negociación se produzca en una dinámica de “tómalo o déjalo”.

¹⁶⁶ Los monopsonios maximizan beneficios igualando el precio que cobran por sus productos en el mercado aguas abajo al cociente entre el Costo Marginal del Factor de Producción y la Producción Marginal del Factor de Producción. En otras palabras, la firma fija su producción al punto en que sus costos marginales igualan al precio cobrado aguas abajo, lo que les permite cobrar los mismos precios produciendo menos y aprovechando las rentas extraídas de sus proveedores. Véase: BLAIR y HARRINGTON. (1991). Pág. 304.

¹⁶⁷ Ídem. Pp. 305-306.

Con todo, una empresa podría defenderse alegando que los precios fijados por ella no implican una reducción en su producción, puesto que los ha conseguido mediante negociaciones en la forma de “todo o nada”¹⁶⁸. Ante esto, para determinar si se produce una ineficiencia asignativa en el mercado, habrá que prestar atención a los efectos a largo plazo que estas condiciones pueden aparejar. Si el efecto a largo plazo se expresa en un aumento de la competencia o eficiencia en el mercado de proveedores, entonces los precios fijados por el monopsonista son positivos a ojos de la libre competencia. Por el contrario, si en el largo plazo estos precios producen la salida de competidores en el mercado de los proveedores, o un alza en los precios cobrados a consumidores finales, entonces sus efectos serán similares al caso de los precios excesivos, puesto que son indicativos de una ineficiencia asignativa de los recursos en el mercado¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

A partir de todo lo dicho, podemos concluir que el ejercicio abusivo del poder monopsonico por parte de una empresa, en la forma de fijación unilateral de precios de compra excesivamente bajos, puede generar una ineficiencia asignativa en los recursos, lo que justificaría una eventual intervención por parte de las autoridades de libre competencia.

b. i. Aplicabilidad de los mismos *tests* de análisis de precios excesivos

Tal y como la intervención desmedida puede ser perjudicial para el caso de los precios excesivamente altos, la intervención desmedida en casos de abuso de poder monopsonico puede tener resultados similares. Por esta razón, lo más coherente sería dar un trato similar a ambos. Si dejamos de lado los posibles efectos exclusorios de competencia que la fijación unilateral de precios de compra excesivamente bajos puede llegar a tener¹⁷¹, resulta razonable delimitar un

¹⁶⁸ Con este término se hace referencia a negociaciones respaldadas con la amenaza de no comprar ningún producto si el proveedor no acepta bajar los precios cobrados por la misma cantidad comprada. Véase: OECD. (2008). Pág. 32.

¹⁶⁹ BLAIR y HARRINGTON. (1991). Pp. 316-319.

¹⁷⁰ Esto fue corroborado también por el TDLC en: (2004). Sentencia N° 9/2004 dictada el 5 de octubre de 2004. Caratulado: Consulta de AGIP A.G., sobre conducta de Supermercados Líder en perjuicio de proveedores y consumidores en general. Rol C-03-2004 (en adelante caso “AGIP A.G. *c* Líder”). Considerandos 16-19°; y (2008). Sentencia N°65/2008 dictada el 8 de mayo de 2008. Caratulado: Requerimiento de la FNE contra D&S S.A. y Cencosud S.A. Rol N° C-101-2006. Considerando 104°.

¹⁷¹ Por ejemplo, el ejercicio de poder monopsonico en desmedro de proveedores puede llevar a estos a discriminar en los precios cobrados a los distribuidores que posean menor poder de mercado, con el propósito de realizar subsidios cruzados que permitan recuperar las pérdidas producidas por la disminución de la demanda del monopsonista. Esta situación podría, eventualmente

parámetro moderadamente reticente a la intervención de las autoridades de competencia para sancionar esta conducta como abuso explotativo de posición dominante.

Así, se podrían adaptar los *benchmarks* de los precios excesivos a las relaciones entre proveedores y distribuidores¹⁷². Asimismo, los tres pasos propuestos por Tapia y Saavedra podrían entregarnos una solución razonable, solo que en este caso aplicados a los monopsonios¹⁷³⁻¹⁷⁴.

2. 2. Mecanismos de sanción, remedios y formas de prevenir abusos explotativos de posición dominante en materia de precios

a) Procedimiento contencioso y remedios

perjudicar el desempeño competitivo de los distribuidores con menor poder negociador en el mercado “aguas abajo”, generando efectos exclusorios.

¹⁷² Una adaptación plausible de los *benchmarks* ya tratados a las relaciones proveedor distribuidor podría ser la siguiente: **(i) abusividad:** el precio es excesivamente bajo si deriva de condiciones que resultan de la falta de una real y efectiva competencia en el mercado del factor de producción (oligopsonio); **(ii) proporcionalidad:** es excesivamente bajo si existe una desproporción excesiva entre la suma de este y los costos de distribución, por una parte, y los precios cobrados a consumidores finales, por otra; **(iii) valor absoluto:** es excesivamente bajo si el monto no se justifica por elementos que le aporten un valor agregado que lo distinga de otros productos; **(iv) monto en comparación con competidores:** es excesivamente bajo si es mucho menor que el precio transado con los compradores sin poder de compra; **(v) monto en el tiempo:** es excesivamente bajo si es mucho menor al precio al cual la misma empresa compraba antes de adquirir poder de compra; **(vi) monto a nivel geográfico:** es excesivamente bajo si es desproporcionadamente menor al que la misma acepta en otros mercados geográficos asimilables; **(vii) rentabilidad en comparación con competidores:** es excesivamente bajo si permite obtener márgenes desproporcionadamente superiores a los de otros compradores; **(viii) rentabilidad en comparación con productos asimilables:** es excesivamente bajo si permite obtener márgenes desproporcionadamente superiores a otros productos asimilables en su valor, riesgos de invertir y costos.

¹⁷³ Véase *supra*: a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos.

¹⁷⁴ En el primer paso, habría que determinar si la empresa que compra posee posición dominante aguas arriba y aguas abajo. La posición dominante aguas abajo, entraría a jugar un rol relevante en caso de que se trate de empresas distribuidoras de productos a los consumidores finales, puesto que haría más difícil para los proveedores encontrar sustitutos razonables.

En el segundo paso, habría que distinguir: **(i)** si la empresa solamente detenta una posición dominante aguas arriba (en el mercado relevante del factor de producción), entonces habría que determinar si la empresa impone precios más bajos que los que fijaría un monopsonista con un 75% de la demanda en el mercado, en un modelo de firma dominante; **(ii)** si la empresa también detenta una posición dominante aguas abajo, y si este escenario es relevante para las decisiones que sus proveedores tomen, entonces, quizás, la comparación podría ser menos exigente (por ejemplo, podría hacerse con el precio que cobraría un monopsonista con un 65% de la demanda en el mercado) considerando que el riesgo de incurrir en un “falso negativo” que genere ineficiencias asignativas en este caso es doble.

En el tercer paso, de igual forma que para los precios excesivamente altos, la empresa podría justificar su conducta, entre otras razones no taxativas, demostrando que lo hace con el propósito de recuperar inversiones fijas y hundidas pasadas, las cuales no se podrían recuperar sin hacer un recorte en el precio de sus insumos.

Uno de los últimos temas para abordar sobre los abusos explotativos de posición dominante en precios, es la factibilidad de intervenir, y las herramientas que las autoridades de competencia tienen para hacerlo. Respecto del cobro de precios excesivos, lo más común es que las autoridades fijen una sanción a las empresas y les soliciten dejar de cobrar precios excesivamente altos, sin especificar qué sería un precio lícito.

Lo anterior, reabre el debate sobre la arbitrariedad y sobre las facultades de las autoridades en estas materias. En efecto, como ya se explicó, la postura contraria a la sanción a los precios excesivos considera que es imposible que la autoridad intervenga sin erigirse en un verdadero regulador de precios¹⁷⁵. Abordar esta crítica pareciera ser necesario antes de analizar el escenario de las plataformas digitales, puesto que es igualmente aplicable para el resto de las conductas explotativas en precios.

En primer lugar, cabe mencionar la propuesta de Tapia y Saavedra ya tratada, la cual está estructurada en un orden lógico determinado, orientado a resguardar las garantías de los acusados en un eventual caso de precios excesivos. Este orden, consistiría en las tres etapas ya referidas, a saber: **(i)** definición del mercado relevante y la determinación de dominancia (o “superdominancia”) del agente acusado; **(ii)** acreditación de que este agente cobra precios que superan los umbrales de precios excesivos, mediante un *test* determinado¹⁷⁶; y **(iii)** la oportunidad para el acusado de justificar su conducta de precios, por motivos de eficiencia y/o racionalidad económica. La carga de la prueba en los primeros dos pasos correspondería al ente persecutor o a la persona que ejerza una pretensión para sancionar a la acusada por el cobro de precios excesivos, mientras que en el tercer paso correspondería al acusado.

El procedimiento más adecuado para cumplir con este orden lógico en el DL 211 es el procedimiento contencioso, regulado en los artículos 19 a 29 del mismo cuerpo legal. Lo anterior, puesto que se trata de un procedimiento contradictorio, iniciado a solicitud de parte, que cuenta con instancias de ejercicio de una pretensión (incluida en una demanda, o requerimiento, dependiendo del caso), y de contestación de esta por parte del acusado.

El *test* propuesto por Tapia y Saavedra, para cumplir con la carga de probar el punto **(ii)** referido, depende fundamentalmente de información relativa a los costos medios de una empresa, por

¹⁷⁵ Véase *supra*: a. i. Argumentos en contra de la sanción a los precios excesivos.

¹⁷⁶ En la propuesta de estos autores se trataría del precio que cobraría una empresa con un 75% de participación en el mercado, bajo un modelo de firma dominante. Véase *supra*: a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos.

una parte, y de los costos marginales de esta, por otra¹⁷⁷⁻¹⁷⁸. Información que, si bien es de difícil acceso, puede ser obtenida mediante los mecanismos procesales del procedimiento contencioso ya mencionado.

En efecto, el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil (CPC), aplicable al procedimiento contencioso¹⁷⁹, permite que alguna de las partes del procedimiento solicite de su contraparte, o de un tercero, la exhibición de los instrumentos que existan en su poder, y que tengan relación directa con la cuestión debatida¹⁸⁰. Además, en virtud del artículo 39 letra h), la FNE cuenta con atribuciones necesarias para recabar esta clase de información durante la etapa de investigación. De esta forma, el demandante o requirente, en su caso, puede obtener prueba que dé cuenta de información relativa a la producción de una empresa, sus costos, sus ingresos, entre otros, y que sirvan para que el TDLC pueda dar por acreditados los *benchmarks* que la doctrina y jurisprudencia han establecido para la conducta del cobro de precios excesivos¹⁸¹.

¹⁷⁷ Sobre la información relativa a los costos medios de una empresa, los autores proponen que se utilice la información contenida en los estados financieros publicados por esta empresa (en caso de que sean sociedades sujetas a las obligaciones de información del artículo 7° de la ley 18.045), para estimar sus costos medios variables y fijos—los cuales se encontrarían contenidos en los costos operacionales o de explotación, en la contabilidad de la empresa—, y que se realice una proyección de los costos hundidos de la misma. Para realizar esta proyección, proponen que se calcule “*el valor anual de las inversiones; esto es, el costo de capital de la industria multiplicado por el valor de las inversiones capitalizadas en los estados financieros de la empresa*”. TAPIA y SAAVEDRA. (2019). Pág. 125.

De esta forma, se podría obtener una aproximación inicial de todos los costos relevantes y necesarios para estimar los costos medios de una empresa específica. Este mismo ejercicio, se podría realizar también para el cálculo de los costos de las empresas utilizadas en las distintas comparaciones, de acuerdo con los *benchmarks* mencionados *supra*.

¹⁷⁸ Para realizar una estimación preliminar de los costos marginales de una empresa, si bien los autores reconocen que se trata de una tarea más difícil, proponen, entre otros, utilizar la información relativa a: **(i)** los costos variables (que comúnmente serán superiores a los costos marginales cuando existen costos fijos o hundidos); **(ii)** los costos incrementales de desarrollo de corto plazo (que se podrían estimar a partir de la información señalada en la nota a pie de página anterior); o **(iii)** la derivada de los costos totales de la empresa a partir de su producción. TAPIA y SAAVEDRA. (2019). Pág. 128.

¹⁷⁹ En virtud de la remisión que el artículo 29 del DL 211 realiza a los libros primero y segundo del CPC, y de la remisión expresa que el artículo 22 inciso segundo del DL 211 realiza de la prueba instrumental como medio de prueba que se puede hacer valer en un juicio, dentro de la cual se encuentra la exhibición de documentos.

¹⁸⁰ La condición del artículo 349 del CPC, de que estos documentos no revistan el carácter de confidencial o secreto, no es aplicable al procedimiento contencioso del DL 211, puesto que los incisos 9° y 10° el artículo 22 de este cuerpo legal regulan la forma de acompañar documentos de carácter confidencial o reservado al procedimiento, no siendo en consecuencia un impedimento para su solicitud de la exhibición.

¹⁸¹ Así fue decretado por el TDLC, a petición de Arch Comunicaciones Chile S.A. (“ARCH”), en contra de la parte demandada Samsung Electronics Chile Ltda. (“Samsung Chile”), y de terceros clientes distribuidores de Samsung Chile, en la resolución de doce de abril de dos mil veintidós, a folio 103, de la causa rol N° C-413-2020 caratulada “*Demanda de Comercial Touchsmart Electronics Ltda contra Samsung Electronics Chile Ltda*”, que recae sobre las solicitudes de ARCH de folios 100 y 101 respectivamente.

Cabe hacer la prevención, sin embargo, de que al tratarse de información cuya divulgación puede afectar significativamente el desempeño competitivo de su titular (en los términos del art. 22 del DL 211), el acceso a esta información podría eventualmente encontrarse restringido. Sin embargo, si el demandante no es un competidor de la empresa demandada podría solicitar su acceso con carácter reservado¹⁸².

Posteriormente, las proyecciones realizadas por la demandante o requirente, relativas a la acreditación de los *benchmarks* recién señalados, pueden ser controvertidos por la empresa acusada mediante su contestación y agregación de documentos que permitan acreditar circunstancias relativas a costos que no fueron considerados por las primeras. Además, la empresa acusada puede alegar otros motivos de eficiencia y/o racionalidad económica que tornarían el cobro de precios en una conducta lícita.

En caso de que las justificaciones ofrecidas por la acusada no sean suficientes para justificar su conducta en materia de precios, y que los *benchmarks* hayan sido correctamente demostrados por la demandante o requirente, el TDLC puede imponer multas y/o medidas conductuales destinadas a poner fin a la conducta¹⁸³⁻¹⁸⁴.

En la solicitud de folio 100 de dicha causa, ARCH, distribuidora de productos Samsung Chile de forma exclusiva, solicitó la exhibición de documentos que se encontraban en poder de terceros también distribuidores de Samsung Chile, y que no se encontraban en una situación similar a la suya (por no existir una relación de exclusividad con la empresa acusada). Lo anterior, con el propósito de obtener información que permita contrastar la relación con agentes sobre los cuales la empresa acusada mantendría una posición dominante (como argumentaban que sería el caso de ARCH), con empresas sobre las cuales no mantendría una posición dominante (como argumentaban sería el caso de Falabella S.A., Ripley Chile S.A., Cencosud S.A., Walmart Chile S.A., Entel Telefonía Móvil S.A., Telefónica Móviles Chile S.A., Claro Chile S.A., y Wom S.A.). De esta forma, la solicitud de exhibición de antecedentes otorgada por el TDLC cumplía la función de acceder a información necesaria para acreditar determinados umbrales del ilícito imputado.

¹⁸² Esto, considerando que la divulgación a personas distintas de sus competidores, en carácter reservado y adoptándose resguardos específicos, difícilmente podría afectar significativamente el desempeño de su titular. El procedimiento para esto se encuentra regulado en el Auto Acordado N° 16/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos, específicamente en el acuerdo octavo. Según este “[e]xcepcionalmente y por resolución fundada, [el TDLC] podrá otorgar copia de tales documentos: [...] a los peritos designados por el Tribunal que requieran acceso a documentos reservados o confidenciales para elaborar sus informes, previa suscripción, ante el Secretario Abogado del Tribunal, de un compromiso de no reproducirlos ni divulgarlos; y (v) a las demás partes en el proceso, cuando se trate de documentos reservados.” (lo escrito entre corchetes es nuestro).

¹⁸³ Artículo 26 del DL 211.

¹⁸⁴ Varios de estos *benchmarks* admiten variaciones en los precios cobrados por la empresa acusada basados en un aumento de sus costos, por ser estos un factor relevante para darlos por acreditados. Véase *supra*: a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos.

En este sentido, el argumento de los votos disidentes en la Sentencia N° 140/2014, según el cual circunstancias como un aumento en los costos de una empresa previamente sancionada por el cobro de precios excesivos, impedirían a esta elevar sus precios sin antes consultar al TDLC, no sería procedente puesto que el aumento de los costos podría constituir una justificación adecuada de la conducta de la empresa.

Así, por ejemplo, si estamos frente a un caso de precios excesivos en que dicha conducta se llevó a cabo gracias a al levantamiento de costos de cambio artificiales para los consumidores, una medida conductual para remediar esta conducta podría ser imponer a la incumbente la obligación eliminar estos costos¹⁸⁵. Además, los remedios impuestos por parte del TDLC comúnmente pueden involucrar la implementación de un programa de cumplimiento, lo que puede contribuir a reforzar el control realizado por el TDLC¹⁸⁶.

Por su parte, tampoco se debe subestimar el efecto que los métodos autocompositivos pueden tener para poner fin a las conductas explotativas. En efecto, en la demanda de AGIP contra Walmart, del año 2021, se puso fin a una conducta que las demandantes calificaban como un abuso de negociación, mediante la firma de un acuerdo conciliatorio¹⁸⁷. Fomentar estos acuerdos, y lograr que los intereses de las partes de un conflicto estén alineados, puede ser una buena manera de poner fin a los conflictos. En casos como este, además, las empresas tienen el incentivo a recurrir a esta clase de acuerdos, especialmente considerando que la eventual condena a una empresa en sede contenciosa puede, posteriormente, traducirse en la imposición de una demanda de indemnización de perjuicios en favor de las contrapartes dañadas por su conducta. Finalmente, en caso de que ninguna de las vías anteriores sirva para poner fin a las conductas imputadas, el TDLC puede recurrir a distintas metodologías para lograr que sean las mismas

¹⁸⁵ De esta manera, los costos de cambio de los consumidores disminuirían y sería más probable la contestabilidad de los mercados.

¹⁸⁶ Véanse, para casos contenciosos, las sentencias del TDLC: (2017) Sentencia N° 160/2017 dictada el 28 de diciembre de 2017. Caratulado: Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra. Rol C-299-2015; (2018) Sentencia N° 165/2018 dictada el 8 de noviembre de 2018. Caratulado: Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros. Rol N° C-312-2016; y (2019) Sentencia N°167/2019 dictada el 28 de febrero de 2019. Caratulado: Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras. Rol N° C-304-2016.

Y para casos no contenciosos, véanse los informes del TDLC: (2022). Informe N° 29/2022 emitido el 5 de diciembre de 2022. Caratulado: Solicitud de informe de Automotores Gildemeister SpA y otros respecto de las bases de licitación para la recolección y valorización de neumáticos usados y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SGN. Rol N° NC-504-2021; (2022) Informe N° 30/2022 emitido el 5 de diciembre de 2022. Caratulado: Solicitud de Informe de Antonio Castillo S.A. y otros respecto de las bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del SGCNFU. Rol N° NC-506-2022; (2022). Informe N° 28/2022 emitido el 15 de septiembre de 2022. Caratulado: Solicitud de Informe de BredenMaster SpA y otros sobre bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del GRANSIC. Rol N° NC.507-2022; y (2022) Informe N° 27/2022, emitido el 13 de septiembre de 2022 Caratulado: Solicitud de informe de RIGK CHILE SpA respecto de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento de PROREP. Rol N° NC-510-2022.

¹⁸⁷ Véase: TDLC. (2022). Resolución que aprueba las bases del acuerdo conciliatorio entre Asociación Gremial de Industrias Proveedoras y Walmart Chile S.A. en Causa Rol N° C-406-2020. Caratulado: Demanda de Asociación Gremial de Industrias Proveedoras en contra de Walmart Chile S.A. Foja 141.

partes sancionadas las que regulen su conducta, de modo que no vuelvan a caer dentro del espectro de lo considerado ilícito¹⁸⁸. Lo anterior, es conocido como “autoregulación tarifaria forzada”, en alusión a la práctica de imponer a la contraparte la obligación de someter a consulta ante el TDLC una propuesta de regulación de las propias tarifas que cumpla con los estándares fijados por la autoridad en su sentencia¹⁸⁹.

Por otro lado, cabe preguntarse si acaso el mecanismo de consulta puede ser una instancia adecuada para que distintos actores del mercado que tengan un interés legítimo¹⁹⁰ y tengan dudas sobre la licitud de la estructura tarifaria de una empresa dominante, puedan someter el caso ante el TDLC disponiendo de las herramientas que este procedimiento ofrece para su estudio en mayor profundidad. La ventaja de esto estaría en que los procedimientos de consulta no pueden arribar en sanciones para las empresas en cuestión, pero el TDLC sí puede, a propósito de estas, imponer medidas para corregir los problemas de competencia que le sean sometidos a su conocimiento¹⁹¹.

Si bien la procedencia del mecanismo de consulta para asuntos que lleven aparejada una pretensión de cese o modificación de la conducta de un tercero es un tema fuertemente discutido en doctrina, existe jurisprudencia que lo respaldaría¹⁹². De esta forma, en un eventual procedimiento de consulta, el TDLC podría imponer medidas conductuales para poner fin a un hecho, acto o convención con efectos explotativos, minimizándose los costos del error de la autoridad en la intervención, al no imponerse multas¹⁹³.

¹⁸⁸ Véanse: TDLC. (2005) Resolución N°9/2005 de fecha 14 de julio de 2005. Caratulado: Presentación de Lan Chile S.A. y Lan Express sobre aprobación modificaciones al Plan de Autorregulación Tarifaria. Rol N° C-33-2004; TDLC (2008) Sentencia N°76/2008 de 14 de octubre de 2008. Caratulado: Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE. Rol N° C-100-2006; TDLC. (2005) Sentencia N°29/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005. Caratulado: Avocación en recurso de reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N° 1270 de la CPC y requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico. Rol N° C-16-2004; CORTE SUPREMA (2022) Sentencia dictada el 18 de abril de 2022. Rol N° 125.433-2020.

¹⁸⁹ CIFUENTES, María Jesús. (2023). Autorregulación tarifaria forzada: Un oxímoron en cuatro casos. Investigaciones CeCo, enero de 2023.

¹⁹⁰ En los términos del artículo 18 N° 2) del DL 211.

¹⁹¹ CORTE SUPREMA. (2019)b. Sentencia dictada el 13 de noviembre de 2019. Rol N° 4108-2018. Considerando 15°.

¹⁹² CORTE SUPREMA. (2014). Sentencia dictada el 29 de enero de 2016. Rol N° 30.190-2014. Considerandos 3°-5°.

¹⁹³ Además, junto a la consulta se podría explorar la posibilidad de solicitar de parte del TDLC la dictación de recomendaciones normativas dirigidas al presidente de la república, para el caso de que el tribunal estime que las causas de la conducta explotativa

Por todo lo anterior, estimamos que la crítica formulada por la postura contraria a la sanción al cobro de precios excesivos -según la cual sería imposible que el tribunal intervenga sin erigirse en un verdadero ente regulador de precios-, no sería procedente. Lo anterior, considerando que existen maneras alternativas de atacar esta clase de problemas sin necesidad de que sea el mismo tribunal quien fije directamente los precios a cobrar.

b) Mecanismos de prevención

Tal y como lo ha defendido la doctrina “reticente” al cobro de precios excesivos, la mejor manera de abordar el problema de los precios excesivos es adoptando todas las medidas necesarias para evitar que estas conductas se produzcan en primer lugar. En este sentido, lo ideal sería que las autoridades, por vías indirectas, utilicen las herramientas que tengan disponibles para impedir que uno o más agentes adquieran una posición dominante y puedan abusar de esta situación cobrando precios abusivos. Por ejemplo, recurriendo a la regulación sectorial, o utilizando las facultades de abogacía de la competencia (*advocacy*) que generalmente tienen las autoridades, para atacar las barreras de entrada que dan origen a la dominancia¹⁹⁴.

En Chile, disponemos de experiencias similares, por ejemplo, en el caso de la regulación tarifaria de las tasas de intercambio en los mercados de medios de pago con tarjetas. En efecto, en el año 2014, el TDLC inició un procedimiento de recomendación normativa, fruto del cual, el año 2017

se deben a circunstancias diversas del abuso de una posición dominante (tales como fallas de mercado generalizadas), lo cual no sería posible en el marco de un procedimiento contencioso (artículos 18 n° 4 y 31 del DL 211).

En efecto, con fecha doce de diciembre de 2022, el TDLC acogió a tramitación un procedimiento de consulta, a solicitud de la FNE “con el objeto de analizar la necesidad de dictar instrucciones de carácter general y determinar el ámbito y contenido de tales instrucciones, en materia de negociación y ejecución de convenios entre prestadores médicos e Instituciones de Salud Previsional (“Isapres”), con miras a prevenir conductas contrarias a ella, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar recomendaciones de modificación de normas legales o reglamentarias, con ocasión del proceso que aquí se inicia y de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211”. Véase: TDLC. (2022). Resolución dictada el 12 de diciembre de 2022. Rol N° NC-519-2022, foja N° 4.

Si bien el objeto de dicho procedimiento era la dictación de Instrucciones de Carácter General, además de eventuales recomendaciones normativas, la substanciación de ellas se llevó a cabo mediante un único procedimiento, rolado NC-519-2022. Así, en forma similar, y dado que el artículo 31 del DL 211, establece el mismo procedimiento para la substanciación de consultas, Instrucciones de Carácter General, y recomendaciones normativas, nada obstaría a que un eventual procedimiento de consulta y de recomendación normativa sean sustanciados de manera simultánea de un mismo procedimiento.

¹⁹⁴ Motta y De Streel. (2003). Pág. 111.

emitió una propuesta de modificación normativa¹⁹⁵. Estas propuestas consistían en medidas estructurales destinadas a modificar el modelo vigente en los mercados de medios de pagos con tarjetas¹⁹⁶, y a partir de esto, en agosto de 2021, se aprobó una ley que creó un comité destinado exclusivamente a fijar una tasa de intercambio que sea adecuada para las transacciones entre los distintos agentes del mercado¹⁹⁷. Una de las preocupaciones del TDLC en este caso era que la falta de competencia en el lado de los “adquirentes”¹⁹⁸ en la industria de medios de pago se traduciría en *merchant discounts*¹⁹⁹ más elevados²⁰⁰.

Junto a lo anterior, mediante la dictación de Instrucciones de Carácter General (en adelante “ICG”), el TDLC se encuentra facultado para atacar a las características conductuales de un determinado mercado que podrían dar lugar a la formación de agentes dominantes o abusos contrarios a la libre competencia²⁰¹. Mediante estas instrucciones, por ejemplo, el tribunal puede ordenar que los agentes que participan en una industria en específico se abstengan de atar la

¹⁹⁵ TDLC. (2017). Proposición De Modificación Normativa N° 19/2017 Sobre Servicios Asociados A La Utilización De Tarjetas De Crédito Y Débito De Aceptación Universal, emitida el 13 de enero de 2017. Caratulado: Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N°211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago. Rol N° ERN-20-2014 (en adelante “Proposición 19/2017” sin más).

¹⁹⁶ En particular iban dirigidos a regular íntegramente la industria, separándose explícitamente las funciones de emisión, adquirencia y procesamiento de pagos, siendo que a la fecha *Transbank* concentraba los roles de emisor y adquirente mandatado por los Bancos. Además, se incluía la necesidad de regular la tasa de intercambio entre emisores y adquirentes.

¹⁹⁷ Ver: Ley 21.365 que Regula Las Tasas De Intercambio De Tarjetas De Pago, de 27 de julio 2021. Disponible [en línea] en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1163384&idParte=&idVersion=2021-08-06>

¹⁹⁸ Definido por el TDLC como “aquellas instituciones que ejercen una actividad eminentemente comercial, consistente en incorporar al comercio a una red de tarjetas mediante la oferta de medios tecnológicos y de servicios necesarios para utilizarlas como medio de pago, cobrando como contraprestación una o más comisiones. Entre los medios tecnológicos ofrecidos se encuentran las máquinas lectoras de tarjetas (conocidas por sus siglas en inglés, POS), y entre los servicios destaca la habilitación y mantención de una cuenta en la que puedan depositarse los pagos respectivos”. TDLC. (2017). Proposición 19/2017. Párrafo 194.

¹⁹⁹ Se trata del pago efectuado por los comercios a los adquirentes, en palabras del TDLC, el merchant discount es el “cargo pagado por el comerciante al adquirente por cada transacción efectuada con tarjeta en la red para la que este último realizó la adquirencia”. Ídem.

²⁰⁰ Para todo este párrafo, véase: Id. Párrafo 317.

²⁰¹ Si bien la textura del artículo 18° n° 3) es abierta, y se debate respecto de cuáles son los verdaderos límites de su alcance, el consenso gira en torno a que se trata de instrucciones que deben estar dirigidas a una industria en específico. Además, el tenor literal de la disposición señala que el tribunal podrá “[d]ictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”, haciendo referencia a restricciones u obligaciones en la conducta de las empresas que participan en estos mercados.

venta de un producto a otro²⁰² o cumplan con estándares de transparencia en el cobro diferenciado de precios²⁰³. Incluso, según la última ICG²⁰⁴⁻²⁰⁵, podrían aplicarse obligaciones de no discriminar²⁰⁶ y de adoptar medidas que aseguren la interoperabilidad de los servicios prestados²⁰⁷.

Todas las medidas anteriormente mencionadas podrían contribuir a disminuir la capacidad de una determinada empresa de adquirir, y/o abusar de, una posición dominante en el mercado para extraer rentas de sus contrapartes y, en consecuencia, de imponer abusos explotativos en precios²⁰⁸.

²⁰² TDLC. (2015). Texto refundido de la ICG N° 2/2012 sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía *tarifas on-net/ off-net* y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones, modificada por la ICG N° 4/2015 de fecha 4 de junio de 2015. Modificadas en la causa caratulada: Procedimiento sobre modificaciones a las Instrucciones de carácter general N°2/2012. Rol N° NC-423-2014 (en adelante “ICG N° 2/2012” sin más).

²⁰³ TDLC. (2013). Texto refundido de la ICG N° 1/2006 que establece Instrucciones Generales A Que Deben Someterse Los Agentes Económicos Que Participen En El Mercado De Servicios De Recolección, Transporte Y Disposición De Residuos Sólidos Domiciliarios, modificada por la ICG N° 3/2013 de fecha 21 de marzo de 2013. Modificadas en la causa caratulada: Procedimiento sobre modificaciones a las Instrucciones de carácter general N°1/2006. Rol N° NC-409-2012.

²⁰⁴ TDLC. (2022). ICG N° 5/2022 Que Deberán Ser Consideradas Por Los Particulares Respecto De Las Condiciones De Competencia En El Mercado De Los Medios De Pago Con Tarjetas De Crédito, Tarjetas De Débito Y Tarjetas De Pago Con Provisión De Fondos, dictadas el 16 de agosto de 2022. Caratulado: Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre las condiciones de competencia en el mercado de los medios de pago con tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de pago con provisión de fondos. Rol N° NC-474-2020 (en adelante “ICG N° 5/2022” sin más).

²⁰⁵ La ICG N° 5/2022 actualmente está siendo revisada por la Corte Suprema, en el recurso de reclamación Rol N° 105997-2022, ingresado con fecha 20 de septiembre de 2022. Disponible [en línea] en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>.

Del resultado de ambos recursos depende la vigencia definitiva de esta ICG.

²⁰⁶ Véase: ICG N° 05/2022, regla N° 4.1.

²⁰⁷ Véase: ICG N° 05/2022 reglas N° 1, 2 y 3.

²⁰⁸ Incluso, en un caso extremo, el TDLC utilizó esta facultad para fijar los precios máximos que pueden ser cobrados por las empresas de telecomunicaciones en la provisión de servicios de telefonía móvil y en la oferta conjunta de servicios de telecomunicaciones. Estas ICG tenían como propósito subsanar los posibles riesgos excluserios que el empaquetamiento de productos y el cobro de tarifas diferenciadas a clientes -según si realizaban llamadas con destinatarios dentro de la propia red (“*in net*”) o fuera de esta (“*off net*”)-, podía provocar. Véase: ICG N° 2/2012.

Al dictar estas instrucciones es necesario cuidar que sean dirigidas a una industria en “general” y no a una empresa en específico²⁰⁹, sin perjuicio de que, eventualmente, algunas de estas podrían ir dirigidas solamente a los agentes dominantes de una industria²¹⁰.

Cuando el TDLC utilice sus facultades para dictar ICG, se trataría de casos en los que el TDLC estaría ejerciendo una facultad que le fue expresamente delegada por el legislador, en los términos del artículo 18 N° 3), por lo que, respecto de esta facultad en específico, el TDLC hace las veces de órgano regulador del comercio, no siendo procedentes objeciones en este sentido.

2. 3. Conclusiones parciales

Como hemos visto a lo largo de este capítulo, los abusos explotativos de posición dominante en precios corresponden a una de las preocupaciones que el Derecho de la Competencia busca combatir. El fundamento de su prohibición es evitar la existencia de una ineficiencia asignativa en los recursos transados en el mercado producto de la imposición de condiciones de transacción inequitativas por parte de las empresas que detentan un excesivo poder de mercado.

Esta conducta puede producirse en relaciones B2C, en la forma de fijación unilateral de precios excesivos, pero también puede producirse en relaciones B2B, cuando un distribuidor fija unilateralmente precios excesivamente bajos. Lo anterior, siempre que estas conductas generen ineficiencias asignativas y que estas situaciones no se hubieran producido de haber existido una efectiva competencia en el mercado.

El ordenamiento jurídico chileno cuenta con diferentes instrumentos suficientes para atacar esta clase de asuntos, y tanto la jurisprudencia local y comparada, como la doctrina en estas materias, han aportado un cúmulo significativo de herramientas de análisis que permiten dar a la intervención de las autoridades un enfoque restrictivo, que mitigue en buena parte los riesgos de error que puedan inhibir la inversión en los mercados.

²⁰⁹ Justamente el carácter de general de las instrucciones implica que no pueden dirigirse a regular la conducta de una persona en específico, dado que no son una manifestación de la potestad jurisdiccional del TDLC, sino que más bien son asimilables a la potestad de las superintendencias. Véase: UNIVERSIDAD DE CHILE, Facultad de Derecho, Centro de Regulación y Competencia (en adelante “REGCOM”). (2013). Informe en Derecho N° 26: Control Jurisdiccional De La Potestad Normativa Del Tribunal De Defensa De La Libre Competencia En Materia De Telecomunicaciones. Disponible [en línea] en: <<https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:fafcd5a8-622e-4009-82ac-bb9b09baec0a/8.pdf>>

²¹⁰ La ICG N°5/2022 distingue en la regla N° 4.1 entre empresas dominantes y no dominantes, para imponer obligaciones de no discriminación en el acceso a los servicios prestados.

A continuación, trataremos el asunto de los abusos explotativos en precios en el escenario de los mercados intermediados por plataformas digitales, donde se adaptarán los estándares tratados en este capítulo para identificar las conductas respecto de las cuales las plataformas digitales implican nuevos desafíos.

Capítulo 3: Abusos explotativos de posición dominante en plataformas digitales. Un nuevo escenario

3.1. Adaptación de los *benchmarks* de precios excesivos a la realidad de las plataformas digitales

Para poder aplicar los métodos para identificar la existencia de precios excesivos al escenario de las plataformas digitales, se hace necesario entrar a mirar la naturaleza de la plataforma y su estructura de tarifaria. En efecto, como ya se adelantó, una característica común de las plataformas digitales es que hacen las veces de intermediarias entre dos o más grupos que obtienen valor o ingresos entre sí²¹¹. En este sentido, lo común será encontrarnos con que la plataforma cuestionada por una práctica relacionada con el cobro de precios haga las veces de intermediaria en mercados de dos o más lados y, en consecuencia, mantenga una estructura tarifaria que dependa de las características de cada uno de los grupos de usuarios que atiende.

Lo anterior quiere decir que, para poder concluir que el precio cobrado a un lado de la plataforma es excesivo, primero se deben mirar los distintos lados que la plataforma atiende, los precios que cobra a cada uno estos grupos, y la estructura tarifaria adoptada por la plataforma²¹². Esto, para descartar que los precios cobrados a un lado cumplan el propósito de subsidiar el servicio prestado a los usuarios del otro de lado, o que, de ser este el caso, exista una adecuada proporción entre el subsidio y el exceso de precio.

A mayor abundamiento, incluso existen quienes sostienen que la proporcionalidad del subsidio debe examinarse atendiendo a la naturaleza de las externalidades de red involucradas en las interacciones entre los distintos tipos de usuarios²¹³, considerando que el valor que cada grupo de usuario le asigna a la plataforma variará dependiendo de si la interacción con el otro grupo le genera efectos de red indirectos (sean estos positivos o negativos).

²¹¹ BLOODSTEIN. (2019). Pág. 189.

²¹² MANDRESCU, Daniel. (2022). Abusive pricing practices by online platforms: a framework review of Article 102 TFEU for future cases. *Journal of Antitrust Enforcement*. Vol. 10: 469-517. Pág. 475.

²¹³ Ídem. Pág. 497.

En esta línea, Daniel Mandrescu propone adaptar la aplicación de los *benchmarks* establecidos en el caso *United Brands* a la realidad interdependiente de los distintos grupos de usuarios que la plataforma atiende. Esta propuesta puede resumirse en las siguientes medidas²¹⁴:

- (i) reconocer cuáles son las externalidades que se producen entre cada grupo, y su naturaleza (positivas o negativas). En caso de que las externalidades sean positivas e indirectas, lo común será que exista un grupo que subsidie a otro -dependiendo de si es, o no, el que se beneficia de la participación de los usuarios del otro lado de la plataforma-. En caso de que las externalidades sean indirectas y negativas, o inexistentes, entonces no se debería presuponer la necesidad de que un grupo subsidie a otro²¹⁵.
- (ii) identificar si acaso el precio cobrado a cada lado de la plataforma excede significativamente los costos de atender a cada grupo respectivo. Esto será lo común cuando un grupo se beneficie en forma significativa de externalidades de red indirectas positivas generadas por la presencia de los usuarios al otro lado de la plataforma, mientras que para este último grupo lo normal será beneficiarse de precios más bajos que los costos.
- (iii) en caso de que existan externalidades positivas indirectas, se debe determinar si la suma total de los precios cobrados ambos grupos de usuarios excede la suma total del costo de atenderlos de forma conjunta. Sin embargo, si no existen dichas externalidades o si estas son negativas, el subsidio a un lado de la plataforma deberá ser tomado como parte del sobreprecio que la plataforma le cobra al otro grupo de usuarios, puesto que estos no verían una relación económica entre el precio y su producto (por lo menos en la parte correspondiente al subsidio)²¹⁶.

²¹⁴ Para la enumeración siguiente véase: ídem. Pp. 494-505.

²¹⁵ Este sería el caso de los usuarios espectadores en plataformas financiadas por publicidad, y permite explicar en buena medida por qué el grupo subsidiante en esta clase de plataformas es el lado de los anunciantes (quienes sí se benefician de efectos de red indirectos). Véase *infra*: c) Externalidades de red.

²¹⁶ Si bien para efectos didácticos, la propuesta de Mandrescu es presentada de forma un tanto binaria, dependiendo si existen o no externalidades, sean positivas o negativas, en la práctica, lo común será que estas externalidades se presenten de manera simultánea al interior de las plataformas. Ante este escenario, estimamos que estas se deberán sopesar debidamente caso a caso.

Así, por ejemplo, en una plataforma de transporte como *Uber*, si bien un aumento en la red de socios conductores genera externalidades positivas indirectas para la red de consumidores finales, también puede generar externalidades negativas directas hacia el lado de los socios conductores, puesto que existirían más personas atendiendo una igual cantidad de usuarios. Por su parte, si estas externalidades se traducen en un aumento en la red de consumidores finales, aquello puede generar externalidades positivas indirectas hacia el lado de los socios conductores, pero también puede generar externalidades negativas directas hacia el lado de los consumidores, aumentándose los tiempos de espera y disminuyendo la disponibilidad de socios conductores.

- (iv) una vez que se hayan identificado los precios y costos relevantes a tomar en cuenta para el análisis, corresponde aplicar los distintos *benchmarks* levantados por la doctrina y la jurisprudencia, pero tomando siempre en consideración que se trata de grupos y servicios que se encuentran interrelacionados por las externalidades.
- (v) en caso de que existan alzas de precios (posteriores al posicionamiento de la empresa en el mercado), se deberá determinar si estas alzas se condicen con el crecimiento de la red al lado de la plataforma que genera externalidades positivas indirectas. Aquello no debe ser de extrañar, puesto que el aumento en la red de usuarios de dicho lado implica un incremento en el valor de la plataforma hacia lado contrario. En palabras de Mandrescu “es importante que los registros históricos de cambios de precios se evalúen en contraste con la (creciente) habilidad para captar externalidades de red”²¹⁷.
- (vi) al hacer las comparaciones respectivas para cada *benchmark* escogido, se hace importante asegurar que las empresas escogidas para la comparación sean plataformas con estructuras tarifarias y modelos de negocios iguales o similares. En este sentido, la naturaleza e intensidad de las externalidades de red utilizadas por la plataforma en la comparación también deberán ser tomadas en cuenta, considerando que estas variables pueden afectar la estructura tarifaria de la plataforma.
- (vii) cumplidos los requisitos anteriores, se hace necesario observar el valor del servicio ofrecido a cada lado, considerando que la mejora de este puede implicar una justificación razonable para el incremento en los precios cobrados a los usuarios de la plataforma. En el mismo sentido, se debe considerar el valor del servicio ofrecido por la plataforma utilizada en el *benchmark*, de lo contrario se estaría dejando de lado un factor importante en la consideración.

Si utilizamos los criterios de Mandrescu para adaptar los distintos *benchmarks* elaborados por la doctrina y jurisprudencia para determinar cuándo un precio es excesivo, tratados en el capítulo anterior²¹⁸, obtenemos lo siguiente:

Tabla N°2

²¹⁷ Ídem. Pág. 502. Trad. Libre: “it is important that the historical records of price changes are evaluated against the (growing) ability to capture network externalities”.

²¹⁸ Véase *supra*: a. iii. Métodos para determinar la existencia de precios excesivos.

**Adaptación de los *benchmarks* de precios excesivos a la estructura de las plataformas
de dos o más lados²¹⁹**

<i>Benchmark</i>	En caso de que no predominen externalidades positivas indirectas en beneficio del lado analizado	En caso de que predominen externalidades positivas e indirectas en beneficio del lado analizado
Abusividad	El precio del producto o servicio de un lado específico será excesivo si deriva de condiciones que resultan de la falta de una real y efectiva competencia al mismo lado.	La suma del precio del producto o servicio ofrecido a ambos lados será excesivo si deriva de condiciones que resultan de la falta de una real y efectiva competencia en ambos lados.
Proporcionalidad	El precio del producto o servicio de un lado específico será excesivo si existe una desproporción excesiva entre este y los costos efectivamente soportados por la plataforma para atender a este lado.	El precio del producto o servicio del lado subsidiante será excesivo si existe una desproporción excesiva entre este y los costos efectivamente soportados por la plataforma para atenderlo a este y al grupo subsidiado.
Valor absoluto	El precio del producto o servicio de un lado específico será excesivo si el monto no se justifica por elementos que le aporten un valor agregado que lo distinga de otros productos.	El precio del producto o servicio del lado subsidiante será excesivo si el monto no se justifica por elementos que le aporten un valor agregado que lo distinga de otros productos, tomando en cuenta las externalidades positivas indirectas que se generan por el aumento de la red subsidiada.
Monto en comparación con competidores	El precio del producto o servicio de un lado específico será excesivo si es excesivamente más alto que los productos o servicios de competidores.	El precio del producto o servicio del lado subsidiante será excesivo si es excesivamente más alto que los productos o servicios de competidores equiparables, con un modelo de negocio y estructura tarifaria asimilable, y externalidades positivas indirectas comparables.
Monto en el tiempo	El precio del producto o servicio de un lado específico será excesivo si es mucho mayor al precio que la misma empresa cobraba en otro tiempo.	El precio del producto o servicio del lado subsidiante será excesivo si es mucho mayor al precio que la misma empresa cobraba en otro tiempo y no hay variaciones relevantes en las externalidades positivas indirectas generadas por el aumento de la red subsidiada.
Monto a nivel geográfico	El precio del producto o servicio de un lado específico será excesivo si	El precio del producto o servicio del lado subsidiante será excesivo si es

²¹⁹ Para efectos de mantener la simplicidad, la tabla está presentada asumiendo que el grupo subsidiante cubre el total de los costos de atender al grupo subsidiado.

	es desproporcionadamente mayor al que la misma empresa cobra en otros mercados geográficos asimilables.	desproporcionadamente mayor al que la misma empresa cobra en otros mercados geográficos asimilables, con redes comparables.
Rentabilidad en comparación con competidores	El precio del producto o servicio de un lado específico será excesivo si permite obtener márgenes desproporcionadamente superiores a los de otros competidores.	El precio del producto o servicio del lado subsidiante será excesivo si permite obtener márgenes desproporcionadamente superiores a los de otros competidores con redes comparables en el lado subsidiado.
Rentabilidad en comparación con productos asimilables	El precio del producto o servicio de un lado específico será excesivo si permite obtener márgenes desproporcionadamente superiores a otros productos asimilables en su valor, riesgos de invertir y costos.	El precio del producto o servicio del lado subsidiante será excesivo si permite obtener márgenes desproporcionadamente superiores a otros productos asimilables en su valor, riesgos de invertir, costos, modelo de negocios, estructura tarifaria y externalidades positivas generadas por la red subsidiada.

(Fuente: elaboración propia en base a los *benchmarks* levantados por la doctrina y jurisprudencia y los criterios propuestos por Mandrescu).

La ventaja de la propuesta de Mandrescu es que permite utilizar los mismos *benchmarks* que la doctrina y jurisprudencia han elaborado para el análisis de los precios excesivos en mercados tradicionales. Además, esta propuesta, en principio, no parece ser incompatible con el *test* de Tapia y Saavedra. En efecto, estos últimos autores señalan que una justificación razonable, entregada por una empresa investigada por el presunto cobro de precios excesivamente altos, puede ser la necesidad de subsidiar al otro lado de la plataforma²²⁰.

Así, y para lograr un cruce más coherente entre la propuesta de Mandrescu y la de Tapia y Saavedra, estimamos que, antes de realizar el análisis relativo a si los precios cobrados por la plataforma superan los que cobraría una empresa superdominante (con un 75% de participación en el mercado), podría ser bueno utilizar los criterios de Mandrescu para determinar cuáles serán los precios y costos considerados relevantes para nuestro análisis. Esto, para evitar aceptar justificaciones basadas en el subsidio de usuarios que no le entregan mayor valor a los afectados por un eventual cobro abusivo.

²²⁰ SAAVEDRA y TAPIA. (2019). Pp. 136-137.

La forma de lograr lo anterior escapa de los propósitos de esta tesis, por lo que quedará pendiente para futuras investigaciones en la materia.

3.2. Precios excesivos en relaciones plataforma-consumidores: el caso “SAMR c. CNKI”

A fines de 2022, la Administración Estatal de Regulación del Mercado en China (“State Administration for Market Regulation” o “SAMR”), entidad encargada de aplicar las normas de competencia en el territorio chino, sancionó a la plataforma académica “China National Knowledge Infrastructure” (“CNKI”), entre otras razones, por abusar de su posición dominante para cobrar precios excesivamente altos e “injustos” a sus consumidores finales²²¹.

CNKI es una plataforma que compila bases de datos con artículos y materiales académicos en formato digital. Se trata de una plataforma que opera en un mercado de dos lados ofreciendo, por un lado, el servicio de publicación digital, comunicación y análisis bibliométrico a revistas académicas, universidades y autores (“propietarios de contenido”) y, por el otro, el servicio de distribución de material académico a universidades, centros de investigación, bibliotecas públicas y usuarios individuales (“lectores”). Además, para servir a este último grupo incorpora, entre otros, servicios de lectura online, descarga, integración de datos, navegación por categorías, análisis estadísticos y rankings por relevancia.

Dada la naturaleza “multilado” de la plataforma, y la constatación de efectos de red indirectos que la participación de los propietarios de contenido genera hacia el lado de los lectores, la SAMR tuvo en cuenta la interacción entre ambos grupos de usuarios de la plataforma a la hora de definir el mercado relevante del producto.

En este sentido, la SAMR definió ambos lados como pertenecientes a un solo mercado relevante, siendo este el de servicios de bases de datos de literatura académica en idioma chino²²². Lo anterior, luego de descartar una serie de hipótesis de sustituibilidad con otros productos

²²¹ Para acceder a una traducción de la decisión, véase: MLEX. (2023). Chinese academic-database giant CNKI fined 87.6 million yuan for abuse of dominance (English version). Disponible [en línea] en: <<https://content.mlex.com/#/content/1453046>>.

²²² Algunos proponen que esto se realice solamente para el caso de las plataformas transaccionales, mientras que para los demás tipos de plataformas se definan ambos lados de manera separada. FILISTRUCCHI *et. al.* (2013). Pág. 302. Sin embargo, existe jurisprudencia comparada en sentidos diversos, definiéndose, por ejemplo, un solo mercado relevante para plataformas financiadas por publicidad tales como *LinkedIn*, o varios mercados distintos pero interrelacionados para plataformas transaccionales tales como *Amazon.com*. Véanse los casos: UNIÓN EUROPEA, Comisión Europea. (2016). Decisión dictada por la Comisión Europea con fecha 06 de diciembre de 2016 para el Caso M.8124 (en adelante “*Microsoft/LinkedIn*”); y (2022) Decisión de acuerdo dictada por la Comisión Europea con fecha 20 de diciembre de 2022 para los Casos AT.40462 y AT.40703 (en adelante “*Amazon’s Buy Box & Marketplace*”).

alternativos (tales como los servicios de búsqueda de artículos académicos, de bases de datos de libros digitales, y las bases de datos extranjeras), tomando en consideración las características de cada servicio, su modelo de negocios y las barreras regulatorias para las bases extranjeras.

En su análisis, la SAMR llegó a la conclusión de que la plataforma había aumentado su participación en los ingresos totales percibidos por los operadores del mercado relevante desde un 59% a un 69% entre los años 2014 y 2021. Además, si se contabilizaban las descargas realizadas por los lectores que cada operador del mercado concentraba entre los años 2014 y 2021, se obtenía como resultado que más de un 76% habían sido realizadas por medio de CNKI. La plataforma era utilizada por más del 90% de las universidades y escuelas, y más del 60% de las demás clases de lectores.

Por su parte, al mirar el lado de los propietarios del contenido, la SAMR pudo constatar que CNKI contenía más de un 95% de la literatura académica publicada por medios oficiales, concentrando la mayor cobertura y variedad.

Lo anterior, sumado a la constatación de indicadores de concentración muy elevados²²³, solidez financiera, externalidades de red indirectas que incrementaban la dependencia de los lectores a la plataforma²²⁴ y barreras de entrada²²⁵, permitió a la SAMR concluir que CNKI mantenía una posición dominante en el mercado.

Dicha posición habría sido utilizada por parte de CNKI para negociar contratos de exclusividad con los propietarios de contenido (abuso exclusorio), por una parte, y para cobrar tarifas excesivamente altas o “injustas” a los lectores (abuso explotativo). Por su vinculación con el tema de esta tesis, a continuación, enfocaremos la exposición exclusivamente en la conducta explotativa sancionada.

En su análisis, la SAMR pudo constatar que la estructura de costos de CNKI se había mantenido estable a lo largo del tiempo. Lo anterior, sin perjuicio de que entre los años 2014 y 2021 había implementado alzas sustantivas en el precio cobrado a los lectores. Según la autoridad, CNKI

²²³ HHI superiores a 4,000.

²²⁴ Estas consistían principalmente en las externalidades de red positivas e indirectas que el aumento de propietarios de contenido generaba hacia el lado de los lectores, quienes se beneficiaban de una mayor red de académicos, revistas y universidades que publicaban su contenido en un solo lugar.

²²⁵ Relacionadas con la dificultad de obtener permisos para adquirir licencias de derechos de propiedad intelectual por parte de autoridades estatales y una masa crítica de usuarios suficiente para competir.

era una plataforma con costos marginales bajos, los cuales involucraban principalmente la adquisición de literatura académica y procesamiento de datos.

La estabilidad de los costos se explicaba, por una parte, por la firma de contratos cooperación académica de largo plazo con revistas y universidades (que generalmente tenían una duración de tres años), mediante los cuales se establecía un “*royalty*” (a pagar por parte de la plataforma) que no habría aumentado más de un 1,5% anual durante el período investigado. Por otra parte, los costos de procesamiento de datos habrían disminuido con el paso del tiempo, dado que CNKI habría optimizado los procesos y tecnologías necesarios para esta funcionalidad.

No obstante, los precios cobrados por la plataforma a sus lectores habrían demostrado un aumento anormal (de más de un 10% anual promedio) entre los años 2014 y 2021, que no se habría visto reflejado en sus costos. Además, alrededor de 248 usuarios habrían sufrido un incremento superior al 300% del precio del servicio prestado por la plataforma.

Si bien en la resolución no se especifica un monto del aumento anual promedio del precio de sus competidores, sí se menciona que estos aumentos habrían sido significativamente inferiores, mientras que todos ellos mantenían una estructura de costos similar a la de CNKI.

Las ineficiencias asignativas producidas por la conducta explotativa de la plataforma consistían, no solamente en el sobreprecio que los lectores tuvieron que pagar por el servicio, sino también en la limitación de los recursos que las entidades académicas y universitarias tuvieron que soportar por verse obligadas a destinar buena parte de sus recursos en la suscripción de la plataforma.

Por todo lo anterior, la SAMR concluyó que CNKI había infringido el artículo 22 de la Ley Antimonopolios de la República Popular China²²⁶ -que sanciona el abuso de posición dominante consistente, entre otras cosas, en “*vender productos a precios injustamente altos o comprar productos a precios injustamente bajos*”- imponiéndole una multa de 87.6 millones de yuanes, equivalentes al 5% de los ingresos generados en China durante el año 2021.

El caso deja entrever cómo es que una plataforma digital que contiene altas participaciones de mercado es capaz de aumentar significativamente sus precios actuando de forma independiente de sus usuarios. Sin embargo, algunos factores de los *benchmarks* adaptados que ya introdujimos

²²⁶ REPÚBLICA POPULAR CHINA. (2007). Ley Antimonopolios, dictada el 30 de agosto de 2007. Disponible [en línea] en: <<https://www.chinalawtranslate.com/en/anti-monopoly-law-2022/>>

no fueron tomados en cuenta por la SAMR, y en un caso similar, estimamos, podrían ser válidamente argüidos por una empresa investigada.

En primer lugar, cabe destacar que la SAMR señaló que los costos de procesamiento de datos de la plataforma habrían disminuido con el tiempo debido a mejoras en sus sistemas de procesamiento de datos. Lo anterior quiere decir que el producto ofrecido hacia el lado subsidiante (en este caso los lectores) habría experimentado mejoras en su valor, las cuales se deberían haber ponderado en forma adecuada en el análisis de la autoridad. Tampoco se observó la capacidad de procesamiento de las plataformas competidoras, sino solo su estructura de costos y sus modelos de negocios. Lo anterior quiere decir que bajo los *benchmarks* de “valor absoluto” y de “monto en comparación con competidores”, el análisis de la SAMR demostraba, por lo menos, un punto ciego²²⁷.

Además, en ningún momento se hizo referencia al volumen de la red de los competidores, ni al crecimiento de la red de propietarios de contenido de CNKI en el tiempo, por lo que difícilmente pudo haberse ponderado la evolución en el valor que la plataforma entregaba a sus lectores. Quizás una explicación de lo anterior tiene que ver con que las conductas de CNKI además de explotativas, venían acompañadas de conductas exclusorias hacia el lado de los propietarios de contenido, lo que dificultaba la justificación de la plataforma en estas materias. No obstante, a nuestro juicio, parte de la labor que se debe realizar antes de sancionar a una plataforma por el cobro de precios excesivamente altos, es la medición del impacto que eventuales conductas exclusorias pasadas hayan tenido en el mercado relevante, de modo que se pueda determinar qué porción de la red subsidiada (en este caso la de propietarios de contenido) corresponde al mérito de la plataforma, y qué porción no.

Lo anterior es especialmente relevante si se considera que la doctrina reticente al cobro de precios excesivos sostiene que uno de los requisitos para poder ser sancionado por el cobro de precios excesivamente altos es que la dominancia se haya adquirido por medio de conductas anticompetitivas actuales o pasadas, o de derechos especiales, o bien, que no se deba a inversiones pasadas o a innovación²²⁸.

3.3. Abusos explotativos de posición dominante en relaciones plataforma-oferentes

²²⁷ Véase *supra*: 3.1. Adaptación de los *benchmarks* de precios excesivos a la realidad de las plataformas digitales.

²²⁸ Véase *supra*: a. ii. Argumentos a favor de la sanción a los precios excesivos.

Las relaciones plataforma-oferentes son especialmente delicadas, aun cuando exista cierta competencia en la intermediación hacia el lado de los oferentes. Tal y como explica Néstor Dutch-Brown:

“cuando los vendedores participen en distintas plataformas, estas se preocuparán más de los compradores que de los vendedores. Por esto, van a ofrecer diferentes niveles de calidad: los compradores recibirán un nivel eficiente de calidad (cercana a la que un planificador social elegiría) al tiempo que la calidad para los vendedores se verá degradada, puesto que la plataforma no tiene incentivos para competir por vendedores. Atrayendo compradores -a los que les ofrece buena calidad- indirectamente atraerá vendedores. Como proveer una unidad adicional de calidad a los vendedores es más costoso (en términos relativos) que proveer una unidad adicional a los compradores, la plataforma maximizará sus beneficios degradando de manera estratégica la calidad a los vendedores”²²⁹.

Como se verá a continuación, lo anterior podría permitir que las plataformas dominantes -aun cuando su dominancia se base en el poder de mercado que detentan hacia el lado de los consumidores finales- utilicen esta posición para cobrar comisiones que eventualmente sean consideradas excesivas, o fijar precios de compra excesivamente bajos, en desmedro de los oferentes. Para explicar lo anterior, antes se hace necesario observar el modelo de negocios que estas pueden adoptar.

Como ya se explicó, la mantención de un modelo de agencia difiere sustantivamente de la mantención de un modelo de compra al por mayor²³⁰. En el primer modelo, la plataforma le entrega a los oferentes la calidad de clientes que “demandan” los servicios de intermediadora de la plataforma para llegar a consumidores finales -en lugar de optar por un modelo donde la plataforma es la que demanda los productos que estos ofrecen para revenderlos-. Lo anterior, a

²²⁹ DUTCH-BROWN, Néstor. (2017). Quality Discrimination in Online Multi-sided Markets. Joint Research Centre Technical Reports: JRC Digital Economy Working Paper 2017-06. Pág. 25. Trad. Libre: “*when sellers multi-home, platforms will care more about buyers than sellers. Hence, they will provide different levels of quality: buyers will get an efficient level of quality (close to what a social planner would choose) while quality to sellers will be degraded since the platform has not incentives to compete for sellers. By attracting buyers –to whom it offers high quality- it will indirectly attract sellers. Since supplying an additional unit of quality to sellers is more costly (in relative terms) than providing an additional unit of quality to buyers, the platform will maximise profits by strategically degrading quality to sellers.*”

²³⁰ Véase *supra*: 2.1.: b) Aguas arriba: fijación unilateral de precios de compra excesivamente bajos.

cambio de una comisión consistente en un porcentaje del precio del producto vendido (en adelante “modelo de agencia puro”).

Sin embargo, algunas plataformas, además de optar por modelos de agencia para funcionar, conservan algún grado de control sobre los precios que los oferentes pueden cobrar en ella (en adelante “modelo de agencia con fijación de tarifas”), ya sea decidiendo ellas mismas las tarifas que reciben -como es el caso de *Uber*²³¹- o fijando precios “tope” que no pueden ser superados por los oferentes al interior de la plataforma²³².

La diferencia entre ambos modelos (de agencia puro o con fijación de tarifas) tiene consecuencias prácticas respecto de quiénes son los principales perjudicados por el cobro de comisiones excesivamente altas y, en consecuencia, la naturaleza de las ineficiencias asignativas que estas conductas pueden generar²³³.

También es relevante, para estos asuntos, observar si acaso la plataforma impone a los oferentes cláusulas de paridad (también llamadas cláusulas de nación más favorecida), mediante las cuales los fuerce a ofrecer sus productos al interior de la plataforma a precios iguales o inferiores que en otros sitios.

Finalmente, el hecho de una plataforma se encuentre verticalmente integrada en la cadena vertical puede agravar la dominancia que la plataforma mantenga en los diferentes niveles de la cadena de producción, facilitando el cobro de comisiones y/o precios excesivamente altos.

Para ilustrar los puntos anteriores, a continuación, se presentan ejemplos de plataformas con: **(i)** un modelo de agencia puro -con y sin cláusulas de paridad-; **(ii)** un modelo de agencia con fijación de tarifas; y **(iii)** con un modelo de agencia puro e integración vertical.

²³¹ Como se verá más adelante, la plataforma *Uber* decide las tarifas que se cobran a los consumidores finales en base a una serie de criterios que ella misma determina, mientras que mantiene un modelo de agencia con sus socios conductores, con la sola salvedad de que estos últimos no pueden decidir cuanto cobrar.

²³² Tal era el caso de Apple en su plataforma *Apple Books* antes de ser sancionada por coludirse en EE.UU. Véase: ESTADOS UNIDOS. (2013). Sentencia dictada por la Corte Distrital del Sur de Nueva York el 7 de octubre del año 2013, caratulada “UNITED STATES OF AMERICA, v. APPLE INC., et al.”. Caso 1:12-cv-02826-DLC. Documento 326; y (2015). Sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 30 de junio de 2015, en la apelación del mismo caso. Caso: 13-3741, Documento 373-1 (en adelante ambas sentencias como el caso “EE.UU. c. Apple”).

²³³ Como se vio en el capítulo anterior, lo que diferencia al modelo de agencia del modelo de compras al por mayor, en un sentido teórico, es que los precios cobrados a consumidores finales son fijados por los proveedores (oferentes), y que la plataforma ya no tiene incentivos a competir por precios “aguas abajo”. Si ambas condiciones se mantienen, entonces no se justificaría realizar un análisis en base al cobro de precios excesivamente altos, puesto que se trataría de un modelo de agencia solo en apariencia. Véase *supra*: b) Aguas arriba: fijación unilateral de precios de compra excesivamente bajos

a) Cobro de comisiones excesivas en plataformas con un modelo de agencia puro con y sin cláusulas de paridad

El año 2015, en el contexto de tres procedimientos sancionatorios ante distintas autoridades de competencia en Francia, Italia y Suiza²³⁴, *Booking.com* (en adelante “*Booking*” sin más), se comprometió a modificar sus términos y condiciones de uso de la plataforma, sustituyendo las cláusulas de paridad de precios impuestas a las empresas hoteleras por cláusulas menos intrusivas. Estas cláusulas impedían a las hoteleras ofrecer más habitaciones disponibles o precios menores, en cualquier otro sitio distinto de *Booking* y, según los requirentes, eran constitutivas, entre otras cosas, de un abuso de posición dominante²³⁵⁻²³⁶.

La plataforma se comprometió a modificar estas cláusulas, permitiendo que las hoteleras ofrezcan precios más bajos en plataformas competidoras, pero restringiendo que lo hagan en los propios sitios web de los alojamientos (llamadas cláusulas de paridad “estrechas”)²³⁷. Con todo, al poco tiempo en Francia²³⁸ y en Italia²³⁹ también se prohibieron las cláusulas de paridad

²³⁴ EL PAÍS, Cinco Días. (2017). Compañías, Turismo. Noticia: Los hoteleros de la UE se plantan contra el dominio de Booking. <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/09/15/companias/1505483040_410740.html> [19/02/2023].

²³⁵ REPÚBLICA DE FRANCIA, Autorité De La Concurrence. (2015). Decisión N° 15-D-06 de 21 de abril de 2015 sobre las prácticas implementadas por las empresas Booking.com B.V., Booking.com France SAS y Booking.com Customer Service Francia SAS en el sector de reservas hoteleras online (en adelante caso “*Autorité de la Concurrence C. Booking*”). Disponible [en línea] en: <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/15d06.pdf>> [19/02/2023].

²³⁶ Las cláusulas de nación más favorecida impuestas por *Booking* a las hoteleras, también fueron objeto de reproche por parte del Servicio Federal Antimonopolios de Rusia, quien estimó que dichas cláusulas eran constitutivas de un abuso de posición dominante consistente en el establecimiento de condiciones de contratación desfavorables en perjuicio de sus contrapartes, las empresas hoteleras. FEDERACIÓN RUSA, Servicio Federal Antimonopolios [sitio *web* oficial]. (2020). Fas Russia Recognized the Company Booking.com Violated the Antimonopoly Legislation. Sitio Web Oficial. Disponible [en línea] en: <<http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=55116>> [23/03/2021].

²³⁷ Esto, puesto que la plataforma realiza inversiones importantes para publicitar los alojamientos mediante distintos canales en línea, los cuales verían mermados si los alojamientos publican en sus propios sitios precios más convenientes. Estas cláusulas, sin embargo, permitían que los consumidores se acogieran a programas de fidelización de los alojamientos mediante los cuales puedan acceder a precios diferenciados.

²³⁸ REPÚBLICA DE FRANCIA. (2015). Ley n° 2015-990 del 6 de agosto de 2015 para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas. Disponible [en línea] en: <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000030978561>>.

²³⁹ NEXOTUR. (2017). Noticia: Italia, cuarto país de Europa que prohíbe las polémicas cláusulas de paridad. Disponible [en línea] en: <<https://www.nexotur.com/noticia/93840/nexotur/italia-cuarto-pais-de-europa-que-prohibe-las-polemicas-clausulas-de-paridad.html>>.

estrechas, habiendo quienes argumentan que estas producen efectos similares a las cláusulas de paridad de precios regulares²⁴⁰⁻²⁴¹.

Dos años después, en Suiza, la autoridad supervisora de precios (popularmente conocida como “*Monsieur Prix*”), dependiente en última instancia del Consejo Federal suizo, abrió una investigación en contra de *Booking* por cobrar tarifas excesivamente altas a las empresas hoteleras²⁴². De acuerdo con las leyes suizas, cuando *Monsieur Prix* realiza un cuestionamiento a los precios cobrados por una empresa con posición dominante, habiendo encontrado indicios del cobro de precios abusivos, lo primero que se debe hacer es buscar una solución amistosa entre la autoridad y dicha empresa.

Sin embargo, si la empresa se niega a cooperar, se debe abrir un procedimiento administrativo mediante el cual se fije un precio adecuado²⁴³. Según esta autoridad, la plataforma *Booking* no demostró interés alguno en llegar a una solución amistosa, situación que derivó en la apertura del procedimiento²⁴⁴. Hasta la fecha, no hay un pronunciamiento definitivo de la autoridad, encontrándose la investigación en curso.

De acuerdo con información oficial de la plataforma, esta mantiene un modelo de agencia²⁴⁵, operando como una plataforma de transacción que facilita el encuentro entre los huéspedes y los hoteles o alojamientos, siendo este último el grupo al cual le cobraría un porcentaje de lo

²⁴⁰ Véase: PADILLA, Jorge, PICCOLO, Salvatore y WATSON, Nadine. (2020). Price And Content Platform Parity: A Tale Of Two Industries. (Febrero de 2020).

²⁴¹ El efecto que estas cláusulas puedan tener en la competencia también ha llamado la atención de la FNE, que recientemente anunció el inicio de un estudio de mercado en el sector del hospedaje: FNE. (2023). Minuta De Lanzamiento Del Estudio Sobre El Mercado Del Hospedaje. Rol N° EM08-2023. Disponible [en línea] en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2023/03/EM08_minuta_lanzamiento_final_firmada-1.pdf.

²⁴² CONFEDERACIÓN SUIZA, Departamento federal de Economía, Fomento e Investigación: Supervisión de precios [sitio web oficial]. (2017). Boletín informativo N°4, publicado el 12 de septiembre de 2017. Pág. 3. Disponible [en línea] en: <https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/fr/home/documentation/informations-destinees-aux-medias/newsletter/2017.html> [19/02/2023].

²⁴³ Artículos 2, 8, 9 y 10 de la Ley Federal de Supervisión de Precios suiza, promulgada el 20 de diciembre de 1985. CONFEDERACIÓN SUIZA. (1985). Ley Federal de Supervisión de Precios, de 20 de diciembre de 1985. Disponible [en línea] en: <https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/fr/home/surveillance-des-prix/bases-legales/loi-federale-concernant-la-surveillance-des-prix.html> [19/02/2023].

²⁴⁴ Ídem.

²⁴⁵ BOOKING [sitio web oficial]. (2022). Ayuda para colaboradores: ¿Qué comisión se lleva Booking.com y cuándo tengo que pagarla?. Disponible [en línea] en: <https://partner.booking.com/es/ayuda/trabajar-con-booking/aparecer-online/%C2%BFqu%C3%A9-comisi%C3%B3n-se-lleva-booking-com-y-cu%C3%A1ndo-tengo-que>.

pagado por los consumidores²⁴⁶. La única variación del modelo de *Booking*, con el de agencia puro, son las cláusulas de paridad ya mencionadas, y que hoy se encuentran prohibidas en varios países²⁴⁷.

En este sentido, se ha discutido fuertemente el efecto que las cláusulas de paridad pueden acarrear, especialmente cuando vienen acompañadas de comisiones excesivas. Por una parte, a falta de cláusulas de paridad, y bajo un modelo de agencia puro, los oferentes (en nuestro ejemplo los alojamientos) tienen menores obstáculos para traspasar el costo de la comisión al precio que cobran a los consumidores finales²⁴⁸.

Por otra parte, en caso de que la participación de un agente dominante sea significativa, la imposición de cláusulas de paridad podría implicar un alza generalizada en el precio de los productos cobrados en el mercado en general²⁴⁹. Lo anterior, puesto que, al verse imposibilitados de aumentar los precios al interior de una plataforma dominante que cobre mayores comisiones, los oferentes se verían forzados a subir los precios cobrados en los demás canales que utilicen para compensar las pérdidas que dichas comisiones les puedan generar.

De esta manera, salvo que existan otros impedimentos para que los oferentes traspasen a los consumidores finales el valor de la comisión cobrada por la plataforma -como, por ejemplo, fuertes presiones competitivas que impidan el alza de los precios ofrecidos- los oferentes serían el grupo subsidiante solo en apariencia, siendo los consumidores finales quienes soporten el sobreprecio cobrado por una plataforma dominante.

Así, las ineficiencias asignativas provocadas por la imposición de comisiones excesivas hacia el lado de los oferentes, cuando no existen impedimentos para su traspaso a los consumidores, serán soportadas por los consumidores finales de la plataforma en el caso de que no existan

²⁴⁶ Véase también: REPÚBLICA DE FRANCIA, Autorité De La Concurrence. (2015). *Autorité de la Concurrence C. Booking*. Párrafo 40.

²⁴⁷ No existe información disponible al día de hoy sobre si acaso estas cláusulas son aplicadas en Chile. FNE. (2023). EM08-2023. Párrafo 46.

²⁴⁸ Véase: MANDRESCU. (2022). Pág. 499.

²⁴⁹ Una discusión similar se produjo en Chile a propósito de los “*merchant discounts*” cobrados a los comercios por parte de los adquirentes o subadquirentes, en la cual el TDLC falló que la imposición de reglas que impidan a los comercios discriminar a los consumidores según su medio de pago (“*No Surcharge Rules*” o NSR”), genera un aumento general en los precios cobrados a los consumidores finales e “*incentiva a las Marcas y adquirentes a fijar tasas de intercambio, costos de marca y márgenes adquirentes elevados*”. TDLC. (2022). ICG n° 5/2022. C° 187-190. En la práctica, las NSR generan los mismos efectos que las cláusulas de paridad en precios, razón por la cual el TDLC decidió prohibirlas al dictar las ICG n° 5, mientras no existan tasas de intercambio definitivas que solucionen este problema. Véase: ídem. Instrucción N° B.4.2.

cláusulas de paridad, y por la generalidad de los consumidores del mercado en el caso de que sí existan y estas tengan cierto grado de eficacia práctica.

Considerando lo anterior, sostenemos que en caso de que no existan cláusulas de paridad y que los oferentes sean capaces de traspasar el sobre precio a los consumidores finales de la plataforma, lo más adecuado sería realizar el análisis asumiendo que son los consumidores finales el grupo subsidiante y los oferentes el grupo subsidiado, puesto que en los hechos son ellos los que soportan la comisión impuesta por la plataforma.

Por su parte, en caso de que sí existan cláusulas de paridad, y que los oferentes traspasen el sobreprecio a la generalidad de sus consumidores finales -independientemente de si participan en la plataforma o no- existirá un tercer grupo eventualmente afectado por el cobro de las comisiones excesivas, debiendo evaluarse esto en la medición de la eficiencia de esta medida.

Finalmente, en caso de que los oferentes sean incapaces de traspasar el sobreprecio a sus consumidores finales, entonces las ineficiencias asignativas que esta medida podría provocar serán asimilables a las provocadas por la fijación unilateral de precios excesivamente bajos, en el sentido de que podrían implicar una disminución en la producción total de la plataforma (menos ofertas de alojamientos) y/o la salida de competidores hacia el lado de los oferentes.

Las variables recién mencionadas se muestran en la Tabla N° 3 a continuación:

Tabla N° 3

Variables relativas al cobro de comisiones excesivas en plataformas con un modelo de agencia puro

Existencia de cláusulas de paridad	Capacidad de traspaso de precios a consumidores finales	Análisis adecuado
No	Sí	Consumidores finales subsidiantes, oferentes subsidiados. Se debe evaluar según los <i>benchmarks</i> de precios excesivos en plataformas de dos o más lados.
Sí	Sí	Tercer grupo afectado, consumidores fuera de la plataforma. Se debe evaluar en la eficiencia generada por la medida.
Sí	No	Ineficiencias asignativas similares a fijación unilateral de precios excesivamente bajos.
No	No	Oferentes grupo subsidiante, consumidores grupo subsidiado. Se debe evaluar según los <i>benchmarks</i> de precios excesivos en plataformas de dos o más lados.

- b) Comisiones excesivamente altas bajo un modelo de agencia con fijación de tarifas: ¿precios excesivamente altos o bajos?

Para el caso de las plataformas que ofrezcan su intermediación mediante un modelo de agencia con fijación de tarifas, el asunto se torna levemente más sencillo que para el caso anterior. Para ilustrar cómo identificar las ineficiencias asignativas que el cobro de comisiones excesivas hacia el lado de los oferentes puede provocar, analizaremos el ejemplo de la plataforma de transporte privado, *Uber*. Además, en este apartado examinaremos la alternativa regulatoria adoptada en Chile.

En Chile, *Uber* ha sido objeto de numerosos conflictos²⁵⁰. Dentro de estos, los más relevantes para nuestra exposición son los relativos a los montos cobrados por concepto de comisión en cada viaje. El día 8 de mayo de 2019, los socios conductores de la plataforma, tanto en Chile como a nivel mundial, se organizaron para detener el funcionamiento de la aplicación durante un día entero, en señal de protesta. Dentro de las razones que motivaban la protesta, se encontraban la desvinculación arbitraria de algunos socios conductores y el cobro de tarifas de servicio excesivamente altas²⁵¹.

En efecto, *Uber* no transparenta con anterioridad a cada viaje el monto de la tarifa de servicio que cobra al socio conductor, sino solo el precio estimado de cada viaje al momento de aceptarlo, y el aproximado que el conductor recibiría, calculado por kilómetro y minutos de recorrido, tiempos de espera, precios bases, ingresos mínimos por viaje y precios por cancelación, dependiendo de la zona geográfica en que presten sus servicios²⁵²⁻²⁵³.

²⁵⁰ Un ejemplo de esto que, por su falta de vinculación con esta tesis, no será tratada con mayor detalle, es la demanda del sindicato de transporte privado contra Uber, Cabify e Eeasy taxi. Véase: TDLC. (2021). Sentencia caso “*Taxistas c. Uber, Cabify e Easy Taxi?*”.

²⁵¹ BIOBIO, Chile. (2019). Sección Economía. Noticia: Conductores de Uber molestos: anuncian "apagón" masivo de la aplicación. Disponible [en línea] en: <<https://www.biobiochile.cl/noticias/economia/negocios-y-empresas/2019/05/06/conductores-de-uber-molestos-anuncian-apagon-masivo-de-la-aplicacion.shtml>> [19/02/2023].

²⁵² UBER [sitio web oficial]. (2021). Uber Drivers: Tarifas. [Para acceder a esta información es necesario tener acceso a una cuenta de “Uber Driver”]. Disponible [en línea] en: <https://drivers.uber.com/p3/payments/fares?_ga=2.111839428.1507153926.1612388701-1058295971.1612388701&uclid_id=cca28d77-1274-479d-bebd-a3f76c5a2cae> [04/02/2021].

²⁵³ De acuerdo con información oficial de la plataforma, el monto de la tarifa de servicio es, en principio, un 25% del precio cobrado al pasajero por cada viaje. Sin embargo, esta situación podría variar dependiendo de si el tiempo y distancia de cada viaje se ajusta a lo estimado por la plataforma al momento de ofrecer la intermediación.

Lo anterior puede ser problemático, puesto que la plataforma cobra un porcentaje adicional por los viajes en los que estimaba un tiempo y distancia extra a lo efectivamente pagado por el usuario, sin especificar estos montos²⁵⁴.

Además, *Uber* es la empresa de transportes más popular en el país hacia el lado de los pasajeros, situación que hace difícil, si no imposible, que los socios conductores rechacen estos términos y prefieran plataformas alternativas²⁵⁵⁻²⁵⁶. Lo anterior se ve confirmado, cuando se presta atención a las tarifas que cobra *Cabify* por concepto de comisión, las cuales son sustancialmente menores sin que eso tenga un impacto significativo en la popularidad de la plataforma *Uber* hacia el lado de los socios conductores²⁵⁷.

En casos como estos se produce la extraña situación de que una plataforma dominante, no obstante poder cobrar precios elevados -como podría, eventualmente, considerarse una tarifa de un 25%- también se puede comportar como un monopsonista. Lo anterior, debido a que la plataforma es quien decide cuál es el precio que cobra a consumidores finales, pudiendo producirse el caso de que, aun cuando la plataforma cobre precios competitivos en el mercado

²⁵⁴ Según la plataforma “La Tasa de Servicio es menor a 25% cuando el cálculo de la Tarifa Estimada no haya contemplado tiempo y distancia suficiente de acuerdo con lo que al final pagó el usuario. La Tasa de Servicio es mayor a 25% cuando el cálculo de la Tarifa Estimada haya contemplado tiempo y distancia extra a lo que al final pagó el usuario”. UBER [sitio web oficial]. (2021). Ayuda: ¿Por qué la Tasa de Servicio es variable?. [Para acceder a esta información es posible que se necesite tener acceso a una cuenta de “Uber Driver” Disponible [en línea] en: <<https://help.uber.com/es/driving-and-delivering/article/por-que-C3%A9-la-tasa-de-servicio-es-variable?nodeId=7448ffcc-ab98-4a32-b7fc-e9c17a58bb41>> [19/02/2023].

Si bien la primera situación descrita por la plataforma busca proteger las expectativas de sus socios conductores, la segunda situación constituye una distribución de riesgos en desmedro de estos, puesto que los socios conductores no tienen ningún control por sobre la estimación del tiempo y distancia que la plataforma realiza para cada viaje, siendo “penalizados”, en última instancia, por los errores de cálculo de la plataforma.

²⁵⁵ LA TERCERA, Pulso. (2019). Empresas & Mercados. Noticia: Uber está en la mitad de los celulares del país y aplicaciones de delivery se acercan al 10%. Disponible [en línea] en: <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/uber-esta-la-mitad-los-celulares-del-pais-aplicaciones-delivery-se-acercan-al-10/664065/>> [19/02/2023].

Además, tal y como se acreditó por parte de Cabify en el caso “Taxistas c. Uber, Cabify e Easy Taxi”, en la hipótesis de mercado relevante “transporte remunerado de pasajeros en vehículos con aplicación (plataforma tecnológica) para solicitar y pagar el servicio” tratada en dicho caso, Uber es, con creces, la plataforma que mayores cuotas cubre en el mercado. TDLC. (2021). Sentencia caso “Taxistas c. Uber, Cabify e Easy Taxi”. Considerandos nonagésimo cuarto a nonagésimo octavo.

²⁵⁶ Esto se explica por la existencia de externalidades de uso generadas al interior de esta plataforma, que podría clasificarse como una plataforma de transacción, en los términos tratados en el capítulo 1. Véase *supra*: a) Plataformas de transacción e intercambio.

²⁵⁷ De acuerdo con el sitio oficial de *Cabify*, las tarifas que la plataforma cobra por comisión de servicio rondan entre el 14% y 15%, en los distintos servicios que la plataforma presta (incluyendo, dentro de estos, a *Cabify Taxi*) con la sola excepción de los conductores que forman parte de *Cabify Group*, quienes pagan un 26%. CABIFY [sitio web oficial]. Requisitos para conducir con Cabify en Chile. Disponible [en línea] en: <<https://help.cabify.com/hc/es/articles/360021347640-Requisitos-para-conducir-con-Cabify-en-Chile#:~:text=es%20para%20il-Cabify%20recibe%20una%20comisi%C3%B3n%20del%2015%25,recibe%20una%20comisi%C3%B3n%20del%2015%25>> [19/02/2023].

hacia el lado de los consumidores, la plataforma imponga tarifas que puedan ser consideradas excesivas hacia el lado de los oferentes (en este caso, los socios conductores), tornando su actividad en una desventajosa.

En Chile, parte de estos problemas han sido abordados por una regulación *ex ante*, que entró a regir a fines de 2022. En específico, por la ley 21.431 que modifica el Código Del Trabajo (CDT) para regular el contrato de trabajo en plataformas digitales de intermediación tanto para trabajadores dependientes -en el sentido de que exista subordinación y dependencia en los términos del art. 7 del CDT- como independientes.

Con esta modificación, se introdujo una serie de disposiciones que mandatan que todo contrato –tanto para trabajadores dependientes, como independientes- debe especificar el método de cálculo para la remuneración o tarifa²⁵⁸ (según sea el caso) de los servicios prestados por el trabajador, y que establecen un piso mínimo de las remuneraciones u honorarios percibidos por estos²⁵⁹.

Junto a lo anterior, el artículo 152 Quinquies H permite expresamente que ambos grupos de trabajadores de plataformas se asocien por medio de sindicatos, y negocien colectivamente conforme a las normas del libro IV del CDT.

Esta regulación, podría llegar a limitar el alcance de la tarifa de servicio variable que *Uber* le descuenta a los socios conductores.

No obstante, para aquellas plataformas que mantengan un modelo de agencia con fijación de tarifas y que no puedan ajustarse a la regulación del CDT ya descrita, en relaciones plataforma-oferentes, la aplicación de las normas de competencia que prohíben el abuso de una posición dominante bien podría ser una respuesta de *última ratio*.

En este sentido, estimamos que para determinar si una conducta por parte de esta clase de plataformas produce ineficiencias asignativas -de modo que podamos saber si esta conducta es constitutiva de un abuso explotativo de posición dominante- deberemos usar como referente el enfoque propuesto para el caso de la fijación unilateral de precios excesivamente bajos²⁶⁰. Lo

²⁵⁸ Artículos 152 Quáter S y 152 Quáter X del CDT.

²⁵⁹ Artículos 152 Quáter V y 152 Quáter Y del CDT. Según estos artículos, las remuneraciones u honorarios no podrán ser inferiores a la proporción del ingreso mínimo mensual según hora efectivamente trabajada, aumentado en un 20%.

²⁶⁰ Véase *supra*. b) Aguas arriba: fijación unilateral de precios de compra excesivamente bajos.

anterior debido a que, en los hechos, la plataforma es la que decide el monto del pago efectuado a los oferentes, independientemente de que disfrace este mecanismo con el cobro de comisiones. Aquí, el problema que surge es cómo realizar el cálculo de la tarifa pagada a los oferentes, considerando que la plataforma, en lugar de contratar el servicio de estos, ofrece la intermediación y cobra una comisión que se calcula por sobre la tarifa que paga el consumidor final. La manera de lograr esto en la práctica escapa del alcance de esta tesis, puesto que implicaría adaptar modelos económicos basados en precios uniformes a la realidad de plataformas con un modelo de agencia con fijación de tarifas.

c) Cobro de comisiones excesivas en relaciones plataforma-oferentes en plataformas verticalmente integradas

El problema de los abusos de explotativos de posición dominante en precios se agudiza en aquellas situaciones en que, además de existir mercados intermediados por plataformas digitales, existe integración vertical entre una o varias de ellas. Tal y como se desprende del ejemplo de las plataformas en dispositivos marca *Apple*, en ocasiones las plataformas pueden jugar el rol de intermediadoras de otras plataformas, existiendo una “superplataforma” cuyo acceso, en última instancia, es un requisito indispensable para que las demás ofrezcan sus servicios²⁶¹⁻²⁶².

En estos escenarios se produce un fenómeno particular, en virtud del cual la plataforma es capaz de llevar a cabo conductas que, potencialmente, pueden llegar a ser consideradas exclusorias y explotativas a la vez. De esta forma, aun cuando los criterios sean iguales para todos los oferentes al interior de una superplataforma, y aun cuando esta medida afecte a otros mercados diferentes de aquellos en los cuales la empresa controladora de la superplataforma compita “aguas abajo”,

²⁶¹ Las superplataformas son, según Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke, aquellas de cuya existencia dependen otros desarrolladores de *software*, apps y accesorios. Véase: Pro-Market. Is the Digital Economy Much Less Competitive Than We Think It Is? (Entrevista completa a Ariel Ezrachi) Disponible [en línea] en: <<https://promarket.org/digital-economy-much-less-competitive-think/>> [29/01/2022].

²⁶² Esta situación ha motivado a algunos a proponer adaptar la doctrina de las instalaciones esenciales al ámbito de las plataformas digitales. Véase: BUGUEÑO, Juan Ignacio. (2020). Algoritmos en Mercados de Nuevas Tecnologías: Una revisión de la importancia de Pagerank en el mercado de servicios de búsqueda general (o de motores de búsqueda horizontales) y una eventual aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales para Chile. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: Nicole Nehme. Santiago: Universidad de Chile. Disponible [en línea] en: <<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/176836/Algoritmos-en-mercados-de-nuevas-tecnolog%C3%ADas-una-revisi%C3%B3n-de-la-importancia-de-Pagerank-en-el-mercado-de-servicios-de-busqueda-general.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [19/02/2023].

esta podría aprovechar su situación para imponer condiciones de transacción abusivas a sus oferentes.

Lo anterior, constituye un obstáculo a sus competidores “aguas abajo” -lo que comúnmente se denomina “*self-preferencing*”²⁶³-, al mismo tiempo que permite a la plataforma extraer rentas desproporcionadas de parte de los oferentes y/o consumidores finales²⁶⁴. Para un mejor entendimiento de lo anterior nos atenderemos al ejemplo de Apple, Inc (en adelante “Apple” sin más), y su plataforma de *software* “*Apple’s App Store*” (en adelante “*App Store*” sin más).

App Store es la plataforma de *software* por medio de la cual desarrolladores de apps ofrecen comúnmente sus productos a los usuarios de los dispositivos *Apple*. Si bien existen maneras alternativas para acceder al contenido de los desarrolladores -como, por ejemplo, cuando una plataforma permite simultáneamente el acceso vía app y vía páginas *web*-, en el caso de los dispositivos que funcionan con *iOS* -por contraposición a los que funcionan con *MacOS*- los usuarios no pueden acceder a las aplicaciones por medio de plataformas alternativas a la *App Store*, configurándose como un “ecosistema cerrado”²⁶⁵⁻²⁶⁶.

De esta manera, la *App Store* constituye una puerta de acceso en la forma de “cuello de botella”, lo que quiere decir que controla el acceso a los mercados en que participen los desarrolladores de apps para dispositivos marca *Apple* (por lo menos en dispositivos *iOS*), así como el acceso al contenido para los consumidores finales, indispensable para que terceros puedan competir en dichos mercados²⁶⁷⁻²⁶⁸.

²⁶³ IBÁÑEZ, Pablo. (2020). Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles. *World Competition*. Vol. 43. Disponible [en línea] en SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3654083>> [19/02/2023].

²⁶⁴ Nuestra opinión es compartida por Damien Geradin en: GERADIN, Damien (2021). The Antitrust Case against the Apple App Store. *Journal of Competition Law & Economics*. Vol. 17, N°3. Pp. 533–535.

²⁶⁵ BAJOS, Autoridad para Consumidores y Mercados (en adelante “ACM”). (2019). Report: Market Study Into Mobile App Stores. Pág. 59.

²⁶⁶ Similar es la situación del contenido disponible por medio de páginas web. Según un estudio de mercado realizado por la Autoridad para Consumidores y Mercados holandesa, el sistema *iOS* es incompatible con algunos reproductores multimedia, como por ejemplo *Adobe Flash Player*, de modo que las funciones que una página web puede cumplir en otros dispositivos compatibles no puedan ejecutarse en los dispositivos de Apple.

A lo anterior se debe sumar la falta de acceso a las funcionalidades del dispositivo que padecen las páginas web, afectando la experiencia de los usuarios y la capacidad que estas tienen para acceder a datos del usuario en el dispositivo, puesto que no forman parte del ecosistema de la plataforma.

Para todo este párrafo véase: ACM. (2019). Pág. 42- 49.

²⁶⁷ Ídem. Pág. 40.

²⁶⁸ GERADIN. (2021). Pág. 533.

La condición de la *App Store* como una plataforma tipo cuello de botella se hace posible gracias al cierre estratégico -para terceros potenciales competidores-, que la empresa mantiene en algunos eslabones previos de la cadena de producción, y se fortalece por su integración vertical en los niveles inferiores.

Así, en un primer nivel, encontramos a los dispositivos (*hardware*: por ejemplo *iPhone*, *Samsung Galaxy* o *Google Pixel*, cuando son teléfonos celulares) que necesitan de desarrolladores de sistemas operativos para poder funcionar. Varios desarrolladores de sistemas operativos, a su vez, son fabricantes de dispositivos, por lo que es común que algunos de estos opten por cerrar sus productos y solamente admitir sistemas operativos propios. Este sería el caso del *iPhone*, que funciona mediante el sistema operativo *iOS*, mientras que *Samsung Galaxy* utiliza el sistema operativo *Android*, de propiedad de Google²⁶⁹.

En un segundo nivel, se encuentran los mismos sistemas operativos que hacen las veces de intermediarios (plataformas de *software*, de acuerdo con las categorías propuestas por Bloodstein) entre los desarrolladores de apps o *software* y los usuarios del dispositivo que funciona con dicho sistema operativo (por ejemplo, *iOS* y *Android* en teléfonos celulares)²⁷⁰.

En un tercer nivel se encuentran las apps o complementos de *software* que son intermediados por los sistemas operativos, dentro de los cuales varios pueden ser también plataformas. Así, por ejemplo, la *App Store* hace las veces de intermediaria entre los usuarios del sistema operativo y los desarrolladores de aplicaciones para los *iphones*, siendo esta plataforma la única tienda de apps permitida en los dispositivos *iOS*. En los dispositivos que funcionan con *iOS*, en este nivel, lo común es que las apps o complementos preinstalados sean de propiedad de Apple e interoperables exclusivamente con los demás productos de esta empresa, generando

²⁶⁹ En otra clase de dispositivos, sin embargo, es posible instalar más de un sistema operativo. Tal sería el caso de los ordenadores, donde es frecuente que los *hardwares* admitan la posibilidad de funcionar con sistemas operativos distintos, tales como *MacOS*, *Linux*, o *Windows*, simultáneamente. Lo anterior, sin perjuicio de que traigan un sistema operativo determinado instalado por defecto. APPLE. (2020). Soporte: “Instalar Windows 10 en el Mac con el Asistente Boot Camp”. <<https://support.apple.com/es-es/HT201468>> [19/02/2023].

²⁷⁰ Una de estas intermediaciones se produce entre los sistemas operativos y las plataformas de distribución de apps -que en el caso de *iOS* se encuentra cerrado solamente a la *App Store*-, pero no es la única, siendo necesario que cualquier complemento de las aplicaciones o sitios web que se corran en el dispositivo sean compatibles con el sistema operativo. Así, por ejemplo, Adobe Flash Player, que funcionaba tanto como una aplicación, como un complemento de sitios web, era incompatible con *iOS*, por lo que los usuarios que quisieran acceder a algún contenido que corriera mediante este reproductor multimedia, se verían imposibilitados de hacerlo por medio de los dispositivos que funcionarían con *iOS*. ACM. (2019). Pág. 42- 49.

externalidades positivas que mejoran la experiencia del usuario en las distintas cadenas y aumentan los costos de cambio de los consumidores finales.

En un cuarto nivel, se encontrarían las apps que son intermediadas por las plataformas del nivel anterior, algunas de las cuales pueden ser de propiedad de Apple, encontrándose la plataforma verticalmente integrada en algunos mercados “aguas abajo”. Por ejemplo, al interior la *App Store*, encontraremos otras aplicaciones que también podrían ser plataformas como, por ejemplo, *Spotify*, *YouTube Music* y *Apple Music* (todas competidoras entre sí).

En cada uno de estos niveles, las plataformas pueden participar en más de un mercado relevante. Por ejemplo, en el tercer nivel la *App Store* participa, entre otros, en el mercado de distribución de videojuegos, compitiendo con otras plataformas de distribución de videojuegos como lo serían *Epic Games*, *Steam*, entre otros²⁷¹. En el cuarto nivel, la competencia se da en los distintos mercados que sean intermediados por las tiendas de aplicaciones, como podría ser el mercado de plataformas de música en *streaming*, entre una infinidad de ejemplos.

Esta situación, genera una serie de problemas relacionados con los costos de cambio de los consumidores en cada uno de estos niveles y la intensidad de la competencia que se produce en los mismos. Así, por ejemplo, el hecho de que Apple cierre su ecosistema en los primeros tres niveles de la cadena de producción, quiere decir que los usuarios que deseen acceder a una tienda de aplicaciones alternativa deberán cambiar de dispositivo, a uno que funcione con otro sistema operativo, lo cual trae aparejado no solamente el costo del dispositivo mismo, sino también el de adaptación al nuevo sistema operativo²⁷².

Este costo de cambio se ve acrecentado cuando la plataforma es capaz de internalizar las externalidades positivas indirectas que la utilización de los distintos productos de Apple genera para sus usuarios, por ejemplo, haciendo interoperables los productos desarrollados por su misma empresa ya sea dentro de esta cadena de producción como en otras que ella también

²⁷¹ Así fue determinado por la Corte del Distrito del Norte de California en EE.UU., en la demanda presentada por Epic Games contra Apple, Inc., cuando el tribunal dispuso que el mercado relevante en el referido caso era el de “*transacciones digitales de videojuegos móviles*”. Este razonamiento fue confirmado por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. Véase: ESTADOS UNIDOS, Corte Distrital del Norte de California. (2021). Sentencia dictada por la Corte del Distrital del Norte de California el 10 de septiembre de 2021. Caratulado: Epic Games, Inc. V. Apple Inc. Caso N° 4:20-cv-05640-YGR. Documento 812. Pág 2; y Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. (2023). Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito el 24 de abril de 2023. Caratulado: Epic Games, Inc. V. Apple Inc. Caso N° 21-16506. Pp. 26-41 (en adelante ambos referidos como el caso “*Epic Games c. Apple*”).

²⁷² ACM. (2019). Pág 56.

control (iCloud, Calendario, Notas, Mail, Safari, Contactos, tanto entre usuarios de *Macbooks* como entre usuarios de *IPhones* y *iPads*).

Lo descrito hasta aquí se representa de manera gráfica en la Figura N° 1 a continuación:

Figura N° 1



(Fuente: Elaboración propia).

La situación descrita ha permitido que Apple, desde el año 2011, cobre comisiones de un 30% por la venta de cualquier aplicación descargada a través de la *App Store*, así como de cualquier producto o servicio ofrecido al interior de las mismas, aun cuando esta situación sea fuertemente rechazada por buena parte de sus desarrolladores de apps²⁷³. Permitió, además, que durante un buen tiempo la plataforma imponga a sus oferentes la obligación de que todas las compras realizadas al interior de dichas aplicaciones utilicen como método de pago *Apple Pay* -plataforma

²⁷³ COALITION FOR APP FAIRNESS [sitio web oficial]. (2021)a. Issue: 30% “App Tax” on Creators and Consumers. (Sitio web oficial). Disponible [en línea] en: <<https://appfairness.org/issues/30-app-tax/>> [23/03/2021].

que cobra el 30% de comisión ya referido- junto a la prohibición de que alerten a sus usuarios de la existencia de métodos de pago alternativos e “indirectos” (políticas “*anti steering*”²⁷⁴).

La conducta de Apple despertó la preocupación de la Comisión Europea, debido al posible efecto explotativo que puede tener para los consumidores de la plataforma *App Store* en mercados “aguas abajo”²⁷⁵, específicamente, en el mercado de plataformas de *streaming* de música. De acuerdo con un comunicado de prensa oficial de la entidad, la principal preocupación de la Comisión Europea es que las políticas *anti steering* de Apple podrían impedir que los desarrolladores de apps de *streaming* de música, distintos de *Apple Music*, “informen a sus consumidores sobre dónde y cómo pueden suscribirse a servicios de streaming a menores precios”²⁷⁶, siendo: **(i)** innecesarias; **(ii)** desproporcionadas; **(iii)** perjudiciales para los usuarios quienes pueden terminar pagando mayores precios; y **(iv)** negativas para los intereses de los desarrolladores de apps de *streaming*²⁷⁷.

Cabe destacar que las comisiones cobradas por Apple le han permitido obtener márgenes sustancialmente altos. Según un reciente estudio de mercado de la *Competition And Markets Authority* inglesa (CMA) sobre los “Ecosistemas Móviles”, los márgenes brutos de la *App Store* a nivel global alcanzaron niveles que oscilan entre un 75% y un 100% durante el año 2021, siendo este y el servicio de publicidad las dos principales fuentes de ganancias dentro de los servicios prestados por Apple (por oposición a los productos)²⁷⁸.

Considerando lo anterior, y que las consecuencias del cobro de comisiones abusivas no solo afectan a los oferentes, sino que también se pueden expresar en un alza de los precios que deben

²⁷⁴ Las políticas *anti-steering* fueron prohibidas por la Corte del Distrito de California del Norte en EE.UU., en el fallo de una demanda interpuesta por *Epic Games* contra Apple, por contradecir las normas de competencia desleal del estado de California. Dicho fallo, en lo que respecta a la prohibición de estas prácticas, fue confirmado por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los EE.UU. Ver: ESTADOS UNIDOS, Corte Distrital del Norte de California. (2021). Sentencia caso “Epic Games c. Apple”. Pág. 2; y Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. (2023). Sentencia caso “Epic Games c. Apple”. Pp. 77-85.

²⁷⁵ ECONOMÍA DIGITAL. (2020). Empresas. Noticia: La UE investiga a Apple por abuso de competencia con las apps. Disponible [en línea] en: <https://www.economiadigital.es/empresas/apple-aplicacions-app-store-abuso-ue-investiga-spotify_20073051_102.html> [19/02/2023].

²⁷⁶ UNIÓN EUROPEA, Comisión Europea [sitio web oficial]. (2023). Press release, Antitrust: “Commission sends Statement of Objections to Apple clarifying concerns over App Store rules for music streaming providers”. Disponible [en línea] en: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1217> [28/04/2023]. Trad. Libre: “*informing consumers about where and how to subscribe to streaming services at lower prices*”.

²⁷⁷ Ídem.

²⁷⁸ REINO UNIDO, Competition And Markets Authority. (2022). “Mobile ecosystems”. Apéndice “C”. Disponible [en línea] en: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/62a1e208e90e07039f799fed/Appendix_C_-_financial_analysis.pdf> [28/04/2023].

pagar los consumidores²⁷⁹, sería perfectamente plausible preguntarnos si acaso la conducta de la *App Store* puede ser constitutiva de un abuso explotativo de posición dominante en precios.

Lo anterior puesto que dicho cobro solo se hace posible debido a que la plataforma es capaz de: **(i)** internalizar las externalidades positivas indirectas producidas por la utilización de productos pertenecientes al ecosistema cerrado de la plataforma²⁸⁰; y **(ii)** aprovechar los enormes costos de cambio de sus consumidores²⁸¹⁻²⁸².

En general, los criterios para establecer si esta conducta es, o no, constitutiva de un abuso explotativo de posición dominante, en la forma del cobro de comisiones excesivamente altas, serán los mismos que para el caso de las plataformas que persiguen un modelo de “agencia puro”, tratadas en las subsecciones anteriores.

La principal diferencia estriba en que, en casos de plataformas verticalmente integradas, o que controlen ciertos eslabones estratégicos de la cadena de producción, podría darse la situación de que la superplataforma sea dominante en varios niveles, haciendo mucho más difícil contestar la posición dominante que un conglomerado como Apple pueda llegar a tener en ciertos mercados. Como se explicará más adelante, para contestar el poder de plataformas en situaciones como esta, lo recomendable sería acudir a regulaciones *ex ante*, que permitan atacar las condiciones que propician la concentración de los mercados, fomentando la contestabilidad, situación que ha sido abordada de diversas maneras en legislaciones europeas²⁸³.

²⁷⁹ COALITION FOR APP FAIRNESS [sitio web oficial]. (2021)b. Issue: The App Store Limits Consumer Freedom. <<https://appfairness.org/issues/no-consumer-freedom/>> [23/03/2021].

²⁸⁰ ACM. (2019). Pág. 67.

²⁸¹ Ídem. Pág. 56.

²⁸² A este respecto resulta interesante observar los resultados del estudio de la agencia holandesa, según la cual es mucho más costoso el cambio desde dispositivos iOS a Android que al revés. Ídem. Pág. 53-56.

²⁸³ Por ejemplo. La Digital Markets Act (DMA), impone obligaciones adicionales a las plataformas que, entre otras cosas, hagan las veces de “Guardián de Acceso” o *Gatekeeper*, para que socios comerciales puedan acceder a usuarios finales. Ver: UNIÓN EUROPEA, Parlamento Europeo. (2022). Reglamento de Mercados Digitales (en adelante “DMA” por sus siglas en inglés). Disponible [en línea] en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R1925&from=EN>> [19/02/2023].

Por su parte, el artículo 19a de la Ley Contra las Restricciones a la Competencia alemana (GWB por sus siglas en alemán), hace lo propio con aquellas empresas que sean de “primordial importancia para la competencia entre mercados”. Ver: REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. (1998). Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (“GWB”), de 26 de agosto de 1998. Disponible [en línea] en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0027.

3.4. Aprendizajes del caso “*Bundeskartellamt c. Facebook, Inc*”: ¿explotación de datos como precio excesivo?

En ocasiones, las plataformas digitales se irrogan el derecho de modificar unilateralmente los términos y condiciones de privacidad, imponiendo a los usuarios la obligación de revisar periódicamente dichos términos²⁸⁴. Como se verá a continuación, algunos sostienen que, en casos extremos, dichas conductas pueden llegar a ser constitutivas de un abuso explotativo de posición dominante, en particular cuando los datos exigidos para acceder a los servicios prestados por la plataforma sean desproporcionados.

El propósito de estudiar estas circunstancias es explorar si acaso, y de qué manera, los criterios que desarrollamos en el capítulo 2, nos pueden servir para orientar las determinaciones que se tomen en formas “no monetarias” de extraer rentas de consumidores.

En Alemania, el año 2019, la *Bundeskartellamt* sancionó a Facebook, Inc (hoy Meta, en esta sección “Facebook” sin más) por abusar de su posición dominante en el mercado nacional de redes sociales para usuarios privados, imponiendo de forma unilateral condiciones abusivas en sus términos y condiciones de privacidad. Estas significaban, para los usuarios, una forma de perjuicio por afectarse su derecho a la protección de sus datos personales.

Estos términos y condiciones permitían a la plataforma recolectar datos del usuario y de su dispositivo electrónico, generados y recolectados por medio de *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus*, *Masquerade* y otras interfaces en sitios *web* o aplicaciones de terceros que utilicen los “*Productos de Facebook*” -incluyendo las “*Herramientas de negocios de Facebook*”²⁸⁵-, y combinarlos con los de la plataforma *Facebook.com* para su propio uso, sin el consentimiento libre de los usuarios²⁸⁶⁻²⁸⁷.

²⁸⁴ KEMP, Katharine. (2019). Concealed data practices and competition law: Why privacy matters. University of New South Wales Law Research Series. Pág. 12.

²⁸⁵ Para conocer en detalle qué son las herramientas de negocios de Facebook véase: FACEBOOK FOR DEVELOPERS. [Sitio web oficial]. Extensión de Facebook para Empresas: productos para desarrolladores. <<https://developers.facebook.com/products/>> [19/02/2023].

²⁸⁶ Para todo este párrafo véase: REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, *Bundeskartellamt*. (2019). Decisión administrativa B6-22/16, emitida por la sexta división de la *Bundeskartellamt* el 6 de febrero de 2019 (en adelante “*Bundeskartellamt c. Facebook*”). Pp. 2-3.

²⁸⁷ El dictamen de la *Bundeskartellamt* prohíbe la aplicación de estos términos y condiciones en todo lo relativo a la recopilación y combinación de:

La recopilación de estos datos, si bien se encontraba consentida de forma general bajo los términos y condiciones de privacidad de la plataforma, fue considerada contraria al artículo 6 (1a) del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (en adelante “RGPD”). Esto, debido a que su tratamiento requiere de una autorización en la que se explicita el consentimiento del usuario, voluntariamente entregado, para el uso de aquellos datos y con los fines específicos para los cuales fueron solicitados²⁸⁸. Situación que, a juicio de la *Bundeskartellamt*, no se satisfizo con la mera aceptación de dichos términos y condiciones. Lo anterior, considerando que su aceptación era requisito para acceder a los servicios de la plataforma y que esta era un agente dominante en el mercado de redes sociales para usuarios privados²⁸⁹.

De igual forma, de acuerdo con el artículo 9 (1a) del RGPD, los datos relativos a categorías especiales²⁹⁰ (“datos sensibles”), en general, solo pueden ser recopilados si se entrega un consentimiento explícito para ello, distinto del consentimiento descrito en el artículo 6 (1a). En este sentido, la autoridad alemana consideró que no se cumplía con los requisitos del consentimiento del artículo 9 ya aludido, por no tratarse de forma separada en los términos y condiciones de privacidad²⁹¹.

(i) información concerniente a los usuarios privados al registrarse en Whatsapp, Oculus y Masquerade, o al utilizar Instagram. Incluyendo, entre otros, el número telefónico, cuándo, cómo y con qué frecuencia se hizo uso de la aplicación o servicio, datos relativos a la ubicación, información de la cuenta, contenidos creados, datos de transacciones, métodos de pago, el uso de aplicaciones o páginas web de terceros, actividades e información que otros proporcionan sobre un usuario; y

(ii) información relativa a los dispositivos utilizados por estos para acceder a dichas aplicaciones o servicios, así como a páginas web o aplicaciones de terceros clientes de Meta. Incluyendo, entre otros, identificadores del dispositivo, versiones de los sistemas operativos, información de los sitios, códigos de país y de red, ID de los dispositivos, información de *cookies* y píxeles, el uso de páginas *web* o aplicaciones de terceros, atributos del dispositivo, datos de configuración y señal de este, anuncios vistos y transacciones realizadas. Ídem. Pp. 4-5.

²⁸⁸ UNIÓN EUROPEA, Parlamento Europeo. (2016). Reglamento General de Protección de Datos (en adelante “RGPD”) de 27 de abril de 2016. Artículos 4 (11), 6 (1a), 7, 9 (1a). Disponible [en línea] en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1532348683434&uri=CELEX%3A02016R0679-20160504>> [19/02/2023].

²⁸⁹ REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, *Bundeskartellamt*. (2019). Decisión “*Bundeskartellamt c. Facebook*”. Pág. 186.

De acuerdo con el RGPD, al momento de determinarse la voluntariedad de los datos, se deberá tomar en cuenta si los datos se encuentran sujetos a la entrega del servicio.

²⁹⁰ Esto es, aquellos que “revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física”. UNIÓN EUROPEA, Parlamento Europeo. (2016). RGPD. Artículo 9(1a).

²⁹¹ REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, *Bundeskartellamt*. (2019). Decisión “*Bundeskartellamt c. Facebook*”. Pág. 187.

Por todo lo anterior, y por considerar que dichos comportamientos solo eran posibles gracias a la posición dominante de Facebook, la autoridad prohibió a la plataforma sujetar la entrega de sus servicios a la aceptación del uso y recopilación de esta clase de datos, en plataformas o páginas *web* diferentes a *Facebook.com*.

Según el razonamiento de la agencia, basado en jurisprudencia pasada, la conducta abusiva consistiría en la utilización de su posición dominante para imponer términos y condiciones de privacidad que no necesariamente serían aceptados por sus usuarios, de tener estos la suficiente autonomía para negarse. Según la *Bundeskartellamt*, conductas como esta -a saber, conductas que infrinjan los principios del RGPD- serían sancionables como abuso de posición dominante, en los términos de la Sección 19 (1) de la *GWB*²⁹², en la medida que sean contrarias al ordenamiento jurídico alemán y que sean atribuibles, también, al abuso de un elevado poder de mercado²⁹³.

De esta manera, realizando una ponderación de principios constitucionalmente protegidos, la autoridad estimó que la prohibición de ejecutar estos términos y condiciones era la más coherente con el resguardo de derechos fundamentales relativos al acceso a información y a la protección de datos personales de sus usuarios²⁹⁴.

La decisión de la *Bundeskartellamt* ha sido bastante controversial, tanto así que la Corte Regional Superior de Düsseldorf revirtió las medidas tomadas por esta, en un recurso de apelación, mientras que el Tribunal Federal de Justicia de Alemania las restituyó, remitiendo el asunto de vuelta a la corte para que conozca del fondo del asunto²⁹⁵.

Actualmente, el asunto se encuentra a la espera del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) respecto de una serie de puntos que fueron objeto de consulta por

²⁹² Que dispone que “[e]stá prohibido el uso indebido de una posición dominante por parte de una o más empresas”. REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. (1998). *GWB*. Art. 19 (1).

²⁹³ Esta interpretación complementa el estándar de comparación presente en la Sección 19 (2) n°2 del *GWB* -que dispone que el abuso ocurre cuando una empresa “[e]xige tarifas u otros términos y condiciones que se desvíen de los que probablemente resulten de una competencia efectiva; en particular, se debe tener en cuenta el comportamiento de las empresas en mercados comparables con competencia efectiva;”- y se funda en principios y valores protegidos a nivel constitucional y en otras disposiciones generales legislativas relativas a combatir el abuso de poder en relaciones asimétricas. REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, *Bundeskartellamt*. (2019). Decisión “*Bundeskartellamt c. Facebook*”. Pág. 151; y REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. (1998). *GWB*. Art. 19 (1).

²⁹⁴ REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, *Bundeskartellamt*. (2019). Decisión “*Bundeskartellamt c. Facebook*”. Pág. 151.

²⁹⁵ En la sentencia revocatoria de estas medidas, dictada por la Corte Regional Superior de Düsseldorf, se estima que la requirente no logró acreditar de manera suficiente la relación entre la posición dominante en el mercado de redes sociales y la infracción a las normas de protección de datos. Lo anterior, sin discutir el fondo del asunto, relativo a si acaso dicha conducta puede o no ser constitutiva de un ilícito monopólico. REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, Corte Regional Superior de Düsseldorf (CRSD). (2019). Sentencia VI-Kart 1/19 (V), dictada por la CRSD el 26 de agosto del 2019. Pp. 6-7.

parte de la corte para que esta pueda resolver el recurso²⁹⁶. No obstante, el Abogado General del TJUE, Athanasios Rantos, ya emitió sus recomendaciones para que este tribunal responda a las interrogantes planteadas, por lo que ya existe una primera aproximación respecto de cómo podría eventualmente fallar este tribunal. Según Rantos:

“la mera circunstancia de que la empresa que administra una red social disfrute de una posición dominante en el mercado nacional de las redes sociales en línea para usuarios privados no puede, por sí sola, privar al consentimiento del usuario de dicha red para el tratamiento de sus datos personales de su carácter válido en el sentido del artículo 4, apartado 11, del RGPD. No obstante, tal circunstancia incide en la apreciación de la libertad del consentimiento en el sentido de dicha disposición, que incumbe demostrar al responsable del tratamiento, habida cuenta, en su caso, de la existencia de un desequilibrio claro de las relaciones de fuerza entre el interesado y el responsable del tratamiento, de la posible obligación de prestar consentimiento para el tratamiento de datos personales distintos de los estrictamente necesarios para la prestación de los servicios en cuestión, de la necesidad de que el consentimiento sea específico para cada finalidad de tratamiento y de la necesidad de evitar que la retirada del consentimiento suponga un perjuicio para el usuario que retire su consentimiento”²⁹⁷.

Algunos se han mostrado críticos frente a la resolución de la *Bundeskartellamt*, y han sostenido que el caso podría haberse resuelto desde la óptica de la figura de los precios excesivos. A continuación, revisaremos las propuestas de algunos autores que podrían contribuir a una eventual aplicación de esta última figura a los casos de explotación abusiva de datos personales.

²⁹⁶ REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, CRSD. (2021). Justiz-Online [sitio *web* oficial]. Comunicado de prensa n° 11/2021. Facebook contra Bundeskartellamt: orden de remisión al TJUE. Disponible [en línea] en: <https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Archiv/Pressemitteilungen_aus_2021/20210423_PM_Facebook-Beschluss/index.php> [19/02/2023].

²⁹⁷ UNIÓN EUROPEA, Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2022). Conclusiones del Abogado General Sr. Athanasios Rantos presentadas el 20 de septiembre de 2022, a partir de la petición de decisión prejudicial planteada por la CRSD. Caratulado: Meta Platforms Inc., anteriormente Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, anteriormente Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH Contra Bundeskartellamt, con intervención de: Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. Asunto C-252/21. [Énfasis añadido]. Disponible [en línea] en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CC0252&from=EN>> [19/02/2023].

Como ya se adelantó, las plataformas financiadas por publicidad rara vez son gratuitas hacia el lado de los usuarios espectadores, esto sin perjuicio de que el acceso al contenido no tenga un precio monetario. Según explica John M. Newman, el tiempo dedicado a la muestra de anuncios y los datos entregados a la plataforma podrían eventualmente constituir costos que harían las veces de medio de intercambio entre los consumidores y la plataforma²⁹⁸.

Ahora bien, es importante señalar que no toda plataforma que recolecte datos lo estará haciendo “a cambio” del servicio que presta, pudiendo simplemente ser el caso de que la plataforma recopile esos datos para mejorar los servicios prestados a sus consumidores finales.

En este sentido, Eliana Barrionuevo ofrece ciertos criterios de análisis que podrían contribuir a reconocer cuándo los datos y el tiempo en pantalla constituyen, o no, un precio (o lo que es lo mismo: costos que hacen las veces de medio de intercambio). Según la autora, existen ocasiones en que los datos son recopilados por una plataforma para mejorar la eficiencia y facilitar la realización de otra transacción diferente. Por su parte, lo común será que plataformas como las redes sociales, utilicen los datos como su principal insumo para ofrecer espacios de publicidad teledirigida a los anunciantes, hacia el otro lado de la plataforma²⁹⁹.

Según la autora, la falta de diferenciación de una u otra circunstancia habría llevado a la *Bundeskartellamt* a dar al caso contra Facebook un enfoque centrado en la protección de derechos fundamentales, pero que no toma en cuenta la dimensión económica que los datos pueden tener³⁰⁰.

En efecto, las normas de protección de datos regulan los términos bajo los cuales los consumidores deben ser consultados para entregar su consentimiento en el tratamiento de datos personales, pero no limitan la cantidad de información que las plataformas pueden recopilar de parte de sus consumidores cuando sí existe consentimiento “libre”. Así, según la autora, si se sigue la posición adoptada por la *Bundeskartellamt*, bastaría con que la plataforma acredite que la entrega de datos personales por parte de sus consumidores se realizó de manera informada y consentida por estos para que la conducta sea considerada lícita. Lo anterior, sin importar que la

²⁹⁸ NEWMAN. (2015). Pág. 163.

²⁹⁹ BARRIONUEVO, Eliana. (2018) Exploitative Pricing Abuse In “Free” Markets: When Contract, Privacy and Competition Law Collide. Tilburg University, Tesis de Maestría, 2018. Pág 39.

³⁰⁰ Ídem. Pág 40.

cantidad de datos solicitados a los consumidores sea excesiva desde un punto de vista económico³⁰¹.

En línea similar, Friso Bostoén sostiene que el criterio establecido en el caso *United Brands*, según el cual, un precio deberá ser considerado excesivo cuando no tenga relación económica con el valor del bien intercambiado, podría servir para dar por constituida la figura de abuso explotativo en este y otros casos similares³⁰².

En este sentido, correspondería aplicar los distintos *benchmarks* ya tratados para preguntarse si acaso existe una desproporción excesiva entre los costos efectivamente incurridos por la plataforma y sus ingresos, por una parte, y si acaso esta es una situación que deriva de la falta de una real y efectiva competencia en el mercado.

Dados los criterios esbozados al comienzo de este capítulo, consideramos necesario que, antes de aplicar estos *benchmarks*, hagamos una breve referencia a la clase de plataforma de que se trata, su modelo de negocios y las dinámicas de redes producidas entre ambos lados de la plataforma. Como se explicó al comienzo de esta tesis, las plataformas de redes sociales comúnmente funcionan haciendo las veces de intermediarias entre usuarios espectadores, por un lado, y anunciantes, por el otro. Los primeros son aquellos que acceden a la plataforma en busca del contenido que esta les ofrece, el cual tiene un valor “en sí mismo”, y típicamente se benefician de las externalidades positivas directas que el aumento en la red de espectadores genera. Esto último, puesto que la posibilidad de conectar con gente conocida, o personas con intereses similares, aumenta a medida que los usuarios de este lado de la plataforma crezcan³⁰³.

Los segundos, son aquellos que acceden a la plataforma para ofrecer a los usuarios espectadores anuncios que puedan ser de su interés. Este grupo de usuarios se beneficia de los efectos de red positivos indirectos que el aumento de la participación de los usuarios espectadores genera. Sin embargo, su presencia bien podría generar efectos de red negativos e indirectos hacia el lado de los usuarios espectadores, puesto que estos últimos conciben la interacción con los anunciantes como un costo para poder acceder al contenido de la plataforma de manera gratuita³⁰⁴.

³⁰¹ Ídem. Pág. 40.

³⁰² BOSTOEN, Friso. (2019). Online platforms and pricing: Adapting abuse of dominance assessments to the economic reality of free products. *Computer Law & Security Review*. Vol. 35, N°3. Pág. 27.

³⁰³ Véase *supra*: b) Plataformas financiadas por publicidad; y c) Externalidades de red

³⁰⁴ Véase: Ídem.

Lo anterior, explica por qué en una plataforma como *Facebook.com*, es el lado de los anunciantes el que subsidia el contenido ofrecido por la plataforma hacia el lado de los usuarios espectadores. Así, antes que todo, es necesario señalar que, dado que los usuarios espectadores (el grupo afectado por la eventual conducta explotativa en cuestión) no se beneficia de efectos de red positivos indirectos generados por la presencia de los anunciantes (más bien se podría decir que la situación es opuesta), no cabría tomar en cuenta las condiciones ofrecidas hacia el lado de los anunciantes como parámetro (salvo ciertas excepciones que se detallarán más adelante).

Por lo anterior, en el *benchmark* de abusividad, no cabría preguntarse si la falta de una real y efectiva competencia hacia el lado de los anunciantes influencia la conducta de la plataforma, bastando acreditar esta situación hacia el lado de los usuarios espectadores.

Según la investigación de la *bundeskartellamt*, la participación de mercado de Facebook en el mercado de redes sociales para usuarios privados era superior al 90%, y si se incluían otras hipótesis más conservadoras (por ejemplo, agregando a *YouTube* y *Twitter*, junto a otros servicios de Meta tales como *Whatsapp* e *Instagram*), la participación del conglomerado seguía superando el 50%³⁰⁵. Lo anterior, podría dar argumentos en favor de la conclusión de que la conducta de la plataforma solo se hizo posible debido a la falta de una efectiva y real competencia en el mercado. Además, según postulan algunos, la aplicación de los términos y condiciones lesivos para la privacidad de los usuarios, solo se habría hecho posible con la salida de competidores relevantes de la plataforma, a partir del año 2014³⁰⁶.

En cuanto al *benchmark* de proporcionalidad entre el precio y los costos incurridos, la dificultad se produce por el hecho de que no exista un precio monetario cobrado por la plataforma a los usuarios espectadores. Al respecto, según afirma Bostoen, el Ingreso Promedio Por Usuario (“*Average Revenue Per User*” o “ARPU”) recibido por *Facebook.com* en el año 2018, habría sido de \$34 dólares en Europa, lo que podría ser tomado como el valor que recibe Facebook a cambio de los datos y tiempo en pantalla de usuarios finales ofrecido hacia el lado de los anunciantes. En este sentido, contrastar estos ingresos a nivel agregado, con los costos de servir a ambos lados de la plataforma, podría entregarnos algún parámetro sobre la proporción entre los costos

³⁰⁵ REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, Bundeskartellamt. (2019). Decisión “Bundeskartellamt c. Facebook”. Pp-109-118.

³⁰⁶ SRINIVASAN, Dina. (2018). The Antitrust Case Against Facebook. Berkeley Business Law Journal. Vol. 16, N° 1.

y los ingresos de la plataforma (similar a la comparación entre el precio y los costos marginales o medios)³⁰⁷.

Los márgenes obtenidos como resultado de lo anterior también podrían servir para la aplicación de los *benchmarks* de rentabilidad en comparación con competidores y de rentabilidad en comparación con productos asimilables³⁰⁸.

Por su parte, en la apreciación del *benchmark* de valor absoluto, se deberá observar si un aumento en la cantidad de datos solicitados por la plataforma se condice con una mejora en los servicios prestados por esta como contraprestación para los usuarios espectadores. Lo anterior no solamente admitiría defensas relativas a las condiciones de seguridad, variedad en las funcionalidades de la red social, o mejoras en el rendimiento de las tecnologías necesarias para hacerla funcionar, sino que también podría incluir el aumento en la red de usuarios hacia el mismo lado. Esto último, considerando que los usuarios espectadores se benefician de los efectos de red positivos y directos que el aumento en base de usuarios a este lado de la plataforma genera.

Según la *Bundeskartellamt*, el número de Usuarios Mensuales Activos (MAU) en la plataforma *Facebook.com*, habría experimentado un crecimiento sostenido entre los años 2009 y 2018, lo que podría debilitar la hipótesis de abuso esbozada por la autoridad³⁰⁹.

Para la aplicación del *benchmark* del monto en comparación con competidores, Eliana Barrionuevo propone que se observen los términos y condiciones de privacidad de los servicios prestados por competidores de la plataforma, evaluando si la cantidad de datos solicitados por estos es sustancialmente menor que la de los productos de Facebook³¹⁰. Para esto, sin embargo,

³⁰⁷ En este caso sí acudimos a la revisión de ambos lados de la plataforma, puesto que es imposible separar los datos relativos a los ARPU entre los distintos lados de la plataforma.

³⁰⁸ Dado que los márgenes para este caso se obtienen considerando ambos lados de la plataforma, lo mismo deberá observarse para las plataformas utilizadas en la comparación, además de cuidar que se trate de competidores con redes comparables, o productos con asimilables en su valor, riesgos de invertir, costos, modelo de negocios, estructura tarifaria y externalidades positivas generadas por la red subsidiada.

³⁰⁹ REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, *Bundeskartellamt*. (2019). Decisión “*Bundeskartellamt c. Facebook*”. Pp. 119-122.

³¹⁰ BARRIONUEVO. (2018). Pág. 43.

se debe tener cuidado de que las plataformas utilizadas en la comparación contemplen redes y externalidades comparables³¹¹.

Finalmente, también podría observarse la evolución de los términos y condiciones de la plataforma a lo largo del tiempo, así como en otros mercados geográficos, para notar si acaso existen diferencias relacionadas con la dominancia de la plataforma, o si existe una proporción razonable entre estas. Al respecto, cabe hacer mención a un estudio realizado por Jennifer Shore y Jill Steinman, que da cuenta de cómo el nivel de protección de la privacidad y transparencia de la plataforma en el manejo de datos de sus usuarios habría decaído entre los años 2009 y 2015³¹², lo que, eventualmente, podría entregar algunos argumentos en favor de la hipótesis de abuso de la *bundeskartellamt*.

Los criterios hasta aquí explicados dan cuenta de que la posibilidad de aplicar los parámetros de los precios excesivos a los casos de explotación abusiva de datos en plataformas que utilicen este insumo como principal medio de intercambio con sus consumidores finales es, en principio, plausible.

Sin embargo, también se observan una serie de desafíos que dificultan la aplicación de esta clase de análisis, tales como la dificultad de medir el valor de los datos transados por los usuarios, así como la eventual ausencia de plataformas equiparables para comparar el “monto” de los productos o servicios transados (datos personales y servicio de redes sociales).

Por lo anterior, y de conformidad con los criterios levantados por buena parte de la doctrina en materia de precios excesivos, creemos que la aplicación de esta clase de análisis sólo se deberá utilizar en ausencia de regulaciones *ex ante*, que permitan atacar estos mismos problemas con menores dificultades y riesgos de inhibir la inversión en los mercados intervenidos³¹³.

³¹¹ En caso de que no existan plataformas con cantidades de usuarios espectadores comparables podrían compararse los términos y condiciones que la plataforma habría aplicado en un período con menor cantidad de usuarios pero iguales cuotas de mercado, para determinar si lo que esta exige a sus usuarios es una cantidad desproporcionada o no en comparación con competidores.

³¹² SHORE, Jennifer y STEINMAN, Jill. (2015). Did You Really Agree to That? The Evolution of Facebook's Privacy Policy. *Technology Science* (agosto, 2015).

³¹³ Respecto de este punto, es necesario señalar que en Chile el SERNAC emitió una “Circular Interpretativa Sobre los Criterios de Equidad en las Estipulaciones Contenidas en Contratos de Adhesión Referidas a la Recolección y Tratamiento de Datos Personales de Consumidores”. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (SERNAC). (2022). Resolución exenta N° 174 de 28 de febrero de 2022, que “Aprueba la Circular Interpretativa Sobre los Criterios de Equidad en las Estipulaciones Contenidas en Contratos de Adhesión Referidas a la Recolección y Tratamiento de Datos Personales de Consumidores”. Disponible [en línea] en: <https://www.sernac.cl/portal/618/articulos-65388_archivo_01.pdf> [19/02/2023]. Dicha circular

3.5 Respuestas institucionales para abusos explotativos por parte de plataformas digitales

Como se explicó en el capítulo 2, el ordenamiento jurídico chileno contempla una serie de mecanismos que permiten abordar los casos de abusos explotativos de posición dominante con un enfoque adecuado, dirigido a evitar la incertidumbre. No obstante, el escenario de las plataformas digitales, y su complejidad, invitan a que dichos mecanismos sean precedidos por abundante investigación respecto de cada mercado considerado en particular.

En este sentido, estimamos que antes de intervenir podría ser positivo que la FNE agote sus herramientas de investigación, en particular, la elaboración de estudios de mercado específicos para los distintos mercados intermediados por plataformas digitales. Estos estudios, si bien toman un tiempo en ser publicados en su versión definitiva, tienen la particular gracia de que, en su elaboración, pueden ser consultados al público en la forma de un informe preliminar³¹⁴, facilitando los aportes de personas de la sociedad civil que quieran compartir sus perspectivas. Además, de acuerdo con el art. 39 letra p) del DL 211, la FNE cuenta con una serie de potestades que permitirían que la profundidad del análisis y la veracidad de los datos, sean mayores. Por ejemplo, podría consultar a privados para que estos le entreguen información necesaria para llevar a cabo la investigación, o incluso podría citarlos a declarar, existiendo sanciones por su incumplimiento. También podría solicitar a organismos técnicos del Estado la elaboración de informes, así como cualquier información que estime pertinente para llevar a cabo la investigación.

interpretativa, sin embargo, tiene la restricción de solamente ser aplicable para aquellos casos en que se acredite una relación de consumo, es decir, una relación contractual directa entre proveedores y consumidores, en los términos de la Ley 19.496, según la cual son “consumidores” aquellos que adquieren bienes a través de un “acto jurídico oneroso” y los reciben como “destinatarios finales”, y “proveedores”, aquellos que ofrecen bienes en el mercado y los comercializan a cambio de un precio o tarifa a los consumidores. Por lo anterior, no está claro si la autoridad de consumo tiene jurisdicción sobre los “mercados de precio cero”, situación que podría justificar la intervención de las autoridades de competencia en casos como el tratado en esta subsección.

³¹⁴ Ver: FNE [sitio web oficial]. (2022). Noticias: FNE publica Informe Preliminar de estudio sobre el mercado fúnebre con nueve recomendaciones para fortalecer la competencia y bajar los precios en la industria de las funerarias, cementerios y crematorios. Disponible [en línea] en: <[https://www.fne.gob.cl/fne-publica-informe-preliminar-de-estudio-sobre-el-mercado-funebre-con-nueve-recomendaciones-para-fortalecer-la-competencia-y-bajar-los-precios-en-la-industria-de-las-funerarias-cementerios-y-crematorio/#:~:text=La%20Fiscal%C3%ADa%20Nacional%20Econ%C3%B3mica%20\(FNE,inhumaci%C3%B3n%20\(cementerios%20y%20crematorios](https://www.fne.gob.cl/fne-publica-informe-preliminar-de-estudio-sobre-el-mercado-funebre-con-nueve-recomendaciones-para-fortalecer-la-competencia-y-bajar-los-precios-en-la-industria-de-las-funerarias-cementerios-y-crematorio/#:~:text=La%20Fiscal%C3%ADa%20Nacional%20Econ%C3%B3mica%20(FNE,inhumaci%C3%B3n%20(cementerios%20y%20crematorios)> [24/02/2023].

Esto sería particularmente útil en caso de que se quiera investigar el funcionamiento de plataformas de redes sociales, y un potencial abuso explotativo en el tratamiento de datos personales, considerando que son actividades de un elevado carácter técnico y especializado que bien podrían necesitar de diferentes perspectivas.

En un sentido similar, la FNE puede utilizar estas herramientas para obtener una aproximación adecuada sobre los costos de estas empresas, sus márgenes, y cualquier otra herramienta que utilicen para definir precios, en cada uno de los lados intermediados por las plataformas. Además, si en el transcurso de la investigación la FNE considera que estos datos ameritan el inicio de una investigación por conductas contrarias a la libre competencia (como podrán ser los abusos explotativos en precios ya tratados en este capítulo), podría instruir dicha investigación disponiendo de los datos recabados.

Así, para casos más graves y claros, la FNE bien podría interponer requerimientos ante el TDLC, buscando que se impongan medidas conductuales. El resultado de estos procedimientos, bien podría ser el establecimiento de medidas de autorregulación tarifaria forzada, que permitan abordar estos entornos con mecanismos colaborativos y que minimicen el espacio de intervención de la autoridad, además de la imposición de otras medidas³¹⁵.

Por su parte, si se estima que el procedimiento de consulta puede ser utilizado para ejercer una pretensión correctiva, podría explorarse la posibilidad de que la FNE, o alguna persona con interés legítimo en ello, presente a una consulta ante el TDLC sobre el eventual carácter explotativo que las políticas de privacidad de un agente superdominante puedan tener.

Lo anterior, podría ser un mecanismo idóneo, dado que: **(i)** se trata de casos de alta incerteza respecto de la licitud de la conducta a ojos de la libre competencia, y; **(ii)** permitiría que terceras personas interesadas en la conducta aporten antecedentes al proceso, sin necesidad de que imputen una conducta dolosa o culposa al autor del hecho, acto o convención consultado³¹⁶.

Alternativamente, si concluida una investigación la FNE considera que existen antecedentes que ameriten la regulación de una industria o sector, pero no indicios del abuso de una posición

³¹⁵ Estas podrían variar dependiendo del caso. Así, por ejemplo, en un caso como el de Apple, ya tratado, el TDLC podría prohibir a la empresa atar el servicio de *Apple Pay* a su tienda de aplicaciones. Por su parte, en el caso de Booking, se podría prohibir a la empresa imponer cláusulas de nación más favorecida en perjuicio de los oferentes. En ambos casos se trataría de medidas que cumplen con los principios de proporcionalidad y eficacia para poder darle término a los efectos nocivos generados por la conducta de un agente dominante.

³¹⁶ Artículo 31 N° 1) del DL 211.

dominante por parte de un agente específico, podría ejercer la potestad del artículo 39 letra q), proponiendo al presidente de la república, a través de sus ministros, “la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”³¹⁷.

Dependiendo de las características de los mercados estudiados, las respuestas regulatorias podrían variar. Así, por ejemplo, siguiendo a Bisceglia y Padilla, una solución regulatoria dirigida a mejorar el poder de negociación de oferentes podría ser permitir la negociación colectiva de estos últimos, siempre y cuando se trate de plataformas: **(i)** en que los oferentes compitan entre sí solo al interior de ellas; **(ii)** que tengan un modelo de agencia; **(iii)** verticalmente integradas que compitan con sus oferentes aguas abajo; y **(iv)** capaces de monitorear el comportamiento de sus oferentes³¹⁸. Como se vio *supra*, este parecería ser el caso de la *AppStore* de Apple³¹⁹.

Para casos que requieran de una regulación menos profunda, la FNE también podría acudir al TDLC para solicitar el inicio de un procedimiento para la dictación de una ICG. Este mecanismo bien podría ser útil para establecer eventuales obligaciones de interoperabilidad que fomenten la contestabilidad en mercados concentrados y caracterizados por la existencia de fuertes costos de cambio.

En este sentido, cabe hacer alusión Reglamento de la Unión Europea sobre Mercados Disputables y Equitativos en el Sector Digital, mejor conocido por su nombre en inglés como “*Digital Markets Act*”, que fue recientemente aprobada por el Consejo y el Parlamento europeos, y que entrará a regir a comienzos de abril del año 2023.

Dicha ley tiene por objeto establecer obligaciones especiales para aquellos “proveedores de servicios básicos de plataforma” que reúnan las características para ser considerados “guardianes de acceso”³²⁰. Esto es, aquellas plataformas que sirven como puerta de acceso para que “usuarios profesionales” (oferentes o anunciantes) puedan llegar a usuarios finales (consumidores) y que

³¹⁷ Esta facultad podría ser ejercida incluso en casos en que exista un agente con posición dominante, pero que no existan indicios de que este haya abusado de dicha posición. Lo anterior, considerando que se trata de una atribución de carácter preventivo, destinada a fomentar la competencia en los mercados.

³¹⁸ BISCEGLIA, Michele y PADILLA, Jorge. (2022). On sellers' cooperation in hybrid marketplaces. *Journal of Economics & Management Strategy*. Vol. 32, 207-222. Pág. 10.

³¹⁹ Cobro de comisiones excesivas en relaciones plataforma-oferentes en plataformas verticalmente integradas.

³²⁰ UNIÓN EUROPEA, Parlamento Europeo. (2022). DMA.

tienen una repercusión significativa en el mercado interior³²¹. Dentro de estas obligaciones podemos encontrar:

- (i) permitir que los consumidores instalen apps o *softwares* de terceros desarrolladores de *software* a través de los servicios de intermediación del guardián de acceso (art. 6 n° 6).
- (ii) no atar la prestación de un servicio propio de la plataforma (identificación, navegación web, servicio de pago, etc.) a la demanda que los consumidores hagan de un servicio prestado por oferentes al interior de esta (art. 5 n° 7).
- (iii) permitir la interoperabilidad de los *softwares* de terceros para acceder al *hardware* de la plataforma, con las mismas funciones que este último tiene disponibles (art. 6 n° 7).
- (iv) permitir que apps, o tiendas de apps virtuales de terceros oferentes, accedan a la plataforma de *software* usando su sistema operativo o uno que sea interoperable con el mismo, y permitir que consulten a consumidores si desean que su aplicación sea la opción por defecto (art. 6 n° 4).
- (v) permitir a los oferentes promocionar y celebrar contratos con los consumidores fuera de la plataforma (art. 5 n°s 3 y 4).

Otra regulación similar, pero con un enfoque distinto, es la Ley Contra las Restricciones a la Competencia alemana (“GWB” por sus siglas en alemán), que fue recientemente modificada para incluir en el artículo 19a la facultad de que la *Bundeskartellamt* declare que una empresa es de “primordial importancia para competencia entre mercados”³²².

Una vez declarada como una empresa de primordial importancia para la competencia entre mercados, en un procedimiento posterior, la *Bundeskartellamt* puede decidir de manera discrecional aplicar a esta empresa obligaciones adicionales en materia de competencia -que implican mayores estándares de conducta- dentro de un listado taxativo contenido en el artículo

³²¹ Para ser calificado como “guardián de acceso” es necesario que la plataforma sea: (i) influyente, presumiéndose esto cuando supera un volumen de ventas anual de €7.500.000.000 en los tres últimos ejercicios, o su capitalización bursátil supere los €75.000.000.000; (ii) una puerta de acceso para que oferentes lleguen a consumidores, presumiéndose esto cuando supere los 45 millones de usuarios consumidores mensuales y los 10 mil usuarios oferentes; y (iii) estable, en el sentido de que tenga una posición afianzada y duradera, presumiéndose esto cuando las audiencias recién señalas se mantengan por tres años.

³²² Esta declaración, se realizaría tomando en cuenta factores tales como: (i) la eventual dominancia de la plataforma en uno o más mercados; (ii) su fuerza o estabilidad financiera; (iii) su integración vertical y sus actividades en otros mercados relacionados; (iv) su acceso a datos relevantes para la competencia; y/o (v) la relevancia de sus actividades para que oferentes puedan prestar servicios, o la influencia que tiene en las actividades de terceros que usan la plataforma. REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. (1998). GWB.

19a(2). Lo anterior, conforme a los riesgos anticompetitivos que pueda identificar al examinar los mercados en que participa la plataforma.

Dentro de estas obligaciones, se encuentran las prohibiciones de:

- (i) que la plataforma tome medidas de preinstalación o integración de ofertas de la empresa primordial en forma exclusiva, es decir, impidiendo el acceso de terceros (art. 19a(2)n°2 a));
- (ii) impedir que terceros oferentes utilicen otras plataformas para realizar sus negocios (art. 19a(2)n°2 b));
- (iii) atar la venta de un producto a otro, siempre que el primero no sea necesario para hacer funcionar al segundo, sin dar al usuario suficientes alternativas (art. 19a(2)n°3); y,
- (iv) negar o hacer más difícil la interoperabilidad de los productos ofrecidos por la plataforma, impidiendo la competencia.

Casos como el de *App Store* o de *Booking.com*, dadas las dificultades que presentan para ser abordados simplemente mediante la aplicación de las normas tradicionales de competencia, podrían requerir de soluciones regulatorias que se hagan cargo de las condiciones estructurales que permiten a una plataforma abusar de su posición dominante. Para esto, tanto la Ley de Mercados Digitales como la GWB, y su implementación, podrían llegar a constituir verdaderos referentes regulatorios y/o legislativos.

Tanto la legislación de la Unión Europea como la alemana requirieron de reformas legales para poder hacer efectivas las obligaciones que fomenten la interoperabilidad. Sin embargo, como se vio en el capítulo 2, estas bien podrían ser obligaciones que el TDLC imponga a los agentes que operen en un determinado mercado, mediante una ICG³²³. En este sentido, tanto el TDLC como la FNE, podrían nutrirse de la experiencia comparada en estos temas, para determinar la factibilidad de imponer obligaciones de interoperabilidad y de no discriminación en mercados intermediados por plataformas digitales y que presenten características tendientes a la saturación. Lo anterior, para prevenir futuras conductas de abuso explotativo de posición dominante en materia de precios.

³²³ Véase *supra*: 2. 2. Mecanismos de sanción, remedios y formas de prevenir abusos explotativos de posición dominante en materia de precios

Capítulo Final: Conclusiones, desafíos y propuestas para combatir los abusos explotativos en precios en mercados intermediados por plataformas digitales

Al comienzo de esta tesis nos propusimos defender una idea principal, a saber: que los abusos explotativos de posición dominante en precios constituyen un problema relevante cuando se trata de plataformas digitales.

Asimismo, para respaldar nuestra tesis, nos propusimos un objetivo accesorio: refutar la suposición común según la cual los abusos explotativos, por sí mismos, no deben ser perseguidos por parte de las autoridades de competencia nacionales.

A continuación, se presenta una pequeña síntesis de lo tratado a lo largo de todo este trabajo, de modo que el lector pueda verificar hasta qué punto se lograron estos objetivos.

Las plataformas digitales son agentes intermediarios de dos o más grupos que obtienen valor o ingresos entre sí, y que utilizan técnicas de análisis de *big data* para lograr dicho objetivo. Como se vio en el capítulo 1, los mercados intermediados por plataformas digitales son mercados que tienden a la saturación.

Esto, debido a que las plataformas comúnmente se benefician de barreras a la entrada en sus respectivos mercados, las cuales pueden consistir en retornos a escala y economías de alcance en sus estructuras de producción, externalidades de red positivas directas y/o indirectas - provocadas por la participación de sus usuarios al interior de la plataforma-, integración vertical en sus cadenas de producción, y costos de cambio para sus consumidores finales.

Estas circunstancias han dado paso al surgimiento de enormes conglomerados que gozan de posiciones dominantes en sus respectivos mercados relevantes, y que acumulan enormes cantidades de datos útiles atendido su volumen, variedad y velocidad de creación, razón por la cual han despertado la atención de numerosas agencias de competencia a nivel internacional.

Como se vio en el capítulo 2, las altas cuotas de participación por una empresa incumbente y la existencia de barreras a la entrada no transitorias, puede impedir que la autocorrección de los mercados se produzca y, en consecuencia, constituyen un riesgo de que las firmas con suficiente poder de mercado exploten su posición para maximizar su propio beneficio en la fijación de precios a costa de consumidores y/o proveedores. Una interpretación coherente con los principios de eficiencia y protección de los consumidores, consagrados en nuestras normas de

competencia, hace aplicables a esta clase de situaciones las disposiciones que previenen el abuso de posición dominante, aun cuando solo tenga un carácter explotativo.

Estos abusos comúnmente se expresan en la fijación unilateral, por parte de una firma dominante, de precios de venta excesivamente altos o de precios de compra excesivamente bajos, con el objetivo de extraer rentas monopólicas o monopónicas, o cercanas a estas, de sus contrapartes.

Dichas conductas pueden generar ineficiencias asignativas en los recursos transados en el (o los) mercado(s), y serán objeto de sanción por parte de las autoridades de competencia en la medida que impliquen un daño para los consumidores finales -por ejemplo, teniendo estos últimos que pagar más para comprar menos-, y que dichas conductas no se hubieran producido de existir una efectiva competencia en el o los mercados relevantes.

Sin embargo, la dificultad para identificar qué casos cumplen con las características recién indicadas, además de los costos sociales que la intervención desmedida por parte de la autoridad de competencia pueda implicar, aconsejan adoptar un enfoque restrictivo y abordar estos problemas por medios indirectos y preventivos que apunten a evitar el surgimiento de una empresa capaz de extraer rentas de sus contrapartes. Dejándose, así, la intervención por la vía directa -sea por medio de una demanda o requerimiento ante el TDLC-, como una de *última ratio* que solo debe utilizarse cuando los demás recursos no se hubieren utilizado de manera oportuna, o hubieren fallado.

No obstante, lo anterior, tal y como se vio a lo largo del capítulo 3, el escenario de las plataformas digitales trajo consigo el riesgo de que se produzcan nuevas maneras de llevar a cabo las mismas conductas tradicionalmente contempladas, siendo las plataformas capaces de explotar su poder de mercado para: **(i)** imponer, de manera unilateral, precios y/o términos y condiciones de uso de sus servicios que sean lesivos para los intereses económicos, así como de los derechos, de sus consumidores finales; y **(ii)** imponer comisiones excesivamente altas, fijar precios tope excesivamente bajos, entre otras condiciones de transacción inequitativas, en perjuicio de sus proveedores.

Estas conductas serán constitutivas de infracciones a las normas de libre competencia en la medida que generen ineficiencias asignativas en los recursos transados en el mercado y sean producto de la explotación abusiva de la posición dominante que una plataforma goce en sus respectivos mercados relevantes.

Dado el escenario en el que nos encontramos, para abordar los abusos explotativos de posición dominante en que plataformas digitales con suficiente poder de mercado puedan incurrir, se hace necesario acudir a herramientas de análisis un tanto más complejas que las que se utilizan en los mercados tradicionales. Para lo anterior, en este capítulo se propuso adaptar los *benchmarks* tradicionales, relativos al cobro de precios excesivamente altos, para considerar la situación “interdependiente” que el cobro de precios hacia ambos lados de la plataforma puede presentar. Sin embargo, el desafío, estriba escoger los mecanismos adecuados para prevenir que estas conductas se produzcan, por una parte, o ponerles término, por otra. Lo anterior, considerando que se trata de mercados altamente complejos, y que la intervención desmedida de las autoridades puede llevar a resultados que inhiban la inversión y afecten la certeza en los mercados.

En este sentido, se propuso que la FNE, antes de intervenir, se encargue de agotar sus facultades para realizar investigaciones de mercado, de modo que exista un entendimiento comprensivo de la industria que se pretende intervenir.

Luego, un enfoque restrictivo, podría aconsejar que en industrias digitales altamente concentradas, de manera preventiva, se haga uso de los mecanismos de abogacía de la competencia con que cuentan las autoridades, pudiendo tanto el TDLC como la FNE realizar propuestas de modificación normativa para regular los mercados en que existan riesgos de abusos explotativos en precios.

En caso de que lo anterior no sea pertinente, o que ya se hubiere agotado, un enfoque prudente aconsejaría solicitar al TDLC la dictación de una ICG para generar condiciones adecuadas que permitan la contestabilidad en los mercados, disciplinando a los agentes dominantes.

En caso de que las vías anteriores fallen, y se cuente con indicios del abuso de una posición dominante por parte de una plataforma, la interposición de una demanda o requerimiento, bien podría ser una solución adecuada para que la autoridad, a través de compromisos, remedios y estrategias similares a la autorregulación tarifaria forzada, pueda combatir la imposición de abusos explotativos en precios.

BIBLIOGRAFÍA:

Libros y revistas académicas:

- AGÜERO, Francisco. (2004). “Nuevos Elementos para el Debate Sobre el Bien Jurídico Libre Competencia”. Boletín latinoamericano de competencia, noviembre de 2004, N°19.
- ALLEN, Franklin; MYERS, Stewart C., y BREALEY, Richard A. (2010). “Principios de finanzas corporativas”. Editorial: Mc Graw Hill. Novena Edición. Traducido por: DERAS, Adolfo y TINOCO, Miguel Ángel.
- BARRIONUEVO, Eliana. (2018) Exploitative Pricing Abuse In “Free” Markets: When Contract, Privacy and Competition Law Collide. Tilburg University, Tesis de Maestría, 2018. Pág 39.
- BISCEGLIA, Michele y PADILLA, Jorge. (2022). “On sellers' cooperation in hybrid marketplaces”. Journal of Economics & Management Strategy. Vol. 32, pp 207-222.
- BLAIR, Roger D. y HARRISON, Jeffrey L. (1991) “Antitrust policy and monopsony”. Cornell Law Review. Vol. 76, N°297, enero de 1991.
- BLOODSTEIN, Ben. (2019). “Amazon and Platform Antitrust”. Fordham Law Review. Vol 88, N° 1, 187-230, octubre.
- BOSTOEN, Friso. (2019). “Online platforms and pricing: Adapting abuse of dominance assessments to the economic reality of free products”. Computer Law & Security Review. Vol. 35, N°3.
- BOUGETTE, Patrice. BUDZINSKI, Oliver. MARTY, Frédéric. (2017). “Exploitative abuse and abuse of economic dependence: What can we learn from the industrial organization approach?”. GREDEG. Working Paper N° 2017-37.
- BUGUEÑO, Juan Ignacio. (2020). “Algoritmos en Mercados de Nuevas Tecnologías: Una revisión de la importancia de Pagerank en el mercado de servicios de búsqueda general (o de motores de búsqueda horizontales) y una eventual aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales para Chile”. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: Nicole Nehme. Santiago: Universidad de Chile. Disponible [en línea] en: <<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/176836/Algoritmos-en-mercados-de-nuevas-tecnolog%C3%ADas-una-revisi%C3%B3n-de-la-importancia-de-Pagerank-en-el-mercado-de-servicios-de-busqueda-general.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [19/02/2023].
- CENTROCOMPETENCIA UAI. (2020). Medios de comunicación y publicidad online: la mirada de la política de competencia. Investigaciones CeCo, octubre, 2020. Disponible [en línea] en: <https://centrocompetencia.com/medios-de-comunicacion-y-publicidad-online-la-mirada-de-la-politica-de-competencia/> [06/05/2023]

- CIFUENTES, María Jesús. (2023). “Autorregulación tarifaria forzada: Un oxímoron en cuatro casos”. Investigaciones CeCo, enero de 2023.
- COMISIÓN EUROPEA (“C.E”). (2019). “Competition Policy for the Digital Era” (Final report). Chapter 2: Digitalization and Competition. Disponible [en línea] en: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>> [24/02/2023].
- COPPIN, Ben. (2004). “Artificial Intelligence Illuminated”. Editorial Jones and Bartlett. Sudbury, Massachusetts. Parte 1, Capítulo 1: A brief history of Artificial Intelligence.
- DOMPER, María de la Luz y RETAMALES, Silvia. (2020). “Una mirada crítica a la Jurisprudencia Europea de Fijación Unilateral de Precios Excesivos en el Mercado Farmacéutico: ¿Estamos en presencia de una sanción a la sola fijación de precios unilaterales excesivos?” En: Desafíos de la Libre Competencia en la Actualidad en Iberoamérica. Legal Publishing Chile.
- DORMAN, Peter. (2014). “Microeconomics: a fresh start”. Editorial Springer. Nueva York, EE.UU. Capítulo 7: Markets; Capítulo 13: Monopoly Power; y Capítulo 15: Market Failure.
- DORSEY, Elyse. y WRIGHT, Joshua D. (2016). “Antitrust analysis of big data”. Revista: Competition Law & Policy Debate. Vol. 2, N° 4, diciembre de 2016. Recurso disponible [en línea] en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3165278>. [15/02/2020].
- DUTCH-BROWN, Néstor. (2017). “Quality Discrimination in Online Multi-sided Markets”. Joint Research Centre Technical Reports: JRC Digital Economy Working Paper 2017-06.
- EVANS, David S. (2016). “Multi-sided platforms, dynamic competition, and the assessment of market power for internet-based firms”. University of Chicago, Coase-Sandor institute for law and economics. Working paper, N° 753, marzo de 2016.
- EVANS, Davis S. y SCHMALENSEE, Richard. (2015). “The Antitrust Analysis Of Multisided Platform Businesses”. En: BLAIR, Roger D. y SOKOL, Daniel D. The Oxford Handbook of International Antitrust Economics. Vol 1. Oxford University Press. Nueva York, EE.UU.
- EZRACHI, Ariel y GILO, David. (2010). “Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the Mittal litigation”. Antitrust Law Journal. Vol. 76, N° 3.
- EZRACHI, Ariel y GILO, David. (2009). “Are Excessive Prices Really Self-Correcting?”. Journal of Competition Law and Economics. Vol. 5, N° 2, junio de 2009.
- EZRACHI, Ariel y STUCKE, Maurice E. (2016). “Virtual Competition: The promise and perils of the algorithm-driven economy”. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts y Londres, Inglaterra.

- EZRACHI, Ariel y STUCKE, Maurice E. (2017) “Looking Up in the Data-Driven Economy”. CPI Antitrust Chronicle. University of Tennessee Knoxville, College of Law. Mayo de 2017. Disponible [en línea] en: <http://ssrn.com/abstract=2975510> [15/02/2020].
- FEINSTEIN, Debbie y TENG, Albert. “Buyer Power: Is Monopsony the New Monopoly?”. American Bar Association. Cover Stories. Antitrust, Vol. 33, N° 2, primavera de 2019.
- FILISTRUCCHI, Lapo, GERADIN, Damien, VAN DAMME, Eric y AFFELDT, Pauline. (2013). “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”. Journal of Competition Law and Economics. Vol 10, N2, marzo de 2013.
- GARCÉS, Eliana. (2018). “The Collection of Data in Online Platform Businesses: A perspective for antitrust assessment”. CPI Antitrust Chronicle. Mayo, 2018.
- GERADIN, Damien (2021). “The Antitrust Case against the Apple App Store”. Journal of Competition Law & Economics. Vol. 17, N°3.
- GRUNES, Allen P. y STUCKE, Maurice E. (2016). “Big data and Competition Policy”. Oxford University Press. Reino Unido.
- IBÁÑEZ, Pablo. (2020). “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”. World Competition. Vol. 43. Disponible [en línea] en SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3654083>> [19/02/2023].
- KEMP, Katharine. (2019). “Concealed data practices and competition law: Why privacy matters”. University of New South Wales Law Research Series. Sidney, Australia.
- KOLMAR, Martin. (2017). “Principles of Microeconomics: An Integrative Approach”. Editorial Springer. Cham, Suiza. Capítulo 12: Firm behavior in oligopolistic markets.
- LEÓN, Camilo. (2019). “Concentración de Mercado y Poder: Una Relación entre Libre Competencia, Libertad de Expresión y Democracia, Casos de Estudio: Caso AT&T/Time Warner y las Redes Sociales”. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: Nicole Nehme. Santiago: Universidad de Chile. Pp. 98-109. Disponible [en línea] en: <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168064>> [24/02/2023].
- LU, Liang. (2017). “A Comparison of the Wholesale Model and the Agency Model in Differentiated Markets”. Review of Industrial Organization. Vol 51, 151-172. Pág. 152.
- LYONS, Bruce. (2007). “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse”. Centre for Competition Policy, University of East Anglia. Working Paper N° 08-1.
- MAIER-RIGAUD, Frank. (2011). “Excessive Prices: Background Paper by the Secretariat”. En: OECD. (2011). Policy Roundtables: EXCESSIVE PRICES. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee (DAF/COMP). Disponible [en línea] en: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>> [24/02/2023].

- MANDRESCU, Daniel. (2022). “Abusive pricing practices by online platforms: a framework review of Article 102 TFEU for future cases”. *Journal of Antitrust Enforcement*. Vol. 10: 469-517. Pág. 475.
- MANKIW, N. Gregory. (1997). “Principios de Economía”. Traducido por Rabasco, Esther y Toharía, Luis. (2002). Madrid, España.
- MARKET STRUCTURE AND ANTITRUST SUBCOMMITTEE, Stigler Committee on Digital Platforms. (2016). “Report”. En: STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS, Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Final Report. Chicago Booth. (Septiembre de 2019). Recurso disponible en: <<https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>> [29/01/2022].
-
- (2019). “Policy brief”. En: STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS, Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Final Report. Chicago Booth, septiembre, 2019.
- MENCHACA, Tomás. (2011). “¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos?”. En: *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago, Chile. Editorial Thompson Reuters.
- MOTTA, Massimo y DE STREEL, Alexandre. (2003). “Excessive Pricing and Price Squeeze Under EU Law”. En: EHLERMANN, Claus-Dieter y ATANASIU, Isabela. (2003). *EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL, What Is an Abuse of a Dominant Position?*. Editorial Hart Publishing. Portland Oregon, EE. UU.
- NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. (2017). “Comercio electrónico y libre competencia”. Una potencial aplicación a Chile.
- NEWMAN, John M. (2015). “Antitrust in Zero Price Markets”. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 164, N° 1.
- NEWMAN, John M. (2018). “Silicon Valley Rhetoric: Three myths debunked”. *CPI. Antitrust Chronicle*, mayo de 2018.
- O'DONOGUE, Robert y PADILLA, Jorge. (2019). “Excessive Pricing”. En: *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Editorial: Hart Publishing, 3ª Edición, 15 octubre 2020. Sección publicada individualmente, en forma previa, con fecha 9 de noviembre de 2019. Disponible [en línea] en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3484155> [07/02/2023].
- ONO, Yoshiyasu. (1982). “Price Leadership: A Theoretical Analysis”. *Económica* Vol. 49, N°193. Pp. 11-20.

- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. (2008). “Policy Roundtables: Monopsony and Buyer Power”. DAF/COMP. Disponible [en línea] en: <<http://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>> [24/02/2023].
- PADILLA, Jorge, PICCOLO, Salvatore y WATSON, Nadine. (2020). “Price And Content Platform Parity: A Tale Of Two Industries”. (Febrero de 2020).
- PAÍSES BAJOS, Autoridad para Consumidores y Mercados. (2019). “Report: Market study into mobile app stores”.
- REINO UNIDO, Competition And Markets Authority. (2022). “Mobile ecosystems”. Apéndice “C”. Disponible [en línea] en: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/62a1e208e90e07039f799fed/Appendix_C_-_financial_analysis.pdf> [28/04/2023].
- SAAVEDRA, Eduardo y TAPIA, Javier C. (2019). “El Control de los Precios Excesivos en el Derecho de la Libre Competencia: Análisis y propuesta”. Revista Estudios Públicos. Vol. 153, verano de 2019. Pp. 95-140.
- SHAPIRO, Carl y VARIAN, Hal R. (1999). “Information Rules: a strategic guide to the network economy”. Harvard Business School Press. Boston, Massachusetts.
- SHORE, Jennifer y STEINMAN, Jill. (2015). “Did You Really Agree to That? The Evolution of Facebook’s Privacy Policy”. Technology Science (agosto, 2015).
- SRINIVASAN, Dina. (2018). “The Antitrust Case Against Facebook”. Berkeley Business Law Journal. Vol. 16, N° 1.
- STUCKE, Maurice E. (2013). “Looking at the Monopsony in the Mirror”. Emory Law Journal. Vol. 62, N°6.
- TAPIA, Javier C. (2014). “Dime de qué presumes y te diré de qué careces: el tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile”. Revista Derecho Competencia. Bogotá, Colombia. Vol. 10, N° 10, 47-119, enero a diciembre de 2014.
- UNIVERSIDAD DE CHILE, Facultad de Derecho, Centro de Regulación y Competencia. (2013). “Informe en Derecho N° 26: Control Jurisdiccional De La Potestad Normativa Del Tribunal De Defensa De La Libre Competencia En Materia De Telecomunicaciones”. Disponible [en línea] en: <<https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:fafcd5a8-622e-4009-82ac-bb9b09baec0a/8.pdf>> [24/02/2023]
- VALDÉS, Domingo. (2006). “Libre Competencia y Monopolio”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- YAMADA, Atsushi. (2022). “Abuse of Superior Bargaining Position in Japan – Its Development and Current Position”. CPI Columns. Diciembre de 2022. Disponible [en línea] en: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/abuse-of-superior-bargaining-position-in-japan-its-development-and-current-position/>> [07/02/2023].

Páginas Web:

- 365 CAREERS. (2020). “The Data Science Course 2020: Complete data science bootcamp” [Curso en línea]. Section 5: The field of data science-popular data science techniques. Capítulo 14: Real life examples of big data. Consultado [en línea] en: Udemy [sitio web oficial] <<https://www.udemy.com/course/the-data-science-course-complete-data-science-bootcamp/learn/lecture/10762820#overview>> [24/04/2020].
- APPLE. (2020). Soporte: “Instalar Windows 10 en el Mac con el Asistente Boot Camp”. <<https://support.apple.com/es-es/HT201468>> [19/02/2023].
- BIOBIO, Chile. (2019). Sección Economía, Noticia: “Conductores de Uber molestos: anuncian ‘apagón’ masivo de la aplicación”. Disponible [en línea] en: <<https://www.biobiochile.cl/noticias/economia/negocios-y-empresas/2019/05/06/conductores-de-uber-molestos-anuncian-apagon-masivo-de-la-aplicacion.shtml>> [19/02/2023].
- BOOKING [sitio web oficial]. (2022). “Ayuda para colaboradores: ¿Qué comisión se lleva Booking.com y cuándo tengo que pagarla?”. Disponible [en línea] en: <<https://partner.booking.com/es/ayuda/trabajar-con-booking/aparecer-online/%C2%BFqu%C3%A9-comisi%C3%B3n-se-lleva-bookingcom-y-cu%C3%A1ndo-tengo-que>>
- CABIFY [sitio web oficial]. “Requisitos para conducir con Cabify en Chile”. Disponible [en línea] en: <<https://help.cabify.com/hc/es/articles/360021347640-Requisitos-para-conducir-con-Cabify-en-Chile#:~:text=es%20para%20ti%20recibe%20una%20comisi%C3%B3n%20del%2015%25.,recibe%20una%20comisi%C3%B3n%20del%2015%25>> [19/02/2023].
- CENTROCOMPETENCIA. (2022). Glosario: “Efectos de Red”. Disponible [en línea] en: <<https://centrocompetencia.com/efectos-de-red-network-effects/>> [12/02/2023].
- COALITION FOR APP FAIRNESS [Sitio web oficial]. (2021)a. Issue: “30% ‘App Tax’ on Creators and Consumers”. Disponible [en línea] en: <<https://appfairness.org/issues/30-app-tax/>> [23/03/2021].

-
- _____ (2021). Issue: “The App Store Limits Consumer Freedom”. Disponible [en línea] en: <<https://appfairness.org/issues/no-consumer-freedom/>> [23/03/2021].
- CONFEDERACIÓN SUIZA, Departamento federal de Economía, Fomento e Investigación: Supervisión de precios [sitio web oficial]. (2017). “Boletín informativo N°4, publicado el 12/09/2017”. Disponible [en línea] en: <<https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/fr/home/documentation/informations-destinees-aux-medias/newsletter/2017.html>> [19/02/2023].
- ECONOMÍA DIGITAL. (2020). Empresas, Noticia: “La UE investiga a Apple por abuso de competencia con las apps”. Disponible [en línea] en: <https://www.economiadigital.es/empresas/apple-aplicacions-app-store-abuso-ue-investiga-spotify_20073051_102.html> [19/02/2023].
- EL PAÍS, Cinco Días. (2017). Compañías, Turismo. Noticia: “Los hoteleros de la UE se plantan contra el dominio de Booking”. Disponible [en línea] en: <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/09/15/companias/1505483040_410740.html> [23/03/2021].
- FACEBOOK FOR DEVELOPERS [sitio web oficial]. “Extensión de Facebook para Empresas: productos para desarrolladores”. Disponible [en línea] en: <<https://developers.facebook.com/products/>>. [23/03/2021].
- FEDERACIÓN RUSA, Servicio Federal Antimonopolios [sitio web oficial]. (2020). Noticia: “Fas Russia Recognized the Company Booking.com Violated the Antimonopoly Legislation”. Disponible [en línea] en: <<http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=55116>>. [23/03/2021].
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA [sitio web oficial]. (2022). Noticias: “FNE publica Informe Preliminar de estudio sobre el mercado fúnebre con nueve recomendaciones para fortalecer la competencia y bajar los precios en la industria de las funerarias, cementerios y crematorios”. Disponible [en línea] en: <[https://www.fne.gob.cl/fne-publica-informe-preliminar-de-estudio-sobre-el-mercado-funebre-con-nueve-recomendaciones-para-fortalecer-la-competencia-y-bajar-los-precios-en-la-industria-de-las-funerarias-cementerios-y-crematorio/#:~:text=La%20Fiscal%20Nacional%20Econ%C3%B3mica%20\(FNE,inhumaci%C3%B3n%20\(cementerios%20y%20crematorios](https://www.fne.gob.cl/fne-publica-informe-preliminar-de-estudio-sobre-el-mercado-funebre-con-nueve-recomendaciones-para-fortalecer-la-competencia-y-bajar-los-precios-en-la-industria-de-las-funerarias-cementerios-y-crematorio/#:~:text=La%20Fiscal%20Nacional%20Econ%C3%B3mica%20(FNE,inhumaci%C3%B3n%20(cementerios%20y%20crematorios)> [24/02/2023].

- LA TERCERA, Pulso. (2019). Empresas & Mercados, Noticia: “Uber está en la mitad de los celulares del país y aplicaciones de delivery se acercan al 10%”. Disponible [en línea] en: <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/uber-esta-la-mitad-los-celulares-del-pais-aplicaciones-delivery-se-acercan-al-10/664065/>> [19/02/2023].
- MLEX. (2023). “Chinese academic-database giant CNKI fined 87.6 million yuan for abuse of dominance (English version)”. Disponible [en línea] en: <<https://content.mlex.com/#/content/1453046>>.
- NEXOTUR. (2017). Noticia: “Italia, cuarto país de Europa que prohíbe las polémicas cláusulas de paridad”. Disponible [en línea] en: <<https://www.nexotur.com/noticia/93840/nexotur/italia-cuarto-pais-de-europa-que-prohibe-las-polemicas-clausulas-de-paridad.html>>.
- PRO-MARKET [sitio web oficial]. “Is the Digital Economy Much Less Competitive Than We Think It Is?”. Entrevista completa a Ariel Ezrachi. Disponible [en línea] en: <<https://promarket.org/digital-economy-much-less-competitive-think/>> [29/01/2022].
- REPÚBLICA DE FRANCIA, Autorité De La Concurrence [sitio web oficial]. (2017). Comunicados de prensa: “6 April 2017: Online hotel booking platforms”. Disponible [en línea] en: <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/6-april-2017-online-hotel-booking-platforms>> [15/02/2020].
- REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, Corte Regional Superior de Düsseldorf. (2021). Justiz-Online [sitio web oficial]. Comunicado de prensa N° 11/2021: “Facebook contra Bundeskartellamt: orden de remisión al TJUE”. Disponible [en línea] en: <https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Archiv/Pressemitteilungen_aus_2021/20210423_PM_Facebook-Beschluss/index.php> [25/02/2023]
- REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, Bundeskartellamt [sitio web oficial]. (2019). Noticias: “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources”. Disponible [en línea] en: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html> [29/01/2022].
- UBER [sitio web oficial]. (2021). Ayuda: “¿Por qué la Tasa de Servicio es variable?”. [Para acceder a esta información es posible que se necesite tener acceso a una cuenta de “Uber Driver”]. Disponible [en línea] en: <<https://help.uber.com/es/driving-and-delivering/article/por->

[qu%C3%A9-la-tasa-de-servicio-es-variable?nodeId=7448ffcc-ab98-4a32-b7fc-e9c17a58bb41](https://www.uber.com/es-es/la-tasa-de-servicio-es-variable?nodeId=7448ffcc-ab98-4a32-b7fc-e9c17a58bb41)> [18/03/2021].

UBER [sitio web oficial]. (2021). Uber Drivers: “Tarifas”. [Para acceder a esta información es necesario tener acceso a una cuenta de “Uber Driver”]. Disponible [en línea] en: <https://drivers.uber.com/p3/payments/fares?_ga=2.111839428.1507153926.1612388701-1058295971.1612388701&uclid=cea28d77-1274-479d-bebd-a3f76c5a2cae> [19/02/2023].

UNIÓN EUROPEA, Comisión Europea [sitio web oficial]. (2023). Press release, Antitrust: “Commission sends Statement of Objections to Apple clarifying concerns over App Store rules for music streaming providers”. Disponible [en línea] en: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1217> [28/04/2023].

Documentos legales:

Confederación Suiza. (1985). Ley Federal de Supervisión de Precios de diciembre de 1985. Disponible [en línea] en: <<https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/fr/home/surveillance-des-prix/bases-legales/loi-federale-concernant-la-surveillance-des-prix.html>> [24/02/2023].

Ley 19.628 Sobre Protección De La Vida Privada, de 18 de agosto de 1999. Disponible [en línea] en: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599&idVersion=2020-08-26>> [25/02/2023].

Ley 21.365 que Regula Las Tasas De Intercambio De Tarjetas De Pago, de 27 de julio de 2021. Disponible [en línea] en: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1163384&idParte=&idVersion=2021-08-06>> [25/02/2023].

República De Chile y Estados Unidos. (2003). Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América, de 30 de diciembre de 2003. Disponible [en línea] en: <<https://www.aduana.cl/tratado-de-libre-comercio-chile-estados-unidos/aduana/2007-07-11/153552.html>> [25/02/2023].

República De Francia. (2015). Ley n° 2015-990 del 6 de agosto de 2015 para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas. Disponible [en línea] en: <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000030978561>>.

República Federal De Alemania. (1998). Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, de 26 de agosto de 1998. Disponible [en línea] en: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html>> [25/02/2023].

República Popular China. (2007). Ley Antimonopolios, dictada el 30 de agosto de 2007. Disponible [en línea] en: <<https://www.chinalawtranslate.com/en/anti-monopoly-law-2022/>>.

Servicio Nacional Del Consumidor. (2022). Resolución exenta N° 174 de 28 de febrero de 2022, que “Aprueba la Circular Interpretativa Sobre los Criterios de Equidad en las Estipulaciones Contenidas en Contratos de Adhesión Referidas a la Recolección y Tratamiento de Datos Personales de Consumidores”. Disponible [en línea] en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-65388_archivo_01.pdf [25/02/2023].

Unión Europea, Parlamento Europeo. (2016). Reglamento General de Protección de Datos de 27 de abril de 2016. Disponible [en línea] en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1532348683434&uri=CELEX%3A02016R0679-20160504>> [25/02/2023].

_____. (2022). Reglamento de Mercados Digitales. Disponible [en línea] en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R1925&from=EN>> [19/02/2023].

Unión Europea. (2012). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 26 de octubre, 2012. Artículo 102. Disponible [en línea] en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>> [25/02/2023].

Sentencias y escritos:

Chile:

Corte Suprema. (2014). Sentencia dictada el 29 de enero de 2016. Rol N° 30.190-2014.

_____. (2019). Sentencia dictada el 13 de noviembre de 2019. Rol N° 4108-2018.

_____. (2022). Sentencia dictada el 18 de abril de 2022. Rol N° 125.433-2020.

Fiscalía Nacional Económica. (2020). Informe de archivo sobre denuncia contra Mercado Libre, emitido por el jefe de la división antimonopolios de la Fiscalía Nacional Económica con fecha 22 de septiembre de 2020. Investigación Rol N° 2624-20.

_____ . (2023). Minuta De Lanzamiento Del Estudio Sobre El Mercado Del Hospedaje. Rol N° EM08-2023. Disponible [en línea] en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2023/03/EM08_minuta_lanzamiento_final_firmada-1.pdf.

Tribunal De Defensa De La Libre Competencia. (2004). Sentencia N° 9/2004 dictada el 5 de octubre de 2004. Caratulado: Consulta de AGIP A.G., sobre conducta de Supermercados Líder en perjuicio de proveedores y consumidores en general. Rol C-03-2004.

_____ . (2005) Resolución N°9/2005 de fecha 14 de julio de 2005. Caratulado: Presentación de Lan Chile S.A. y Lan Express sobre aprobación modificaciones al Plan de Autorregulación Tarifaria. Rol N° C-33-2004;

_____ . (2005) Sentencia N°29/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005. Caratulado: Avocación en recurso de reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N° 1270 de la CPC y requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico. Rol N° C-16-2004;

_____ . (2006). Sentencia N°45/2006 dictada el 26 de octubre de 2006. Caratulado: Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC. Rol N° C-60-2005.

_____ . (2008) Sentencia N°76/2008 de 14 de octubre de 2008. Caratulado: Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE. Rol N° C-100-2006;

_____ . (2008). Sentencia N° 75/2008 dictada el 30 de septiembre de 2008. Caratulado: Demanda de Atrex y otros contra SCL. Rol N° C-113-2006.

_____ . (2008). Sentencia N°65/2008 dictada el 8 de mayo de 2008. Caratulado: Requerimiento de la FNE contra D&S S.A. y Cencosud S.A. Rol N° C-101-2006.

_____ . (2013). Texto refundido de la ICG N° 1/2006 que establece Instrucciones Generales A Que Deben Someterse Los Agentes Económicos Que Participen En El Mercado De Servicios De Recolección, Transporte Y Disposición De Residuos Sólidos Domiciliarios, modificada por la ICG N° 3/2013 de fecha 21 de marzo de 2013. Modificadas en la causa caratulada: Procedimiento sobre modificaciones a las Instrucciones de carácter general N°1/2006. Rol N° NC-409-2012.

..... (2014). Sentencia N° 140/2014, dictada el 4 de noviembre de 2014. Caratulado: Demanda de Condominio Campomar contra Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Ltda. Rol N° C-245-12.

..... (2015). Texto refundido de la ICG N° 2/2012 sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía tarifas on-net/ off-net y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones, modificada por la ICG N° 4/2015 de fecha 4 de junio de 2015. Modificadas en la causa caratulada: Procedimiento sobre modificaciones a las Instrucciones de carácter general N°2/2012. Rol N° NC-423-2014.

..... (2017). Sentencia N° 160/2017 dictada el 28 de diciembre de 2017. Caratulado: Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra. Rol C-299-2015;

..... (2017). Proposición De Modificación Normativa N° 19/2017 Sobre Servicios Asociados A La Utilización De Tarjetas De Crédito Y Débito De Aceptación Universal, emitida el 13 de enero de 2017. Caratulado: Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N°211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago. Rol N° ERN-20-2014.

..... (2018). Sentencia N° 165/2018 dictada el 8 de noviembre de 2018. Caratulado: Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros. Rol N° C-312-2016;

..... (2018). Sentencia N° 163/2018 dictada el 19 de junio de 2018. Caratulado: Demanda de Alimentos Bio Bio Ltda y Otros contra Alimentos y Frutos S.A y Otros (“Alimentos Bío Bío Ltda”). Rol N° C-305-2016.

..... (2019) Sentencia N°167/2019 dictada el 28 de febrero de 2019. Caratulado: Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras. Rol N° C-304-2016.

..... (2021). Sentencia N° 176/2021 dictada el 15 de marzo de 2021. Caratulado: Demanda de Sindicato de Trabajadores Independientes Chile Taxi contra Maxi Mobility Chile II SpA. y Otros. Rol N° C-319-2017.

..... (2022). Informe N° 27/2022, emitido el 13 de septiembre de 2022 Caratulado: Solicitud de informe de RIGK CHILE SpA respecto de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento de PROREP. Rol N° NC-510-2022.

..... (2022). Informe N° 30/2022 emitido el 5 de diciembre de 2022. Caratulado: Solicitud de Informe de Antonio Castillo S.A. y otros respecto de las bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del SGCNFU. Rol N° NC-506-2022.

..... (2022). ICG N° 5/2022 Que Deberán Ser Consideradas Por Los Particulares Respecto De Las Condiciones De Competencia En El Mercado De Los Medios De Pago Con Tarjetas De Crédito, Tarjetas De Débito Y Tarjetas De Pago Con Provisión De Fondos, dictadas el 16 de agosto de 2022. Caratulado: Procedimiento para la dictación de Instrucción General sobre las condiciones de competencia en el mercado de los medios de pago con tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de pago con provisión de fondos. Rol N° NC-474-2020.

..... (2022). Informe N° 28/2022 emitido el 15 de septiembre de 2022. Caratulado: Solicitud de Informe de BredenMaster SpA y otros sobre bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del GRANSIC. Rol N° NC.507-2022;

..... (2022). Informe N° 29/2022 emitido el 5 de diciembre de 2022. Caratulado: Solicitud de informe de Automotores Gildemeister SpA y otros respecto de las bases de licitación para la recolección y valorización de neumáticos usados y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SGN. Rol N° NC-504-2021.

..... (2022). Resolución que aprueba las bases del acuerdo conciliatorio entre Asociación Gremial de Industrias Proveedoras y Walmart Chile S.A. en Causa Rol N° C-406-2020. Caratulado: Demanda de Asociación Gremial de Industrias Proveedoras en contra de Walmart Chile S.A. Foja 141.

_____. (2022). Sentencia N° 181/2022 dictada el 24 de mayo de 2022. Caratulado: Demanda de REDTEC S.A. en contra de WALMART CHILE S.A. Rol N° C-363-2018.

_____. (2022). Resolución dictada el 12 de diciembre de 2022. Rol N° NC-519-2022, foja N° 4.

_____. (2022). Resolución dictada el 12 de abril de 2022. Rol N° C-413-2020, a foja 103.

Recurso de reclamación Rol N° 105997-2022, ingresado a la Corte Suprema con fecha 20 de septiembre de 2022. Disponible [en línea] en: <<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>> [25/02/2023].

Extranjero:

España, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2022). Resolución dictada el 10 de noviembre de 2022 por la Sala de Competencia de la CNMC en el expediente S/0028/20: Lediant.

Estados Unidos, Corte de apelaciones. (1989). Sentencia n° 87-6094, dictada por la corte de apelaciones del sexto circuito. Caratulado: “BALMORAL CINEMA, INC., v. ALLIED ARTISTS PICTURES CORP., et al.”.

_____, Corte Distrital del Norte de California. (2021). Sentencia dictada por la Corte del Distrital del Norte de California el 10 de septiembre de 2021. Caratulado: Epic Games, Inc. V. Apple Inc.. Caso N° 4:20-cv-05640-YGR.

_____, Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. (2023). Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito el 24 de abril de 2023. Caratulado: Epic Games, Inc. V. Apple Inc. Caso N° 21-16506.

_____, Corte Distrital del Sur de Nueva York. (2013). Sentencia dictada por la Corte Distrital del Sur de Nueva York el 7 de octubre del año 2013. Caratulado: “UNITED STATES OF AMERICA, v. APPLE INC., et al.,w. Caso 1:12-cv-02826-DLC Documento 326.

_____, Corte Suprema. (2004). Sentencia N° 02–682/2004, dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Caratulado: Verizon Communications, Inc C. Law Offices of Curtis V Trinko.

- _____. (2015). Sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 30 de junio de 2015, en la apelación del caso “UNITED STATES OF AMERICA, v. APPLE INC., et al.”. Caso: 13-3741, Documento 373-1.
- Reino Unido. (2001). Decisión N° CA98/2/2001 de fecha 30 de marzo de 2011 del Director General del Comercio Justo. Caratulado: Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd. and Subsidiaries (“NAPP”).
- República De Francia, Autorité De La Concurrence. (2015). Decisión n° 15-D-06 de 21 de abril de 2015, sobre las prácticas implementadas por las empresas Booking.com B.V., Booking.com France SAS y Booking.com Customer Service Francia SAS en el sector de reservas hoteleras online. Disponible [en línea] en: <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/15d06.pdf>> [25/02/2023].
- _____. (2015). Sentencia N° 22-D-26 de 22 de diciembre de 2022 sobre las prácticas implementadas en el sector de revisión técnica de vehículos pesados en Guadalupe.
- República Federal De Alemania, Bundeskartellamt. (2019). Decisión administrativa B6-22/16, emitida por la sexta división de la Bundeskartellamt el 6 de febrero de 2019.
- _____, Corte Regional Superior de Düsseldorf (CRSD). (2019). Sentencia VI-Kart 1/19 (V), dictada por la CRSD el 26 de agosto del 2019.
- Unión Europea, Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2022). Conclusiones del Abogado General Sr. Athanasios Rantos presentadas el 20 de septiembre de 2022, a partir de la petición de decisión prejudicial planteada por la Corte Regional Superior de Düsseldorf. Caratulado: Meta Platforms Inc., anteriormente Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, anteriormente Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH Contra Bundeskartellamt, con intervención de: Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. Asunto C-252/21. Disponible [en línea] en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CC0252&from=EN>
- _____. (2016). Decisión dictada por la Comisión Europea con fecha 06 de diciembre de 2016 para el Caso M.8124.
- _____. (2022) Decisión de acuerdo dictada por la Comisión Europea con fecha 20 de diciembre de 2022 para los Casos AT.40462 y AT.40703.

_____, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). (1978). Sentencia dictada por el TJUE el 14 de febrero de 1978, relativa al Asunto N° 27/76. ECLI:EU:C:1978:22. Caratulado: United Brands Company and United Brands Continentaal BV v/s Commission of the European Communities (“United Brands”). Disponible [en línea] en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0027>>.