

DIGITAL MARKETS ACT DE LA COMUNIDAD EUROPEA: ¿UN MODELO A SEGUIR PARA CHILE?

EUROPEAN UNION'S DIGITAL MARKETS ACT: A POTENTIAL MODEL FOR CHILE?

*Andrea Amaro Aros**
*Laura Costabal Puga***
*Sebastián Castro Quiroz****

RESUMEN: La economía digital y las denominadas plataformas digitales han tenido un crecimiento exponencial aparentemente sin freno en los últimos años. Esto ha despertado la preocupación de diversas autoridades por los posibles efectos dañinos derivados de su tamaño. En el presente artículo se analiza una regulación dictada por la Comunidad Económica Europea, denominada Digital Markets Act, operativa desde hace un año, que se aproxima a las plataformas digitales mediante una regulación que busca controlar de manera preventiva (*ex ante*) los posibles riesgos que ellas presentan. La regulación vigente en el resto del mundo se aproxima a estos riesgos mediante la regulación de competencia existente, la que castiga ilícitos de manera posterior (*ex post*). Junto con describir esta normativa y su operación en este primer año, el artículo explica el sistema chileno y cómo se ha aproximado a las plataformas digitales hasta el momento. Se concluye señalando que, no parece aconsejable aún replicar una regulación como esta, dado que la regulación de competencia *ex post* ha sido capaz de abordar exitosamente los desafíos de estos mercados por ahora.

PALABRAS CLAVE: competencia, plataformas digitales, regulación, economía digital.

* Asociada de Bering. Abogada, Universidad de Chile. Correo electrónico: aamaro@bering.cl

** Asociada de Bering. Abogada, Universidad de Chile. Correo electrónico: lcostabal@bering.cl

*** Socio de Bering. Profesor colaborador. Programa Doctorado en Derecho, Universidad del Desarrollo. Abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, University of Oxford. Correo electrónico: scastro@bering.cl

ABSTRACT: The digital economy and the so-called digital platforms have had a seemingly unstoppable exponential growth in recent years. This has raised concerns among various authorities about the possible harmful effects of its size. This article analyzes a regulation issued by the European Economic Community, called Digital Markets Act, operational for a year, which approaches digital platforms through a regulation that seeks to preventively control (*ex ante*) the possible risks that these platforms present. The regulation in force in the rest of the world approaches these risks through existing competition regulations, which punish illegal acts subsequently (*ex post*). Along with describing this regulation and its operation in this first year, the article explains the Chilean system and how it has approached digital platforms so far. It concludes by pointing out that, in the authors' opinion, it does not yet seem advisable to replicate a regulation like this, given that *ex post* competition regulation has been able to successfully address the challenges of these markets for now.

KEYWORDS: competition, digital platforms, regulation, digital economy.

INTRODUCCIÓN:

MERCADOS DIGITALES Y LIBRE COMPETENCIA

Los denominados mercados digitales han irrumpido con gran fuerza en prácticamente todas las economías del mundo en los últimos veinte años. En la actualidad, la mayor parte de las empresas con mayor capitalización bursátil venden productos o servicios digitales, y se prevé que estas empresas sigan creciendo, y que el sector digital en general también siga el mismo rumbo.

No resulta fácil caracterizar de manera nítida a estos mercados, puesto que varían mucho entre sí, pero siguiendo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es posible afirmar que, en general, comparten los siguientes atributos:

- a) tienen un gran tamaño;
- b) operan en mercados de múltiples lados (como una plataforma que conecta a compradores con vendedores) o interconectados (como *software* y *hardware*);
- c) muchas veces sus productos se proveen a los consumidores gratuitamente o de manera subsidiada, o de manera conjunta con paquetes *premium* y
- d) existe una dependencia relevante en los efectos de red, por lo cual mientras más usuarios atraen, mayor es su rentabilidad y mayores son las barreras a la entrada¹.

¹ OCDE (2020) p. 5.

Estos mercados operan de manera muy distinta a los mercados tradicionales de los siglos pasados y la teoría económica subyacente también. Por ejemplo, en estos mercados digitales el costo marginal de vender una unidad adicional es muy cercano a cero, puesto que no es necesario fabricar algo nuevo. Asimismo, la venta de estos productos no reduce la cantidad disponible, por lo cual, problemas derivados de la escasez que podrían impactar en el precio, tampoco existen. Y algo que en la economía tradicional era visto como un costo, esto es los datos derivados de la operación de los negocios, se ha transformado en uno de los activos más importantes².

Todo lo anterior ha provocado la irrupción de un agitado debate académico y político sobre si las herramientas tradicionales del derecho de la competencia son capaces y suficientes para abordar adecuadamente los posibles riesgos que se derivan de estos nuevos mercados. Estos debates muchas veces se encuentran alimentados por el miedo que existe respecto a lo desconocido y muy particularmente a una visión específica que ve como posible una especie de superdominancia de un puñado de empresas tecnológicas sobre gran parte de la economía.

Una revisión a aspectos básicos de un análisis de competencia permite ilustrar las posibles complejidades que surgen a partir de estos nuevos mercados digitales. Un buen ejemplo de esto es la forma de definir el mercado relevante en un caso.

Esta definición es una primera cuestión básica que debe realizarse para analizar cualquier mercado desde un punto de vista de competencia. El mercado relevante se define en general como aquel en que participan “todas las empresas que se ejercen presión competitiva mutuamente”³. Para ello se considera un mercado de producto y un mercado geográfico⁴.

En cualquier caso de competencia, la definición del mercado relevante es objeto de disputas. En general, quién demanda o acusa define uno pequeño para así agrandar el tamaño del acusado, mientras que quién se defiende busca agrandar el mercado lo más posible –llegando, incluso, a situaciones ridículas– con tal que el tamaño de su empresa sea pequeño.

Este ya convulsionado primer desafío en el análisis de los casos de competencia se ha complejizado más con la irrupción de los mercados digitales explicados anteriormente. Existe una disputa sobre si su dificultad es tal, pero en general se estima que estos mercados presentan mayores retos que los mercados tradicionales o, al menos, más novedosos.

Una dificultad relevante tiene relación con el concepto de sustitubilidad inherente a la definición tradicional de un mercado relevante. Normalmente

² HOVENKAMP (2024) prefacio.

³ CENTROCOMPETENCIA (CeCo) (2019).

⁴ DEPARTMENT OF JUSTICE Y FEDERAL TRADE COMMISSION (2023).

esta definición descansa en la intercambiabilidad o sustituibilidad desde la perspectiva de un consumidor. Estas, a su vez, descansan en test económicos bien asentados como cálculos de elasticidad cruzada entre productos y entre áreas geográficas. Así, por ejemplo, si se mira un caso concreto como el de la mantequilla, un alza en su precio seguramente hará que una parte de los consumidores migren a una alternativa como la margarina. Esto querrá decir que existe una elasticidad cruzada positiva y que, por tanto, ambos productos son parte del mismo mercado relevante⁵. Asimismo, un consumidor promedio de Concepción ante un alza en el precio de la carne seguramente no viajará a Santiago para comprarla, por lo cual estas ciudades no serían parte del mismo mercado geográfico.

Según Daniel Crane, esta aproximación de sustituibilidad usada tradicionalmente tiene limitaciones que podrían impedir capturar de forma adecuada las dinámicas competitivas en mercados digitales. Por una parte, estos test de intercambiabilidad están diseñados para mercados de un lado, y no de dos, como son la mayoría de los mercados digitales. Adicionalmente, puede no ser capaz de capturar la competencia entre ecosistemas. Por último, sería inadecuado para abordar la competencia por capacidad⁶.

Por supuesto, estos problemas identificados por Daniel Crane pueden ser solucionados con nuevas aproximaciones para analizar empíricamente los mercados relevantes sin necesidad de nuevas regulaciones, pero estas dificultades junto a una incertidumbre generalizada sobre cómo se desarrollarán estos mercados, ha llevado a considerar a muchas jurisdicciones la opción de regularlos de manera preventiva o *ex ante*.

Sin duda, la mayor expresión de esta opción regulatoria para abordar los mercados digitales se encuentra en la Digital Markets Act de la Comunidad Económica Europea, que hace tan solo pocos años introdujo una abundante regulación *ex ante* aplicable para los mercados digitales y principalmente para las plataformas de mayor tamaño.

I. DIGITAL MARKETS ACT DE LA COMUNIDAD EUROPEA

1. Breve historia

El Reglamento de la Unión Europea sobre Mercado Disputables y Equitativos en el Sector Digital, también conocido como Digital Markets Act (DMA) por

⁵ CRANE (2024) p. 13.

⁶ *Op. cit.* p. 13 y ss.

su denominación en inglés, es una de las legislaciones más relevantes que la Unión Europea ha adoptado para regular los mercados digitales y grandes plataformas.

Su finalidad, tal y como lo define el artículo 1 de la DMA, es:

“contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior estableciendo normas armonizadas que garanticen a todas las empresas, en toda la Unión, la equidad y disputabilidad de los mercados en el sector digital donde haya guardianes de acceso, en beneficio de los usuarios profesionales y los usuarios finales”.

Para lograr este fin, establece criterios regulatorios cuya aplicación es preventiva, además de definir elementos de derecho de la competencia cuyo empleo es posterior a la implementación de las medidas. Una de estas herramientas es la definición de los llamados “guardianes de acceso” o *gatekeepers*, que son aquellas empresas que prestan u ofrecen alguno de los servicios básicos de plataforma enumerados en el artículo 2(2) del Reglamento⁷ y que cumplen con ciertos requisitos que se examinarán posteriormente.

Según los fundamentos de esta regulación, los *gatekeepers* tienen una gran influencia en el mercado interior de la Unión Europea, dado que abren puertas de acceso para que aquellos que utilizan los servicios de la plataforma para suministrar productos o prestar servicios a consumidores finales (“usuarios profesionales”⁸) lleguen a los consumidores finales (“usuarios finales”⁹) en distintos lugares del mundo y en diferentes mercados. Esto, sumado al manejo de grandes cantidades de datos, el control de ecosistemas tecnológicos y un gran poder de mercado, les permite obtener ventajas competitivas que vuelve muy difícil a actuales o potenciales competidores disputar el mercado o competir con ellos.

La combinación de estos factores puede llevar no solo a prácticas de competencia desleal, sino que, también, a la producción de desequilibrios que afectan a usuarios profesionales y finales, cuyo poder de negociación al verse mermado, puede desembocar en detrimentos en precios, calidad e innovación, entre otros.

⁷ Servicios digitales calificados como “servicios de plataforma central” o CPS por sus siglas en inglés. El referido artículo enumera once CPS: intermediación en línea; motores de búsqueda; redes sociales; intercambio de video; comunicaciones interpersonales; sistemas operativos; navegadores web; asistentes virtuales; *cloud computing* o servicios de computación en nube y publicidad en línea.

⁸ El artículo 2, numeral 21) de la DMA define a los usuarios profesionales como: “toda persona física o jurídica que, a título comercial o profesional, utilice servicios básicos de plataforma para suministrar productos o prestar servicios a los usuarios finales o utilice dichos servicios en el marco del suministro de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales”.

⁹ El artículo 2, numeral 20) de la DMA define a los usuarios finales como: “toda persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma y que no lo haga como usuario profesional”.

En virtud de estas preocupaciones surgió el proceso de redacción de la DMA en 2020, liderado por la comisaria de competencia de la Comisión Europea, Margrethe Vestager, que presentó una serie de propuestas para garantizar una mayor competencia en el entorno digital¹⁰. El objetivo principal era limitar las potenciales prácticas anticompetitivas de las grandes plataformas tecnológicas, que podían perjudicar a empresas más pequeñas y a consumidores.

Durante este proceso se consultó a los Estados miembros de la Unión Europea, al Parlamento Europeo, a las organizaciones de consumidores y a las propias plataformas, lo que dio lugar a intensos debates sobre qué prácticas debían ser prohibidas o reguladas.

Algunas de las principales discusiones giraron en torno a las cláusulas de paridad, nomenclatura que usa la DMA para referirse a lo que comúnmente se denomina cláusulas de nación más favorecida o de cliente preferencial¹¹. Estas cláusulas impiden que los usuarios profesionales ofrezcan precios o condiciones diferentes respecto de sus productos o servicios en otras plataformas o en sus propios sitios web. Por ejemplo, suponiendo que existen dos empresas: Megamarket, *marketplace* que conecta vendedores con consumidores, y Supertech, compañía que vende productos electrónicos a través de esta plataforma. Una cláusula de paridad estipulada entre ambas partes obligaría a Supertech a ofrecer siempre en su página web u otras plataformas de intermediación, productos al mismo precio que se ofrece en el *marketplace* de Megamarket, nunca con descuentos o precios más favorables.

El borrador de la DMA solo extendía la prohibición de la implementación de estas cláusulas a las ventas a través de otros servicios de intermediación en línea, sin embargo, hay quienes argumentaban¹² la necesidad de extender dicha limitación también a las ofertas realizadas en los sitios web de los propios usuarios profesionales para evitar el abuso de poder por parte de los *gatekeepers*.

¹⁰ En efecto, como parte de la agenda digital prevista para el periodo 2019-2024, se dieron a conocer dos iniciativas centrales: la Estrategia Digital Europea y el Libro Blanco de Inteligencia Artificial. La Estrategia Digital Europea, contemplaba la creación de una regulación *ex ante* de plataformas digitales, además de la implementación de un nuevo instrumento de competencia para abordar problemas estructurales de los mercados. Así fue como nacieron la DMA y la Ley de Servicios Digitales (Digital Service Act), que incluye normas específicas para las plataformas en línea y motores de búsqueda de gran tamaño.

¹¹ Se hace presente que, para efectos de este artículo, se utilizará la terminología de la DMA, no obstante, ambas formas de definir a este tipo de cláusulas son correctas y se refieren a un mismo concepto.

¹² Disponible en <https://cepr.org/voxeu/columns/digital-markets-act-economic-perspective-final-negotiations> [fecha de consulta: 13 de octubre de 2024].

Las cláusulas de paridad son utilizadas comúnmente para evitar el *free-riding*¹³ de usuarios profesionales que, obteniendo los beneficios de publicar en una plataforma, terminen concretando ventas por fuera de la misma al ofrecer mejores condiciones en su propio canal de ventas, conducta que daña los incentivos de la plataforma para invertir en la misma. No obstante, dado que la DMA se aplica a plataformas cuya posición en el mercado es dominante a tal punto de considerarse guardianes de acceso, se estimó que el riesgo previamente mencionado –disminución de los incentivos a invertir en virtud del *free-riding* de usuarios profesionales– era menor a los daños anticompetitivos que podían derivar de la autorización de dichas cláusulas.

Otro punto de debate fue la autopreferencia o *self-preferencing*, que consiste en utilizar la posición de mercado fuerte (o potencialmente dominante) que ostenta un *gatekeeper* en la actividad digital relevante, incluido el acceso a datos relacionados, para tratar los propios productos (o los que le incrementan sus rentas) de manera más favorable que los de otras empresas. Es decir, implica privilegiar la oferta de productos de propiedad de la plataforma por sobre los de terceros competidores¹⁴.

El borrador original prohibía que las plataformas favorecieran sus propios servicios en los *rankings*, pero algunos querían ampliar esta prohibición a otros contextos, como la promoción de servicios internos en cualquier tipo de plataforma. Aunque esta propuesta generó apoyo, también se consideró difícil de implementar en los casos en que los usuarios profesionales pagan (directa o indirectamente) por el posicionamiento en la plataforma. La dificultad radica en que las plataformas integradas verticalmente siempre pueden pagar más por dicho posicionamiento, sabiendo que pueden compensar dichos costos. Por ello, una subasta que parece justa puede ser siempre utilizada en favor de la firma integrada.

Una propuesta a este respecto¹⁵ se hizo en el sentido de prohibir completamente a los *gatekeepers* el cobro por *rankings* o posicionamiento, aportando, también, a la protección de consumidores, ya que les permite establecer una distinción más clara entre clasificaciones de usuarios profesionales y publicidad pagada¹⁶, sin embargo, no fue incorporada en la redacción final de las obligaciones de los guardianes de acceso¹⁷.

¹³ Conducta a partir de la cual una persona o empresa obtiene beneficios de un bien sin tener que pagar por él, por lo que se le denominada *free-rider* al actuar como “parásito” respecto del bien que obtiene provecho sin un costo asociado.

¹⁴ MOTTA (2022).

¹⁵ Disponible en <https://cepr.org/voxeu/columns/digital-markets-act-economic-perspective-final-negotiations> [fecha de consulta: 13 de octubre de 2024].

¹⁶ FLETCHER, CRAWFORD, CRÉMER, DINIELLI, HEIDHUES, LUCA, SALZ, SCHNITZER, SCOTT, SEIM, SIKINSON (2021).

¹⁷ En la versión final de la DMA, la prohibición del *self-preferencing* quedó establecida en el artículo 6(5) como una obligación en los siguientes términos: “El guardián de acceso no tratará

Por último, las cuestiones sobre portabilidad de datos—capacidad de transferir datos sin afectar su contenido—e interoperabilidad—capacidad de integrar conjuntos de datos—también suscitaron fuertes cuestionamientos.

Una de las características de las plataformas digitales es la compartición de información privada que puede ser utilizada en exceso para el fortalecimiento de la dominancia de los guardianes de acceso, restringiendo la competencia. Establecer condiciones en ambas aristas disminuye los costos de cambiarse a otros servicios digitales, lo que aumenta la competencia, pero también los riesgos asociados a la privacidad de los usuarios y la ciberseguridad.

En general, la DMA en sus artículos 6(3), 6(7) y 7, toma en consideración un contexto en específico para adoptar un enfoque respecto a la interoperabilidad. Por ejemplo, el artículo 7 exige al guardián de acceso que preste servicios de comunicaciones interpersonales hacerlos interoperables con los servicios de otro proveedor que ofrezca o tenga la intención de ofrecer dichos servicios, proporcionando interfaces técnicas necesarias o soluciones similares, previa solicitud y de forma gratuita del actual o potencial proveedor.

En contraposición a la redacción actual, había propuestas que sugerían que el *gatekeeper* proporcionara a los programas de terceros la misma funcionalidad que implementa en su propia versión integrada del servicio. Esto significaba que el rival pudiera ofrecer toda la funcionalidad que el propio sistema operativo de la plataforma ofrece a sus clientes, eliminando la posibilidad de que los competidores obtengan una interoperabilidad técnica degradada¹⁸.

La DMA se publicó el 14 de septiembre de 2022, tras su adopción formal por el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo. Según lo señalado en su artículo 54, su aplicación comenzó a regir de manera diferida: para algunos apartados a partir del 2 de mayo de 2023, mientras que, para otros, desde el 25 de junio de 2023, encontrándose plenamente vigente en la actualidad.

2. Descripción de su contenido

Tal y como se mencionó, la principal innovación de la DMA es el establecimiento de criterios regulatorios que permiten designar e identificar a los guardianes de acceso o *gatekeepers* con el objetivo de influir en la competencia, garantizando la equidad, disputabilidad y transparencia en los entornos digitales, protegiendo, a su vez, los derechos de los usuarios y sus datos.

favorablemente, ni en la clasificación ni en las funciones relacionadas de indexado y rastreo, a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso que a los servicios o productos similares de terceros. El guardián de acceso aplicará condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias a dicha clasificación”.

¹⁸ SCOTT, CRAWFORD, CRÉMER, DINIELLI, FLETCHER, HEIDHUES, SCHNITZER (2021) p. 38.

De acuerdo con esta regulación, los mercados digitales se encuentran dominados por un selecto grupo de plataformas en línea que mantienen gran influencia en los distintos mercados en los que actúan, afectando a los consumidores que utilizan estos servicios digitales, ya sea en la forma de usuarios profesionales o usuarios finales.

Para enfrentar los desafíos que los mercados digitales presentan, la DMA define las obligaciones y prohibiciones a las que estarán sujetos los guardianes de acceso, estableciendo procedimientos de auditoría y supervisión para velar por el cumplimiento de aquellas, además de la realización de investigaciones de mercado que permitirán actualizar las obligaciones de estos guardianes y prever medidas correctoras para hacer frente a infracciones sistemáticas a la DMA.

Las sanciones por incumplir lo establecido en la ley son altas. Varían desde multas del 10 % del volumen de negocios total anual mundial de la empresa, hasta el 20 % en caso de infracciones reiteradas. Además, existen multas coercitivas periódicas de hasta el 5 % del volumen de negocios medio diario y medidas correctoras adicionales adaptadas a la falta cometida, pudiendo ser estructurales o de comportamiento, tales como la cesión de partes de una empresa o la prohibición de tomar parte en una operación de concentración relacionada con los servicios básicos de la plataforma u otros servicios prestados en el sector digital o que posibiliten la recopilación de datos¹⁹.

Para ser designado como un *gatekeeper* se debe cumplir con los siguientes requisitos:

- i) tener gran influencia en el mercado interior de la Unión Europea;
- ii) prestar un servicio básico de plataforma, que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales y
- iii) tener actualmente –o que sea previsible que alcance en el futuro próximo– una posición afianzada y duradera en lo que respecta a sus operaciones²⁰.

La DMA presume que una empresa cumple con el primer requisito cuando la empresa consiga un volumen de negocios anual en la Unión Europea igual o superior a siete mil quinientos millones de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, o cuando su capitalización de mercado ascienda como mínimo a setenta y cinco mil millones de euros en el último ejercicio, además de prestar el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembro²¹.

¹⁹ UNIÓN EUROPEA (2022) artículo 18(2).

²⁰ *Op. cit.* artículo 3 (1).

²¹ *Op. cit.* artículo 3 (2), letra a).

El segundo requisito se cumple cuando la plataforma proporciona un servicio básico que, en el último ejercicio, haya tenido al menos cuarenta y cinco millones mensuales de usuarios finales activos y al menos diez mil usuarios profesionales activos anuales²².

Por último, el tercer requisito se concreta cuando los umbrales del número de usuarios previamente descritos se hayan alcanzado en cada uno de los dos últimos ejercicios financieros²³.

La DMA proporciona dos vías para designar a una empresa como *gatekeeper*:

- i) todos los umbrales relacionados al volumen de negocios y usuarios finales se cumplen –artículo 3(2) – o
- ii) no se cumplen todos los umbrales, pero sí los requisitos cualitativos descritos en el artículo 3(1) –tener gran influencia, ser una puerta de acceso y una posición afianzada y duradera–.

En este último caso, la Comisión debe realizar una investigación de mercado considerando distintos elementos para designar al *gatekeeper*, tales como: el tamaño y posición de la empresa, usuarios profesionales y finales, efectos de red, escala, entre otros.

Hasta el momento, la DMA ha definido como *gatekeepers* a seis compañías:

- i) Alphabet (empresa matriz de Google y Android);
- ii) Amazon;
- iii) Apple;
- iv) ByteDance (empresa matriz de Tik Tok);
- v) Meta (empresa matriz de Facebook, Instagram, WhatsApp y otras)
- y
- vi) Microsoft (empresa matriz de LinkedIn).

Asimismo, ha elaborado una lista con veintidós plataformas/servicios críticos²⁴ prestados por estos guardianes de acceso.

Las principales obligaciones y prohibiciones que establece la DMA se resumen en el siguiente cuadro:

²² UNIÓN EUROPEA (2022) artículo 3 (2), letra b).

²³ *Op. cit.* artículo 3 (2), letra c).

²⁴ Un motor de búsqueda (Google); una plataforma para compartir videos (YouTube); dos grandes servicios de comunicación (Facebook Messenger y WhatsApp, ambos de propiedad de Meta); dos navegadores web (Chrome y Safari); tres de los sistemas operativos más populares (Google Android, iOS y Microsoft Windows); tres servicios de publicidad en línea (Amazon, Google y Meta); cuatro redes sociales (Facebook, Instagram, LinkedIn y Tik Tok); seis plataformas de intermediación (Amazon Marketplace, Google Maps, Google Play, Google Shopping, iOS App Store y Meta Marketplace).

Obligación/Prohibición	Artículo
Prohibición del tratamiento, combinación o cruce de datos personales de usuarios finales en general o con fines publicitarios. Prohibición de utilizar datos de usuarios profesionales en el contexto del uso de los servicios básicos de la plataforma o servicios prestados junto o en apoyo de los servicios básicos de la plataforma del <i>gatekeeper</i>.	Artículo 5(2) y artículo 6(2)
Prohibición de cláusulas de paridad: no se impedirá a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a través de otras plataformas o de su propio canal de venta a precios o condiciones diferentes de los que se ofrecen en la plataforma del <i>gatekeeper</i>. Además, se permitirá comunicar y promover ofertas con condiciones diferentes de formas gratuita, independiente si para este fin se utilizan servicios de la plataforma del <i>gatekeeper</i>.	Artículos 5(3) y 5(4)
El guardián de acceso no le exigirá a usuarios profesionales o finales que se suscriban o registren en servicios básicos de plataforma adicional como condición para poder utilizar cualquiera de los servicios prestados por la plataforma del <i>gatekeeper</i>. También dará acceso a los instrumentos de medición del rendimiento del <i>gatekeeper</i> y a los datos necesarios para que puedan realizar su propia verificación independiente.	Artículo 5(8) y artículo 6(8)
Obligación de transparencia sobre rendimiento publicitario: el <i>gatekeeper</i> deberá proporcionar a cada anunciante que lo solicite información diaria y gratuita sobre cada uno de sus anuncios.	Artículos 5(9) y 5(10)
Obligación de permitir dar de baja suscripciones: El <i>gatekeeper</i> permitirá y posibilitará a los usuarios finales desinstalar con facilidad cualquier aplicación del sistema operativo de dicho guardián. A su vez, permitirá modificar la configuración por defecto del sistema operativo, del asistente virtual y del navegador web cuando estos orienten a los usuarios finales a productos o servicios ofrecidos por el <i>gatekeeper</i>.	Artículo 6 (3)
Obligación de permitir <i>sideloading</i>: el <i>gatekeeper</i> permitirá la instalación y el uso efectivo de aplicaciones informáticas o tiendas de aplicaciones de terceros que utilicen su sistema operativo o interoperen con él y permitirá el acceso a estas por medios distintos a los servicios prestados por el <i>gatekeeper</i>. No impedirá, tampoco, que los usuarios finales puedan decidir si configurar estas aplicaciones como opción por defecto.	Artículo 6(4)

Prohibición de <i>self-preferencing</i> : el <i>gatekeeper</i> no tratará más favorablemente, ni en la clasificación ni en las funciones relacionadas de indexado y rastreo, a sus servicios y productos ofrecidos que sean similares a los de terceros.	Artículo 6(5)
Prohibición de restringir el cambio (<i>switching</i>): el <i>gatekeeper</i> no restringirá la capacidad de los usuarios finales para cambiar entre diferentes aplicaciones y servicios y suscribirse a ellos, ni tampoco lo hará en lo que respecta a elección de servicios de acceso a internet.	Artículo 6(6)
Obligación de interoperabilidad: el <i>gatekeeper</i> permitirá a los prestadores de servicio y suministradores de <i>hardware</i> interoperar de forma gratuita con las mismas funciones del <i>hardware</i> y <i>software</i> prestados o suministrados por el <i>gatekeeper</i> . Ello, con independencia de si las funciones forman o no parte del sistema operativo. Las funcionalidades básicas de los servicios de comunicaciones del <i>gatekeeper</i> también deben ser interoperables con los servicios de comunicaciones de otro proveedor que ofrezca o tenga la intención de ofrecer tales servicios, garantizando funcionalidades básicas tales como: mensajes de texto, intercambios de imágenes, mensajes de voz, llamadas, videollamadas, etcétera.	Artículo 6(7) y artículo 7 (completo)
Portabilidad de datos: el guardián de acceso proporcionará a los usuarios finales y a terceros autorizados por un usuario final, a petición de estos y de forma gratuita, la portabilidad efectiva de los datos proporcionados por el usuario final.	Artículo 6 (9)
Obligación de acceso a datos: el <i>gatekeeper</i> proporcionará a los usuarios profesionales y a terceros autorizados por un usuario profesional, a petición de estos y de forma gratuita, el acceso efectivo, de calidad, continuo y en tiempo real a los datos agregados o desagregados, y el uso de tales datos, incluidos los datos personales, que se proporcionen o generen en utilización de los servicios de la plataforma. También proporcionará a terceras empresas proveedoras de motores de búsqueda en línea, a petición de estas, el acceso en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias a datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones relacionadas a la búsqueda gratuita y de pago generados por los usuarios finales en sus motores de búsqueda en línea. El <i>gatekeeper</i> aplicará a los usuarios profesionales condiciones generales equitativas, razonables y no discriminatorias de acceso a sus tiendas de aplicaciones informáticas, motores de búsqueda en línea y servicios de redes sociales en línea.	Artículos 6 (10), 6(11) y 6(12)

Tras su designación como *gatekeepers*, tienen el deber de proporcionar en el plazo de seis meses, un informe describiendo de manera detallada y transparente las medidas que han aplicado para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Estos informes²⁵ se encuentran actualmente disponibles en la página web de la DMA²⁶ y deben ser actualizados al menos una vez al año.

Por último, la Comisión podrá abrir una investigación de mercado cuando:

- i) pretenda designar a un nuevo guardián de acceso o determinar qué servicios básicos de plataforma han de enumerarse en la decisión de designación;
- ii) exista un incumplimiento sistemático por parte de un *gatekeeper* previamente designado; y
- iii) pretenda analizar si deben añadirse a la lista de servicios básicos de plataforma uno o más servicios del sector digital, o con el fin de detectar prácticas que limiten la disputabilidad de los servicios básicos de plataforma.

Por su parte, tres o más Estados miembro de la Unión Europea pueden solicitar a la Comisión la apertura de una investigación de mercado en el caso de que existan motivos razonables para suponer que una empresa deba ser designada como guardián de acceso o que deban añadirse a la lista de servicios básicos de plataforma nuevos servicios o se presenten nuevas prácticas que puedan limitar la disputabilidad de dichos servicios básicos. En el caso de que se trate de un incumplimiento sistemático, bastará con que un Estado miembro lo solicite.

En el contexto de estas investigaciones y con el fin de ejercer sus funciones, la Comisión podrá, por medio de una solicitud o decisión, exigir a las empresas o asociaciones de empresas que faciliten información, otorguen acceso

²⁵ Los seis *gatekeepers* hasta ahora designados presentaron sus informes, los que se encuentran disponibles en los siguientes links: Alphabet Inc., publicado el 7 de marzo de 2024. Disponible en <https://transparencyreport.google.com/report-downloads> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024]. Amazon.com Inc., publicado en marzo de 2024. Disponible en www.aboutamazon.eu/news/policy/amazon-and-the-digital-markets-act [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024]. Apple Inc., publicado el 7 de marzo de 2024. Disponible en www.apple.com/legal/dma/dma-ncs.pdf [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024]. ByteDance Ltd., no indica fecha de publicación. Disponible en www.tiktok.com/transparency/en/dma-transparency-2023/ [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024]. Meta Platforms Inc., publicado el 6 de marzo de 2024. Disponible en <https://transparency.fb.com/sr/meta-compliance-report-2024> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024]. Microsoft Corporation, publicado el 6 de marzo de 2024. Disponible en www.microsoft.com/en-us/legal/compliance/dmcompliance [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

²⁶ En línea <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/reports/compliance-reports> [fecha de consulta: 17 de octubre de 2024].

a datos o algoritmos y que entreguen explicaciones sobre los mismos²⁷, además de tener competencia para realizar entrevistas, tomar declaraciones²⁸ y realizar inspecciones²⁹.

3. Primer año de implementación: lecciones

Si bien las plataformas designadas como guardianes de acceso han cumplido con las obligaciones impuestas en la DMA, su implementación no ha estado exenta de críticas.

Una de las principales se relaciona con la excesiva rigidez que se le imputa. En este sentido, distintos autores³⁰ consideran que, al ser en extremo inflexible y amplia, la DMA no tendría la capacidad de adaptarse a todos los modelos de negocios o mercados que podrían abarcar los servicios digitales. Esto se da, en parte, debido a que se configura como una regulación *ex ante* que proporciona más certeza respecto de los sujetos regulados —en contraste con una intervención *ex post*³¹—, pero a costa de reducir la flexibilidad que tiene un enfoque regulatorio centrado en el caso a caso³². Lo descrito, es particularmente preocupante, dado que la DMA pretende establecer reglas claras para mercados que son en sí dinámicos y que, en consecuencia, necesitan de normativas ágiles que puedan adaptarse a los rápidos cambios que sufren los negocios digitales.

De esto se deducen en esencia dos riesgos: que las reglas sean poco efectivas debido a

- i) incertezas legales relacionadas a las obligaciones impuestas en la DMA, que, si bien pretenden regular un “sector”³³ de manera preventiva, terminan compartiendo características con las leyes de competencia de aplicación general y

²⁷ UNIÓN EUROPEA (2022) artículo 21.

²⁸ *Op. cit.* artículo 22.

²⁹ *Op. cit.* artículo 23.

³⁰ JENNY (2021); SOKOL (2021) y LEMUS & KOKKORIS (2021).

³¹ Mientras que una regulación económica *ex ante* impone obligaciones prescriptivas, lo que otorga mayor determinación respecto de las obligaciones y, por ende, los incumplimientos a los que pueden estar sujetos las firmas, las leyes de competencia proscriben conductas y establecen prohibiciones, lo que implica un análisis particular de cada caso y, junto con ello, variados tipos de soluciones a las problemáticas presentadas.

³² AKMAN (2021).

³³ Definir a los guardianes de acceso como un sector de la economía sería errado, pues se acercan más a entidades, no obstante, tampoco pueden ser completamente asimilables ambos conceptos, porque la DMA no pretende regular un tipo de línea de negocios con un único propósito.

- ii) cambios materiales respecto de los hechos que hacen aplicable la normativa³⁴.

Lo cierto es que las obligaciones impuestas en la DMA regulan la actividad –servicios digitales– de un tipo particular de entidades –plataformas–, mediante reglas de conducta prescriptivas y proscriptivas que se traslapan con potenciales infracciones a las normas de competencia. En efecto, un mismo comportamiento puede ser objeto de una investigación bajo la DMA o bajo las reglas de competencia de la Unión Europea, sin que existan reglas que esclarezcan de manera explícita si un procedimiento debe prevalecer por sobre el otro o las reglas que aplican para la coordinación de ambos.

Asimismo, no es clara la diferencia práctica entre las obligaciones y prohibiciones normadas en los artículos 5 y 6, ni tampoco cómo se pretende aplicar de manera indiscriminada un set de reglas a distintos tipos de servicios y plataformas, ya que son variados los negocios que lleva a cabo un guardián de acceso: desde servicios de publicidad a servicios de red social, medios de comunicación masivos o servicios de intermediación en línea, entre otros. En este sentido, se ha sugerido que un mejor enfoque sería adoptar un marco de obligaciones separado para cada servicio que ofrece la plataforma principal, por ejemplo, un listado de obligaciones respecto de motores de búsqueda, otro para *marketplaces*, etcétera³⁵.

Adicionalmente, la DMA pretende alcanzar dos objetivos en un solo instrumento. Por un lado, la contestabilidad de los mercados y, por el otro, la equidad en el comportamiento de las grandes plataformas digitales. Sin embargo, estas exigencias son establecidas sin definir de manera explícita lo que se debe entender por “contestabilidad”³⁶ y “equidad”³⁷, pareciendo prevalecer una por sobre la otra.

Si se analiza de manera global la DMA, puede apreciarse que, en general, se busca asegurar un “campo de juego equitativo” que pondera evitar exclusividades mediante herramientas preventivas y prohibiciones, pero no ahonda en un sistema de corrección de la explotación de poder de mercado³⁸.

³⁴ AKMAN (2021) p. 17.

³⁵ *Op. cit.* p. 28.

³⁶ Al respecto, se ha interpretado por “contestabilidad” como la “promoción de la entrada de nuevas empresas en los mercados principales y adicionales donde operan los gatekeepers, así como en otros mercados donde no están presentes”. [Traducción libre]. PETIT (2021) p. 21.

³⁷ Por su parte, la “equidad” a la que se refiere la DMA se ha entendido como a que “las reglas del juego establecidas por los gatekeepers no deben crear desequilibrios de cara a los usuarios profesionales y usuarios finales, ni establecerse de manera que los beneficie desproporcionadamente” [traducción libre]. *Ibid.*

³⁸ “En términos de competencia, la infraestructura legal del DMA se inclina más hacia el régimen de ‘igualdad de oportunidades’ que se encuentra en el artículo 106 del TFUE sobre

II. MERCADOS DIGITALES EN CHILE: REGULACIÓN, DECISIONES Y JURISPRUDENCIA

1. *Regulación de libre competencia aplicable a los mercados digitales*

La legislación chilena de libre competencia no contempla regulaciones específicas a mercados digitales, siéndoles aplicable el Decreto Ley n.º 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (DL 211).

Esta norma –que tiene por objetivo promover y defender la libre competencia en los mercados³⁹, adicionalmente a regular a los organismos encargados de darle aplicación–, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Fiscalía Nacional Económica (FNE), tipifica las infracciones a la libre competencia o ilícitos anticompetitivos⁴⁰.

Por una parte, el inciso primero de su artículo 3.º contempla una cláusula general, que dispone que cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos, ejecutados o celebrados de forma individual o colectiva constituye una infracción al DL 211.

En su inciso segundo enumera de forma no taxativa ciertas conductas que corresponderían a hechos, actos o convenios que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, como son las prácticas concertadas que involucren a competidores⁴¹, el abuso de una posición dominante en el mercado⁴², las prácticas predatorias o de competencia desleal⁴³ y la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o como director de empresas competidoras entre sí, o *interlocking*⁴⁴.

Asimismo, el DL 211 determina que son ilícitos anticompetitivos el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o actos que impliquen la concesión de monopolios para el ejercicio de actividades económicas sin mediar autorización legal⁴⁵ y la omisión de informar a la FNE de la adquisición por parte de

empresas con derechos especiales y exclusivos, que hacia un sistema de corrección de la explotación del poder de mercado, como lo prevé el artículo 102 del TFUE”. PETIT (2021) p. 21.

³⁹ Decreto Ley n.º 211 (1973) artículo 1.

⁴⁰ Para mayor información sobre el funcionamiento de la institucionalidad de libre competencia en Chile y las atribuciones del TDLC y la FNE, véase CARRASCO y RIESCO (2022) pp. 321-368.

⁴¹ Artículo 3 inciso segundo letra a), Decreto Ley n.º 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia (1973).

⁴² Decreto Ley n.º 211 (1973) artículo 3 inciso segundo letra b).

⁴³ *Op. cit.* artículo 3 inciso segundo letra c)

⁴⁴ *Op. cit.* artículo 3 inciso segundo letra d).

⁴⁵ *Op. cit.* artículo 4.

una empresa o entidad integrante de su grupo empresarial de participación en más del 10 % del capital de una empresa competidora⁴⁶.

Esta norma también contempla la facultad de la FNE de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados (artículo 39 letra p), los que permiten a esta institución realizar investigaciones sobre mercados completos, incluyendo, sin duda, mercados digitales.

Por otra parte, el título IV del DL 211 establece el deber de notificar a la FNE, de forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile cuando los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan alcanzado o superado en el ejercicio anterior, separada y conjuntamente, ciertos montos de venta fijados por la FNE⁴⁷.

Al ser notificada, la FNE realizará una investigación para efectos de determinar si la operación de concentración que se proyecta resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, pudiendo aprobarla pura y simplemente en caso de descartar esta aptitud, aprobarla sujeta al cumplimiento de medidas que se requieran para que carezca de esta o, bien, prohibirla⁴⁸.

La infracción a este deber de notificación de una operación de concentración⁴⁹, la contravención del deber de no perfeccionarla una vez notificada a la FNE estando pendiente su aprobación (*gun jumping*)⁵⁰, el incumplimiento de las medidas con que se haya aprobado, su perfeccionamiento habiéndose prohibido esta por la FNE o el TDLC⁵¹ o la entrega de información falsa al notificarla, están también tipificados como ilícitos anticompetitivos en el artículo 3.º bis del DL 211.

Todas estas disposiciones son, por tanto, aplicables a mercados digitales, al igual que en mercados tradicionales.

Sin perjuicio de lo anterior, atendida la creciente importancia de las innovaciones y tecnologías vinculadas a la digitalización, uso y acceso a la información en el desarrollo de muchas industrias, que habrían llevado a la aparición o profundización de mercados digitales, la FNE incluyó en su más reciente *Guía para el análisis de operaciones de concentración horizontales*, publicada el año 2022, lineamientos de análisis de competencia dinámica e innovación, plataformas y mercados digitales⁵².

⁴⁶ Decreto Ley n.º 211 (1973) artículo 4 bis.

⁴⁷ *Op. cit.* artículo 48

⁴⁸ En contra de la resolución que la prohíba el notificante puede interponer un recurso de revisión especial ante el TDLC. *Op. cit.* artículos 54 a 57.

⁴⁹ *Op. cit.* artículo 3 bis letra a).

⁵⁰ *Op. cit.* artículo 3 bis letra b).

⁵¹ *Op. cit.* artículo 3 bis letra d).

⁵² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022) p. 3.

Al respecto, la FNE señala que los mercados digitales serían un caso particular de plataforma, caracterizada por un uso de datos y tecnologías intensivo. Sin pretensiones de taxatividad, señala que existirían las siguientes categorías:

“i) Plataformas digitales de información; ii) Plataformas digitales de comunicación; iii) Plataformas digitales de intermediación de bienes y/o servicios; iv) Plataformas digitales para cadenas de suministro y logística (*supply chain* and *logistics platforms*); v) Plataformas digitales que facilitan la contratación de capital humano (*task platforms*); y, vi) Plataformas digitales que facilitan sistemas de pago y otros servicios financieros (*fintech*)”⁵³.

Otra relevante característica de las plataformas digitales sería la presencia y relevancia en estas de efectos de red, positivos o negativos, que implicarían que la valoración de la plataforma para cada usuario dependa del número de usuarios del mismo grupo o lado que la utilizan (efectos de red directos) o, bien, de otros grupos o lados que la utilizan (efectos de red indirectos)⁵⁴.

Así, considerando estas particularidades, la FNE indica que la definición de mercado relevante que realice para efectos de analizar una operación de concentración que involucre plataformas digitales deberá considerar la interacción entre diversos grupos de usuarios⁵⁵. Asimismo, señala que el análisis competitivo de esta puede realizarse considerando una definición de mercado relevante que involucre a todos los grupos de usuarios de las plataformas o, bien, definiendo por cada lado de la plataforma un mercado relevante, pero teniendo en consideración las relaciones entre los mercados que atienden⁵⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, aclara que, en su análisis competitivo, se enfocará en determinar los posibles efectos en la competencia de la operación de concentración por sobre la realización de una definición precisa de mercado relevante⁵⁷. Así, tomará en consideración en este los posibles efectos de la operación de concentración en todos los lados del mercado, aun cuando uno de ellos tenga un precio cero, y evaluará la presión competitiva que productos no digitales puedan ejercer en los mercados digitales y a la inversa⁵⁸.

Según expone en su *Guía*, el análisis que realice abarcará tanto la dimensión horizontal como vertical o de conglomerado de la operación de concentra-

⁵³ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022) párr. 98.

⁵⁴ *Op. cit.* párr. 100.

⁵⁵ *Op. cit.* párr. 101.

⁵⁶ *Op. cit.* párr. 102.

⁵⁷ *Op. cit.* párr. 103.

⁵⁸ *Op. cit.* párr. 104.

ción, y respecto de la primera, analizará con mayor detención los efectos competitivos en mercados en los que:

- i) un agente económico pueda eliminar a competidores potenciales o entrantes recientes que pudieran desafiar su posición competitiva;
- ii) se puedan generar riesgos de menoscabo de variables distintas del precio, como términos de uso de plataformas o incentivos a innovar de las partes de la operación de concentración;
- iii) se puedan gatillar estrategias de monetización de plataformas no transaccionales y
- iv) como consecuencia de la combinación de ciertos activos de información de las partes de la operación se facilite el levantamiento de barreras a la entrada o expansión que puedan generar un debilitamiento de la competencia en caso de que esto les otorgue una ventaja competitiva difícil de replicar para otros actores⁵⁹.

Adicionalmente a estas consideraciones, la *Guía* se refiere a dos aspectos que serían relevantes para el análisis competitivo de mercados digitales: el *tipping*, producto de los efectos de red propios de estos y el uso de datos.

En relación con el primero, explica que, en mercados de plataformas, la confluencia de efectos positivos de red y economías de escala podría generar que los mercados deriven en *tipping*, consistente en que

“una vez superada una determinada escala de operación, los mercados tiendan a concentrarse y eventualmente a cerrarse bajo un único actor o uno dominante”⁶⁰.

Señala que el *tipping* puede ser propiciado por una operación de concentración o prácticas que limiten las posibilidades de cambio de plataforma por parte de usuarios u obedecer a una tendencia previa del mercado. Sin perjuicio de cuál sea su causa, la FNE analizará en todos los casos las posibilidades de disputar la posición de la plataforma digital líder del mercado a través de innovaciones disruptivas que puedan producir otros actores, y si el perfeccionamiento de la operación de concentración puede modificar estas posibilidades⁶¹.

Respecto del riesgo de *tipping* en un mercado de plataformas digitales, la *Guía* enumera como características que favorecerían la existencia y desarrollo de diversos actores en estos

- i) la presencia de restricciones de capacidad en la provisión de productos;

⁵⁹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022) párr. 105.

⁶⁰ *Op. cit.* párr. 108.

⁶¹ *Op. cit.* párr. 109.

- ii) la existencia de posibilidades de diferenciación entre plataformas digitales;
- iii) la compatibilidad entre plataformas digitales y
- iv) la presencia de bajos costos de cambio para los consumidores⁶².

Así, distingue entre plataformas *multi-homing*, esto es, aquellas que los usuarios utilizan en simultáneo con otras que prestan el mismo servicio, de las *single-homing*, cuyo uso no contempla otras alternativas⁶³. Los efectos de red indirectos de una plataforma no necesariamente inducirán a altos grados de concentración tratándose de plataformas *multi-homing*, sin perjuicio de que la existencia de *multi-homing* podría indicar una cercanía competitiva entre las partes de una operación de concentración⁶⁴.

Luego, en relación con el uso de datos en mercados digitales, la *Guía* hace presente que los datos obtenidos a través de este tipo de plataformas suelen ser un insumo relevante tanto en el mismo mercado como en otros⁶⁵. Así, señala que la FNE podrá evaluar la existencia de *big data* y ponderar la importancia de este insumo en la capacidad de los agentes económicos para competir, y en el caso en que los datos se transen en el mercado, este será estudiado bajo los lineamientos de análisis de mercados de bienes diferenciados⁶⁶.

La *Guía* indica que podrían existir efectos horizontales en el uso estratégico de datos, lo que se contrapondría a las posibles eficiencias que se generarían de contar con mejores datos⁶⁷. Luego, la posibilidad de interoperar o utilizar conjuntamente bases de datos por parte de plataformas digitales que se fusionan podría dificultar la entrada o expansión de competidores en el mercado si esta operación les otorga una ventaja competitiva significativa y no replicable para sus competidores⁶⁸.

Por último, señala que, en caso de que la operación de concentración permita a las partes obtener poder de mercado, y si lo anterior posibilita la obtención de una cantidad aún mayor de información por medio de políticas de privacidad más invasivas, se podría generar un efecto que haría que esa plataforma digital tendiera a fortalecer progresivamente su posición.

⁶² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022) párr. 110.

⁶³ *Op. cit.* párr. 111.

⁶⁴ *Op. cit.* párr. 112.

⁶⁵ *Op. cit.* párr. 113.

⁶⁶ *Op. cit.* párr. 114.

⁶⁷ *Op. cit.* párr. 115.

⁶⁸ *Op. cit.* párr. 116.

2. Pronunciamientos relevantes de la FNE respecto de mercados digitales en Chile

Atendido lo descrito, se analizan a continuación los principales casos que la FNE ha resuelto respecto de mercados digitales, emitidas en el marco de análisis de operaciones de concentración, en investigaciones por eventuales infracciones al DL 211 y como resultado del estudio de la evolución competitiva del mercado del hospedaje.

Se hace presente que no se tratan en este artículo pronunciamientos del TDLC relacionados con mercados y plataformas digitales, puesto que aquellos emitidos a la fecha se han referido solo tangencialmente a las condiciones de competencia en estos⁶⁹.

a. Decisiones emitidas por la FNE en investigaciones
de control de operaciones de concentración.

i. Adquisición de control
sobre Cornershop por Walmart⁷⁰

Con fecha 11 de enero del año 2019, la FNE aprobó de forma pura y simple la operación de concentración consistente en la compra por Walmart Chile S.A. (Walmart) del negocio de servicios de compra y entrega a domicilio de productos consumibles *on demand* de Cornershop Technologies LLC (Cornershop)⁷¹, la que finalmente no se materializó por decisión de las empresas.

A la fecha de la notificación de esta operación, Walmart tenía por principal línea de negocios los supermercados, y contaba en Chile con actividades a través de distintos formatos de tiendas físicas y a través del comercio electrónico con su sitio web corporativo⁷². Por su parte, Cornershop era una aplicación digital para teléfonos celulares que ofrecía servicios en línea de compra y entrega a domicilio de productos consumibles *on demand*⁷³.

⁶⁹ Véanse (i) la resolución n.º 64 del TDLC de fecha 13 de mayo de 2021 dictada en el procedimiento no contencioso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rol n.º NC-461-2019 y (ii) los acuerdos extrajudiciales entre la FNE y Uber, Pedidos Ya y Rappi, aprobados por el TDLC con fecha 28 de diciembre de 2023 en los procedimientos roles n.ºs AE-29-2023, AE-30-2023 y AE-31-2023. Disponibles en https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=2&idCausa=42167, https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42413 y https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42415 [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

⁷⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º F161-2018.

⁷¹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019b) rol n.º F161-2018.

⁷² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019a) rol n.º F161-2018, párr. 5.

⁷³ *Op. cit.* párr. 6.

La FNE caracterizó la industria en que se desenvolvían Walmart y Cornershop como aquella de comercio electrónico o *e-commerce*, que comprendería los intercambios de bienes o servicios producidos a través de internet, en este caso compras a supermercados, mediante una plataforma web o el uso de una aplicación para teléfono móvil⁷⁴.

Por otra parte, la FNE describió a Cornershop como una plataforma de múltiples lados en la que interactuaban

- i) consumidores o usuarios;
- ii) tiendas que comercializaban sus productos a través de esta aplicación;
- iii) los *shoppers* o compradores que llevaban a cabo el pedido, efectuando la compra y entregándola en el domicilio del consumidor y
- iv) las marcas comerciales que publicitaban sus productos en la plataforma⁷⁵.

Para efectos de analizar la operación de concentración en comento, la FNE constató que existían entre Walmart y Cornershop relaciones tanto verticales como horizontales. Por una parte, observó que entre las aplicaciones móviles y los sitios web de supermercados podía existir un grado de presión competitiva, pero, por otro lado, que entre las aplicaciones móviles y las cadenas de supermercados existiría una relación vertical, dados los servicios de venta y entrega a domicilio de los productos comercializados por supermercados ofrecidos por las primeras a los segundos⁷⁶.

En cuanto a los riesgos horizontales, la FNE optó por el escenario más estricto para hacer su análisis y consideró a los servicios en línea de supermercados como competidores de las plataformas⁷⁷.

Como resultado de su análisis, descartó que la operación de concentración produjera una disminución de la presión competitiva⁷⁸, pero hizo hincapié en la incertidumbre sobre las condiciones futuras de competencia del mercado, dado su carácter dinámico y la movilidad en las participaciones de sus principales actores. Apuntó a que las ventas en línea constituían un medio de comercialización aún incipiente en Chile, y que este era un medio en fuerte expansión, por lo que era dable observar variaciones desde el punto de vista de la oferta en el futuro⁷⁹.

⁷⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019a) rol n.º F161-2018. párr. 13.

⁷⁵ *Op. cit.* párr. 24.

⁷⁶ *Op. cit.* párrs. 35 a 37.

⁷⁷ *Op. cit.* párr. 60.

⁷⁸ *Op. cit.* párr. 61.

⁷⁹ *Op. cit.* párrs. 63 y 64.

En cuanto a los riesgos verticales, analizó como posibles aristas:

- i) el bloqueo de otras plataformas de comercialización en línea, generado por la posibilidad de que Walmart, producto de la operación de concentración, tendiera a inhibir la entrada o expansión de otras plataformas similares a Cornershop, negándoles la comercialización de sus productos⁸⁰;
- ii) el debilitamiento de la competencia en el segmento de supermercados, por una posible restricción del acceso a la plataforma Cornershop para cadenas de supermercados competidoras de Walmart⁸¹ y
- iii) el uso de la información sensible de competidores⁸².

La FNE descartó todos estos riesgos.

Sin perjuicio de haber descartado tanto los riesgos horizontales como verticales, producto de la operación de concentración, la FNE destacó que su análisis recayó sobre un mercado con especial dinamismo, cuya evolución en el tiempo no era previsible, debiendo acotarse este al caso específico que estudió⁸³.

Asimismo, señaló:

“el acceso a información de competidores que las plataformas digitales entregan podría tener un potencial efecto pro-clusivo u otros efectos potencialmente indeseables en el mercado, lo que se podría acrecentar en caso de que exista un aumento importante de las ventas de supermercados realizadas a través del canal *on-line* y/o que aumente el número de supermercados competidores de Walmart que distribuyan sus productos a través de Cornershop”⁸⁴.

Dado lo anterior, estimó recomendable observar la evolución de la industria y las posibles interrelaciones que pudieran producirse entre supermercados por su participación en la venta a través de plataformas en línea⁸⁵.

ii. Adquisición de Cornershop por Uber⁸⁶

Con fecha 29 de mayo de 2020 la FNE aprobó de manera pura y simple la operación de concentración relativa a la adquisición de acciones de Corner-

⁸⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019a) rol n.º F161-2018, párr. 67.

⁸¹ *Op. cit.* párr. 72.

⁸² *Op. cit.* párr. 77.

⁸³ *Op. cit.* párr. 85.

⁸⁴ *Op. cit.* párr. 85.

⁸⁵ *Op. cit.* párr. 86.

⁸⁶ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º F217-2019.

shop Technologies LLC (Cornershop) por parte de Uber Technologies, Inc. (Uber)⁸⁷.

A la fecha de la notificación de esta operación de concentración en octubre de 2019, la empresa Uber contaba en Chile con plataformas que ofrecían, por una parte, el servicio de intermediación para el transporte de personas (Uber Rides) y, por otra, los servicios de compra y entrega a domicilio de comida preparada (Uber Eats)⁸⁸, mientras que Cornershop con una plataforma que proveía los servicios de compra en línea y entrega a domicilio de bienes, principalmente de supermercados⁸⁹.

La operación de concentración notificada por Uber y Cornershop a la FNE, que era parte de una transacción internacional, consistía en la adquisición por parte del primero del negocio de compra y entrega a domicilio de bienes consumibles *on demand* de Cornershop⁹⁰.

La FNE determinó que estas empresas se desarrollaban en la industria de plataformas digitales, que describió como:

“un elemento fundamental para la innovación y la economía digital que ayudan a converger, facilitar y vincular interacciones entre diversos agentes a través del uso de la tecnología de la información y de las comunicaciones”⁹¹.

Expuso que los elementos que las diferenciarían de los mercados tradicionales serían:

- i) la existencia de efectos de red en su operación, y que su arquitectura sobre la base de módulos generaría vínculos entre diferentes componentes que configuran ecosistemas, lo que, a su vez, produciría complementariedades entre servicios y funcionalidades afines;
- ii) el carácter de insumo esencial de la información recopilada de los usuarios, que permitiría una mejor adaptación a sus necesidades y que podría monetizarse a través de complejas cadenas de valor;
- iii) el papel esencial de la innovación en ellas que, dada su naturaleza dinámica y de rápida evolución, les permitiría mejorar el valor del negocio frente a sus competidores y
- iv) la incertidumbre y difícil predictibilidad en la evolución de los mercados en que participan, dada la aparición de innovaciones disruptivas que pueden generar *winner-takes-all markets*⁹².

⁸⁷ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020b) rol n.º F217-2019.

⁸⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020a) rol n.º F217-2019, párr. 13.

⁸⁹ *Op. cit.* párr. 14.

⁹⁰ *Op. cit.* párrs. 15 y 16.

⁹¹ *Op. cit.* párr. 21.

⁹² *Op. cit.* párr. 22.

La FNE propuso la existencia de cinco tipos de plataformas, dependiendo del tipo de servicio que ofrecen:

“(a) plataformas de información (motores de búsqueda); (b) plataformas de comunicación (redes sociales); (c) plataformas de intermediación de bienes y/o servicios; (d) plataformas que facilitan la contratación de capital humano (*task platforms*); y (e) plataformas que facilitan sistemas de pago y otros servicios financieros (*fintech*)”⁹³.

Atendidas las actividades desarrolladas por Uber y Cornershop, la FNE circunscribió su análisis en plataformas digitales que permiten acceder a bienes o servicios de terceros, tales como *marketplaces* y plataformas de intermediación o plataformas colaborativas. Señaló que por medio de cualquiera de estos era posible conectar la demanda con la oferta de forma rápida y poco costosa, lo que desestructuraría la cadena de suministro tradicional⁹⁴.

De entre este tipo de plataformas, describió que aquellas especializadas en entregar productos desde un comercio hasta el consumidor final habían tenido una fuerte evolución en Chile en razón del aumento de las ventas en línea impulsado por el comercio electrónico o *e-commerce*⁹⁵. La FNE ilustró lo anterior señalando que mientras las ventas de comercio electrónico en el año 2015 fueron de USD 2 480 millones, el año 2019 habrían ascendido a USD 6 079 millones⁹⁶.

Para esta operación, la FNE analizó riesgos horizontales y de conglomerado. En cuanto a los riesgos horizontales, se enfocó en dos de ellos.

El primero es el riesgo de eliminación de un competidor potencial. La FNE señaló que el escenario contrafactual más probable de la operación de concentración habría implicado el ingreso de Uber como plataforma digital de productos de supermercado, por lo que sería relevante evaluar los efectos de la pérdida de ese competidor en el desarrollo del mercado⁹⁷.

Como segundo riesgo horizontal, la FNE analizó la disminución de los incentivos a innovar. Estimó que la innovación sería un elemento constitutivo de los mercados afectados por la operación de concentración y formaría parte de las actividades habituales de las empresas que participan en estos, puesto que estas últimas

“son el resultado de un proceso de desarrollo iterativo, cuyo atractivo o potencial competitivo proviene de su permanente evolución y de la

⁹³ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020a) rol n.º F217-2019 párr. 23.

⁹⁴ *Op. cit.* párr. 29.

⁹⁵ *Op. cit.* párr. 30.

⁹⁶ *Op. cit.* párr. 31.

⁹⁷ *Op. cit.* párr. 138.

efectividad con que constantemente resuelven los desafíos técnicos y mejoran los servicios ofrecidos”⁹⁸.

Ambos riesgos fueron descartados dado que se concluyó que de perfeccionarse la operación habrían existido suficientes actores con posibilidades de desarrollo innovativo en la industria⁹⁹.

Respecto de riesgos de conglomerado, la FNE hizo presente que:

“si bien hay cierto consenso a nivel comparado acerca de que la generalidad de las operaciones de concentración de conglomerado no reviste mayores aprensiones de competencia, en el caso de mercados digitales, los efectos de red, las economías de escala y de ámbito, amplifican los eventuales efectos (positivos y negativos) de operaciones de conglomerado”¹⁰⁰.

Las posibles amenazas identificadas por la FNE en esta materia, sin embargo, fueron descartadas completamente.

Por último, en cuanto a las condiciones de entrada y expansión al mercado en análisis, concluyó que, aunque sus características daban cuenta de la existencia de ciertos factores que harían tender a costos crecientes de entrada, no habrían existido a la fecha de la aprobación de la operación de concentración limitaciones relevantes para la expansión ni barreras de entrada sustanciales que impidieran o restringieran el ingreso o reacomodo de actores a este¹⁰¹.

En efecto, por una parte, en su investigación contó con antecedentes de proyectos de expansión relevantes por parte de cadenas de supermercados y de plataformas competidoras, y evidencia de crecimiento relevante de actores en el mercado¹⁰². Por otra parte, sobre la oportunidad de entrada a dicho mercado, los antecedentes con los que contó la FNE habrían dado cuenta de que estos cumplirían con los estándares de oportunidad normales¹⁰³. Finalmente, respecto de la suficiencia de la entrada, estimó que los proyectos de sus competidores podrían ejercer presión competitiva relevante a la entidad fusionada en un futuro mediano¹⁰⁴.

⁹⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020a) rol n.º F217-2019, párr. 166.

⁹⁹ *Op. cit.* párr. 174.

¹⁰⁰ *Op. cit.* párr. 178.

¹⁰¹ *Op. cit.* párr. 332.

¹⁰² *Op. cit.* párrs. 324 y 325.

¹⁰³ *Op. cit.* párr. 328.

¹⁰⁴ *Op. cit.* párr. 331.

b. Decisiones emitidas por la FNE en investigaciones por infracciones al DL 211 y estudios de mercado

i. Denuncia de Marcel Soulodre Vaillant y otro contra MercadoLibre.com¹⁰⁵

El día 27 de enero de 2010 la FNE desestimó sin investigación previa una denuncia contra MercadoLibre.com por supuestas conductas anticompetitivas relativas a cobros indebidos y excesivos, por estimar que no daba cuenta de la existencia de hechos, actos o convenciones que pudieran ser considerados como contrarios a la libre competencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.º del DL 211¹⁰⁶.

Sin perjuicio de la escasa información disponible respecto al contenido de esta denuncia y de las consideraciones de la FNE, al realizar el correspondiente examen de admisibilidad, la resolución que la desestimó señala que se caracterizó a la plataforma como una de tipo *Marketplace*.

Por una parte, la FNE afirmó que, dadas las economías de red existentes en ese tipo de actividad, era necesaria una importante inversión en publicidad para contar con el número de usuarios que permitiría operar de forma rentable. Sin perjuicio de lo anterior, señaló que no se observaban barreras a la entrada adicionales a estas inversiones, dado que los costos de instalación de un nuevo sitio serían en general bajos¹⁰⁷.

Por otra parte, expuso no haber constatado que MercadoLibre.com gozara de una posición dominante en el mercado (para el cual no da definición), pero que aún, en caso de que lo fuese, su política de cobro a usuarios no podría calificarse de excesiva dado que de su análisis observó que esta plataforma no contaba con “rentas sobrenormales”¹⁰⁸.

ii. Denuncia contra Mercado Libre por servicios de transporte y logística¹⁰⁹

Con fecha 22 de septiembre de 2020 la FNE archivó sin iniciar investigación una denuncia presentada por un particular en mayo del mismo año en contra de Mercado Libre Chile Limitada (Mercado Libre) respecto de sus servicios de transporte y logística¹¹⁰, prestados a través de Chilexpress S.A. (Chilexpress) y Blue Express.

¹⁰⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º 1591-2009.

¹⁰⁶ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2010) rol n.º 1591-2009.

¹⁰⁷ *Op. cit.* c. 1.

¹⁰⁸ *Op. cit.* c. 2.

¹⁰⁹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º 2624-2020.

¹¹⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020d) rol n.º 2624-2020.

La denuncia habría señalado que Chilexpress ofrecería tarifas diferenciadas, dependiendo de si el envío de paquetes se realizaba a través de la plataforma de Mercado Libre con el servicio Mercado Envíos o de forma particular, siendo su valor muy superior en este último caso. Lo anterior no permitiría a los proveedores o usuarios vendedores competir a través de su propia página web, lo que haría impracticable la venta en línea directa de productos dentro de cierto rango de precios¹¹¹. Asimismo, la denuncia solicitó examinar antecedentes que darían cuenta de cláusulas abusivas impuestas por Mercado Libre a los usuarios vendedores de su plataforma, contenidas en su términos y condiciones de uso¹¹².

Al analizar la denuncia, la FNE determinó que Mercado Libre operaba en el mercado de las plataformas digitales de intermediación de compra y venta de productos, que serían aquellas que entregan servicios a compradores y vendedores de forma simultánea al facilitar sus interacciones, beneficiándose la plataforma por su modelo de negocios caracterizado por el cobro de una comisión por venta efectuada¹¹³.

Señaló que, dadas estas características,

“estas plataformas son típicamente analizadas como mercados de ‘dos lados’ o de dos grupos de usuarios. La estrategia de estas plataformas, usualmente consiste en hacer crecer uno de los ‘lados’, por ejemplo, la cantidad de vendedores que ofrecen sus productos en la plataforma, con la finalidad de mejorar su capacidad para atraer usuarios del otro ‘lado’, es decir, más compradores (y/o viceversa). Esto es posible debido a que en estos mercados, al menos uno de los grupos de usuarios, valora positivamente la presencia del otro”¹¹⁴.

La FNE evaluó, en primer lugar, si Mercado Libre habría tenido poder de mercado para uno o ambos lados de su plataforma. Concluyó que era improbable que tuviese, tanto del lado del usuario vendedor como del usuario comprador un grado de poder de mercado suficiente para que le permitiera distorsionar el proceso competitivo:

“pues incluso si en la actualidad tuviese una participación de mercado mayoritaria (considerando solamente las plataformas y no otras opciones de ventas en línea), la dinámica observada en el crecimiento de plataformas competidoras y la entrada de nuevos operadores dan cuenta de que sería una situación que no debiese perdurar en el tiem-

¹¹¹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020c) rol n.º 2624-2020, párr. 2.

¹¹² *Op. cit.* párr. 3.

¹¹³ *Op. cit.* párr. 7.

¹¹⁴ *Op. cit.* párr. 8.

po, lo que impide, en último término, sostener que tenga actualmente una posición dominante de la cual pueda abusar”¹¹⁵.

En cuanto al carácter dinámico de los mercados analizados, la FNE destacó:

“la literatura especializada ha indicado que en los mercados en los cuales estas plataformas operan, se puede observar una sucesión de firmas periódicamente desplazando a sus predecesoras, tomando su lugar. Esta no sería una competencia en el clásico sentido estático, con una serie de rivales que compiten simultáneamente en base a precio. En cambio, sería una competencia dinámica, basada en la innovación y que ocurriría con el paso del tiempo”¹¹⁶.

En segundo lugar, analizó las condiciones de tarificación de los servicios vigentes a la fecha de su análisis entre Mercado Libre, Chilexpress y Blue Express, y estimó que, si bien los usuarios vendedores de Mercado Libre habrían accedido a tarifas preferenciales usando la modalidad Mercado Envíos de la plataforma en comparación con aquellas asociadas al envío del producto por fuera de la plataforma¹¹⁷, esto podía responder a diferentes explicaciones comerciales razonables¹¹⁸. Sumado a lo anterior, no observó obstáculos a que las plataformas en general, y entre ellas Mercado Libre, contrataran con otras empresas de paquetería, y a la inversa¹¹⁹.

iii. Denuncia de la Municipalidad de Providencia contra Pedidos Ya, Rappi y Uber¹²⁰

Con fecha 20 de abril de 2021, la FNE archivó la denuncia de la Municipalidad de Providencia recibida con fecha 19 de noviembre de 2020 en contra de las plataformas Pedidos Ya Chile SpA (Pedidos Ya), Rappi Chile SpA (Rappi) y Uber Chile SpA (Uber) por el desarrollo de negocios en el mercado de los restaurantes y supermercados en la modalidad de *dark kitchens* y *dark stores*¹²¹, esto es, negocios que solo ofrecen sus productos a través de servicios de entrega a domicilio, sin contar con instalaciones para atender a público directamente¹²².

¹¹⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020c) rol n.º 2624-2020, párr. 36.

¹¹⁶ *Op. cit.* párr. 35.

¹¹⁷ *Op. cit.* párr. 37.

¹¹⁸ *Op. cit.* párrs. 38 a 41.

¹¹⁹ *Op. cit.* párr. 42.

¹²⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º 2639-2020.

¹²¹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021b) rol n.º 2639-2020.

¹²² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021a) rol n.º 2639-2020, nota al pie n.º 1.

La FNE describió a Pedidos Ya, Rappi y Uber como plataformas de intermediación de compra y entrega de productos, que contaban con aplicaciones para dispositivos móviles y páginas web que habrían permitido a sus usuarios realizar pedidos de comida y otros productos a domicilio. Así, actuarían como intermediadoras entre los locales asociados a estas, repartidores y consumidores¹²³. Asimismo, señaló que podían servir diferentes segmentos simultáneamente como: restaurantes, farmacias, supermercados u otros o, bien, especializarse en uno¹²⁴.

De los antecedentes recabados, la FNE constató que las *dark kitchens* y *dark stores* eran modelos de negocio que se encontraban en una etapa incipiente de desarrollo por parte de este tipo plataformas¹²⁵. Así, solo Pedidos Ya y Rappi lo habían desarrollado¹²⁶, existiendo en el caso de la primera integración vertical, y sus ventas eran un porcentaje pequeño de aquellas totales en el segmento de supermercado que se realizaban en estas plataformas¹²⁷.

Recalcando el incipiente estado de desarrollo de este modelo de negocios, que permitía a las plataformas participar directa o indirectamente en el mercado de restaurantes y supermercados, la FNE descartó que tuviera a la fecha de su análisis la aptitud de afectar los procesos competitivos en esos mercados¹²⁸.

- iv. Investigación iniciada de oficio por la FNE
por el establecimiento de restricciones verticales
por parte de Pedidos Ya, Rappi y Uber
en los contratos celebrados con sus locales asociados¹²⁹

Con fecha 20 de abril de 2021 la FNE, de oficio, dio inicio a una investigación relativa al establecimiento de restricciones verticales por parte de Pedidos Ya, Rappi y Uber en los contratos celebrados con sus locales asociados a raíz de los antecedentes que recabó en el marco del análisis de admisibilidad de una denuncia de la Municipalidad de Providencia¹³⁰, abordada en el apartado precedente.

Esta investigación se acotó a los servicios ofrecidos mediante plataformas digitales de compra y entrega de productos de restaurantes en Chile. Por otra parte, definió restaurantes registrados en plataformas como:

¹²³ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021a) rol n.º 2639-2020, párr. 5.

¹²⁴ *Op. cit.* párr. 6.

¹²⁵ *Op. cit.* párr. 12.

¹²⁶ *Op. cit.* párrs. 8 a 10.

¹²⁷ *Op. cit.* párr. 11.

¹²⁸ *Op. cit.* párr. 12.

¹²⁹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º 2653-2020.

¹³⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación rol n.º 2639-2020.

“aquellos establecimientos que ofrecen a través de plataformas alimentos y/o bebidas preparadas para su consumo en el local, para llevar y/o para entrega a domicilio a través de socios repartidores, incluyendo restaurantes de servicio completo, restaurantes de comida rápida, pizzerías, cafeterías y postres, entre otros”¹³¹.

En el marco de esta investigación, la FNE constató en los términos y condiciones, acuerdos comerciales o contratos suscritos entre estas plataformas y sus respectivos restaurantes asociados la presencia generalizada de cláusulas de nación más favorecida o cláusulas de paridad de precios, entendidas como:

“todas aquellas cláusulas, obligaciones, prácticas o condiciones comerciales conforme a las cuales se impide o restringe a los Restaurantes Asociados ofrecer sus productos a precios más bajos en otros canales de ventas, tales como Plataformas competidoras y/o canales propios con o sin reparto, ya sea que se establezca dicha obligación expresa y/o formalmente, o a través de otras prácticas que generen los mismos efectos y/o riesgos”¹³².

Estas cláusulas podrían, según apreció la FNE, generar efectos o riesgos nocivos en la competencia en los mercados, concretamente la disminución de la competencia entre plataformas digitales de restaurantes y la exclusión de plataformas actuales o potenciales, en perjuicio con los consumidores¹³³.

Por su parte, se percató de la presencia acotada en estos acuerdos comerciales o contratos de cláusulas de exclusividad entre Uber, Pedidos Ya y Rappi con algunos de sus restaurantes asociados, así como en el caso de Uber y Pedidos Ya, acuerdos de semiexclusividad, entendiendo por las primeras:

¹³¹ Cláusulas primeras de los acuerdos extrajudiciales entre la FNE y Uber, Pedidos Ya y Rappi, presentados al TDLC en los procedimientos roles n.ºs AE-29-2023, AE-30-2023 y AE-31-2023, respectivamente. Estos acuerdos extrajudiciales constan a fojas 4 a 11, 1 a 7 y 1 a 7, respectivamente, de los expedientes de dichos procedimientos. Disponibles en https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42413, https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42414 y https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42415 [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

¹³² Cláusulas segundas de los acuerdos extrajudiciales entre la FNE y Uber, Pedidos Ya y Rappi, presentados al TDLC dando inicio a los procedimientos roles n.ºs AE-29-2023, AE-30-2023 y AE-31-2023, respectivamente. Estos acuerdos extrajudiciales constan a fojas 4 a 11, 1 a 7 y 1 a 7, respectivamente, de los expedientes de dichos procedimientos. Disponibles en https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42413, https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42414 y https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42415 [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

¹³³ *Ibid.*

“todas aquellas cláusulas, obligaciones, condiciones o prácticas comerciales existentes entre Restaurantes Asociados y Plataformas Digitales de Restaurantes, que impiden a los Restaurantes Asociados comercializar sus productos en otras Plataformas Digitales de Restaurantes, ya sea que se establezca dicha obligación expresa y/o formalmente, o a través de otras prácticas que generen los mismos efectos y/o riesgos”¹³⁴

y por los segundos:

“todas aquellas cláusulas, obligaciones, condiciones o prácticas comerciales existentes entre Restaurantes Asociados y Plataformas Digitales de Restaurantes, en virtud de las cuales se establece un límite máximo de Plataformas Digitales de Restaurantes que pueden contratar simultáneamente los Restaurantes Asociados, ya sea que se establezca dicha obligación expresa y/o formalmente, o a través de otras prácticas que generen los mismos efectos y/o riesgos”¹³⁵.

Apuntó a que, si bien estos tipos de cláusulas eran acotados a la fecha de la investigación, su proliferación podría generar o tender a generar riesgos o efectos anticompetitivos, por lo que determinó seguir monitoreando la evolución del mercado¹³⁶.

En el marco de esta investigación, la FNE presentó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acuerdos extrajudiciales con Uber, Pedidos Ya y Rappi, que fueron aprobados por este¹³⁷.

v. Estudio de mercado de hospedaje¹³⁸

Con fecha 4 de abril de 2024, la FNE publicó el informe final de su estudio de mercado de hospedaje, por el que propuso la implementación de nueve medidas

¹³⁴ Cláusulas terceras de los acuerdos extrajudiciales entre la FNE y Uber, Pedidos Ya y Rappi, presentados al TDLC dando inicio a los procedimientos roles n.ºs AE-29-2023, AE-30-2023 y AE-31-2023, respectivamente. Estos acuerdos extrajudiciales constan a fojas 4 a 11, 1 a 7 y 1 a 7, respectivamente, de los expedientes de dichos procedimientos. Disponibles en https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42413, https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42414 y https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42415 y [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Véanse las resoluciones de fecha 28 de diciembre de 2023 en los procedimientos roles n.ºs AE-29-2023, AE-30-2023 y AE-31-2023, respectivamente. Disponibles en https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42413, https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42414 y https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=1&idCausa=42415 [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

¹³⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Investigación FNE rol n.º EM08-2023.

regulatorias para fortalecer la competencia y fomentar el desarrollo de dicha actividad.

Al caracterizar este mercado, la FNE describió como, con la llegada de las plataformas para la intermediación de hospedajes, operó un cambio radical en su modelo de funcionamiento¹³⁹:

“pasando de ser un mercado en el que los consumidores usualmente disponían de menos alternativas, enfrentaban mayores costos de búsqueda, y a su vez no podían contar con suficiente información sobre la calidad de los mismos; a un mercado fuertemente intermediado por las plataformas digitales, que proveen información relevante para la toma de decisiones de los consumidores, permitiendo la comparación prácticamente inmediata entre bienes o servicios equivalentes, reduciendo los costos de búsqueda”¹⁴⁰.

Esta evolución habría traído consigo beneficios tales como la reducción de los costos de transacción, el aumento de la variedad de oferentes y la existencia de sistemas de calificación¹⁴¹, así como también problemas jurídicos:

“Uno de ellos, respecto del derecho de propiedad y el derecho de los copropietarios, concretamente cuando se trata de alojamientos turísticos que pertenecen a un edificio, condominio u otra forma de copropiedad, a la explotación comercial de inmuebles de uso habitacional, además de una serie de otros conflictos asociados a la densidad poblacional de algunos sectores; y, por otro lado, a la protección a los consumidores –sobre todo respecto a la seguridad del alojamiento–, al empleo que se crea a través de su uso, a la recaudación de impuestos asociados al servicio y al resguardo de los datos personales que se recolectan a través del uso de estas plataformas. En este sentido, se plantea el desafío de adaptar los marcos normativos de forma tal que, a la hora de ofrecer el servicio de alojamiento a través de plataformas, se aminoren los conflictos asociados a su uso y que permitan una libre competencia efectiva entre los oferentes, sin afectar el crecimiento económico, la innovación y la competitividad del mercado que se pretende regular”¹⁴².

Sobre la mutación del mercado de hospedaje por la llegada de plataformas para la intermediación de hospedajes y otros servicios, una de las recomendaciones de implementación de medidas regulatorias por parte de la FNE

¹³⁹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2024) rol n.º EM08-2023, párr. 55.

¹⁴⁰ *Op. cit.* párr. 214.

¹⁴¹ *Op. cit.* párr. 56.

¹⁴² *Op. cit.* párr. 57.

fue reconocer regulatoriamente a las agencias de viaje en línea (OTA), plataformas que permiten la búsqueda, comparación y reserva de hospedajes en línea, y que funcionan como intermediarios entre proveedores de servicios como hoteles o apartamentos, y consumidores finales y sujetarlos al cumplimiento de obligaciones legales para operar en el mercado¹⁴³. Luego, recomendó el registro de las OTA que superaran un cierto umbral de ventas por intermediación de servicios finales prestados en Chile ante el Servicio Nacional de Turismo¹⁴⁴.

Por último y, si bien no estimó pertinente realizar recomendaciones de medidas regulatorias al respecto, uno de los análisis de posibles limitantes a la competencia en el mercado de hospedaje que realizó la FNE en el marco de este estudio de mercado se refirió a la sugerencia de precios algorítmicos por las OTA a los hospedajes. A partir de los que concluyó que las sugerencias de precios tenían un impacto en los precios cobrados por los alojamientos, lo que probaría que las OTA tenían la capacidad de influir en una medida importante en estos¹⁴⁵.

Asimismo, observó que en ese entonces predominaba un efecto procompetitivo de estas sugerencias, puesto que el precio cobrado tendía a ser menor cuando el mecanismo de sugerencia estaba activado. Sin embargo, señaló que lo anterior era sin perjuicio de que, de avanzarse en el uso de las OTA, ese resultado podría cambiar en el futuro¹⁴⁶.

CONCLUSIÓN

¿ES LA DMA UN MODELO A SEGUIR EN CHILE?

Tomando en consideración lo expuesto en este artículo, parece prematuro adelantar si se debe o no implementar una regulación de mercados digitales en Chile, en especial si el ejemplo en la materia –la DMA– lleva recién un año desde su entrada en vigor. Ahora bien, esto no obsta que se pueda analizar la efectividad de esta herramienta a la luz de las críticas que al respecto se han señalado y de la normativa de libre competencia.

En este sentido, cabe destacar que los objetivos preventivos que la DMA persigue parecen no cumplirse a cabalidad. Ciertamente, una regulación *ex ante* trae aparejados beneficios tales como: velocidad en su aplicación, certeza legal sobre lo que está (o no) permitido y la prevención de prácticas anticompe-

¹⁴³ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2024) rol n.º EM08-2023, párrs. 495 a 499.

¹⁴⁴ *Op. cit.* párrs. 500 a 506.

¹⁴⁵ *Op. cit.* párr. 486.

¹⁴⁶ *Op. cit.* párr. 486.

titivas que tengan efectos a largo plazo. Sin embargo, la DMA regula la materia de manera tal que las obligaciones de los *gatekeepers* no son autoejecutables (salvo respecto a la presentación de informes de cumplimiento) ni tampoco más ágiles, ya que se encarga, además, de establecer conductas prohibidas que, por lo tanto, se encuentran supeditadas a sanciones que deben ser precedidas de una investigación. Es decir, adopta también un enfoque correctivo.

Cabe hacer la pregunta entonces: ¿es la DMA una herramienta preventiva, correctiva, disuasiva o todas las anteriores?

Por una parte, la rigidez de la normativa no parece ser apta para adecuarse al dinamismo de este tipo de servicios, cuya forma de operar cambia día a día y, por ende, necesita poder adaptarse a circunstancias específicas, volviendo a surgir la normativa *ex post* como una alternativa eventualmente preferible.

Por otro lado, la implementación de una regulación *ex ante* puede conllevar un debilitamiento en la persecución *ex post* de las conductas que se pretenden evitar, tanto desde la elección de dónde se invierten los recursos públicos como en cuanto a los efectos que la decisión tendrá en la prevención general de dichas conductas. En consecuencia, los costos de la regulación preventiva en esta materia parecen ser excesivos al no evidenciarse claramente los beneficios que trae aparejados.

En Chile la conclusión pareciera ser la misma, pero sus fundamentos distintos, en tanto los mercados digitales locales son todavía incipientes o, al menos, esa ha sido la perspectiva que ha adoptado la FNE en la materia.

Asimismo, y sin perjuicio de que en el futuro la situación podría cambiar, los casos que hasta el momento se han conocido, han podido abordarse de manera exitosa sin nuevos instrumentos, bastando para ello el control de operaciones de concentración, las investigaciones respecto a restricciones verticales y los estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, todos llevados a cabo por las distintas divisiones de la FNE.

En efecto, los análisis realizados por la Fiscalía en los casos descritos dan cuenta de que se han atendido varios de los riesgos que la DMA regula, tales como: prevención de bloqueos por parte de plataformas digitales, evitar debilitamientos de la competencia por restricciones de acceso, uso de la información sensible de competidores o usuarios de la plataforma, papel esencial de la innovación en las plataformas, entre otras.

En lo que al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia compete, dicha judicatura aún no se ha pronunciado sobre casos sustantivamente relevantes en lo que a plataformas digitales respecta, pudiendo ser la demanda de Copesa S.A. en contra de Google LLC y Alphabet Inc.¹⁴⁷, la primera.

¹⁴⁷ TDLC (2024), rol C-505-2024, demanda de Copesa S.A. contra Google LLC y Alphabet Inc.

Así las cosas, mientras no se verifiquen razones fundadas que decanten en la necesidad de la creación de un nuevo marco regulatorio para este tipo de plataformas y mientras no se tenga claridad sobre los fines que dicha normativa buscaría, lo aconsejable parece ser no dar saltos al vacío.

BIBLIOGRAFÍA

- AKMAN, Pinar (2021): "Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act". Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3978625 [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- CARRASCO, Nicolás y RIESCO, Ricardo (2022): "Entendiendo la Ley 20.945: Historia, evolución de su tramitación y principales aportes", en Vásquez, Omar y Valdés, Domingo (coords.), *Nuevo régimen de libre competencia* (Santiago, Rubicón).
- CENTROCOMPETENCIA (CeCo) (2019): *Glosario*. Disponible en <https://centrocompetencia.com/glosario/> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- CRANE, Daniel A. (2024): "Defining Relevant Markets in Digital Ecosystems", *Journal of Law & Innovation*, vol. 7 No. 1.
- DEPARTMENT OF JUSTICE Y FEDERAL TRADE COMMISSION (2023): *Merger Guidelines*. Disponible en www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023_merger_guidelines_final_12.18.2023.pdf
- FLETCHER, Amelia; CRAWFORD, Gregory; CRÉMER, Jacques; DINIELLI, David; HEIDHUES, Paul; LUCA, Michael; SALZ, Tobias; SCHNITZER, Monika; SCOTT, Fiona; SEIM, Katja; SIKINSON, Michael (2021): "Consumer protection for online markets and large digital platforms", *Digital Regulation Project. Consumer Protection for Online Markets and Large Digital Platforms. Policy Discussion Paper No. 1*. Disponible en <https://tobin.yale.edu/sites/default/files/2022-11/Digital%20Regulation%20Project%20-%20Consumer%20Protection%20-%20Discussion%20Paper%20No%201.pdf> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- HOVENKAMP, Herbert (2024): *Tech monopoly* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press).
- JENNY, Frédéric (2021): "El llamado a la cautela de Frédéric Jenny en economía digital y las reacciones de agencias de competencia y regulaciones". Disponible en <https://centrocompetencia.com/frederic-jenny-forocompetencia-economia-digital-agencias-competencia-regulaciones/> [fecha de consulta: 18 de diciembre 2024].
- LEMUS, Claudia & KOKKORIS, Ioannis (2021): "Competition enforcement in digital platforms: A fragmented response to a global challenge". Disponible en <https://centrocompetencia.com/competition-enforcement-in-digital-platforms-a-fragmented-response-to-a-global-challenge/> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- MOTTA, Massimo (2022): "Self-Preferencing and Foreclosure in Digital Markets: Theories of Harm for Abuse Cases", *BSE Working papers* 1374: pp. 1-31.

- OECD (2020): "Abuse of dominance in Digital Markets", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 256 (Paris, OECD Publishing). Disponible en <https://doi.org/10.1787/4c36b455-en> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- PETT, Nicolas (2021): "The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review". Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3843497> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3843497> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- SCOTT, Fiona; CRAWFORD, Gregory; CRÉMER, Jacques; DINIELLI, David; FLETCHER, Amelia; HEIDUES, Paul; SCHNITZER, Monika (2021): "Equitable Interoperability: The 'Supertool' of Digital Platform Governance", *Digital Regulation Project. Consumer Protection for Online Markets and Large Digital Platforms. Policy Discussion Paper* No. 4. Disponible en <https://tobin.yale.edu/sites/default/files/2022-11/Digital%20Regulation%20Project%20-%20Equitable%20Interoperability%20-%20Discussion%20Paper%20No%204.pdf> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].
- SOKOL, Daniel, (2021): "Consejos y advertencias de Sokol sobre los desafíos de la economía digital". Disponible en <https://centrocompetencia.com/consejos-y-advertencias-de-sokol-sobre-los-desafios-de-la-economia-digital/> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

Normas

- UNIÓN EUROPEA (2022): *Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales)* (12/10/2022). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32022R1925> [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2018].
- Decreto Ley n.º 211 (1973), que fija normas para la defensa de la libre competencia.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2022): *Guía para el análisis de operaciones de concentración horizontales*. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2024].

Jurisprudencia

- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2010): rol n.º 1591-2009. Resolución en la investigación, 27 de enero de 2010.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019a): rol n.º F161-2018. Informe de aprobación en investigación, 11 de enero de 2019.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2019b): rol n.º F161-2018. Resolución de aprobación en investigación, 11 de enero de 2019.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020a): rol n.º F217-2019. Informe de aprobación en investigación, 29 de mayo de 2020.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020b): rol n.º F217-2019. Resolución de aprobación en investigación, 29 de mayo de 2020.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020c): rol n.º 2624-2020. Minuta de archivo en investigación, 22 de septiembre de 2020.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020d): rol n.º 2624-2020. Resolución en investigación, 22 de septiembre de 2020.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021a): rol n.º 2639-2020. Minuta de archivo en investigación, 20 de abril de 2021.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021b): rol n.º 2639-2020. Resolución en investigación, 20 de abril de 2021.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2024): rol n.º EM08-2023. Informe final del estudio de mercado de hospedaje en investigación, abril de 2024.

TDLC (2024), rol C-505-2024, demanda de Copesa S.A. contra Google LLC y Alphabet Inc, 1 de marzo de 2024.