

PLATAFORMAS DIGITALES Y DEPENDENCIA ECONÓMICA ¿ESPACIO PARA UNA TEORÍA DE DAÑO A LA COMPETENCIA SIN DOMINANCIA?

Germán Johansen y Andrés González

Plataformas digitales y dependencia económica ¿Espacio para una teoría de daño a la competencia sin dominancia?

Mayo 2021



Germán Johanssen

Abogado de la Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho (LL.M.) en Propiedad Intelectual y Libre Competencia, MIPLC (Munich Intellectual Property Law Center). Investigador Académico en el Max Planck Institute for Innovation and Competition (Alemania). Doctorando en Derecho, especializado en economía de datos y nuevas tecnologías, Ludwig-Maximilians-Universität München. Trabajó previamente en la Fiscalía Nacional Económica.



Andrés González

Abogado de la Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho (LL.M.) en Law & Economics de University College of London. Trabajó previamente como relator abogado del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y como abogado senior de la Empresa Nacional del Petróleo. Actualmente es Oficial de Cumplimiento de libre competencia y medio ambiente en Cencosud S.A.

Las plataformas digitales intermediarias de tipo transaccional (e.g. Amazon; Mercado Libre) tienden a generar relaciones de dependencia económica respecto de quienes comercializan a través suyo. Esto eleva los costos de proveedores y usuarios para cambiarse de plataforma. De ser así, la dependencia económica puede ser un factor determinante para que una plataforma alcance el punto de inflexión o *tipping point* que le permita ganar todo el mercado. Esta realidad ha abierto el debate a nivel internacional sobre cómo abordar casos de abuso de dependencia económica en el contexto digital, relevando las dificultades que tiene la regla de la dominancia para abordarlos. Desde un enfoque basado en el tipo de poder económico que posee una plataforma, en este trabajo argumentamos que el marco legal chileno permitiría abordar correctamente el escenario descrito cuando (i) el abuso se realiza por quien detenta poder dominante. Sin embargo, (ii) si la conducta abusiva permite alcanzar poder de dominio —i.e. la firma no lo posee al momento de ejecutar la conducta— no es evidente que el marco legal otorgue una respuesta adecuada para proteger la competencia. En los mercados de plataformas digitales existe mayor riesgo de este último escenario. Frente a esto, presentamos una interpretación legal a favor de una teoría de daño a la competencia en el contexto de una plataforma digital que se sirve de sus relaciones de dependencia para *alcanzar* poder dominante, concluyendo que no se requeriría una reforma legal para abordar este tipo de riesgos.

Este trabajo se divide del siguiente modo. **Primero**, describimos brevemente la racionalidad económica de las plataformas digitales intermediarias y la dependencia económica que pueden generar en quienes interactúan a través suyo. **Segundo**, distinguimos dos tipos de poder económico —poder de dominio y poder negociador desigual— y explicamos su fundamento normativo a la luz de prácticas comerciales que una plataforma podría realizar en un contexto de dependencia económica. **Tercero**, analizamos el marco legal chileno relevante para abordar casos de abuso de dependencia económica. Para ello dividimos la sección de acuerdo con los dos escenarios mencionados en el párrafo anterior. **Cuarto**, concluimos.

I. PLATAFORMAS Y DEPENDENCIA ECONÓMICA

A medida que las transacciones —tanto económicas como sociales— se trasladan a Internet, el protagonismo de las plataformas digitales intermediarias (en adelante, “plataformas”) en la economía se ha acentuado, ya que facilitan la interacción entre distintos agentes económicos que participan a través suyo (e.g., usuarios-compradores, proveedores-vendedores). A nivel mundial, estas han alcanzado gran tamaño, pasando en

algunos casos a formar parte de conglomerados digitales con presencia multinacional, entre los que se encuentran los llamados Gigantes Tecnológicos¹. En Chile, si bien hay presencia consolidada de plataformas que basan su negocio en explotar la atención de los usuarios (e.g. redes sociales o plataformas de videos), en otros sectores se encuentran en primeras fases de expansión (e.g. *e-commerce*)².

En su etapa expansiva o de desarrollo, las plataformas buscan aumentar la masa crítica de usuarios y proveedores que interactúan en ellas. En términos generales, mientras más miembros en un lado, más es valorada por los miembros de ese y/o de los otros lados (efectos de red directos e indirectos)³. Asimismo, mientras más miembros, más y mejores datos, lo que permite mejorar el servicio/experiencia del usuario (efectos de red basados en datos)⁴. Es decir, al actuar como intermediaria, la plataforma capta rentas, pero también internaliza las externalidades positivas, añadiéndole valor a su infraestructura. La retroalimentación positiva generada por estos efectos de red, sumado a las economías de escala y ámbito, puede llevar a que una plataforma alcance un tamaño en que, para sus rivales, ya no es rentable competir.⁵ Ese punto de inflexión—también conocido como *tipping point*— permite a la plataforma *ganar-todo-el-mercado*⁶. Esta lógica económica define cómo y con qué fin las plataformas compiten.

Por otra parte, el modelo de negocio de las plataformas busca crear una relación de largo plazo con usuarios y proveedores⁷. Así, la plataforma puede hacerle seguimiento a quienes participan en ella (vía cuentas y dispositivos personales) y extraer datos para crear perfiles, estudiar preferencias y predecir comportamientos⁸. Esto genera eficiencias relacionadas con la personalización de servicios, lo que permite reducir los esfuerzos de hacer coincidir la oferta y la demanda. La información obtenida del análisis de datos genera un valor que, sumado a las externalidades positivas de red, aumenta el costo que para usuarios y proveedores significa cambiarse de plataforma⁹. Respecto de los usuarios, los costos de cambio podrían reducirse si estos interactúan a través de varias plataformas (*multi-homing*)¹⁰. Sin embargo, muchas veces eso es solo aparente, ya que los usuarios incurren en costos de conveniencia o la plataforma puede buscar estrategias diferenciadoras para impedirlo¹¹. Respecto de los proveedores, los costos de cambio dependen también de si debieron adecuar su tecnología y modelo de negocio a los

1 Entre ellos, Google, Apple, Facebook, Amazon.

2 *Denuncia de restricciones verticales en contra de Mercado Libre*. FNE, Rol N° 2624-20, Informe de Archivo (2020), https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/09/inpu_2624_2020.pdf.

3 *Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.*, FNE, Rol F217-2019, Informe de Aprobación (2020), 7; Ver también, *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) Finding of facts 30 y 36.

4 Ver e.g., Stigler Center for the Study of the Economy and the State, *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report* (Septiembre, 2019), [link](#) [Reporte Stigler] 50 et seq.

5 Ver e.g., Jason Furman et al., *Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel* (marzo, 2019), [link](#) [Reporte Furman] 4. Ver también Jense-Uwe Franck y Martin Peitz, "Market Definition and Market Power in the Platform Economy", CERRE (mayo, 2019), 73 et seq.

6 Franck y Peitz, "Market Definition and Market Power in the Platform Economy", 73 et seq.

7 Ver e.g., Marc Bourreau y Alexandre de Streel, "Digital Conglomerates and EU Competition Policy", CERRE (marzo, 2019).

8 Ver Reporte Stigler, Reporte Furman, así como Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer, *Competition policy for the digital era. Final Report* (Bruselas: European Commission, 2019), [link](#) [Reporte Cremer].

9 Franck y Peitz (n 5) 78.

10 Ver Bourreau y de Streel, "Digital Conglomerates and EU Competition Policy", 76.

11 Ver e.g., Reporte Stigler, 43 y 61.

requerimientos de una plataforma específica¹².

El aumento de los costos de cambio puede hacer ilusorio que un proveedor migre de plataforma¹³ y siga operando de forma económicamente viable. Ello resulta en una asimetría de poder negociador en desmedro del proveedor. En otras palabras, existe lo que en doctrina comparada se conoce como *dependencia económica*¹⁴. Esta característica del mercado no es infrecuente en la industria *retail*¹⁵, en sectores agroindustriales¹⁶ y en plataformas digitales¹⁷. Sin embargo, en este último caso las relaciones de dependencia económica pueden ser un factor determinante en la carrera por *ganar-todo-el-mercado*, ya que permiten asegurar una masa crítica de clientes que no migrará de plataforma. Por lo mismo, es crucial entender en qué circunstancias estas relaciones de dependencia generarán ventajas ilegítimas que obstruyan la libre competencia.

II. PODER DOMINANTE Y PODER NEGOCIADOR DESIGUAL

La dependencia económica da cuenta de una distribución desigual del poder negociador. Ese desequilibrio le permite, a quien ostenta dicho poder, ejercer estrategias de negociación agresivas tanto a nivel contractual (e.g. ventas atadas, interrupción arbitraria de relaciones comerciales) como extracontractual (e.g. negativa de compra o venta), las que pueden imponer una carga económica excesiva a la parte más débil. En el derecho comparado, a este tipo de poder negociador desigual suele llamársele *poder relativo de mercado*¹⁸ (en adelante, “poder negociador” o “poder relativo”). Estas estrategias, a su vez, pueden reforzar la situación de dependencia económica.

En el caso de una plataforma digital que presta servicios como canal de distribución, su posición estratégica como intermediaria y el tamaño de los proveedores que ofertan a través suyo —muchos pequeños y medianos—, le permiten situarse en una posición de poder negociador frente a muchos proveedores¹⁹. Bajo esas circunstancias, la plataforma puede incurrir en diversas formas de aprovechamiento. La más obvia es aumentar unilateralmente las comisiones por transacción o estipular contratos de exclusividad²⁰.

12 Joseph Farrell y Paul Klemperer, “Coordination and Lock-in: competition with Switching Costs and Network Effects”, en *Handbook of Industrial Organization Vol. 3*, eds. Mark Armstrong y Robert Porter, (Amsterdam: North-Holland, 2007).

13 Ver e.g., Reporte Furman, 36.

14 Mor Bakhom, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and Its Interface with Abuse of Dominance”, en *Abusive Practices in Competition Law*, eds. Fabiana Di Porto y Rupprecht Podszun (Cheltenham: Elgar, 2018): “The concept of abuse of economic dependence is unknown to US and EU competition laws. However EU member states such as Italy, Germany and France have in their competition laws provisions dealing with uneven bargaining power, termed, also, as abuse of economic dependence”.

15 Para un caso, ver e.g., Autorité de la Concurrence, Décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité. [Link](#).

16 Patrice Bougette, Oliver Budzinski y Frédéric Marty, “Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn From an Industrial Organization Approach?” *Ilmenau Economics Discussion Papers* N° 119 (2018), 19 et seq.

17 Bougette, Budzinski y Marty “Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence”.

18 Por ejemplo, en Alemania, el Art. 20 de la Ley de Competencia (GWB) establece que las normas de competencia “se aplicarán también a las empresas y asociaciones de empresas en la medida en que pequeñas o medianas empresas -como proveedores o compradores de un determinado tipo de bienes o servicios comerciales- dependan de ellas de tal manera que no existan posibilidades suficientes y razonables de cambiar a otras empresas (poder de mercado relativo o superior).” [Traducción libre].

19 Ver Bougette, Budzinski y Marty “Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence”, 22 et seq.

20 Ver, e.g., Mark Armstrong y Julian Wright, “Two-Sided Markets, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts” (noviembre, 2004), <https://ssrn.com/abstract=654187>

Una menos obvia es utilizar la información que obtienen de su rol intermediador para favorecer la comercialización de productos de su propia marca²¹, o negar el acceso a datos a usuarios (e.g. sobre recomendaciones²²) y proveedores (e.g. sobre su ranking²³), impidiendo así su portabilidad, lo que aumenta el grado de dependencia.

Si bien estas prácticas comerciales son manifestación de la libertad económica y contractual, en algunos casos se les considera abusivas por atentar contra la buena fe y/o la equidad en las relaciones comerciales. Es decir, estos fundamentos normativos sirven de base para establecer un límite entre prácticas con poder relativo socialmente aceptables y aquellas que no lo son. Tanto a nivel nacional como comparado, la materialización de esta línea divisoria se encuentra principalmente en el derecho de contratos y de competencia desleal²⁴.

Por otro lado, desde el punto de vista del funcionamiento de los mercados, si bien los desequilibrios de poder negociador le son propios —tanto así que suele considerárseles signo de competencia²⁵—, el ejercicio de poder relativo podría en determinadas circunstancias causar efectos negativos en la estructura o funcionamiento del mercado. En ese sentido, un segundo fundamento normativo para limitar las relaciones de poder relativo es la libre competencia²⁶.

Siguiendo los ejemplos anteriores, algunas conductas pueden distorsionar la competencia aguas abajo, como el aumento de comisiones o el favorecimiento de productos propios²⁷. Otras, en cambio, pueden resultar en barreras que obstruyen la competencia horizontal entre plataformas. Este puede ser el caso de la negativa de acceso a datos o de las cláusulas de exclusividad. Las plataformas tienen incentivos para adoptar este tipo de conductas con efecto horizontal y ser las primeras en hacerlo, porque les permite tomar ventaja en la carrera por ganar todo el mercado²⁸. Este último escenario —al que nos abocamos en este trabajo— abre la pregunta sobre cuándo una conducta ejecutada en el contexto de dependencia económica debiera considerarse anticompetitiva.

De manera más general, para responder cuándo una conducta unilateral es ilícita, el derecho de la libre

21 Ver, e.g., el reciente proceso de la Comisión Europea en contra de Amazon. “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices” *Comisión Europea* (10 de noviembre, 2020), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2077.

22 Ver Franck y Peitz, “Market Definition and Market Power in the Platform Economy”, 78 et seq.

23 Franck y Peitz, “Market Definition and Market Power in the Platform Economy”.

24 Bakhoun, “Abuse without Dominance in Competition Law”. Respecto de Chile, la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal, y especialmente las modificaciones introducidas por la Ley 20.416, que fijó normas especiales para las empresas de menor tamaño. Un análisis de esta reforma en, Mauricio Tapia R., “Abuso de Condiciones Contractuales y Competencia Desleal”, *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2020), <https://centrocompetencia.com/abuso-condiciones-contractuales-y-competencia-desleal/>.

25 Tapia, “Abuso de Condiciones Contractuales y Competencia Desleal”, 4.

26 No profundizamos en el alcance y significado del bien jurídico libre competencia, porque no es el foco de este trabajo. Baste señalar que, siguiendo la doctrina chilena y europea, consideramos como uno de los propósitos centrales de la libre competencia es el resguardo del proceso competitivo y la libertad para competir.

27 Más sobre esta teoría de daño, ver, International Competition Network (ICN), *Report on Abuse of Superior Bargaining Position* (7th Annual Conference, Kyoto, abril, 2008), 15.

28 Ver Lina M. Khan, “Amazon’s antitrust paradox”, *Yale Law Journal* 126, N°3 (enero, 2017), <https://www.yalelawjournal.org/note/amazon-antitrust-paradox>, en especial su capítulo III. Ver también Farrell y Klemperer, “Coordination and Lock-in: competition with Switching Costs and Network Effects”, 11,“(…) proprietary network effects tend to make competition all-or-nothing, with risks of exclusion. Thus large firms and those who are good at steering adopters’ expectations may prefer their products to be incompatible with rivals”.

competencia suele recurrir a la regla de la dominancia²⁹. El *poder dominante* es una ficción jurídica que —en base a parámetros económicos— distingue si una empresa tiene poder de mercado suficiente para comportarse con independencia de sus competidores³⁰ y/o clientes³¹ de forma estable. De ser así, su conducta se indaga para determinar si tiene justificación económica o, por el contrario, si fue realizada para excluir competidores o explotar el mercado³².

Sin embargo, en los mercados de plataformas digitales (y en la economía de datos, en general) esta regla enfrenta diversas dificultades³³. Unas son de carácter metodológico, i.e. sobre cómo probar la existencia de una posición dominante³⁴. Otras, en cambio, atienden a los elementos substantivos de la hipótesis infraccional. En el caso que discutimos, ello podría ocurrir si una plataforma, aun sin ser dominante, hace un uso estratégico de una relación de dependencia para alcanzar una posición de dominio que le permita posteriormente ganar todo el mercado. Un sistema legal que imponga la regla de dominancia como precondition de un ilícito, no podría hacerse cargo de esta teoría de daño, ya que faltaría un elemento esencial para configurar el ilícito.

III. MARCO LEGAL CHILENO SOBRE ABUSO DE DEPENDENCIA ECONÓMICA

El Art. 3 del DL 211, así como la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal (considerando las modificaciones introducidas por la Ley 20.416, que fijó normas especiales para las empresas de menor tamaño), definen el marco legal para abordar ilícitos de abuso de dependencia económica, ya sea por vía civil o en sede de libre competencia. Este marco contiene las dos fórmulas —de libre competencia y de responsabilidad civil— que tradicionalmente se han usado a nivel comparado para abordar casos de abuso de dependencia económica³⁵. Desde el punto de vista del bien jurídico protegido y el tipo de poder económico que posee quien ejecuta una conducta, identificamos tres categorías legales que pueden servir para abordar un caso de abuso de dependencia económica en Chile:

29 OECD, *Abuse of Dominance in Digital Markets* (2020), <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>.

30 Ver e.g., Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 41.

31 Ver e.g., Caso 27/76 United Brands Co and United Brands Continental BV y Commission [1978] I CMLR 429.

32 Este es el análisis que normalmente ha desarrollado el TDLC, por ejemplo, en las Sentencias N^{os} 131/2013, 142/2015 y 153/2016.

33 Ver e.g. OECD, *Abuse of Dominance in Digital Markets*; Reporte Cremer, 3; Reporte Furman, 8.

34 Ver e.g. OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* (2018), <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-anti-trust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>; Ver también, Franck y Peitz, “Market Definition and Market Power in the Platform Economy”.

35 Ver Bakhoum, “Abuse without Dominance in Competition Law”, 2.

	Práctica de competencia desleal sin que se alcance poder dominante	(a) Abuso de poder dominante; (b) Comp. desleal para <i>mantener</i> o <i>reforzar</i> dominancia	(a) Abuso sin poder dominante; (b) Comp. desleal para <i>alcanzar</i> poder dominante
Legislación aplicable	Ley 20.169	Arts. 3 b) y c) DL 211	Art. 3 inciso primero y Art. 3 c) DL 211
Tipo de poder ejercido	Poder negociador desigual	Poder dominante	Poder negociador desigual
Bien jurídico protegido	Buena fe y equidad	Libre competencia	Libre competencia
Sede jurisdiccional	Sumario - Sede Civil	Especial - TDLC ³⁶	Especial - TDLC
Sanciones aplicables	Indemnización y obligaciones	Multas y obligaciones de comportamiento	Multas y obligaciones de comportamiento

Ya que este trabajo se enfoca en una hipótesis contraria a la libre competencia, no abordamos la primera categoría sobre prácticas de competencia desleal contrarias a la buena fe contractual y equidad. Sin embargo, valga señalar que, primero, de conformidad con lo dispuesto en las letras h) e i) del Art. 4 de la Ley 20.169 se puede sancionar todo tipo de conducta abusiva en base a dependencia económica cuyo fundamento sea la falta a la buena fe contractual o equidad en las relaciones comerciales. Segundo, una misma conducta puede afectar a más de un bien jurídico, por ello las vías civil y especial no son excluyentes entre sí³⁷. Tercero, podría discutirse si la vía civil es eficaz para proteger indirectamente la libre competencia, pues aborda prácticas que a su vez pueden estar dirigidas al cierre de un mercado. Sin embargo, debido a la naturaleza privada del derecho civil y los límites propios de sus procedimientos, una respuesta preliminar es negativa.

A continuación, analizamos los otros dos escenarios de dependencia económica —con y sin dominancia— en que está en juego el bien jurídico libre competencia debido a una infracción de carácter contencioso³⁸.

a. Abuso de posición dominante y competencia desleal para mantener o reforzar dominancia (DL 211, Arts. 3 b), y Art. 3 c) en parte)

La dependencia económica puede abordarse de diferentes maneras por el derecho de la libre competencia. Una primera forma es identificarla con la conducta constitutiva del abuso de posición dominante. Esta forma ha sido planteada ante el TDLC en el pasado³⁹ y existen numerosos casos actualmente en su conocimiento⁴⁰. Para estos efectos se puede recurrir a la hipótesis infraccional del inciso primero del Art. 3) o al Art. 3 c) que se refiere a conductas de competencia desleal, entre las que claramente se encuentran los abusos de dependencia económica (según vimos en la sección anterior). Sin embargo, si bien la dependencia permite asumir que existe un poder negociador desigual, sería conceptualmente inconsistente —y desproporcionado— pretender que existe una identidad entre dependencia y dominancia. Esto es consistente con el Art. 3 c), que

³⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile.

³⁷ Para un análisis sobre este tipo de prácticas, ver Tapia, “Abuso de Condiciones Contractuales y Competencia Desleal”.

³⁸ La vía consultiva no contenciosa ante el TDLC es una tercera vía posible, cuyo foco es prevenir la materialización de conductas anticompetitivas sin juzgar la responsabilidad del actor en cuestión. El análisis de esa vía en el contexto de plataformas digitales y dependencia económica está fuera del ámbito de este trabajo. Ver sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa rol 138.221-2020.

³⁹ E.g., Sentencia N° 21/2005, particularmente en sus considerandos tercero y octavo, los que también hacen referencia al elemento estructural al referirse a una demanda cautiva.

⁴⁰ E.g., las demandas en causas rol C 349-2018, C 363-2018, C 399-2020 y C 413-2020.

establece que una conducta de competencia desleal (que en sí misma puede constituir dependencia) es ilícita en la medida en que tenga como centro de referencia el poder dominante.

Una segunda forma de abordar la dependencia económica es desde el punto de vista de los efectos en la competencia. El TDLC ha determinado ocasionalmente la dominancia atendiendo, en primer lugar, a los efectos de la conducta. Si estos son anticompetitivos, entonces la empresa se considera dominante⁴¹. Asimismo, si se probase que existe dependencia económica y efectos que restringen la competencia, entonces podría directamente concluirse que el ejecutor actuó con poder dominante. De alguna forma esta vía permitiría esquivar un test que analice la dominancia como puerta de entrada para luego abordar la conducta. Sin embargo, un enfoque que exige que se concrete el efecto anticompetitivo para configurar el ilícito es ineficaz en un contexto de plataformas. Esto, porque una vez generado el efecto es probable que éste no solo sea irreversible, sino que irrefrenable, de haberse alcanzado el punto de inflexión.

Una tercera forma es considerándola un elemento estructural del mercado que, junto con otros indicadores, permite determinar si una empresa es dominante⁴². Ello es consistente con las dos hipótesis discutidas en esta sección (Art. 3 b), y Art 3 c) para mantener y reforzar). Ambas requieren que exista dominancia —no dependencia— al momento de ejecutar la conducta para satisfacer el tipo infraccional. En efecto, el Art. 3 b) reconoce que hay un abuso cuando existe una *posición dominante*. Por su parte, el Art. 3 c) reconoce que una práctica desleal puede ejecutarse para *mantener* o *reforzar* un poder dominante, es decir, el supuesto asume que ya existía poder dominante cuando se ejecutó la conducta (también habla de *alcanzar*, lo que analizamos en la siguiente sección).

En ese sentido, en un supuesto infraccional de abuso de posición dominante es esperable que la autoridad de competencia analice posibles situaciones de dependencia, en tanto elementos estructurales del mercado, teniendo en cuenta los diversos tipos de relaciones comerciales y modelos de negocio de una plataforma. Ese no ha sido, sin embargo, el foco de la FNE, al menos de lo observado en el Informe de Archivo de una reciente denuncia en contra de Mercado Libre⁴³. Por un lado, no se estudia si existen relaciones de dependencia por parte de grupos de proveedores como factor relevante para determinar dominancia. Tampoco hay un análisis del modelo de negocios relativo a la monetización vía extracción de datos para el otorgamiento de servicios personalizados —lo que es un elemento clave para evaluar si existen situaciones de dependencia económica que sirven de base para determinar si existe dominancia. Por último, tampoco se estudian posibles escenarios de *tipping*.

Según la experiencia comparada, un análisis detallado sobre dependencia como elemento estructural del mercado suele analizar relaciones de poder negociador desigual entre la empresa investigada y diversos grupos de proveedores, basado en consideraciones como: (i) el surtido de productos (i.e. el producto de la contraparte es fundamental —*must have*— dada su popularidad o notoriedad); (ii) la escasez (la contraparte es uno de los pocos proveedores de un determinado bien); (iii) si las relaciones comerciales son duraderas o de largo plazo; y (iv) la demanda (debido a la importancia de la contraparte en la facturación de la empresa)⁴⁴.

41 Considerando 134, Sentencia N° 63/2008.

42 E.g., Considerando 6, Sentencia N° 9/2004; Considerando 4, Sentencia N° 51/2007, al señalar que atendido el volumen de compra, ciertas farmacias “constituyen canales de distribución difícilmente sustituibles y, por ende, gozan de poder de mercado al enfrentar las negociaciones con sus proveedores”; Considerando 27, Sentencia N° 153/2016.

43 *Denuncia de restricciones verticales en contra de Mercado Libre*. FNE, Rol N° 2624-20, Informe de Archivo (2020).

44 Thomas Tombal, “Economic Dependence and Data Access”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (IIC) N° 51(1) (2020) 5.

En todo caso, aun cuando analizar las relaciones de dependencia puede contribuir a determinar una posición dominante, en los mercados de plataformas (y en la economía de datos, en general) probar la dominancia puede revestir diversas dificultades. Por ejemplo, en el caso de una plataforma de múltiples lados es extremadamente complejo entender la distribución de poder entre los mercados de los distintos lados⁴⁵. Ello se complejiza aún más, debido a lo difícil que resulta conocer la verdadera utilidad de los datos acumulados por una empresa y qué tan importante es acceder a ellos para que terceros puedan competir⁴⁶. Frente a todas estas dificultades, una regla de imputabilidad que no dependa de la dominancia podría tener mayor eficacia para proteger la libre competencia.

b. Abuso sin dominancia y competencia desleal para alcanzar dominancia (DL 211, Arts. 3 inciso primero, y Art. 3 c) en parte)

Desde el punto de vista de la libertad económica de quienes participan en los mercados, en principio alcanzar una posición dominante no solo es lícito, sino que la legítima expectativa de muchos competidores⁴⁷. Por otra parte, una misma conducta que es realizada por un actor dominante y es declarada ilícita, al ser realizada por un actor sin dominancia puede ser considerada pro-competitiva⁴⁸.

Sin embargo, las normas chilenas de defensa de la libre competencia no exigen que toda conducta unilateral sea cometida por un actor con poder dominante para declararla ilícita. Ello se desprende del tenor literal del Art. 3 c), que tipifica una hipótesis infraccional basada en una conducta que es realizada con el fin de *alcanzar* poder de dominio. Por su parte, el Art. 3 inciso primero configura una hipótesis infraccional genérica sin hacer referencia al tipo de poder que debe ostentarse al ejercer la conducta indagada.

Esto abre la pregunta sobre qué conductas realizadas por un actor sin dominancia y que tiene por objeto alcanzarla —como sería el caso de una plataforma cuyos actos se dirigen a alcanzar el *tipping point*— podrían caer en la hipótesis infraccional del Art. 3 genérico y/o Art. 3 c) en la parte referente a alcanzar poder dominante. Para dar una respuesta, analizamos los elementos configurativos del tipo infraccional:

- **Ilícito de riesgo**

Del tenor literal de la ley, ambas hipótesis pueden interpretarse como infracciones de riesgo. Por un lado, el Art. 3 inciso primero reconoce como ilícitas las conductas *que tiendan a producir* efectos que impidan, restrinjan o dificulten la competencia. Es decir, se contempla la posibilidad de sancionar conductas que pongan en riesgo la competencia. Sin embargo, la jurisprudencia no ha desarrollado criterios definitivos

45 OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. Ver también, Sebastian Wismer y Arno Rasek, "Market definition in multi-sided markets", OECD (junio, 2017).

46 Ver e.g., Autorité de la concurrence y Bundeskartellamt, *Competition Law and Data* (mayo, 2016) 13; Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, Working Paper B6-113/15 (2016) 83; Reporte Crémer, 73–109.

47 Recordar la famosa frase del juez Learned Hand en *United States v. Aluminum Company of America* 148 F.2d 416 (2d. Cir. 1945): "The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins".

48 En el contexto de plataformas digitales, la FNE ha señalado que "Respecto al primer punto, se procedió a evaluar si Mercado Libre detentaría poder de mercado para uno o ambos lados de la plataforma, ya que esta condición es necesaria para configurar cualquier conducta que tenga el potencial de distorsionar el proceso competitivo en dichos mercados", *Denuncia de restricciones verticales en contra de Mercado Libre*. FNE, Rol N° 2624-20, Informe de Archivo (2020), párrafo 32. Asimismo, en términos generales, el TDLC ha señalado que "las conductas unilaterales potencialmente abusivas son numerosas y muy diversas. La principal característica común a todas ellas es que generalmente se trata de prácticas normales de negocios que, prima facie, no merecen reproche desde la perspectiva de la libre competencia. Por el contrario, su cuestionamiento es excepcional y depende esencialmente de la presencia del elemento estructural (poseer una posición dominante), al cual está vinculado de manera intrínseca. En otras palabras, sin la presencia de una firma con posición de dominio, las conductas unilaterales mantienen su calidad de prácticas normales de mercado sin que sean, desde un comienzo, objeto de reproche para el derecho de la competencia" (Considerando 89, Sentencia N°174/2020).

sobre cómo medir la probabilidad de ocurrencia de un ilícito de riesgo (lo que, sin duda, tiene una dimensión casuística en relación con el tipo de conducta e industria). Lo mismo puede concluirse de la redacción del Art. 3 c), que sanciona las conductas realizadas *con el objeto* de alcanzar una posición dominante⁴⁹.

- **Riesgo de cierre de mercado**

En segundo lugar, ambas normas contemplan hipótesis infraccionales de carácter excluyente. En el Art. 3 inciso primero se desprende de su naturaleza genérica. En el Art. 3 c) se desprende que la dominancia es un elemento esencial de la infracción, ya que la conducta —aunque se realice sin dominancia— al menos tiene que estar dirigida a alcanzarla. Dado que alcanzar poder dominante exige necesariamente arrebatarle participación de mercado a competidores, esta es una hipótesis de riesgo excluyente. Más aún, dado que la captura de poder dominante es un elemento esencial de la infracción, podría argumentarse que el objeto específico del Art. 3 c) es mantener el mercado abierto a la competencia, i.e. que éste pueda ser desafiado.

- **La aptitud objetiva (de ese riesgo)**

Para determinar si una conducta tiene por objeto *alcanzar* una posición de dominio, se pueden observar dos tendencias en la jurisprudencia del TDLC. Una analiza la posición de mercado del demandado y la factibilidad que la conducta le permita alcanzar una posición dominante. La otra analiza la aptitud objetiva de la conducta para alcanzar dicha posición.

Bajo la primera tendencia, el TDLC sigue el análisis tradicional de definición de mercado relevante y analiza la evolución de la participación de mercado antes, durante y después de la conducta imputada como desleal para así determinar su idoneidad para alcanzar una posición dominante⁵⁰. Sobre este punto, el TDLC ha dado a entender que una participación de mercado alta, aunque no constitutiva de una posición dominante, otorgaría “al menos la posibilidad de *alcanzar* dicha posición por medio de actos de competencia desleal”⁵¹.

Bajo la segunda tendencia, se deduce de la propia conducta que esta no podría sino tener por objeto alcanzar una posición dominante⁵². En estos casos —al igual que con la primera tendencia— el TDLC también ha hecho una revisión del mercado relevante, pero luego se aparta de dicho análisis revisando los alcances de la conducta y llegando a conclusiones sobre la aptitud de esta para afectar la competencia. Así, por ejemplo, respecto de ciertos actos de competencia desleal, ha señalado que “en sí mismos importan un comportamiento estratégico que *ha tenido la aptitud* de desviar clientela de la demandante y que *puede llegar a constituir* un impedimento o dificultad para que nuevos actores ingresen al mercado”⁵³ [énfasis nuestro]. En concordancia, en otro caso el TDLC ha estimado que la “publicidad realizada por Epson Chile cuenta con características suficientes para considerar que pudo tener por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el mercado, y sería idónea para ello”⁵⁴.

49 Considerando este aspecto (ilícito de riesgo) las consultas ante el TDLC pueden ser una vía interesante para calificar o determinar la eventual contradicción entre un determinado acto, hecho o contrato de una plataforma y la libre competencia (ver nota 38). Sin perjuicio de lo anterior, esta vía puede tener complejidades asociadas a la prueba que se puede obtener durante el proceso y las acciones indemnizatorias en caso de que exista un daño (acciones *follow on*).

50 E.g., Sentencias N° 17/2005, 40/2006, 60/2007.

51 Considerando 39, Sentencia N° 164/2018.

52 E.g. Sentencias N° 30/2005, 58/2007, 130/2013.

53 Considerando 72, Sentencia N° 130/2013.

54 Considerando 37, Sentencia N° 58/2007.

En los mercados de plataformas, la aptitud objetiva de una conducta que ponga en riesgo la competencia debe analizarse en función de su propia racionalidad económica. Según lo visto, dado que las plataformas compiten por ganar-todo-el-mercado, naturalmente muchas de las conductas verticales —consideradas colectivamente— pueden tener efectos horizontales, al estar dirigidas hacia alcanzar el *tipping point* que les permita cerrar el mercado a la competencia. Esto genera la dificultad de diferenciar qué conductas con aptitud objetiva de poner en riesgo la competencia (porque tienden a cerrar el mercado) debieran permitirse, en tanto expresión legítima de la libertad económica, y cuáles debieran prohibirse.

- **El tipo de conducta (como criterio diferenciador)**

La regla de la dominancia es ineficaz como criterio para diferenciar entre prácticas lícitas e ilícitas en la hipótesis discutida en esta sección, ya que no se requiere posición dominante para configurar el tipo infraccional. También debe descartarse como criterio diferenciador el que se logre probar efectos económicos concretos, ya que la hipótesis discutida es de riesgo. En cambio, un criterio que podría ser consistente es atender al tipo de conducta realizada por la plataforma, distinguiendo si es o no una conducta de competencia desleal. En un contexto de dependencia económica en que, además, muchas de las conductas de los agentes económicos no solo tienen aptitud objetiva para alcanzar dominancia y cerrar el mercado a la competencia, sino que están intrínsecamente dirigidas a ese propósito, un criterio definitorio eficaz para distinguir entre una conducta de riesgo permitida de una prohibida debería ofrecerlo el análisis sobre si la conducta se ajusta a la buena fe y buenas costumbres (¿es la conducta leal o desleal?)⁵⁵.

Ello es consistente con lo dispuesto en el Art. 3 c), al referirse expresamente a conductas de competencia desleal. Más aún, ello es consistente con la jurisprudencia del TDLC, que se refiere a actos de competencia desleal como aquellos que *“en sí mismos importan un comportamiento estratégico que ha tenido la aptitud de desviar clientela de la demandante”*⁵⁶ [énfasis nuestro]. Una interpretación concordante con lo anterior es que una conducta considerada desleal (elemento de equidad) permite presumir que fue realizada con el mero propósito estratégico de aumentar el poder de mercado, profundizando así la dependencia económica existente (elemento económico). Por el contrario, si una conducta realizada en el marco de una relación de dependencia económica permite alcanzar dominancia, pero no es considerada desleal, entonces no debiera prohibirse.

En cuanto al tipo de conducta que puede ser catalogada como desleal por el TDLC, este ha definido ciertos límites a su propia competencia procesal en una reciente sentencia sobre plataformas digitales de uso compartido de autos⁵⁷. Señaló en ella que, si la conducta que se pretende desleal está constituida por un incumplimiento a normas sectoriales, entonces dicho incumplimiento debe declararse por el organismo competente previo a que se discuta su ilicitud en sede de libre competencia. Independiente de este caso particular en que existe un conflicto potencial de normas, la regla general es que el TDLC está llamado a determinar directamente si una conducta es desleal.

⁵⁵ Para ello, podría tomarse como guía la experiencia comparada. A modo de ejemplo, podrían considerarse abusos de dependencia: (i) el Mal uso de datos de ventas de proveedores para favorecer la comercialización de productos propios (con el caso Amazon en la UE, ver nota n 20); (ii) Establecer cláusulas amplias de paridad de precios (con los casos Booking seguidos por las autoridades de competencia de Francia, Italia y Suecia); o (iii) Condicionar una mayor visibilidad en la plataforma a la suscripción de servicios adicionales no requeridos por el proveedor o usuario de la plataforma (como en el caso de servicios logísticos y Marketplace de Amazon seguido en Italia).

⁵⁶ Considerando 72, Sentencia N° 130/2013.

⁵⁷ Sentencia N° 176/2021.

Bajo este esquema, una defensa basada en que consumidores finales se benefician con la conducta desleal no debiera prosperar. No solo porque la conducta es desleal, sino también porque el efecto económico que se busca evitar es el cierre del mercado. De nada sirve que a corto plazo los consumidores finales estén en mejor situación gracias a una conducta abusiva en perjuicio de proveedores, si en el mediano o largo plazo ello conllevará a que una plataforma gane todo el mercado y, en consecuencia, pueda explotarlo a su merced⁵⁸. La reciente demanda de la Federal Trade Commission en contra de Facebook⁵⁹ es uno de los ejemplos más evidentes de las consecuencias de no controlar oportunamente la conducta de una plataforma.

- **¿Multas u obligaciones de comportamiento?**

En el mismo caso de la publicidad de Epson Chile, el TDLC señaló que su conducta era idónea para alcanzar una posición dominante, pero precisó que „dado que no existen antecedentes suficientes en el expediente para establecer el poder de mercado de la demandada y los posibles efectos de su conducta, este Tribunal sólo advertirá a la demandada para que se abstenga de realizar campañas publicitarias como la denunciada, sin aplicar una multa“⁶⁰. Este razonamiento es consistente con un ilícito de riesgo. En el mismo sentido, en un caso de una plataforma que abusa de una relación de dependencia económica para alcanzar poder dominante sin aún haberlo logrado, el foco debiera estar en encontrar soluciones conductuales tempranas, dirigidas tanto a prohibir la conducta abusiva como a destrabar la relación de dependencia.

58 Ver Bougette y otros (n 16) 27, quienes explican que “[w]hile according to old-style Chicago School logic welfare transfer issues may be outside the scope of economic theory, modern IO theory clearly shows that they are accompanied by relevant efficiency and welfare effects.”

59 FTC v Facebook Inc. ante la U.S. District Court for the District of Columbia, file number 191 0134.

60 Considerando 37, Sentencia N° 58/2007.

IV. CONCLUSIÓN

Según lo analizado, en sede de libre competencia es viable abordar escenarios de abusos de dependencia económica con efectos anticompetitivos en que aún no hay dominancia. No solo las disposiciones legales, sino que la jurisprudencia del TDLC, así lo confirman. Naturalmente esto conlleva dificultades. La más obvia es que no se puede recurrir a la regla de la dominancia como elemento diferenciador. Por otro lado, no es una hipótesis construida en base a un efecto económico concreto que pueda probarse, sino solo a una probabilidad de ocurrencia. En el caso de las plataformas digitales intermediarias, su propia racionalidad económica lleva a que su comportamiento esté dirigido a alcanzar poder dominante y, por ende, cerrar el mercado a la competencia. Es decir, muchas de sus relaciones comerciales con proveedores y usuarios contribuyen a ese fin, pues tienden a aumentar las externalidades de red y los costos de cambio. En este contexto, es indispensable distinguir qué conductas —de aquellas con aptitud objetiva para cerrar el mercado— son reprochables para la libre competencia. En otras palabras, el solo hecho que la economía de plataformas favorezca la monopolización de los mercados no es justificación suficiente para sancionar una conducta unilateral por infringir el DL 211.

Un criterio para diferenciar entre una conducta lícita e ilícita podría basarse en el tipo de conducta y, en particular, si se trata de una práctica de competencia desleal. Una metodología para analizar este tipo de escenarios debiera, en primer lugar, determinar si existen relaciones de dependencia económica. En caso afirmativo, en segundo lugar, debieran analizarse los actos realizados en el marco de esa dependencia económica, en dos sentidos. Por un lado, debiera analizarse si estos actos —considerados colectivamente— tienen aptitud objetiva para que la plataforma alcance una posición dominante y, con ello, cierre el mercado a la competencia. Por otro lado, debiera determinarse si la conducta es desleal, para así distinguir si fue cometida con un fin estratégico. En ese caso, convendría decretar que la conducta es anticompetitiva. Al no depender de la regla de la dominancia, un análisis como este no solo sería útil para casos de plataformas que aún no son dominantes, sino también para aquellos casos en que sí lo son, pero resulta complejo probar la dominancia.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Germán Johannsen y Andrés González, "Plataformas digitales y dependencia económica
¿Espacio para una teoría de daño a la competencia sin dominancia?", *Investigaciones CeCo* (mayo, 2021),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile