



EXPLOTACIÓN DE DATOS PERSONALES COMO PRECIO EXCESIVO: UNA REVISIÓN DEL CASO *BUNDESKARTELLAMT C. FACEBOOK*

Sebastián Cañas O.

Explotación de datos personales como precio excesivo: Una revisión del caso *Bundeskartellamt c. Facebook*.¹

Octubre 2023



Sebastián Cañas O.

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Investigador en Derecho CeCo UAI.

Abstract: El año 2019 la *Bundeskartellamt* sancionó a Facebook (ahora Meta) por abusar de su posición dominante en el mercado de redes sociales para usuarios privados, al imponer términos y condiciones de privacidad abusivos para los consumidores. Algunos se han mostrado críticos frente a esta decisión, señalando que se trata de un caso que podría haberse abordado desde la óptica de los precios excesivos. En este artículo abordamos esta interrogante y aplicamos los *benchmarks* de precios excesivos al caso *Bundeskartellamt c. Facebook*.

En ocasiones, las plataformas digitales se irrogan el derecho de modificar unilateralmente los términos y condiciones de privacidad, imponiendo a los usuarios la obligación de revisarlos periódicamente². Como se verá en este trabajo, algunos sostienen que, en casos extremos, dichas conductas pueden llegar a ser constitutivas de un abuso de posición dominante de tipo *explotativo*, particularmente cuando los datos exigidos para acceder a los servicios prestados por la plataforma sean desproporcionados o excesivos.

El propósito de estudiar estas circunstancias es explorar si acaso, y de qué manera, los criterios que la doctrina y jurisprudencia de libre competencia han desarrollado para sancionar la conducta de precios excesivos (bajo la figura de abuso de posición dominante) nos pueden servir para orientar la evaluación de formas “no monetarias” de extracción de rentas a los consumidores³.

Para esto, la exposición obedecerá a la siguiente estructura. En el primer apartado introduciremos el caso “*Bundeskartellamt c. Facebook, Inc*”, en Alemania y la Unión Europea (“UE”), con el propósito de usar este caso como punto de partida para nuestro análisis. En el segundo apartado, se ofrecerá una breve síntesis de los métodos para detectar la existencia de precios excesivos esbozados por la doctrina y jurisprudencia, tanto local como comparada. En el tercer apartado, se evaluará la posibilidad de aplicar la figura de precios excesivos al escenario de las plataformas que operen en mercados de dos o más lados⁴. Finalmente, en el cuarto apartado intentaremos aplicar los criterios recién mencionados al caso *Bundeskartellamt c. Facebook, Inc*.

1 El autor hace presente que este trabajo forma parte de su tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/194971>. Cualquier comentario se agradecería que fuera enviado a su correo sebastian.canas@uai.cl.

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

3 La sanción a los precios excesivos es una figura que genera fuertes controversias tanto en la doctrina nacional como comparada, en lo relativo a su punibilidad y conformidad con las normas de competencia. Sin embargo, tanto en Chile como a nivel comparado, existe jurisprudencia que reconoce la posibilidad de sancionar esta conducta para casos extremos, como una forma de abuso de posición dominante. Al respecto ver: CentroCompetencia UAI, “¿Es posible sancionar por precios excesivos en tiempos de Covid-19?”, *Investigaciones CeCo* (mayo, 2020), <https://centrocompetencia.com/es-posible-sancionar-por-precios-excesivos-en-tiempos-de-covid-19/>; y *Demanda de Condominio Campomar contra Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Ltda.*, C-245-12, Sentencia TDLC N° 140/2014, <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/campomar-c-inmobiliaria-santa-rosa-precios-excesivos-2014/>.

4 Por temas de simpleza, en esta investigación no serán abordados los argumentos favorables o contrarios a la sanción a los precios excesivamente altos, presuponiéndose que dicha conducta es susceptible de ser castigada como un abuso de posición dominante.

I. EXPLOTACIÓN DE DATOS COMO “ABUSO DE NEGOCIACIÓN” E INFRACCIONES A LA REGULACIÓN DE DATOS DE LA UE

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

Estos términos y condiciones habrían permitido a la plataforma recolectar datos del usuario y de su dispositivo electrónico, generados y recolectados por medio de *Instagram, WhatsApp, Oculus, Masquerade* y otras interfaces en sitios *web* o aplicaciones de terceros que utilicen los “Productos de Facebook” -incluyendo las “Herramientas de negocios de Facebook”⁵-, y combinarlos con los de la plataforma *Facebook.com* para su propio uso, sin el consentimiento libre de los usuarios⁶⁻⁷.

Si bien la recopilación de estos datos se encontraba consentida de forma general bajo los términos y condiciones de privacidad de la plataforma, fue considerada por la *Bundeskartellamt* como contraria al artículo 6 (1a) del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (en adelante “RGPD”). Esto, debido a que su tratamiento requiere de una autorización en la que se explicita el consentimiento del usuario, libremente para el uso de aquellos datos y con los fines específicos para los cuales fueron solicitados⁸. Esta situación, a juicio de la *Bundeskartellamt*, no se satisfizo con la mera aceptación de los términos y condiciones generales de la plataforma, especialmente considerando que dicha aceptación era requisito para acceder a los servicios de la plataforma (que además gozaba de una posición dominante en el mercado de redes sociales para usuarios privados⁹⁻¹⁰).

De igual forma, de acuerdo con el artículo 9 (2a) del RGPD, los datos relativos a categorías especiales¹¹ (“datos sensibles”), en general, solo pueden ser recopilados si se entrega un consentimiento “explícito” para ello, esto es, un estándar de consentimiento más robusto que el del artículo 6 (1a) (que no ocupa la palabra “explícito”). En este sentido la autoridad alemana consideró que no se cumplía con los requisitos del consentimiento del artículo 9 ya aludido, por no tratarse de forma separada en los términos y condiciones de privacidad¹².

5 Para conocer en detalle qué son las herramientas de negocios de Facebook véase: Meta Platforms, Inc, “Productos para desarrolladores” (sitio web oficial), <https://developers.facebook.com/products/>.

6 Para todo este párrafo véase: *Decisión administrativa B6-22/16, emitida por la sexta división de la Bundeskartellamt el 6 de febrero de 2019* (en adelante “*Bundeskartellamt c. Facebook*”), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5. Pp. 2-3.

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

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

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

Bundeskartellamt c. Facebook. Pp. 4-5.

8 Unión Europea, Parlamento Europeo, “Reglamento General de Protección de Datos de 27 de abril de 2016” (en adelante “RGPD”), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1532348683434&uri=CELEX%3A02016R0679-20160504>. Artículos 4 (11), 6 (1a), 7, y 9(2a).

9 *Bundeskartellamt c. Facebook*. Pág. 186.

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

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

12 *Bundeskartellamt c. Facebook*. Pág. 187.

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

Según el razonamiento de la agencia, basado en jurisprudencia alemana pasada, la conducta abusiva consistiría en la utilización de su posición dominante para imponer términos y condiciones de privacidad que no necesariamente serían aceptados por sus usuarios de tener estos la suficiente autonomía para negarse. Según la *Bundeskartellamt*, conductas como esta -a saber, conductas que infrinjan los principios del RGPD- serían sancionables como un abuso de posición dominante consistente en la imposición de condiciones de intercambio abusivas, en los términos de la Sección 19 (1) de la *GWB*¹³. Lo anterior, en la medida que sean contrarias al ordenamiento jurídico alemán y que sean atribuibles, también, al abuso de un elevado poder de mercado¹⁴.

De esta manera, realizando una ponderación de principios constitucionalmente protegidos, la autoridad estimó que la prohibición de implementar¹⁵ estos términos y condiciones era la más coherente con el resguardo de derechos fundamentales relativos al acceso a información y a la protección de datos personales de sus usuarios¹⁶.

La decisión de la *Bundeskartellamt* ha sido bastante controversial. Tanto así, que la Corte Regional Superior de Düsseldorf (en adelante "Corte de Düsseldorf" o "la Corte") revirtió las medidas tomadas por esta, en un recurso de apelación, mientras que el Tribunal Federal de Justicia de Alemania las restituyó, remitiendo el asunto de vuelta a la Corte para que conozca del fondo del asunto¹⁷. Ante esto, la Corte de Düsseldorf remitió una serie de "preguntas prejudiciales" al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que consideraba necesario resolver antes de emitir su pronunciamiento de fondo¹⁸⁻¹⁹.

Estas preguntas, entre otras cosas, decían relación con las implicancias que una eventual posición dominante puede tener para privar al consentimiento de su carácter válido.

En julio de 2022, el TJUE emitió su pronunciamiento definitivo respondiendo a esta interrogante²⁰, el cual, en parte, reproduce las recomendaciones preliminares del Abogado General del TJUE, Athanasios Rantos. Según este último:

13 Que dispone que "[e]stá prohibido el uso indebido de una posición dominante por parte de una o más empresas". República Federal De Alemania, "Ley Contra la Restricciones a la Competencia" alemana de 26 de agosto de 1998 (en adelante "GWB" por sus siglas en alemán). Art. 19 (1).

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

15 La medida fue adoptada en el contexto de un remedio conductual para poner fin a una conducta anticompetitiva, en los términos del artículo 32(2) de la *GWB*. En este sentido, más que una prohibición general de implementar los términos y condiciones de privacidad de la plataforma, se trata de una prohibición de implementarlos en aquellos aspectos identificados por la agencia como abusivos, así como de reformularlos para que cumplan con la normativa del RGPD. *Bundeskartellamt c. Facebook*. Pp. 258-271.

16 *Bundeskartellamt c. Facebook*. Pág. 151.

17 En la sentencia revocatoria de estas medidas, dictada por la Corte Regional Superior de Düsseldorf, se estima que la requirente no logró acreditar de manera suficiente la relación entre la posición dominante en el mercado de redes sociales y la infracción a las normas de protección de datos. Lo anterior, sin discutir el fondo del asunto, relativo a si acaso dicha conducta puede o no ser constitutiva de un ilícito monopólico. Sentencia VI-Kart 1/19 (V), dictada por la Corte Regional Superior de Düsseldorf el 26 de agosto del 2019, <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>. Pp. 6-7.

18 Corte Regional Superior de Düsseldorf, "Facebook contra Bundeskartellamt: orden de remisión al TJUE", Comunicado de prensa n° 11/2021 (*Justiz-Online*, sitio web oficial), https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Archiv/Pressemittelungen_aus_2021/20210423_PM_Facebook-Beschluss/index.php.

19 El propósito de esto era emitir un pronunciamiento que sea consistente con la jurisprudencia de la Unión Europea en materia de protección de datos personales y Derecho de la Competencia.

20 Asunto C-252/21, Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada el 4 de julio de 2023, *Meta Platforms Inc., anteriormente Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Ltd., anteriormente Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH. c. Bundeskartellamt*, https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=req&pageIndex=0&docid=275125&part=1&doclang=ES&text=&dir=&occ=first&cid=334645.

“la mera circunstancia de que la empresa que administra una red social disfrute de una posición dominante en el mercado nacional de las redes sociales en línea para usuarios privados no puede, por sí sola, privar al consentimiento del usuario de dicha red para el tratamiento de sus datos personales de su carácter válido en el sentido del artículo 4, apartado 11, del RGPD. No obstante, tal circunstancia incide en la apreciación de la libertad del consentimiento en el sentido de dicha disposición, que incumbe demostrar al responsable del tratamiento, habida cuenta, en su caso, de la existencia de un desequilibrio claro de las relaciones de fuerza entre el interesado y el responsable del tratamiento, de la posible obligación de prestar consentimiento para el tratamiento de datos personales distintos de los estrictamente necesarios para la prestación de los servicios en cuestión, de la necesidad de que el consentimiento sea específico para cada finalidad de tratamiento y de la necesidad de evitar que la retirada del consentimiento suponga un perjuicio para el usuario que retire su consentimiento”²¹ (subrayado agregado).

En un sentido similar, en su pronunciamiento el TJUE señaló que la posición dominante de una plataforma sí puede ser un factor a considerar para analizar las condiciones en que fue prestado el consentimiento del usuario para el tratamiento de datos. Lo anterior, particularmente si este consentimiento es condición necesaria para acceder a los servicios prestados por la plataforma. Además, ratificó que la carga de probar que se prestó el consentimiento corresponde al responsable del tratamiento, por lo que Facebook debería demostrarlo por medio de indicios o signos “positivos”.

De este modo, en principio, la sentencia del TJUE inclinaría la balanza en favor de la *Bundeskartellamt*. Sin embargo, aún queda pendiente el pronunciamiento de fondo de la Corte de Düsseldorf, que deberá determinar si efectivamente: **(i)** Facebook abusó de su posición dominante mediante la imposición estos términos y condiciones de privacidad; **(ii)** si esta imposición privó a los usuarios del consentimiento libre para el tratamiento de sus datos sensibles; **(iii)** y si el tratamiento de datos de la plataforma se encuentra justificado por alguna de las causales del art. 9 del RGPD.

Algunos, sin embargo, se han mostrado críticos frente a la resolución de la *Bundeskartellamt*, y han sostenido que el caso podría haberse resuelto acudiendo a la figura de “precios excesivos”. A continuación, revisaremos los criterios esbozados por la doctrina y jurisprudencia local y comparada para identificar la existencia de precios excesivamente altos, para luego evaluar si acaso es posible aplicar estos parámetros a la conducta del caso *Facebook*.

II. MÉTODOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE PRECIOS EXCESIVAMENTE ALTOS

Como ya se adelantó, buena parte de la doctrina y jurisprudencia en Derecho de la Competencia, al menos a nivel de la UE, considera que el cobro de precios excesivamente altos, bajo ciertas circunstancias excepcionales, puede ser sancionado como un abuso de posición dominante²².

21 Asunto C-252/21, conclusiones del Abogado General Sr. Athanasios Rantos presentadas el 20 de septiembre de 2022, *Meta Platforms Inc.*, anteriormente *Facebook Inc.*, *Meta Platforms Ireland Limited*, anteriormente *Facebook Ireland Ltd.*, *Facebook Deutschland GmbH* c. *Bundeskartellamt*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CC0252&from=EN>.

22 De acuerdo con Massimo Motta y Alexandre de Streel, estas circunstancias serían aquellas en que: **(i)** el actor goce de una posición monopólica o cercana a esto (“supra dominancia”) **(ii)** existan barreras a la entrada no transitorias; **(iii)** el monopolio o la posición dominante se hayan obtenido por medio de actuales o pasadas conductas exclusorias o derechos especiales; **(iv)** no existan medios efectivos para que las autoridades de competencia eliminen las barreras de entrada; y **(v)** no exista un regulador especializado en el sector específico capaz de abordar este asunto. Massimo Motta y Alexandre de Streel, “Excessive Pricing and Price Squeeze Under EU Law” en *EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL, What Is an Abuse of a Dominant Position?*, eds. Claus-Dieter Ehlermann e Isabela Atanasiu, (Portland Oregon, EE. UU.: Hart Publishing, 2003). Pp. 109-112.

El desafío está en identificar cuándo, entonces, estaremos frente a un precio de tal naturaleza. Para responder a esta interrogante, la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, han elaborado una serie de parámetros o *benchmarks* que, aplicados en su conjunto, nos podrían entregar algunas luces.

En el caso *United Brands*, el TJUE estableció que el precio cobrado será considerado excesivo si no tiene “relación razonable con el valor económico del producto ofrecido”²³. Además, especificó que para poder dar por acreditada la situación anterior se debe (i) analizar si existe una desproporción excesiva entre el costo efectivamente soportado y el precio del producto; y (ii) examinar si el precio cobrado es inequitativo, ya sea en términos absolutos (o en “sí mismo”), como en comparación con los productos de competidores.

Además, en este mismo caso (*United Brands*), el TJUE resolvió que es necesario determinar “si acaso la empresa dominante ha hecho uso de las oportunidades que le entrega su posición dominante, de manera que haya podido obtener beneficios comerciales que no hubiera obtenido si hubiera existido una normal y suficientemente efectiva competencia”²⁴.

A partir de estos pasajes, Motta y De Streel concluyen que un precio será excesivo si es significativamente mayor que el precio que existiría en un mercado competitivo imperfecto²⁵. En el mismo sentido, estos autores agregan que este precio tampoco debe ser inferior a los costos medios, puesto que “un precio menor a los costos medios no sería viable (y por lo tanto no podría ser tomado como el parámetro de competencia) en caso de que existan costos fijos”²⁶. Además, cuando la competencia se da *por el mercado*, en lugar de *en el mercado*, estos autores consideran que los precios competitivos deberán ser incluso mayores que los costos medios²⁷, de lo contrario, la empresa arriesgaría no recuperar las inversiones incurridas (por ejemplo, en I+D) si se produce la entrada de un nuevo competidor que desplace al incumbente.

Con todo, usualmente es difícil probar los costos de una empresa y el carácter supra competitivo de los precios. Por ello, este parámetro no resulta lo suficientemente operativo -al menos no por sí solo- para determinar la existencia de un precio excesivamente alto. En este sentido, Motta y De Streel, a partir de una reconstrucción de los métodos utilizados por el TJUE, señalan que los precios excesivamente altos:

“se puede[n] probar comparando el precio cobrado por la empresa con diferentes indicadores, tales como: los costos de la firma dominante; otros precios cobrados por la firma dominante; o precios cobrados por otras firmas ofreciendo productos similares a los de la empresa investigada”²⁸.

Estos parámetros se pueden especificar aún más, considerando también la comparación con los precios que cobra la misma empresa dominante en mercados geográficos distintos y donde exista relativa competencia, o incluso los precios cobrados por otras empresas que ofrezcan productos equivalentes en mercados geográficos distintos²⁹.

23 Caso 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities* (en adelante “*United Brands c. Comisión Europea*”), *CEJ*, (1978), par. 250.

24 *United Brands c. Comisión Europea*, par. 249.

25 Motta y de Streel, “Excessive Pricing and Price Squeeze Under EU Law”. Pág. 93.

26 Motta y de Streel, “Excessive Pricing and Price Squeeze Under EU Law”. Pág. 94.

27 Motta y de Streel, “Excessive Pricing and Price Squeeze Under EU Law”. Pág. 94.

28 Motta y de Streel, “Excessive Pricing and Price Squeeze Under EU Law”. Pág. 94.. Trad, libre: “*may be proved by comparing the price under review with different indicators: cost measures of the dominant firm; other prices applied by the dominant firm; or prices of other firms offering products similar to the one of the investigated firm*”.

29 Sobre este último punto véase: Resolución N° 22-D-26 dictada por la *Autorité De La Concurrence* el 22 de diciembre de 2022 sobre las prácticas implementadas en el sector de revisión técnica de vehículos pesados en Guadalupe (en adelante caso “*CPTL-AG*” por las siglas de la empresa sancionada “*Contro’le Technique Poids Lourds - Antilles Guyane*”).

Sin embargo, en ocasiones, la simple comparación de precios puede arrojar pocas luces respecto del carácter excesivo o no de un determinado precio. Por ejemplo, si la empresa en cuestión presenta estructuras de costos diferentes a los de las empresas consideradas para la comparación. En este sentido, algunos proponen que, además de la comparación entre precios, se realice una comparación de rentabilidad entre estas empresas, de modo que se pueda determinar si la diferencia entre costos y precios de la empresa investigada, son similares a la diferencia entre costos y precios de las empresas comparadas³⁰⁻³¹.

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

1. **Abusividad.** El precio es excesivo si deriva de condiciones que resultan de la falta de una real y efectiva competencia³².
2. **Proporcionalidad.** Es excesivo si existe una desproporción excesiva entre este y los costos efectivamente soportados³³.
3. **Valor absoluto.** Es excesivo si el monto no se justifica por elementos que le aporten un valor agregado que lo distinga de otros productos³⁴.
4. **Valor en comparación con competidores.** Es excesivo si es excesivamente más alto que el de productos de competidores³⁵.
5. **Monto en el tiempo.** Es excesivo si es mucho mayor al precio que la misma empresa cobraba en otro tiempo³⁶.
6. **Monto a nivel geográfico.** Es excesivo si es desproporcionadamente mayor al que la misma empresa cobra en otros mercados geográficos asimilables³⁷.
7. **Rentabilidad en comparación con competidores.** Es excesivo si permite obtener márgenes desproporcionadamente superiores a los de otros competidores³⁸.
8. **Rentabilidad en comparación con productos asimilables.** Es excesivo si permite obtener márgenes desproporcionadamente superiores a otros productos asimilables en su valor, riesgos de invertir y costos³⁹.

30 Frank Maier-Rigaud. "Excessive Prices: Background Paper by the Secretariat", en: *OECD Policy Roundtables: Excessive Prices* (DAF/COMP, 2011), <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>. Pp. 63-69.

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

32 Caso *CPTL-AG*. Considerando 215°; y *United Brands* c. Comisión Europea, par. 249.

33 *United Brands* c. Comisión Europea, par. 251-252.

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

35 Caso CNMC c. *Lediant*. Pp. 205-211.

36 Caso *CPTL-AG*. Considerandos 221-236°.

37 *United Brands* c. Comisión Europea, par. 260°.

38 Caso *CPTL-AG*. Considerandos 242-245°.

39 En el caso CNMC c. *Lediant* la CNMC estimó que el margen razonable estaba dado por el promedio obtenido por toda la industria farmacéutica en Europa. Véase: Caso CNMC c. *Lediant*. Pp. 151-155.

III. PRECIOS EXCESIVAMENTE ALTOS Y PLATAFORMAS DIGITALES DE DOS LADOS

Para poder aplicar los *benchmarks* previamente explicados al escenario de las plataformas digitales, se hace necesario entrar a mirar la naturaleza de la plataforma y su estructura tarifaria.

Una característica común de las plataformas digitales es que estas hacen las veces de intermediarias entre dos o más grupos que obtienen valor o ingresos entre sí⁴⁰. En este sentido, lo común será encontrarnos con que la plataforma cuestionada por una práctica relacionada con el cobro de precios sea una plataforma que haga las veces de intermediaria en mercados de dos o más lados, y que, en consecuencia, mantenga una estructura tarifaria que dependa de las características de cada uno de los grupos de usuarios que atiende.

Lo anterior quiere decir que, para determinar si acaso el precio cobrado a un lado de la plataforma es excesivo, se deberán mirar los otros lados que la plataforma atiende, los precios que cobra a cada uno estos grupos, y la estructura tarifaria general adoptada por la plataforma⁴¹. Esto para descartar que los precios cobrados a un lado cumplan el propósito de subsidiar el servicio prestado a los usuarios del otro de lado⁴², o que, de ser este el caso, exista una adecuada proporción entre el subsidio y el exceso de precio.

A mayor abundamiento, incluso existen quienes sostienen que la proporcionalidad del subsidio debe examinarse atendiendo a la naturaleza de las externalidades involucradas en las interacciones entre los distintos tipos de usuarios⁴³. Esto, considerando que el valor que cada grupo de usuario le asigna a la plataforma variará dependiendo de si la interacción con el otro grupo le genera efectos de red indirectos (sean estos positivos o negativos).

En esta línea, Daniel Mandrescu propone adaptar la aplicación de los *benchmarks* establecidos en el caso *United Brands* a la realidad interdependiente de los distintos grupos de usuarios que la plataforma atiende. Esta propuesta puede resumirse a las siguientes medidas⁴⁴:

- (I) Reconocer cuáles son las externalidades que se producen entre cada grupo, y su naturaleza (positivas o negativas). En caso de que las externalidades sean positivas e indirectas, lo común será que exista un grupo que subsidie a otro -dependiendo de si es, o no, el que se beneficia de la participación de los usuarios del otro lado de la plataforma-. En caso de que las externalidades sean indirectas y negativas, o inexistentes, entonces no se debería presuponer la necesidad de que un grupo subsidie a otro.
- (II) identificar si acaso el precio cobrado a cada lado de la plataforma excede significativamente los costos de atender a cada grupo respectivo. Esto será lo común cuando un grupo se beneficie en forma significativa de externalidades de red indirectas positivas generadas por la presencia de los usuarios al otro lado de la plataforma, mientras que, para este último grupo, lo normal será beneficiarse de precios más bajos que los costos.

40 Ben Bloodstein, "Amazon and Platform Antitrust", *Fordham Law Review* 88, N° 1 (octubre, 2019). Pág. 189.

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

42 Estos son los denominados *subsidios cruzados de red*, en que "un grupo paga un precio que es relativamente más bajo que el costo que le significa participar en la plataforma, a costa de que el otro grupo pague un precio relativamente más alto que el costo que le significa participar en la plataforma". Bucher, Sofía, y Fantoni, Dominga, "Mercado de medios de pago con tarjeta en Chile: Análisis económico y su transición al M4P", *Diálogos CeCo* (junio, 2023), pp. 13-14.

43 Mandrescu, "Abusive pricing practices by online platforms: a framework review of Article 102 TFEU for future cases". Pág. 497.

44 Para la enumeración siguiente véase: Mandrescu, "Abusive pricing practices by online platforms: a framework review of Article 102 TFEU for future cases". Pp. 494-505.

- (III) en caso de que existan externalidades positivas indirectas, se debe determinar si la suma total de los precios cobrados ambos grupos de usuarios excede la suma total del costo de atenderlos de forma conjunta. Sin embargo, si no existen dichas externalidades, o si estas son negativas, el subsidio a un lado de la plataforma deberá ser tomado como parte del sobreprecio que la plataforma le cobra al otro grupo de usuarios, puesto que estos no verían una relación económica entre el precio y su producto (por lo menos en la parte correspondiente al subsidio)⁴⁵.
- (IV) una vez que se hayan identificado los precios y costos relevantes a tomar en cuenta para el análisis, corresponde aplicar los distintos *benchmarks* levantados por la doctrina y la jurisprudencia, pero tomando siempre en consideración que se trata de grupos y servicios que se encuentran interrelacionados por las externalidades.
- (V) en caso de que existan alzas de precios (posteriores al posicionamiento de la empresa en el mercado), se deberá determinar si estas alzas se condicen con el crecimiento de la red al lado de la plataforma que genera externalidades positivas indirectas. Aquello no debe ser de extrañar, puesto que el aumento en la red de usuarios de dicho lado implica un incremento en el valor de la plataforma hacia el lado beneficiado por estas. En palabras de Mandrescu “es importante que los registros históricos de cambios de precios se evalúen en contraste con la (creciente) habilidad para captar externalidades de red”⁴⁶.
- (VI) al hacer las comparaciones respectivas para cada *benchmark* escogido, se hace importante asegurar que las empresas escogidas para la comparación sean plataformas con estructuras tarifarias y modelos de negocios iguales o similares. En este sentido, la naturaleza e intensidad de las externalidades de red utilizadas por la plataforma en la comparación también deberán ser tomadas en cuenta, considerando que estas variables pueden afectar la estructura tarifaria de la plataforma.
- (VII) cumplidos los requisitos anteriores, se hace necesario observar el valor del servicio ofrecido a cada lado, considerando que la mejora de dicho servicio puede implicar una justificación razonable para el incremento en los precios cobrados a los usuarios de la plataforma. En el mismo sentido, se debe considerar el valor del servicio ofrecido por la plataforma utilizada en el *benchmark*, pues de lo contrario se estaría dejando de lado un factor importante en el análisis.

Ahora bien, si utilizamos los criterios de Mandrescu para adaptar los distintos *benchmarks* ya tratados, obtenemos lo siguiente:

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

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

46 Mandrescu, “Abusive pricing practices by online platforms: a framework review of Article 102 TFEU for future cases”, pág. 502. Trad. Libre: “it is important that the historical records of price changes are evaluated against the (growing) ability to capture network externalities”.

Tabla N°1

Adaptación de los *benchmarks* de precios excesivos a la estructura de las plataformas de dos o más lados⁴⁷

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

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

IV. ¿EXPLOTACIÓN DE DATOS COMO PRECIO EXCESIVO?

Las plataformas financiadas por publicidad rara vez son gratuitas para hacia el lado de los usuarios espectadores. Esto, sin perjuicio de que el acceso al contenido no tenga un precio monetario. Según explica John M. Newman, el tiempo dedicado a la muestra de anuncios y los datos entregados a la plataforma podrían eventualmente constituir costos que harían las veces de “medio de intercambio” entre los consumidores y la plataforma⁴⁸.

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

En este sentido, Eliana Barrionuevo ofrece ciertos criterios de análisis que podrían contribuir a reconocer cuándo los datos y el tiempo en pantalla constituyen, o no, un precio (o lo que es lo mismo: costos que hacen las veces de medio de intercambio). Según la autora, existen ocasiones en que los datos son recopilados por una plataforma para mejorar la eficiencia y facilitar la realización de otra transacción diferente⁴⁹. Por su parte, lo común será que las plataformas de redes sociales utilicen los datos de sus usuarios, a un lado de la plataforma, como su principal insumo para ofrecer espacios de publicidad teledirigida a los anunciantes, hacia el otro lado de la plataforma⁵⁰.

Según la autora, la falta de diferenciación de uno u otro caso habría llevado a la *Bundeskartellamt* a dar al caso contra Facebook un enfoque centrado en la protección de derechos fundamentales, pero que no toma en cuenta la dimensión económica que los datos pueden tener⁵¹.

En efecto, las normas de protección de datos regulan los términos bajo los cuales los consumidores deben ser consultados para entregar su consentimiento en el tratamiento de datos, pero no limitan la cantidad de datos que las plataformas pueden recopilar de parte de sus consumidores cuando sí existe consentimiento libre. Así, según la autora, si se sigue la posición adoptada por la *Bundeskartellamt*, bastaría con que la plataforma acredite que la entrega de datos personales por parte de sus consumidores se realizó de manera informada y consentida por estos para que la conducta sea considerada lícita. Lo anterior, sin importar que la cantidad de datos solicitados a los consumidores sea excesiva desde un punto de vista económico⁵².

En una línea similar, Friso Bostoén sostiene que el criterio establecido en el caso *United Brands*, según el cual, un precio deberá ser considerado excesivo cuando no tenga relación económica con el valor del bien intercambiado, podría servir para dar por constituida la figura de abuso explotativo en este y otros casos similares⁵³.

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

Dados los criterios esbozados en el apartado anterior, consideramos necesario que, antes de aplicar estos *benchmarks*, hagamos una breve referencia a la clase de plataforma de que se trata, su modelo de negocios y las dinámicas de redes producidas entre ambos lados de la plataforma.

48 John M. Newman, “Antitrust In Zero-Price Markets: Foundations”, *University of Pennsylvania Law Review* 164, N° 1 (Diciembre, 2015). Pág. 163.

49 Tal sería el caso de *Amazon.com*, que utilizaría los datos de sus usuarios para tomar decisiones comerciales. Ver nota de CeCo: “El acuerdo entre la Comisión Europea y Amazon”, *Actualidad* (marzo, 2023), <https://centrocompetencia.com/el-acuerdo-entre-la-comision-europea-y-amazon/>.

50 Eliana Barrionuevo, *Exploitative Pricing Abuse In “Free” Markets: When Contract, Privacy and Competition Law Collide*, (Tilburg University, Master Thesis, junio, 2018). Pág 39.

51 Barrionuevo, *Exploitative Pricing Abuse In “Free” Markets: When Contract, Privacy and Competition Law Collide*, pág 40.

52 Barrionuevo, *Exploitative Pricing Abuse In “Free” Markets: When Contract, Privacy and Competition Law Collide*. Pág 40.

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

Facebook.com es una plataforma que hace las veces de intermediaria entre dos grupos de usuarios: los espectadores, por un lado, y los anunciantes, por el otro.

Los primeros son aquellos que acceden a la plataforma en busca del contenido que esta les ofrece, de modo que para ellos la plataforma tiene un valor “en sí mismo”⁵⁴, y se benefician de los efectos positivos directos de red que el aumento en la red de espectadores genera. Esto último, puesto que la posibilidad de conectar con gente conocida, o personas con intereses similares, aumenta a medida que los usuarios de este lado de la plataforma crezcan.

Los segundos usuarios (anunciantes), son aquellos que acceden a la plataforma para ofrecer a los usuarios espectadores anuncios que puedan ser de su interés. Este grupo de usuarios se beneficia de los efectos de red positivos indirectos que el aumento de la participación de los usuarios espectadores genera⁵⁵. Sin embargo, su presencia bien podría generar efectos de red negativos e indirectos hacia el lado de los usuarios espectadores, puesto que estos últimos conciben la interacción con los anunciantes como un costo para poder acceder al contenido de la plataforma de manera gratuita.

Lo anterior, explica por qué en una plataforma como *Facebook.com*, es el lado de los anunciantes el que subsidia el contenido ofrecido por la plataforma hacia el lado de los usuarios espectadores.

Así, antes que todo, es necesario señalar que, dado que los usuarios espectadores (el grupo afectado por la eventual conducta explotativa en cuestión) no se beneficia de efectos de red positivos indirectos generados por la presencia de los anunciantes (más bien se podría decir que la situación es opuesta), no cabría tomar en cuenta las condiciones ofrecidas por la plataforma hacia el lado de los anunciantes como parámetro para determinar si la extracción de datos es o no excesiva (salvo ciertas excepciones que se fundamentarán más adelante).

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

Según la investigación de la *Bundeskartellamt*, la participación de Facebook en el mercado de redes sociales para usuarios privados al momento de la decisión era superior al 90%, y si se incluían otras hipótesis más conservadoras (por ejemplo, agregando a *YouTube* y *Twitter*, junto a otros servicios de Meta tales como *Whatsapp* e *Instagram*), la participación del conglomerado seguía superando el 50%⁵⁶. Lo anterior, podría favorecer la conclusión de que la conducta de la plataforma sólo se hizo posible debido a la falta de una efectiva y real competencia en el mercado. Además, según postulan algunos, la aplicación de los términos y condiciones lesivos para la privacidad de los usuarios sólo se habría hecho posible con la salida de competidores relevantes de la plataforma, a partir del año 2014⁵⁷.

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

54 Bloodstein, “Amazon and Platform Antitrust”. Pág. 199.

55 Bloodstein, “Amazon and Platform Antitrust”. Pág. 199.

56 *Bundeskartellamt c. Facebook*. Pp-109-118.

57 Dina Srinivasan, “The Antitrust Case Against Facebook”, *Berkeley Business Law Journal* 16, N° 1 (2018).

lado de los anunciantes⁵⁸. En este sentido, contrastar estos ingresos a nivel agregado, con los costos de servir a ambos lados de la plataforma podría entregarnos algún parámetro sobre la proporción entre los costos y los ingresos de la plataforma (similar a la comparación entre el precio y los costos marginales o medios)⁵⁹.

Los márgenes obtenidos como resultado de lo anterior también podrían servir para la aplicación de los *benchmarks* de rentabilidad en comparación con competidores y de rentabilidad en comparación con productos asimilables⁶⁰.

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

Esto último, considerando que los usuarios espectadores se benefician de los efectos de red positivos y directos que el aumento en base de usuarios a este lado de la plataforma genera. Según la *Bundeskartellamt*, el número de Usuarios Mensuales Activos (MAU) en la plataforma *Facebook.com*, habría experimentado un crecimiento sostenido entre los años 2009 y 2018, lo que podría debilitar la hipótesis de abuso esbozada por la autoridad⁶¹.

Para la aplicación del *benchmark* del valor en comparación con competidores, Eliana Barrionuevo propone que se observen los términos y condiciones de privacidad de los servicios prestados por competidores de la plataforma, evaluando si la cantidad de datos solicitados por estos es sustancialmente menor que la de los productos de Facebook⁶². Para esto, sin embargo, se debe tener cuidado de que las plataformas utilizadas en la comparación contemplen redes y externalidades comparables⁶³.

Finalmente, también podría observarse la evolución de los términos y condiciones de la plataforma a lo largo del tiempo, así como en otros mercados geográficos, para notar si acaso existen diferencias relacionadas con la dominancia de la plataforma, o si existe una proporción razonable entre estas. Al respecto, cabe hacer mención de un estudio realizado por Jennifer Shore y Jill Steinman, que da cuenta de cómo el nivel de protección de la privacidad y transparencia de la plataforma en el manejo de datos de sus usuarios habría decaído entre los años 2009 y 2015⁶⁴, lo que, eventualmente, podría entregar algunos argumentos en favor de la hipótesis de abuso de la *Bundeskartellamt*.

58 Este parámetro también puede ser contrastado con el precio que la plataforma cobra a usuarios "premium", que decidan pagar para no recibir publicidad en la plataforma. Si bien, hasta la fecha, Meta no implementado un plan de estas características, dentro de los cambios anunciados como consecuencia de la nueva regulación de plataformas -que comenzó a regir a principios de este año en la Unión Europea (la Digital Markets Act, junto con la Digital Services Act)-, Meta anunció que comenzaría a aplicar un cobro por un monto de €10 Euros mensuales (aprox. \$10,50 USD) a los usuarios que desearan acceder a sus servicios sin anuncios. Lo anterior, sumado un variable de €6 Euros por cada plataforma adicional en que los usuarios estén suscritos, además del cobro que las plataformas de Apps móviles -tales como *AppStore* de Apple o *Play Store* de Google- le impongan por las descargas y compras dentro de sus entornos. Ver: Wall Street Journal, "Meta Plans to Charge \$14 a Month for Ad-Free Instagram or Facebook", Sección Tecnologías (03 de octubre de 2023), <https://www.wsj.com/tech/meta-floats-charging-14-a-month-for-ad-free-instagram-or-facebook-5dbaf4d5>.

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

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

61 *Bundeskartellamt c. Facebook*. Pp. 119-122.

62 Barrionuevo, *Exploitative Pricing Abuse In "Free" Markets: When Contract, Privacy and Competition Law Collide*. Pág. 43.

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

64 Jennifer Shore y Jill Steinman, "Did You Really Agree to That? The Evolution of Facebook's Privacy Policy", *Technology Science* (agosto, 2015).

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

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

Por lo anterior, y de conformidad con los criterios levantados por buena parte de la doctrina en materia de precios excesivos, consideramos que la aplicación de esta clase de análisis sólo se deberá utilizar en ausencia de regulaciones *ex ante*⁶⁵, que permitan atacar esta misma clase de problemas con menores dificultades y riesgos de inhibir la inversión en los mercados intervenidos⁶⁶.

V. CONCLUSIONES

En ocasiones, las plataformas digitales que son dominantes en sus respectivos mercados pueden abusar de esta posición para imponer términos y condiciones de privacidad que sean lesivos para sus consumidores.

En casos como estos, y cuando la muestra de anuncios y la entrega de datos personales constituyan la verdadera contraprestación que la plataforma reciba por los servicios prestados por la plataforma, la adaptación de los criterios utilizados por la doctrina para el análisis de precios excesivos puede ser una herramienta útil.

Estos criterios se traducen en una serie de *benchmarks* que deberán cumplirse para lograr acreditar que los precios cobrados por una empresa dominante son, en la práctica, excesivamente altos, por no tener una relación económica con el bien intercambiado.

La aplicación de estos al escenario digital deberá tomar en consideración el modelo de negocios que la plataforma mantenga, y el valor del servicio ofrecido a los distintos lados, habida cuenta de las externalidades positivas que los distintos grupos de usuarios son capaces de generar y/o aprovechar.

Si bien la aplicación de la figura de los precios excesivos al caso *Bundeskartellamt c. Facebook* resulta, en principio, plausible, se observan una serie de desafíos que podrían eventualmente complejizar esta clase de análisis.

65 Como ejemplo de regulaciones *ex ante*, que se hacen cargo, en parte de estos problemas, podríamos mencionar a la Digital Markets Act de la Unión Europea. Para una descripción detallada de este cuerpo regulatorio ver nota de CeCo: “El mapa de CeCo para entender la ‘Digital Markets Act’”, *Actualidad* (noviembre, 2022). <https://centrocompetencia.com/el-mapa-de-ceco-para-entender-la-digital-markets-act/>.

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

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

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Investigaciones académicas:

1. Ben Bloodstein, "Amazon and Platform Antitrust", *Fordham Law Review* 88, N° 1 (octubre, 2019).
2. Bucher, Sofía, y Fantoni, Dominga, "Mercado de medios de pago con tarjeta en Chile: Análisis económico y su transición al M4P", *Diálogos CeCo* (junio, 2023).
3. CentroCompetencia UAI, "¿Es posible sancionar por precios excesivos en tiempos de Covid-19?", Investigaciones CeCo (mayo, 2020), [Enlace](#).
4. Daniel Mandrescu, "Abusive pricing practices by online platforms: a framework review of Article 102 TFEU for future cases", *Journal of Antitrust Enforcement* 10, 469-517 (febrero, 2022).
5. Dina Srinivasan, "The Antitrust Case Against Facebook", *Berkeley Business Law Journal* 16, N° 1 (2018).
6. Eliana Barrionuevo, *Exploitative Pricing Abuse In "Free" Markets: When Contract, Privacy and Competition Law Collide*, (Tilburg University, Master Thesis, junio, 2018).
7. Frank Maier-Rigaud. "Excessive Prices: Background Paper by the Secretariat", en: *OECD Policy Roundtables: Excessive Prices* (DAF/COMP, 2011), [Enlace](#).
8. Friso Bostoen, "Online platforms and pricing: Adapting abuse of dominance assessments to the economic reality of free products", *Computer Law & Security Review* 35, N°3 (2019).
9. Jennifer Shore y Jill Steinman, "Did You Really Agree to That? The Evolution of Facebook's Privacy Policy", *Technology Science* (agosto, 2015).
10. John M. Newman, "Antitrust In Zero-Price Markets: Foundations", *University of Pennsylvania Law Review* 164, N° 1 (diciembre, 2015).
11. Katharine Kemp, *Concealed data practices and competition law: Why privacy matters* (University of New South Wales Law Research Series, 2019).
12. Massimo Motta y Alexandre de Streel, "Excessive Pricing and Price Squeeze Under EU Law" en *EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL, What Is an Abuse of a Dominant Position?*, eds. Claus-Dieter Ehlermann e Isabela Atanasiu, (Portland Oregon, EE. UU.: Hart Publishing, 2003).

Decisiones judiciales o administrativas:

1. *Asunto C252/21*, conclusiones del Abogado General Sr. Athanasios Rantos presentadas el 20 de septiembre de 2022, Meta Platforms Inc., anteriormente Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, anteriormente Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH c. Bundeskartellamt, [Enlace](#).
2. *Asunto C252/21*, Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada el 4 de julio de 2023, Meta Platforms Inc., anteriormente Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Ltd., anteriormente Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH. c. Bundeskartellamt, [Enlace](#).
3. Caso 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities*, CEJ, (1978).
4. *Decisión administrativa B6-22/16*, emitida por la sexta división de la Bundeskartellamt el 6 de febrero de 2019, [Enlace](#).

5. *Demanda de Condominio Campomar contra Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Ltda.*, Causa Rol N° C-245-12, Sentencia TDLC N° 140/2014, [Enlace a ficha de CeCo](#).
6. *Resolución* dictada el 10 de noviembre de 2022 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0028/20: Lediant.
7. *Resolución exenta N° 174* de 28 de febrero de 2022, del Servicio Nacional Del Consumidor, que “Aprueba la Circular Interpretativa Sobre los Criterios de Equidad en las Estipulaciones Contenidas en Contratos de Adhesión Referidas a la Recolección y Tratamiento de Datos Personales de Consumidores”, https://www.sernac.cl/portal/618/articles-65388_archivo_01.pdf.
8. *Resolución N° 22-D-26*, dictada por la Autorité De La Concurrence el 22 de diciembre de 2022 sobre las prácticas implementadas en el sector de revisión técnica de vehículos pesados en Guadalupe.
9. *Sentencia VI-Kart 1/19 (V)*, dictada por la Corte Regional Superior de Düsseldorf el 26 de agosto del 2019, [Enlace](#).

Cuerpos legales:

1. República Federal De Alemania, “Ley Contra la Restricciones a la Competencia” de 26 de junio de 2013” (GWB), [Enlace](#).
2. Unión Europea, Parlamento Europeo, “Reglamento General de Protección de Datos de 27 de abril de 2016”, [Enlace](#).

Noticias y enlaces Web:

1. Nota de CeCo: “El acuerdo entre la Comisión Europea y Amazon”, *Actualidad* (marzo, 2023), <https://centrocompetencia.com/el-acuerdo-entre-la-comision-europea-y-amazon/>.
2. Nota de CeCo: “El mapa de CeCo para entender la ‘Digital Markets Act’”, *Actualidad* (noviembre, 2022), <https://centrocompetencia.com/el-mapa-de-ceco-para-entender-la-digital-markets-act/>.
3. Corte Regional Superior de Düsseldorf, “Facebook contra Bundeskartellamt: orden de remisión al TJUE”, *Comunicado de prensa n° 11/2021 (Justiz-Online, sitio web oficial)*, https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Archiv/Pressemitteilungen_aus_2021/20210423_PM_Facebook-Beschluss/index.php.
4. Meta Platforms, Inc, “Productos para desarrolladores” (sitio web oficial), <https://developers.facebook.com/products/>.
5. Wall Street Journal, “Meta Plans to Charge \$14 a Month for Ad-Free Instagram or Facebook”, *Sección Tecnologías* (03 de octubre de 2023), <https://www.wsj.com/tech/meta-floats-charging-14-a-month-for-ad-free-instagram-or-facebook-5dbaf4d5>.



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:

Sebastián Cañas O., "Explotación de datos personales como precio excesivo: Una revisión del caso *Bundeskartellamt c. Facebook*", *Investigaciones CeCo* (octubre, 2023),
<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