



# ***MARKETPLACES Y LIBRE COMPETENCIA***

Constanza Burgos Cea

# Marketplaces y libre competencia

Abril 2024



**Constanza Burgos Cea**

Abogada de la Pontificia Universidad de Chile. Diploma en Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica de Chile (2017) y Diploma de Fusiones y Adquisiciones, Universidad de Los Andes (2022). Asociada del Grupo Regulatorio-Económico de Aninat Abogados.

**Abstract:** En este artículo se abordan las principales consecuencias del ingreso de un comercio a un determinado marketplace, donde, preliminarmente es posible advertir que existe un mayor riesgo anticompetitivo en la medida que aquellos espacios virtuales de compra y venta sean compartidos entre oferentes que compiten en un mismo mercado relevante. Se plantean ciertas interrogantes sobre la definición de mercado relevante para efectuar el análisis de los competidores, particularmente, atendida esta nueva forma de hacer negocios, lo cual tiene directo impacto en el análisis de los efectos en materia de libre competencia.

## INTRODUCCIÓN

Muchos agentes económicos hoy en día se preguntan cuáles son los principales riesgos y beneficios de adherirse a una plataforma de *marketplace*. A simple vista, pareciera ser que los beneficios económicos son bastante prolíferos: mayor visualización y alcance de la audiencia, entre otros. Pero, ¿Qué ocurre desde el punto de vista de la libre competencia? ¿A qué riesgos se exponen los agentes económicos? ¿Las empresas están realmente preparadas *ex ante* y *ex post* ante eventuales contingencias en materia de libre competencia?

En el presente artículo, se abordarán las principales consecuencias del ingreso de un comercio a un determinado *marketplace*, donde, preliminarmente es posible advertir que existe un mayor riesgo anticompetitivo en la medida que aquellos espacios virtuales de compra y venta sean compartidos entre oferentes que compiten en un mismo mercado relevante. Ahora bien ¿A qué mercado relevante nos estamos refiriendo? ¿Al mercado del producto que se vende o al mercado de los *marketplaces*? ¿A qué participación de mercado tenemos que atender? ¿El poder de mercado de una tienda física es la misma que la de una tienda virtual? ¿Una tienda virtual compite con un *marketplace*? ¿Existe una diferencia entre éstas? ¿Cómo determinamos el mercado relevante del *marketplace* en sí? ¿Cuáles son sus fronteras? Así es como de estas nuevas formas de hacer negocios surgen nuevas interrogantes y paradigmas para la libre competencia, los cuales no podemos dejar de atender.

De esta forma, todos estos elementos resultan fundamentales a la hora de considerar los efectos en la competencia del ingreso de un comercio a un determinado *marketplace*, y especialmente, son significativos para decidir si adherirse a una plataforma de estas y regular las condiciones que regirán entre las partes.

En razón de lo anterior, el presente artículo se desarrollará conforme a las siguientes secciones. En un primer lugar se tratará: (i) el concepto de *marketplace* como innovación disruptiva; luego, (ii) los beneficios y riesgos en materia de libre competencia; (iii) cómo ha sido su regulación contractual; y, finalmente, (iv) la posibilidad de un determinado comercio de desarrollar su propio *marketplace*. Además, se incluyen en estos capítulos ciertas recomendaciones destinadas a precaver eventuales riesgos anticompetitivos; de tal forma que esta innovación siga siendo un espacio que promueva la libre competencia.

## I. MARKETPLACES O MERCADOS EN LÍNEA

Los *Marketplaces* o mercados en línea constituyen un **espacio virtual** donde oferentes y demandantes se reúnen en un solo sitio web o plataforma para transar bienes y/o servicios haciendo uso de las nuevas tecnologías<sup>1</sup>. Esta nueva forma de intercambiar bienes y servicios es un claro ejemplo de lo que conocemos como “*innovación disruptiva*”. Este término, que originalmente fue acuñado por los autores Bower y Christensen en 1995<sup>2</sup>, hace alusión a la “*capacidad de reestructurar los mercados existentes o crear nuevos mercados, comprendiendo no sólo nuevos productos y procesos productivos, sino que también nuevos modelos de negocios*”.

La innovación disruptiva es una forma de *destrucción creativa*<sup>3</sup>, pues ocurre en circunstancias en que nuevos productos “destruyen” otros ya existentes en el mercado e incluso hacen desaparecer empresas y modelos de negocios hasta ese momento habituales. Por ejemplo, esto es lo que ocurrió con el computador personal respecto de la máquina de escribir; o bien, la introducción del pendrive como forma de almacenamiento, que vino a reemplazar los CD-ROOM, y éstos a su vez al ya olvidado disquete. Ejemplos hay muchos.

La destrucción creativa implica un doble efecto: por un lado, se produce un proceso de construcción de una realidad nueva, y por otro, la desaparición de un producto, mercado, canal o modelo de negocio, expulsado por la nueva realidad<sup>4</sup>.

Por lo general, las innovaciones disruptivas perturban, es decir, “*alteran drásticamente los mercados de maneras inesperadas*”<sup>5</sup>, pues no se trata de avances tecnológicos graduales, incrementales o incluso, predecibles.

Una característica propia de este tipo de innovación disruptiva es que -como decíamos- las compañías se benefician de una mayor visualización y alcance de sus productos y servicios; ello, como resultado principalmente de las fuertes economías de redes asociadas con el desarrollo de plataformas basadas en economías de colaboración, donde generalmente existen mercados con demanda bilateral o de dos lados<sup>6</sup>.

Es posible identificar una serie de particularidades comunes que caracterizan a estas plataformas colaborativas, como lo son: (i) el **mejor aprovechamiento de los recursos infrautilizados**, mediante la puesta a disposición de los usuarios de estos recursos, bienes o servicios; (ii) estar **constituidas por mercados de varios lados**, en los cuales cada uno de los lados del mercado recibe valor por la existencia de otro u otros lados; (iii) realizan la **función de catalizador entre los distintos lados del mercado**, permitiendo resolver el problema de coordinación entre la oferta y la demanda y los costos de búsqueda; y por último, (iv) utilizar sistemas de reputación online **facilitando el acceso a información actualizada** y creíble por parte de los usuarios<sup>7</sup>.

---

1 Esto ocurre de manera análoga a como entendemos un mercado de forma tradicional, esto es, un lugar físico donde se transan bienes y/o servicios

2 Joseph Bower & Clayton Christensen, “Disruptive Technologies: Catching the Wave,” 73 Harvard Business Review 43 (1995). Traducción libre.

3 El concepto de destrucción creativa lo ideó el sociólogo alemán Werner Sombart y lo popularizó el economista austriaco Joseph Schumpeter. Mayor información en el artículo de Reinert, Hugo and Erik S. Reinert, “Creative Destruction in Economics: Nietzsche, Sombart, Schumpeter” *The European Heritage in Economics and the Social Sciences*, volumen 3 (2006). disponible en: <https://web.archive.org/web/20031006212002/http://www.othercanon.org/uploads/Nietzsche%20Creative%20Destruction%20in%20Economics%20f.doc>

4 Para ser aún más claros, la destrucción creativa que significó Netflix para Blockbuster.

5 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Innovación disruptiva en América Latina y el Caribe: Retos en la aplicación de la ley de competencia y oportunidades para la abogacía” DAF/COMP (2016), 3, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2016\)1/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2016)1/es/pdf)

6 Jean-Charles Rochet, and Jean Tirole, “Two-sided markets: a progress report”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 35 (2006), 645: “Los mercados bilaterales (o, más generalmente, multilaterales) se definen a grandes rasgos como mercados en los que una o varias plataformas permiten interacciones entre usuarios finales y tratan de conseguir que las dos (o varias) partes “se involucren” cobrando adecuadamente a cada una de ellas. Es decir, las plataformas cortejan a cada parte mientras intentan ganar, o al menos no perder, dinero en general.” Traducción libre.

7 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Contribución al foro latinoamericano de competencia innovación disruptiva: retos en la aplicación de la ley de competencia y oportunidades para la promoción de la competencia. 12-13 de abril 2016, Ciudad de México*, (abril 2016), 1, [https://www.cnmec.es/sites/default/files/promocion/consultas/2016-11/Innovacion\\_Disruptiva.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/promocion/consultas/2016-11/Innovacion_Disruptiva.pdf) Énfasis añadido.

Por último, y tal como lo ha demostrado la experiencia<sup>8</sup>, usualmente acontece “una dinámica en la que **“el más aventajado se lo queda prácticamente todo”**, vinculada a la competencia por el mercado, lo cual significa que en la práctica el dominio del mercado puede ser el resultado inevitable del éxito”<sup>9</sup>. Lo anterior, conocido comúnmente como “Winner Takes All” desde un punto de vista de la libre competencia podría potenciar el círculo virtuoso de la competencia y, en efecto, generar realidades como las siguientes: a) surgir una nueva innovación disruptiva que desplaza a la anterior, o b) que el incumbente tenga incentivos para desarrollar nuevas y mejores tecnologías.

Sin embargo, existe una tercera alternativa: c) que el dominante adquiera al innovador y con ello impida la entrada de la innovación. La estrategia de una empresa de adquirir a otra para interrumpir el desarrollo de proyectos de innovación y anticiparse a la competencia futura, ha sido denominada por el Derecho Comparado como “Killer Acquisiciones”<sup>10</sup>, en cuanto por medio de estas adquisiciones se produce la restricción de la competencia, y en muchos casos, también la pérdida de un producto y el cierre de un negocio<sup>11</sup>.

Pero ocurre también que los efectos positivos de red y de economías de escala que genera el incumbente son tales que, en ciertos casos, la tendencia natural del mercado es converger y cerrarse a un único actor o uno dominante; fenómeno que es conocido como “tipping point” o punto de inflexión<sup>12</sup> y que no necesariamente es contrario a la dinámica competitiva.

## II. BENEFICIOS Y RIESGOS PARA LA LIBRE COMPETENCIA

La existencia de innovaciones disruptivas ha dado lugar a economías de colaboración “que se producen al tomar activos poco utilizados y disponerlos en línea para una comunidad”<sup>13</sup>. De tal forma que se otorga un uso compartido a recursos que antes estaban siendo subutilizados, o bien, que no estaban siendo usados de forma permanente, como, por ejemplo, ocurre con plataformas de transporte como Uber. Así, la movilización de vehículos que antes se encontraban estacionados o que eran utilizados de forma individual, ahora generan fuentes de trabajo y además permiten transportar a un mayor número de personas con un mismo activo. Este tipo de economías permite que los recursos se utilicen de manera más eficiente y que, incluso, puedan surgir negocios a partir de ellos.

En el caso de los *marketplaces*, el hecho de que un agente económico ofrezca sus bienes y/o servicios más allá de su propio sitio web o canales presenciales, junto con los bienes y/o servicios de otros agentes de mercado, en general, produce distintos beneficios para la libre competencia. Esto, por cuanto facilita el encuentro e interacción entre las puntas de su plataforma.

Por un lado, para el vendedor, significa un nuevo espacio para ofrecer sus bienes y/o servicios, así como también la posibilidad de alcanzar más y nuevos clientes dadas las economías de red y de colaboración. Es más, es un fenómeno ya habitual que los usuarios ingresen al *marketplace* en busca de un determinado

---

8 Por ejemplo, Booking, Uber, Facebook, etc.

9 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital* (2022), 20, <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age> Énfasis añadido.

10 La primera vez que se usó el término fue en un trabajo publicado por Colleen Cunningham, Florian Ederer y Song Ma, “Killer Acquisitions” *Journal of Political Economy*, Vol. 129, N°3, pp. 649–702, (abril 2020) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3241707](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707)

11 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control* (junio 2020), 2 y 5. Traducción libre. [www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf). Aunque esta figura ha sido asociada usualmente a mercados digitales, fue primero desarrollada en el marco del sector farmacéutico, luego de que los autores identificaran que varias empresas incumbentes estaban adquiriendo compañías emergentes con el único objetivo de descontinuar sus proyectos de innovación y prevenir futura competencia.

12 Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales* (mayo 2021), 35 <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>

13 Alex Stephany, *The Business of Sharing: Making It in the New Sharing Economy* (NewYork: Palgrave MacMillan, 2015), 205. Traducción libre.

producto y terminen comprando otros de distinta naturaleza. Por su parte, para el consumidor, el *marketplace* se convierte en un espacio digital que facilita la comparación y un mejor y mayor acceso a la información de distintos bienes y/o servicios, así como la oportunidad de conocer la calificación del bien y/o servicio realizado por otros usuarios de la red. De hecho, hoy con la aplicación de la inteligencia artificial es un ejercicio cada vez más fácil de obtener, a diferencia de lo que ocurre un mercado netamente presencial.

La situación antes descrita es bastante similar a lo que ocurre en un supermercado o centro comercial, en que varios oferentes y demandantes se encuentran en un solo lugar, produciéndose el efecto de “*one stop shopping*”<sup>14</sup>, el cual ha sido preferentemente buscado y elegido por los consumidores<sup>15</sup>, especialmente atendida la falta de tiempo de la vida moderna<sup>16</sup>; lo que se obtiene fácilmente en un *marketplace*, es decir, la venta a través de una plataforma virtual colaborativa permite reducir aún más los tiempos de compra inclusive, cuando se lo compara con el hecho de ingresar a cada sitio web para obtener una diversidad de productos. Un claro ejemplo de economía de colaboración es la recaudación digital que reúne a diversos *retails* sin la necesidad de tener que ir a pagar ya sea de forma física o virtual al canal de cada empresa<sup>17</sup>.

El *marketplace* -al igual que un centro comercial- tiende a un modelo de negocios que se ha denominado como “*retail integrado*”, mediante el cual se busca llevar adelante de manera integrada una diversidad de negocios tales como supermercados, tiendas por departamento, tiendas para el mejoramiento del hogar, entre otros<sup>18</sup>, a lo que se suma el potencial ofrecimiento de servicios financieros, tales como tarjetas de pago, remesas, inversiones y otros. Lo anterior permite a los *marketplaces* alcanzar importantes participaciones de mercado, cubriendo la oferta de diversos productos y servicios, lo que nos lleva a preguntarnos ¿Cuál es el mercado relevante del producto en un *marketplace* con diversas categorías? Lo cierto es que podría llegar a ser difícil circunscribir el mercado relevante respecto de un solo tipo de producto, en circunstancias que contiene varios productos y servicios de diversa índole, de distintos oferentes y en distintos lugares. Es más, la mayoría de las veces, tales productos no son siquiera ofrecidos por la plataforma, sino por personas o comercios que desean reunirse con consumidores que requieran tales bienes, de modo que -a priori- el *marketplace* no es siquiera responsable del éxito o fracaso de la eventual relación entre tales partes.

Ciertamente, dado que la esencia del *marketplace* es justamente ser un mercado virtual, se configuran diversas diferencias en comparación a lo que ocurre dentro de un centro comercial. Entre estas, a mi juicio, podemos contar por lo menos las siguientes. Primero, el mercado relevante geográfico es mucho más amplio y no se acota al espacio geográfico al que le resulte razonable desplazarse a un consumidor para efectuar una compra, lo que lleva a un nuevo replanteamiento sobre el uso o no de las isócronas. Segundo,

---

14 “Se refiere a un establecimiento donde están disponibles muchos servicios o productos diferentes” Collins English Dictionary, “Definición de one-stop shop” última visita: 22 de marzo de 2024 <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/one-stop-shop>, traducción libre. Según la FNE “el atractivo del mall radica en una ventaja para los consumidores asociada a la reducción de costos de búsqueda, tanto porque pueden comparar alternativas en un lugar centralizado, como porque pueden realizar un conjunto de compras en el mismo lugar y que se asocia al término referido a una visita para distintas compras (one stop shopping)” Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, NC-478-20, Resolución TDLC N°80/2024, c. 14.

15 “Así, las ventajas para un consumidor de comprar una variedad de productos en un mismo lugar (*one-stops hopping*), sin tener que incurrir varias veces en los costos de transporte, es lo que explica la aglomeración de los comercios en una misma zona. A los comercios les es conveniente localizarse juntos ya que el mayor flujo de clientes hace más conveniente estar donde hay otros comercios, incluso cuando son rivales del mismo rubro. En otras palabras, los comercios quieren localizarse donde saben que acudir a un número alto de potenciales clientes, mientras que los consumidores acudirán a comprar a zonas donde se localiza un número alto y variado de comercios”. Andrés Gómez-Lobo y Ronaldo Bruna, “Un análisis económico de la relación contractual entre los centros comerciales y sus locatarios: antecedentes para la consulta del TDLC” (22 septiembre de 2021) <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/07/Un-analisis-economico-de-la-relacion-contrac-tual-entre-los-centros-comerciales-y-sus-locatarios-antecedentes-para-la-consulta-del-TDLC.pdf>

16 Situación ya evidencia desde el año 2008 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia “*Junto a ello, la tendencia a la concentración de la venta de la mayor parte de los productos que consume una familia chilena en un solo lugar, en lo que se ha denominado “one stop shopping”, ya es una realidad y tiende a acentuarse cada día más. No viene al caso analizar las causas de este fenómeno, que pueden tener relación con la falta de tiempo en la vida moderna, la incorporación de la mujer al trabajo, la masificación del uso del automóvil, o incluso causas de tipo”, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, NC-199-07, Resolución TDLC N°24/2008, c. 26.*

17 Por ejemplo, Servipag o Unired.

18 Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, NC-199-07, Resolución TDLC N°24/2008, c. 28.

la búsqueda de bienes y servicios es más amplia, variada, rápida y personalizable que en cualquier espacio físico multiproducto. Tercero, la velocidad para actualizar los precios y otra información relevante sobre los productos es mucho más rápida en una plataforma. Cuarto, los clientes se pueden ver afectados por la falta de *stock* de ciertos productos que ya adquirieron, o el incumplimiento de la entrega de los mismos por parte del oferente. Quinto, los consumidores a veces deben hacerse cargo del costo por envío de los productos.

De este modo, vemos cómo -por un lado- el *marketplace* puede ir adquiriendo un tamaño e influencia en los mercados cada vez mayor, a medida que va incorporando mayores usuarios a la red, y cómo muchas veces podría -entre otros efectos- intentar desligarse de eventuales responsabilidades de cara a los consumidores finales y, en algunos casos, establecer exigencias que aprovechen su posición de dominio, llegando incluso a la posibilidad de convertirse el mismo *marketplace* directamente o mediante alianzas- en oferente de bienes y servicios que haya constatado que son atractivos para los usuarios.

Lina Khan ya se adelantaba el año 2017 a este tipo de problemáticas, es decir, a la necesidad de hacer frente a un análisis de poder de mercado que considere las características particulares de las plataformas digitales. Así, en su artículo "*Amazon's Antitrust Paradox*" planteó que medir la competencia real en el mercado del siglo XXI no se puede acotar al "bienestar del consumidor", esto es, únicamente a los efectos a corto plazo de las conductas sobre los precios y la producción, pues ello no lograría captar la estructura subyacente y dinámica de los mercados. En lugar de dicho enfoque limitado, propuso considerar el papel estructural que desempeña una empresa en los mercados, como, por ejemplo, evaluar si la estructura de una empresa genera ciertos conflictos de intereses anticompetitivos, si puede aprovechar las ventajas del mercado en distintas líneas de negocio y si la estructura del mercado incentiva y permite conductas predatorias<sup>19</sup>.

Por su parte, la Comisión Europea, como una respuesta a los avances tecnológicos y el comportamiento dinámico de los mercados, a principios del año 2024, emitió una Comunicación actualizando la definición del mercado relevante, a fin de poder identificar adecuadamente los límites geográficos, temporales y de un producto. En este comunicado, entre otras cosas, llama particularmente la atención la fórmula propuesta para determinar las cuotas de mercado. Para la Comisión Europea, no basta considerar el nivel de compras o ventas del respectivo agente económico, sino también, dependiendo de los productos concretos o del sector específico en que se desenvuelva, se deben incluir otros parámetros que pueden ofrecer información útil o complementaria para determinar las cuotas de mercado. Entre estos parámetros, se encuentran: la capacidad o la producción, el número de usuarios (activos), el número de visitas a un sitio web o de retransmisiones, el número de descargas e interacciones, y el nivel de gasto en I+D<sup>20</sup>.

Como es posible apreciar, no sólo se han planteado interrogantes frente a conceptos tradicionalmente arraigados en materia de libre competencia, sino que también se están entregando definiciones sobre la posición de los actores en el mercado ante estas nuevas realidades, que conllevan un análisis de competencia desde un punto de vista mucho más dinámico e integral. Este tipo de definiciones, pese a su amplitud, son un avance que se puede catalogar como positivo, pues otorga certezas a los agentes económicos y seguridad jurídica a las agencias de competencia, lo que les permite evitar que ciertas conductas queden exentas del ámbito sus atribuciones frente a un examen más transversal y exhaustivo de los elementos de competencia y de la problemática en general.

El desafío en la actualidad será la adecuada interpretación y aplicación de estos lineamientos y si se logrará, en definitiva, un consenso generalizado de estos conceptos más allá del Espacio Económico Europeo Europeo, especialmente si la propia Comunicación de la Comisión Europea considera que el mercado geográfico en esta materia tiende a ir más allá del ámbito local.

---

19 Lina M. Khan, "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, volume 126, N°3 (enero 2017), 717. Traducción libre. <https://www.yale-lawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>

20 Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia* (2024), 47 y 48. [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/26c374a4-dd03-4a91-a938-0c73ce2dce6a\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/26c374a4-dd03-4a91-a938-0c73ce2dce6a_en)

Como decíamos, sin lugar a duda los *marketplaces* tienen la capacidad de promover la competencia entre los diferentes actores del mercado que forman parte de ellos, en tanto permiten una mayor oferta de productos diversos, a una mejor calidad y a un menor precio, y permiten que pequeños emprendedores puedan acceder a una plataforma de clientes mucho más grande que la que habrían podido obtener vendiendo directamente (incluso si lo hicieran a través de su propio sitio *web*). Sin embargo, y coincidente con lo anterior, no por ello esta nueva forma de hacer negocios queda fuera del ámbito de la regulación de libre competencia, pues esta puede convertirse en un medio para ejecutar o celebrar, hechos, actos o contratos, individual o colectivamente, que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos, lo que es sancionado en Chile por el Decreto Ley N°211.

Pese a que nuestra legislación de libre competencia no contiene un listado taxativo de las conductas sancionables, sí dispone de una descripción genérica del ilícito anticompetitivo e incluye un listado acotado de casos a modo ejemplar. Este último listado consiste en situaciones que, de acuerdo con la experiencia nacional e internacional, suelen considerarse como contrarios a la libre competencia<sup>21</sup>, los cuales también son aplicables a los hechos, actos y convenciones que se generen como consecuencia de la celebración y ejecución de diferentes actos y contratos a los que dan lugar los *marketplaces*<sup>22</sup>. Así, por ejemplo, podría darse una conducta de abuso de posición dominante por parte de quien tenga su propio *marketplace* si, detentando un considerable poder de mercado, cobra comisiones abusivas o que no fueran objetivas, transparentes y no discriminatorias a los diferentes vendedores (en adelante, también, "*Sellers*"), o si realiza conductas destinadas a excluir a ciertos *Sellers*, a favorecer a algunos en perjuicio de otros e incluso a privilegiar los bienes o servicios que el mismo *marketplace* opte por comercializar.

También podrían configurarse una serie de conductas verticales anticompetitivas dada la relación proveedor-distribuidor entre el *Seller* y el dueño del *marketplace*, como, por ejemplo, que el dueño del *marketplace* prohibiera al *Seller* vender en otros *marketplaces* a través de una cláusula de exclusividad o bien, que se imponga al *Seller* la fijación de precios mínimos o máximos para la venta de sus productos; prácticas que deberán ser analizadas caso a caso de acuerdo a los efectos anticompetitivos de la conducta.

Así por ejemplo, si el dueño del *marketplace* prohibiera al *Seller* vender en otros *marketplaces*, podría darse una situación similar a la ocurrida en el caso de Booking.com, en que el buscador virtual para reserva de alojamiento estableció cláusulas contractuales a las cadenas hoteleras para: (i) prohibir que ofrecieran sus habitaciones a precios más baratos en sus propios portales de internet (cláusulas limitadas o "*narrow clauses*") y/o, (ii) prohibir que ofrecieran sus habitaciones a cualquier otra agencia de viajes en línea (cláusulas amplias o

---

21 Así, señala el artículo 3° inciso segundo y tercero del Decreto Ley N°211:

***Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: ...***

- a) *Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.*
- b) *La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*
- c) *Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.*
- d) *La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí (...)." (énfasis añadido).*

22 Es más, la nueva Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de la Fiscalía Nacional Económica publicada en mayo de 2022 incorpora un capítulo sobre mercados digitales y plataformas y explicita algunos criterios generales que serán usados al evaluar operaciones que involucren estos mercados, en los cuales las notificaciones son cada vez más frecuentes y que exigen de un análisis de competencia dinámica e innovación. La Guía se encuentra disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf> Esos primeros lineamientos podrían, en un futuro, también ser aplicable a casos de operaciones de concentración, sino también a

"wide clauses"). En este caso, Booking.com llegó a un acuerdo con las agencias de competencia de Francia, Italia y Suecia (2014), aceptando eliminar las cláusulas amplias o "wide clauses" de sus contratos con los hoteles<sup>23</sup>.

Ahora bien, recientemente (2024) la agencia de competencia española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), propuso la sanción más alta de su historia en contra de Booking.com. Esto, por posibles abusos de posición dominante ante las denuncias iniciadas por la Asociación Española de Directores de Hotel y la Asociación Empresarial Hotelera de Madrid<sup>24</sup>. Los abusos se habrían plasmado por la vía de imponer cláusulas de paridad en virtud de las cuales, la denunciada habría obligado a los hoteles a aplicar la misma tarifa y las mismas condiciones de contratación que las que se promocionan en su plataforma, además de la imponer la modificación unilateral de las condiciones de reserva, cancelación y reembolso de cada uno de los establecimientos. Ante ello, la empresa investigada además de indicar que recurriría en caso de aplicarse dicha sanción ante las autoridades respectivas, manifestó notificarse conforme a lo dispuesto en la Ley de Mercados Digitales de la Unión Europea por cuanto dicha normativa permitiría unificar los criterios a nivel de los miembros del Espacio Económico Europeo y evitar la fragmentación a nivel nacional (como hasta entonces ha ocurrido).

La Ley de Mercados Digitales de la Unión Europea o *Digital Markets Acts* no solo tiene por objeto garantizar un marco común para las plataformas *online* en toda la Unión Europea sino también establecer una serie de obligaciones y prohibiciones a aquellas entidades calificadas como guardianes de acceso o "gatekeepers"<sup>25</sup> con el fin de proteger los derechos fundamentales de los usuarios digitales<sup>26</sup>.

La calificación de "gatekeepers" puede ser el resultado de una investigación de la Comisión Europea o bien, en razón de una notificación obligatoria que deben realizar los guardianes de acceso que cumplan con ciertos umbrales cuantitativos ante la Comisión Europea (similar a lo que ocurre con las operaciones de concentración en Chile). Adicionalmente, la Comisión Europea tendrá facultades para actualizar las obligaciones de los guardianes de acceso cuando sea necesario; así como también para diseñar soluciones ante infracciones sistemáticas de las normas de la Ley de Mercados Digitales<sup>27</sup>.

En Chile, por su parte, en materias de plataformas digitales una reciente investigación de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en relación a Uber Eats, PedidosYa y Rappi<sup>28</sup> pudo constatar la presencia generalizada

---

23 En Alemania, el año 2015 la Oficina Federal de Carteles prohibió las cláusulas de nación más favorecidas considerando que infringían la legislación sobre competencia porque dichas cláusulas restringían ilegalmente la libertad de precios de los proveedores hoteleros y crean barreras de entrada. Posteriormente, el año 2019 el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf decidió no prohibir las denominadas cláusulas "angostas" de nación más favorecida, en atención a que consideró que éstas constituían un acuerdo accesorio necesario en los contratos pues proveían una fórmula exitosa para resolver los problemas de la industria, en particular, el efecto "free-riders" derivado de los servicios y la inversión realizada por Booking.com por su servicio de búsqueda y comparación de servicios; lo que permitiría que lo siguiera prestando. Finalmente, en mayo de 2021, el Tribunal Supremo Federal revocó esta última sentencia confirmando la ilegalidad de las cláusulas. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Latin American and Caribbean Competition Forum Session II: Efficiency Analysis in Vertical Restraints*, (2021), 30 y 31. Traducción libre [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2021\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2021)4/en/pdf)

24 A la fecha del presente artículo, de acuerdo con un borrador de resolución de la CNMC, la agencia de competencia estimó aplicar una multa de 486 millones de euros a Booking según da cuenta el informe financiero 2023 enviado por la compañía a la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos. Sin embargo, aún se encuentra pendiente el plazo para que la CNMC de a conocer su fallo, el cual tiene como plazo límite julio de 2024. "CNMC propone sancionar a Booking con 486 millones, la mayor multa de su historia" (23 de febrero, 2024) [https://www.elconfidencial.com/empresas/2024-02-23/cnmc-imponer-booking-sancion-mayor-multa-historia\\_3836274/](https://www.elconfidencial.com/empresas/2024-02-23/cnmc-imponer-booking-sancion-mayor-multa-historia_3836274/)

25 Son aquellas plataformas digitales que ofrecen una pasarela de acceso importante entre las empresas y los consumidores en relación con los servicios básicos de plataforma.

26 A nivel global, en "Europa nos encontramos con propuestas que buscan el establecimiento de estatutos especiales de regulación ex ante, evitando introducir cambios sustanciales al contenido del derecho de la competencia y su aplicación; en Estados Unidos se proponen, en cambio, modificaciones significativas en la dimensión sustantiva del derecho antitrust, buscando alterar directamente tanto sus objetivos, como sus estándares de análisis" Andrés Fuchs Nissim y Nader Mufdi Guerra, "Derecho de la Competencia y Regulación de Mercados Digitales: Desafíos y Propuestas para Latinoamérica" (julio de 2021), 34 <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/07/Fuchs-y-Mufdi-Derecho-de-la-Competencia-y-Regulacion-de-mercado-digitales-Desafios-y-Propuestas-para-Latinoamerica.pdf>

27 A la fecha del 6 de septiembre de 2023, la CE ha designado a seis guardianes de acceso en virtud de la Ley de Mercados Digitales, se trata de: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta y Microsoft con respecto a los siguientes servicios básicos de plataforma de: redes sociales, intermediación, anuncios, servicios de mensajería, compartir videos y buscadores en línea. Mayor información en:

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_23\\_4328](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_4328)

28 Investigación Rol N°2653-21 FNE, relativa a las cláusulas identificadas en los contratos celebrados entre plataformas de reparto y locales asociados.

de cláusulas de nación más favorecida o cláusulas de paridad de precios en los términos y condiciones, acuerdos comerciales y/o contratos suscritos con los restaurantes. En este caso, la FNE concluyó que las cláusulas de exclusividad y acuerdos de semi-exclusividad con las respectivas plataformas<sup>29</sup> podían generar efectos o riesgos asociados a la disminución de la competencia entre plataformas digitales de restaurantes, así como a la exclusión de plataformas competidoras actuales o potenciales. Con todo, finalmente la FNE arribó a un acuerdo extrajudicial con cada una de las investigadas, las que se comprometieron a modificar, eliminar y no implementar este tipo de cláusulas en el futuro. El acuerdo fue aprobado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha 28 de diciembre de 2023, por cuanto consideró que *“cautelan adecuadamente la competencia en el mercado relativo a las plataformas digitales de restaurantes”*<sup>30</sup>.

Por otro lado, un riesgo adicional dentro de la relación vertical entre el dueño del *marketplace* y el proveedor de bienes y/o servicios, se produciría en caso de que éstos compitan dentro del mismo mercado relevante de bienes y/o servicios. Pues, en tal caso, por la naturaleza propia del servicio prestado a través de la plataforma, quien la administra tendría acceso a información que podría ser calificada como comercialmente sensible, antes de que se tornara pública, lo que podría llevar al dueño del *marketplace* a adoptar decisiones estratégicas comerciales respecto de sus propios bienes y servicios que compiten en el mismo mercado relevante que los del proveedor. En ese sentido, existe el riesgo de que se produzca una conducta de *“self-preferencing”* o autopreferencia<sup>31</sup>, es decir, que la empresa dominante de un trato preferencial a su propio producto en el mercado no dominado y esto podría tener un efecto excluyente, sin ninguna justificación objetiva o prueba de eficiencias<sup>32</sup>.

Además, la plataforma podría convertirse en un medio de intercambio de información que facilite la coordinación entre los agentes económicos de un mismo mercado relevante, o derechamente, un mecanismo facilitador de la colusión, tal y como ocurre con el riesgo al que se ven expuestos los partícipes de asociaciones gremiales<sup>33</sup>, donde incluso puede generarse un acuerdo colusorio conocido como *“hub & spoke”* el cual se trata de una situación en que una firma (el *“hub”* o *“centro”*) mantiene varios acuerdos verticales separados con firmas que son aparentemente competidoras entre sí (los *“spokes”* o *“rayos”*), pero que en realidad mantienen un acuerdo implícito entre ellas<sup>34</sup>.

Adicionalmente, un aspecto no menor a considerar respecto de los marketplaces es que estos pueden obtener ciertas ventajas competitivas dadas las sinergias de información a la que acceden. Por ejemplo, pueden conseguir fácilmente información sobre el comportamiento y preferencias de los consumidores, asociado al desarrollo de bases de datos respecto de patrones de consumo, endeudamiento, búsqueda y uso de la respectiva plataforma o sitio web, entre otros<sup>35</sup>.

---

29 En sus respectivos acuerdos, la FNE definió “exclusividad” como las “cláusulas, obligaciones o prácticas comerciales existentes que impiden que los restaurantes asociados a la plataforma comercialicen sus productos en otras plataformas competidoras de Uber”, y “semi-exclusividad”, como las “cláusulas, obligaciones, condiciones o prácticas comerciales existentes entre restaurantes y Uber, en virtud de las cuales se establece un límite máximo de plataformas en que los restaurantes pueden ofrecer simultáneamente sus productos o servicios, ya sea que se establezca dicha obligación expresa o formalmente, o a través de otras prácticas que generen los mismos efectos o riesgos”.

30 Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Uber Portier Chile SpA (AE- N°29-2023); Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Delivery Hero E-Commerce Chile SpA (AE- N°30-2023); y, Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Rappi Chile SpA (AE- N°231-2023); Resoluciones del 28 de diciembre de 2023.

31 Un ejemplo de esto puede apreciarse en el caso **“Google Shopping”**, en el cual la Comisión Europea sancionó a Google por favorecer, a través de su motor de búsqueda (*Google Search*), a su sitio web de comparación de precios, en detrimento de sus competidores en este mercado. Anais Yáñez P., “Self-preferencing y facilidad esencial: Reflexiones desde Brasil” (septiembre de 2023) <https://centrocompetencia.com/self-preferencing-y-facilidad-esencial-reflexiones-desde-brasil/>

32 Concurrences, Antitrust Publications & Events, “SELF-PREFERENCE”, última visita: 04 de marzo de 2024. <https://www.concurrences.com/en/dictionary/self-preference-111802> Traducción libre.

33 Véase para estos efectos, Fiscalía Nacional Económica, *Guía Asociaciones Gremiales y Libre Competencia* de la FNE (agosto de 2011) [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia\\_-asociaciones\\_-gremiales.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf)

34 *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, C-304-2016, Sentencia TDLC N°167/2019, c. 17.

35 *“Los datos personales, es decir, cualquier información relativa a una persona natural identificada o identificable, tienen la potencialidad de representar ventajas competitivas para los actores del mercado, toda vez que permiten conocer —con mayor o menor profundidad, dependiendo de la cantidad y calidad de la data— el comportamiento de los individuos y sus preferencias de consumo, lo que en definitiva habilita la segmentación, creación de perfiles y direccionamiento de publicidad, y las mejoras en la precisión de la oferta de productos y servicios”*. Javiera Sepúlveda A. “Convergencia de la protección de datos y la libre competencia en la economía digital” Investigaciones CeCo (agosto 2023). <https://centrocompetencia.com/>

De todas formas, cabe destacar que las eficiencias y beneficios que puede producir un sistema como el del *marketplace* - en su mayoría- superan los riesgos a los que están afectos. Sin embargo, de existir, se sugieren adoptar los resguardos pertinentes de manera previa y consensuada. Por ejemplo, entregar la información únicamente necesaria para el fin de la plataforma, en lo posible agregada, e idealmente a través de un tercero no competidor que canalice dicha información.

Finalmente es importante mencionar que, como regla general, es posible estimar un menor riesgo para la libre competencia en la medida que exista una mayor competencia "*inter-marca*", es decir, mientras más plataformas de *marketplaces* existan donde ofrecer los distintos bienes y/o servicios (sin que existan limitaciones injustificadas para que los *Sellers* ofrezcan sus productos o servicios en unos y en otros); mayor debiese ser la competencia también a nivel "*intra-marca*" (entre los productos y servicios), pues habrá más *marketplaces* en los que podrán ofrecerse una mayor cantidad de bienes y/o servicios y, entonces, es esperable que exista un menor riesgo para la libre competencia.

### III. MARKETPLACE Y SU MARCO CONTRACTUAL

Como decíamos, para un establecimiento puede ser bastante atractivo contratar los servicios de un *marketplace* para la venta de sus productos y/o servicios, con los consecuentes beneficios que ello trae, especialmente considerando el mayor alcance que el *Seller* puede obtener por la vía de este mecanismo. Por ello, un determinado comercio puede optar por adherirse a una plataforma de *marketplace* en particular, a más de una a la vez, o inclusive, plantearse la conveniencia de crear el suyo propio. Sobre esto se tratará brevemente en el último capítulo.

A continuación, se analizará el marco contractual que, en general, rige la relación entre los particulares en el escenario en que un oferente decida contratar los servicios de un *marketplace*, particularmente, desde el punto de vista de la libre competencia, con el fin de evitar los riesgos asociados a la implementación y ejecución del mismo.

En primer lugar, nos encontraremos frente a un contrato de prestación de servicios tecnológicos, en virtud del cual un agente económico pone a disposición un determinado sitio web y/o aplicación con el objeto de que se publique, comercialice y/o vendan los productos de un *Seller*; cobrando, a su vez, una comisión generalmente asociada a las ventas que efectúe éste a través de su plataforma. Es un símil a lo que conocemos como el "*slotting allowances*" o pago por acceso a góndola<sup>36</sup>, pero de manera virtual.

El monto de la comisión podría variar dependiendo del tipo de publicación, duración y grado de exposición, entre otras condiciones. Lo importante es que dicha suma debiese ajustarse a parámetros objetivos, transparentes y no discriminatorios.

Ahora, en el contrato propiamente tal, quien dispone de la plataforma tendrá incentivos para establecer cláusulas que tengan por objeto impedir el contacto directo de los vendedores con los potenciales compradores<sup>37</sup>. A este respecto, dicho tipo de cláusulas encontrarían justificación precisamente por la prestación misma del servicio del *marketplace* que, de contravenirse, podría implicar un aprovechamiento o desincentivo para ofrecer servicios complementarios, produciéndose una sub-provisión de los mismos

---

[wp-content/uploads/2023/08/Convergencia-de-la-proteccion-de-datos-y-la-libre-competencia-en-la-economia-digital.pdf](http://wp-content/uploads/2023/08/Convergencia-de-la-proteccion-de-datos-y-la-libre-competencia-en-la-economia-digital.pdf)

36 "El proveedor paga al distribuidor por la comercialización de sus productos", Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el Análisis de Restricciones Verticales* (junio 2014), 6. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf>

37 Tales como la prohibición de incluir datos de contacto directo en la publicación o la prohibición de insinuar que no se utilice el *marketplace*.

(servicios de publicidad, calificación del producto, post venta, etc.). En suma, estamos ante lo que se conoce como el efecto “*free rider*”<sup>38</sup>, lo cual puede o no ser considerado anticompetitivo, según se analice caso a caso por la autoridad de competencia.

Del mismo modo, las partes buscarán resguardar -además de los datos personales de los consumidores- la información confidencial que se obtenga en virtud o con ocasión del referido contrato, tales como información de carácter técnico, comercial, financiera y/o económica, por un periodo razonable de tiempo. Esto será así particularmente en materias de propiedad intelectual, pues quien dispone de la plataforma tendrá interés en resguardar el desarrollo tecnológico de *softwares*, así como otras herramientas puestas a disposición del vendedor como la clasificación de los motores de búsqueda o determinada base de datos que sea de propiedad exclusiva de la plataforma, y, por ende, no replicable.

Lo mencionado en los párrafos preliminares, se hace especialmente relevante en el caso de que, en un futuro, el *Seller* quiera desarrollar su propio *marketplace*, por lo cual se sugiere tener presente el alcance de este tipo de cláusulas para no incurrir en eventuales conductas de competencia desleal y/o incumplimiento de normas de propiedad intelectual e industrial, que a su vez puedan ser consideradas como anticompetitivas.

Cabe destacar en materia contractual que, para efectos de todo el *iter* del contrato es importante determinar si el *Seller* es o no actual o potencial competidor del *marketplace* (a fin de precaver eventuales efectos nocivos de carácter horizontal), bien respecto del mercado del producto o servicio que se ofrece en la plataforma o como competidor en el mercado de los *marketplaces*. En este punto será muy relevante además distinguir aquellos *marketplaces* que no tienen su propia venta de productos (ya sea físico o virtual) y, por ende, tan sólo funcionan como intermediarios, de aquellos que sí obtienen ganancias de ventas de sus propios productos y servicios. Por lo mismo, hoy en día, es aún más difícil definir el mercado relevante, así como evaluar el poder de mercado de una plataforma digital, cuyas participaciones de mercado inclusive podrían considerar las ventas presenciales y viceversa<sup>39</sup>.

Tal incerteza se ha vislumbrado también en la Guía de Operaciones de Concentraciones de la FNE, la que muy bien explica que en los mercados de múltiples lados “*el análisis competitivo puede realizarse considerando una única definición de mercado relevante que incorpore a todos los grupos de usuarios de las plataformas, o bien, definir un mercado relevante para cada lado de la misma, pero considerando las relaciones entre los distintos mercados que atienden*”<sup>40</sup>.

Con todo, sobre este asunto no está demás mencionar lo relevante que es para los partícipes de los *marketplaces* que no sólo evalúen estos elementos de manera rigurosa y previa a su ingreso, sino también durante todo el vínculo contractual, porque -como bien es sabido- el poder de mercado no es un elemento

---

38 Según indica la FNE “[...] el esfuerzo por incrementar la cantidad o calidad de estos servicios puede no resultar capturado en su integridad por quien los realiza, atendida la existencia de externalidades positivas de carácter vertical (cuando otro proveedor se beneficia de los esfuerzos de venta de su competidor) u horizontal (cuando el beneficio lo recoge un distribuidor distinto a aquél que realiza el esfuerzo de venta). Dichas externalidades producen un efecto similar al de bien público, que lleva a las empresas a constituirse en *free riders* en la provisión de tales servicios”. Fiscalía Nacional Económica, *Guía del Análisis de Restricciones Verticales* (junio 2014), 18 <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf>

39 La línea para la definición de la cuota de participación de mercado entre un comercio presencial y su propia plataforma de ventas *online* es bastante difusa. El TDLC, conociendo de la consulta iniciada por la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. en virtud de la cual analizó la cláusula de los *malls* con los locatarios indicó que, para efectos del cobro de la renta de estos últimos, se puede incluir como factor de determinación de las rentas las ventas *online* pero sólo aquellas que tengan conexión con la tienda física reconociendo que “*la posibilidad de distinguir claramente entre las ventas asociadas al mall y las que no puede ser complejo*” *Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado*, NC-478-20, Resolución TDLC N°80/2024, c. 128. De esta forma el TDLC está incorporando a la estimación de la participación de las ventas presenciales, las virtuales.

40 Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales* (mayo 2021), 33. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf>

estático, sino que está en constante evolución, sobre todo tratándose de mercados digitales, los que han de situarse en un escenario más dinámico y prospectivo y en que las formas tradicionales de cuantificación de poder de mercado, consideran elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos, como los efectos de red de la plataforma y la relevancia del uso de datos que detentan. En este aspecto es importante agregar que, por regla general, mientras mayor poder de mercado tengan las partes en el mercado relevante que comparten, mayor es la probabilidad de que estén expuestos a ilícitos contrarios a la libre competencia.

Por otro lado, es de suma importancia que los agentes económicos adopten los resguardos pertinentes en materia de libre competencia y buenas prácticas corporativas, incluyendo no sólo cláusulas acertadas en la materia, sino también ejecutando medidas concretas de *compliance* al interior de sus organizaciones, que especialmente eviten el intercambio de información sensible entre competidores, además de custodiar -de manera proporcional a la empresa- otros bienes jurídicos relevantes, como la prevención de delitos, la protección de datos personales y los derechos de los consumidores. En otras palabras, resulta fundamental contar con programas de cumplimiento ad-hoc, capacitaciones focalizadas y canales de consultas a disposición de los colaboradores que estén encargados del relacionamiento con la plataforma y/o los clientes.

En relación a eventuales riesgos de carácter unilateral, una especial preocupación amerita precaver la materialización de eventuales ventas atadas, es decir, que el proveedor del marketplace imponga al vendedor la contratación obligatoria de uno o más servicios que no puedan ser adquiridos de forma separada, como, por ejemplo, la obligación de utilizar una única forma de pago que esté integrada con la plataforma, sin otra alternativa de contratación; lo cual podría considerarse una manifestación más de una conducta de "*self-preference*".

Ahora bien, en el escenario que un *marketplace* sea utilizado entre distintos competidores, es importante levantar ciertas alertas que se pudiesen generar ante situaciones y procesos que son propios del contrato y de la relación entre las partes. Entre estos podemos contar los siguientes:

Primero, en lo que se refiere a **estrategias de marketing**. En el caso de llevarse a cabo campañas de *marketing* para promocionar la plataforma -lo cual es razonable, en tanto beneficiará a ambas partes del contrato-, se sugiere que no se acuerden planes de promoción en específico, en tanto podría configurarse y/o facilitar una práctica coordinada entre las partes. Antes bien, es preferible estipular que las estrategias de *marketing* son acciones independientes y destinadas principalmente para promocionar la plataforma<sup>41</sup>.

Segundo, en lo que dice relación al **precio de los productos y/o servicios en eventos promocionales**. Ante la posibilidad de participación del *Seller* en eventos promocionales -que, por cierto, también beneficiarán a ambas partes del contrato potenciando la plataforma- es relevante que las condiciones de participación, tales como los precios de los productos o servicios en promoción y los descuentos que se aplicarán a los mismos, también se conduzcan de manera independiente, por cuanto, especialmente la política de precios de una compañía (incluida la de descuentos), constituye información comercialmente sensible, y su intercambio puede eventualmente considerarse como un ilícito anticompetitivo.

Tercero, sobre el **intercambio de información comercialmente sensible**. Para efectos de incluir el producto y/o servicio en la plataforma, el *Seller* debe proporcionar- a lo menos- alguno de los siguientes datos: nombre y tipo de producto a ofrecer, fotografías o imágenes, precio, descripción y especificaciones técnicas, condiciones, instructivos o manuales de uso, número de unidades disponibles, así como todo otro dato necesario para la adecuada comprensión del consumidor. Todo o parte de esta información podría

---

41 Lo anterior no obsta a que la plataforma, por un lado, pueda realizar campañas de marketing destinadas a promocionar cierta clase de productos (por ejemplo, asociados a festividades o a estaciones del año), o que incluso pueda establecerse alianzas con ciertos comercios, siempre y cuando todos los *Sellers* puedan acceder a tales promociones o alianzas, si lo estimaren pertinente.

ser calificada como comercialmente sensible, existiendo la posibilidad de ser conocida con antelación a su publicación por parte del *marketplace* para su aprobación. Por ello, existe el riesgo de que éste- en su calidad de competidor actual o potencial- adopte decisiones comercialmente estratégicas en base a ellas, especialmente si tiene conocimiento de variables competitivas tan relevantes como lo es el precio.

En estos casos, la autoridad de competencia -ante una eventual investigación- podría evaluar: i) si existe una **justificación legítima de negocios** para el intercambio de información; y, ii) si el intercambio está limitado solamente a aquella **información absolutamente necesaria para el desempeño del negocio**.

Por lo señalado, es recomendable que la información deba compartirse únicamente entre aquellos integrantes de las compañías que estén autorizados para acceder a ella, y que sea requerida en la medida que sea estrictamente necesario para llevar a cabo la operación comercial lícita. Idealmente, debería existir un equipo externo o centralizador de la información comercialmente sensible que funcione almacenando información de precios, *stock* y que sirva de canal de comunicación entre ambas partes, disminuyendo el riesgo de intercambio de información directo.

Finalmente, cabe mencionar que todas estas cláusulas se suelen incluir en contratos de adhesión que se materializan en “Condiciones Generales” de contratación. Sin embargo, como hemos visto a lo largo del presente artículo es fundamental considerar las particularidades de los partícipes del *marketpace* y la relación que vincula a los agentes económicos desde el punto de vista de la libre competencia, lo que implicará adoptar ciertas medidas adicionales que deban incluirse en contratos y/o anexos individuales entre las partes.

## IV. POSIBILIDAD DE UN COMERCIO DE DESARROLLAR SU PROPIO MARKETPLACE

Como se ha expuesto, una característica propia estas plataformas es que el primero que entra al mercado suele quedarse con parte importante del mismo. Lo anterior (entre otras alternativas), hasta que otro agente económico pueda desarrollarlas, incentivando y potenciando el progreso de nuevas tecnologías.

A priori, el hecho de que un determinado comercio desarrolle su propio *marketplace* podría generar efectos pro-competitivos, en tanto ingresaría un nuevo competidor al mercado y aumentaría la competencia “*inter-marca*”, lo que vendría de la mano con una disminución de los riesgos de carácter unilateral.

Desde un punto de vista comercial, además se plantea como una oportunidad de aumentar las utilidades de la empresa, principalmente por dos razones: (i) las comisiones percibidas por las ventas de los productos y/o servicios de aquellos que se adhieren a la plataforma; y, (ii) el aumento de las ventas de sus propios productos -si los tuviera- como resultado de la externalidad positiva que se generaría de la búsqueda de productos de similares características atendida la mayor variedad.

Ahora bien, a la hora de analizar los incentivos que podrían tener grandes comercios para participar de un potencial *marketplace*, éstos podrían ser inferiores a los de un comerciante de menor tamaño que busca aumentar su visibilidad. Con todo, esto dependerá de las comisiones que se cobren en cada caso y la estrategia comercial de cada empresa. Por su parte, para un comercio que no presente participaciones de mercado altas en relación a su competencia, se encontraría en una posición intermedia en que le es favorable ingresar a distintos *marketplaces* así como tener el suyo propio.

A lo anterior, se suma como un incentivo el hecho de que la obtención de una mayor base de datos tanto de *Sellers* como de clientes finales podría permitir al *marketplace* desarrollar otros productos y servicios,

especialmente relacionados con el mercado financiero, como el otorgamiento de créditos, tarjetas de pago, procesamiento de pagos, remesas al exterior, inversiones y otros similares.

Ciertamente, las prevenciones y riesgos asociados a plataformas ya existentes, a las que se ha hecho referencia, también debieran estar presentes al momento de diseñar un nuevo *marketplace*, dada su natural vocación a crecer exponencialmente en usuarios, transacciones y prestaciones.

## V. CONCLUSIONES

El desarrollo de innovaciones disruptivas como los *marketplaces* no sólo permite una mayor exposición y crecimiento de los agentes económicos que son parte de éste, sino que también, promueve una mayor competencia de los productos y servicios que allí se ofrecen, e inclusive, traen beneficios para el consumidor facilitando el acceso a la información al reducir los costos de búsqueda y de comparación.

Sin embargo, dependiendo de los actores que conformen este mismo espacio virtual colaborativo, es posible identificar algunos riesgos para la libre competencia de carácter horizontal y vertical. Así, existe un mayor riesgo de efectos anticompetitivos de carácter horizontal en la medida que aquellos que se adhieren a la plataforma sean competidores, bien del *marketplace* propiamente tal o competidores en el mercado relevante del producto o servicio en el que también participe el *marketplace*. Asimismo, es posible inferir que mientras mayor sea el poder de mercado de las partes, mayor es la probabilidad de que éstos estén expuestos a ilícitos anticompetitivos.

De esta forma, existe un margen de riesgo de que la plataforma sea utilizada como un medio de intercambio de información comercialmente sensible entre competidores o como un facilitador de la colusión. A ello se agregan los riesgos de carácter vertical, que se pueden apreciar en aquellas plataformas que imponen ciertas cláusulas de exclusividad con fines anticompetitivos, las que otorgan condiciones discriminatorias entre los *Sellers* o que restringen el uso de ciertos medios de pago y que incluso, aprovechan la información a la que acceden para fines distintos a los estrictamente necesarios para la prestación de sus servicios.

No obstante lo anterior, los beneficios para la libre competencia siguen existiendo. Por ello, se recomienda oportunamente evaluar la relación que vincula a las partes, efectuar un continuo seguimiento de sus comportamientos y adoptar los resguardos pertinentes durante todo el *iter* del contrato. De tal forma que esta nueva herramienta de comercialización siga siendo un canal que promueva la libre competencia, potencie el crecimiento de los agentes económicos y favorezca a los consumidores.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

Stephany, Alex. *The Business of Sharing: Making It in the New Sharing Economy* (New York: Palgrave MacMillan, 2015).

### ARTÍCULOS

Bower, Joseph y Clayton Christensen, "Disruptive Technologies: Catching the Wave," *73 Harvard Business Review* 43 (1995)

Khan, Lina "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, volumen 126, N°3 (enero 2017), 717. <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>

Reinert, Hugo y Erik Reinert. "Creative Destruction in Economics: Nietzsche, Sombart, Schumpeter", *The European Heritage in Economics and the Social Sciences*, volumen 3 (2006) <https://web.archive.org/web/20031006212002/http://www.othercanon.org/uploads/Nietzsche%20Creative%20Destruction%20in%20Economics%20f.doc>

Rochet Jean-Charles Y Jean Tirole, "Two-sided markets: a progress report", *The RAND Journal of Economics*, vol. 35 (2006).

### CONTENIDOS EN SITIOS WEB

Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, *Derecho de la Competencia y Regulación de Mercados Digitales: Desafíos y Propuestas para Latinoamérica* (julio de 2021), <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/07/Fuchs-y-Mufdi-Derecho-de-la-Competencia-y-Regulacion-de-mercado-digitales-Desafios-y-Propuestas-para-Latinoamerica.pdf>

Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, "Self-preferencing y facilidad esencial: Reflexiones desde Brasil", Anais Yáñez P. (septiembre de 2023) <https://centrocompetencia.com/self-preferencing-y-facilidad-esencial-reflexiones-desde-brasil/>

Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, "Un análisis económico de la relación contractual entre los centros comerciales y sus locatarios: antecedentes para la consulta del TDLC" de Andrés Gómez-Lobo y Ronaldo Bruna (septiembre de 2021) <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/07/Un-analisis-economico-de-la-relacion-contractual-entre-los-centros-comerciales-y-sus-locatarios-antecedentes-para-la-consulta-del-TDLC.pdf>

"CNMC propone sancionar a Booking con 486 millones, la mayor multa de su historia" *El Confidencial* (23 de febrero, 2024) [https://www.elconfidencial.com/empresas/2024-02-23/cnmc-imponer-booking-sancion-mayor-multa-historia\\_3836274/](https://www.elconfidencial.com/empresas/2024-02-23/cnmc-imponer-booking-sancion-mayor-multa-historia_3836274/)

Collins English Dictionary, "Definición de one-stop shop". Última visita: 22 de marzo de 2024 <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/one-stop-shop>

Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia* (2024), 47 y 48. [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/26c374a4-dd03-4a91-a938-0c73ce2dce6a\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/26c374a4-dd03-4a91-a938-0c73ce2dce6a_en)

Comisión Europea, "Ley de Mercados Digitales: La Comisión designa seis guardianes de acceso". Última visita: 29 de febrero de 2024 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_23\\_4328](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_4328)

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Contribución al foro latinoamericano de competencia innovadora disruptiva: retos en la aplicación de la ley de competencia y oportunidades para la promoción de la competencia. 12-13 de abril 2016, Ciudad de México*, (abril 2016), 1, [https://www.cnmc.es/sites/default/files/promocion/consultas/2016-11/Innovacion\\_Disruptiva.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/promocion/consultas/2016-11/Innovacion_Disruptiva.pdf)

Concurrences, Antitrust Publications & Events. "SELF-PREFERENCE". Última visita: 04 de marzo de 2024. <https://www.concurrences.com/en/dictionary/self-preference-111802> Traducción libre.

Fiscalía Nacional Económica, *Guía Asociaciones Gremiales y Libre Competencia* de la FNE (agosto de 2011) [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia\\_-asociaciones\\_gremiales.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_gremiales.pdf)

Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales* (mayo 2021), 33 y 35, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>

Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el Análisis de Restricciones Verticales* (junio 2014), 6 y 18, <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Innovación disruptiva en América Latina y el Caribe: Retos en la aplicación de la ley de competencia y oportunidades para la abogacía DAF/COMP* (2016), 3, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2016\)1/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2016)1/es/pdf)

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Latin American and Caribbean Competition Forum Session II: Efficiency Analysis in Vertical Restraints*, (2021), 30 y 31. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2021\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2021)4/en/pdf)

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital* (2022), 20, <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control* (2020), 2 y 5. [www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf).



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:**

Constanza Burgos Cea, "*Marketplaces y libre competencia*", *Investigaciones CeCo* (abril, 2024),  
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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