

Discurso de apertura

XIV Jornada de Libre Competencia Universidad Católica

Jorge Grunberg Pilowsky

Fiscal Nacional Económico

15 de noviembre de 2024

Muy buenos días. Agradezco la invitación del Programa de Libre Competencia de la Universidad Católica. Es para mí un honor tener la oportunidad de inaugurar estas Jornadas de Libre Competencia, que en buena hora se encuentran de regreso para contribuir al debate en nuestra disciplina.

En circunstancias en que en Chile y a nivel comparado vivimos tiempos de discusión profunda sobre los objetivos del Derecho de la Libre Competencia y su aplicación en mercados con particularidades propias como es el caso de los mercados digitales y los laborales, instancias como la que esta mañana nos convoca resultan aún más necesarias.

La digitalización de la sociedad representa uno de los cambios económicos y sociales más significativos de las últimas décadas. Diariamente somos testigos de que la tecnología está cada vez más presente en la mayoría de los aspectos de la vida humana y en actividades económicas que son fundamentales. Ello se puede apreciar en el consumo masivo, la banca, el turismo, el transporte, las finanzas y los medios de comunicación, sólo por mencionar algunas. Sin duda, su irrupción ha sido transformadora y, con certeza, lo seguirá siendo cada vez más.

La Libre Competencia no ha estado ajena a este fenómeno. En efecto, aun cuando el progreso económico siempre ha planteado retos de adaptación al Derecho de la Libre Competencia, los cambios que se están produciendo en los mercados digitales son, tal vez, más significativos que en las fases anteriores del desarrollo industrial.

La ausencia de costos incrementales típicamente presentes en mercados de bienes físicos, la existencia de importantes efectos de red, el tratamiento de enormes cantidades de datos y la posibilidad de operar en mercados de diversos lados como un verdadero ecosistema, entre otras características, redundan en la posibilidad de adquirir, consolidar e incluso perder poder de mercado con un grado de rapidez hasta entonces desconocido.

Así, podemos constatar que las preocupaciones centrales de las agencias de competencia apuntan, por un lado, a controlar *ex ante* y *ex post* el ejercicio abusivo de poder de mercado de los agentes económicos que participan en estos mercados y, por otro, a promover una cultura de cumplimiento de la normativa de libre competencia que no desincentive la innovación.

En este contexto, es evidente que los mercados digitales plantean importantes desafíos para las autoridades de competencia. Dado su carácter dinámico, surgen nuevas tipologías de conductas anticompetitivas que ponen a prueba las herramientas de detección y evaluación utilizadas tradicionalmente para abordar problemas de competencia. Ahora bien, las características propias de los mercados digitales no son nuevas en términos absolutos, y en ocasiones anteriores hemos lidiado con ellas en diversos mercados.

Apenas asumí en el cargo de Fiscal Nacional Económico afirmé que los mercados digitales serían una de nuestras prioridades. Actuar en ellos nos exige rapidez en nuestras investigaciones, eficacia y precisión a la hora de intervenir, y sensibilidad para poder entender negocios dinámicos.

Nuestro desafío en esta materia no pasa sólo por analizar problemas competitivos en mercados que son complejos. A partir de las investigaciones y casos más relevantes que involucran a las *big tech*, que hemos estado presenciando durante los últimos años en el Derecho Comparado, una de las conclusiones más importantes a las que es posible arribar es que el sistema de defensa de la libre competencia debe ser oportuno, esto es, debe tener la capacidad de actuar preventivamente antes que la consolidación o estrategias de afianzamiento de poder de mercado hagan extremadamente costoso intervenir.

* * *

En la Fiscalía Nacional Económica tenemos la firme convicción de que nuestra institucionalidad de libre competencia contemplada en el Decreto Ley N° 211 de 1973 (“DL 211”) permite abordar apropiadamente los desafíos que nos plantea la economía digital. De eso también da cuenta la experiencia que progresivamente hemos ido adquiriendo en la materia y a la cual haré referencia a continuación.

(1)

La textura abierta del artículo 3° inciso primero del DL 211 le otorga a la FNE la posibilidad de perseguir diversas conductas anticompetitivas en todo tipo de mercados, incluyendo por cierto a los mercados digitales. En estos, atendido su carácter eminentemente dinámico, han aparecido con relativa frecuencia conductas que si bien no se encuentran contempladas en las letras a) a d) del artículo 3° inciso segundo, nadie puede dudar que pueden ser capturadas por el tipo genérico del artículo 3° inciso primero: por ejemplo, el caso de las denominadas cláusulas de nación más favorecida o de paridad de precios.

(2)

Adicionalmente, la Fiscalía cuenta con la facultad de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, conforme a lo establecido en el artículo 39 letra p) del DL 211. Esta atribución, que constituye el instrumento más versátil que tiene la FNE para asegurar el dinamismo competitivo de los mercados, resulta a nuestro juicio clave en el ámbito de los mercados digitales. Lo anterior se debe a que nos permite entender a cabalidad su funcionamiento competitivo y, con ello, su evolución, pudiendo actuar preventivamente a través de recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos, de propuestas de cambios legales o reglamentarios, o bien de iniciar investigaciones de oficio en caso de que los hallazgos del estudio de mercado lo ameriten. Este ha sido el caso del Estudio sobre el Mercado del Hospedaje, que finalizamos en abril de 2024, y próximamente tendremos importantes novedades en este ámbito.

En el informe final del Estudio sobre el Mercado del Hospedaje propusimos una serie de medidas tendientes a fortalecer la competencia y fomentar el desarrollo de esta actividad, con especial énfasis en reconocer la irrupción tecnológica en la oferta de este tipo de servicios, fundamentalmente mediante plataformas digitales. Ello, con miras a reconocer a las plataformas digitales y a los alojamientos no tradicionales dentro del marco jurídico, además de generar un nuevo marco regulatorio equitativo entre los distintos tipos de hospedajes, de modo tal de facilitar la entrada de nuevos operadores al mercado.

En concreto, se recomendó una actualización normativa aplicable a esta industria que busca potenciar su dinámica competitiva, toda vez que apunta a formalizar la operación de alojamientos no tradicionales y de plataformas *online*, simplificando el proceso de ingreso de nuevos operadores y fomentando una mayor diversidad de opciones y precios más competitivos para los consumidores.

(3)

Por su parte, el control de operaciones de concentración contemplado en el Título IV del DL 211 también se ha erigido como un pilar fundamental a la hora de monitorear de manera preventiva el desarrollo de los mercados digitales.

Con la actualización de nuestra Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales en 2022, definimos el marco de análisis de mercados digitales en casos de operaciones de concentración, el cual refleja la metodología aplicada en casos anteriores y que hemos seguido utilizando.

Reconocemos que los mercados digitales presentan desafíos singulares. Sus características hacen que el análisis tradicional de operaciones de concentración, especialmente en lo que respecta a un análisis estructural, resulte insuficiente ante situaciones como la interoperabilidad, el acceso y valor de los datos, la tecnología, los efectos de red y la noción de ecosistemas. Es necesario un análisis donde los efectos dinámicos jueguen un papel más relevante que el acostumbrado en nuestro análisis tradicional.

Uno de los casos en que hemos intervenido en base a este estándar es muy conocido. En la adquisición de Cornershop por Uber, la FNE evaluó si la operación produciría una reducción sustancial de la competencia en el mercado de plataformas digitales de intermediación para la compra y entrega de productos de supermercados. Así, la FNE analizó los posibles riesgos horizontales, como la eliminación de un competidor potencial o la disminución de los incentivos a innovar. Asimismo, investigó los posibles riesgos de conglomerado, relacionados con la posibilidad de que Uber use su posición en el mercado de transporte para potenciar el crecimiento de Cornershop, ya sea a través de estrategias de empaquetamiento o venta atada que pudieran haber resultado anticompetitivas, o a través de la concentración de datos e información de usuarios que aportara una ventaja competitiva que hubiese tornado a la entidad fusionada en incontestable para sus competidores.

Respecto de la eliminación de un competidor potencial, la FNE evaluó la probabilidad y la calidad o posicionamiento que hubiese tenido la entrada de Uber en el segmento de plataformas digitales de productos de supermercados, así como el contrapeso que hubiesen ejercido otros competidores en el mercado, concluyendo que estos últimos eran capaces de ejercer suficiente presión competitiva a las partes fusionadas. Por su parte, respecto de la concentración de datos e información de usuarios, la FNE determinó que, en este tipo de plataformas, si bien los datos de los usuarios eran utilizados, no serían el principal insumo para operar en los mercados analizados. Adicionalmente, los competidores de Cornershop, especialmente las cadenas de supermercados, podrían acceder a información de consumidores finales de calidad al menos similar en términos de las posibilidades competitivas que aportan.

También es conocido el análisis de la FNE en el caso de la compra de Activision Blizzard por parte de Microsoft, donde se revisaron posibles riesgos derivados de una integración vertical en el mercado de videojuegos. La FNE evaluó el riesgo de que Microsoft restringiera el acceso de competidores al catálogo de juegos de Activision Blizzard, especialmente al popular título *Call of Duty*. La investigación concluyó que las preferencias de los consumidores de videojuegos en Chile y

Latinoamérica no favorecían exclusivamente los juegos de Activision, lo cual disminuiría los incentivos de Microsoft para aplicar bloqueos de contenidos a otras consolas, particularmente a PlayStation. Una encuesta realizada a jugadores mostró que la mayoría de los usuarios preferiría cambiar de juego en lugar de consola si *Call of Duty* dejara de estar disponible en PlayStation. Con base en estos hallazgos, la FNE aprobó la operación sin condiciones en Fase 1, al considerar que no afectaría significativamente la competencia en el mercado.

Resulta interesante destacar que la encuesta evidenció patrones de consumo locales distintos de los de otras jurisdicciones, por lo que al adoptar decisiones en estos mercados que presentan un componente global, no se puede desatender el factor nacional y trasplantar sin más decisiones foráneas.

Con todo, el desafío de los mercados digitales requiere una permanente actualización de nuestro entendimiento sobre las tendencias comparadas, para evaluar si es del caso incorporar en nuestro análisis la metodología y revisión realizadas por otras jurisdicciones. Los principales retos radican en reconocer los efectos de red y el valor de los datos en la dinámica competitiva del mercado afectado por una operación de concentración, entre otros aspectos. Esto implica alejarse del enfoque tradicional y adoptar una perspectiva dinámica para abordar los efectos, que pueden manifestarse en áreas donde usualmente no se verificaban, como sería la posible afectación de las políticas de seguridad de los datos de los usuarios.

También en el ámbito de las operaciones de concentración, es relevante tener en consideración que el artículo 48 del DL 211 faculta a la Fiscalía para instruir las investigaciones que estime procedentes sobre operaciones perfeccionadas y no sometidas al régimen de control obligatorio, lo que permite que podamos investigar operaciones del tipo de las que en el Derecho Comparado se han denominado *killer acquisitions* y, a su vez, brinda los incentivos necesarios para que nos sean notificadas voluntariamente, operaciones en que no se verifican los umbrales que gatillan el deber de notificar, pero que tienen la potencialidad de impactar en mercados dinámicos.

(4)

Otro aspecto importante de nuestra institucionalidad es la facultad de la Fiscalía Nacional Económica de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados, prevista en el artículo 39 literal ñ) del DL 211. Esta atribución permite alcanzar en un tiempo razonable soluciones a problemas de competencia que son detectados con ocasión de las investigaciones de la Fiscalía, adoptando remedios obligatorios, efectivos y posibles de hacer cumplir una vez que los acuerdos son aprobados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Esto es especialmente relevante en investigaciones relativas a mercados dinámicos como los mercados digitales, en los que se requiere que las autoridades de competencia sean cautelosas en la elección de las diversas formas de intervención, dado que estos mercados se caracterizan por ser de rápida evolución y con ciclos de innovación frecuentes. Ello obliga a buscar soluciones eficaces y eficientes que no desincentiven la innovación pero que, a la vez, fomenten una competencia intensa.

Permítanme profundizar en este último punto.

Como muchos de ustedes saben, pudimos probar exitosamente el uso de esta herramienta en mercados digitales, a propósito de los tres Acuerdos Extrajudiciales celebrados entre la Fiscalía y las plataformas de reparto Uber Eats, PedidosYa y Rappi en noviembre de 2023, que pusieron fin a la investigación vinculada a la existencia de restricciones verticales en el mercado nacional de plataformas digitales de compra y entrega de productos de restaurantes.

En estos casos, el análisis de la FNE se centró en la existencia de cláusulas de nación más favorecida, también conocidas como cláusulas de paridad de precios, que corresponden a todas aquellas obligaciones o condiciones comerciales que impiden o restringen, en este caso, a los restaurantes, ofrecer sus productos a precios más bajos en otros canales de ventas, tales como plataformas competidoras y/o canales propios con o sin reparto, sea que se establezca dicha obligación

expresa y/o formalmente, o a través de otras prácticas que generen los mismos efectos y/o riesgos anticompetitivos.

Al respecto, la FNE constató que Uber, PedidosYa y Rappi emplearon este tipo de cláusulas generalizadamente, dando lugar a un efecto acumulativo relevante de considerar que conllevó, en definitiva, a la negociación y celebración de los Acuerdos Extrajudiciales con las tres plataformas.

En relación con los efectos y/o riesgos anticompetitivos que las cláusulas de nación más favorecida pueden generar, la FNE consideró plausibles los siguientes:

- Disminución de la competencia entre plataformas. Esto es especialmente importante en relación con las comisiones que cobran. Una plataforma no tendría incentivos en ofrecer una menor comisión si ello no se puede traducir en menores precios a los consumidores finales y, por tanto, en mayor demanda de clientes hacia su plataforma.
- Exclusión de plataformas competidoras. El uso generalizado de este tipo de cláusulas tiene un carácter exclusorio, ya que se limita la entrada de un potencial nuevo actor que ingrese con una estrategia de *low cost*, por ejemplo, con una menor comisión, que no se verá traspasada a los consumidores finales.
- Perjuicio a consumidores: A través de potenciales aumentos de precios. En línea con lo ya señalado, el uso de este tipo de cláusulas limitaría el desarrollo de diferentes estrategias de precios por parte de los restaurantes en sus canales propios y en las plataformas en que participan.

Adicionalmente, un segundo tipo de restricciones verticales que se analizó en la investigación se refirió a cláusulas de exclusividad y de semi-exclusividad pactadas entre las plataformas y algunos restaurantes. Así, mientras la exclusividad impide a los restaurantes comercializar sus productos en otras plataformas, la semi-exclusividad -identificada sólo en contratos de Uber Eats y PedidosYa- establece un límite máximo de plataformas con las que pueden contratar simultáneamente los restaurantes.

Si bien el alcance de las cláusulas de exclusividad y de semi-exclusividad actualmente era acotado, su proliferación habría podido generar riesgos y/o efectos anticompetitivos y, por tanto, representaron un motivo de preocupación para la FNE. Tales riesgos se traducían en que ellas pueden excluir o dificultar la entrada al mercado de nuevas plataformas, así como reducir sus posibilidades de expansión. Asimismo, se podrían limitar las opciones de los consumidores que compran alimentos en restaurantes a través de plataformas.

De esta manera, la Fiscalía acordó con PedidosYa y Rappi que le reporten anualmente el alcance de las exclusividades y semi-exclusividades que hayan acordado con los restaurantes asociados a sus plataformas, de modo de poder monitorear oportunamente la evolución que puedan tener estas restricciones verticales. Respecto de Uber Eats, la FNE podrá ejercer sus facultades generales de investigación con ese mismo propósito.

Como resultado de la aprobación de estos acuerdos extrajudiciales por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se produjo un resultado virtuoso, que permitió cautelar adecuadamente la libre competencia en el mercado de las plataformas digitales de compra y entrega de productos de restaurantes -mediante la adopción de medidas factibles, proporcionales y suficientes para neutralizar los riesgos a la libre competencia descritos- sin minar la innovación ni el dinamismo propio de estos mercados.

(5)

A mayor abundamiento, tratándose de conductas de abusos de posición dominante, la FNE se despliega proactivamente en el resguardo del proceso competitivo en los mercados digitales, mediante investigaciones en curso en industrias como el avisaje y la mensajería digital.

Del mismo modo, seguimos de cerca la evolución de las investigaciones por parte de las jurisdicciones más avanzadas en libre competencia respecto de la distribución de aplicaciones y bienes digitales, con el objeto de analizar esas

experiencias y considerarlas en la medida que sea pertinente en el quehacer de la Fiscalía en sus investigaciones vinculadas a estas materias.

Por otra parte, como es de público conocimiento, a la fecha se está llevando adelante una investigación en materia de reservas de hospedajes y alojamientos turísticos a través de plataformas digitales, que precisamente se inició este año a propósito de una recomendación proveniente del Estudio sobre el Mercado del Hospedaje que llevamos a cabo.

(6)

Finalmente, pero no menos importante, en materia de colusión, resulta innegable que la irrupción de la inteligencia artificial representa un serio desafío para las agencias de competencia, tanto a nivel del desarrollo de técnicas investigativas como también en términos sustantivos.

Por ello, desde la FNE hemos desarrollado una estrategia enfocada en el perfeccionamiento de la investigación y persecución de acuerdos y prácticas concertadas anticompetitivas en el entorno digital. En ese contexto, la Unidad de Inteligencia de la FNE, creada en 2020, está implementando de manera activa distintas herramientas de *data science* e inteligencia artificial para la detección de conductas anticompetitivas, de forma cada vez más transversal en el trabajo investigativo de la Fiscalía. Y seguiremos apostando por ello.

Y, en esa misma línea, quisiera realizar un anuncio. En la XXI versión del Día de la Competencia, a realizarse el próximo 11 de diciembre, abordaremos la temática de precios algorítmicos y colusión. Esperamos motivar el debate público junto a la comunidad de libre competencia chilena en torno a esta materia, por lo que para alcanzar dicho objetivo tendremos el privilegio de contar con la participación de Joseph Harrington, Profesor de Economía de la Universidad de Pennsylvania, quien nos dará su visión sobre el desarrollo de esta materia a nivel comparado. Esperamos que todas y todos sean partícipes de este encuentro.

* * *

En la Fiscalía Nacional Económica somos conscientes de la necesidad de entregar soluciones eficaces y oportunas a los problemas de competencia propios de los mercados digitales, a través de las distintas herramientas con que cuenta nuestra institucionalidad.

Nuestro trabajo da cuenta de que la preocupación que hemos manifestado por promover y defender la libre competencia en los mercados digitales es una realidad.

Seguiremos actuando proactivamente, ejerciendo nuestras atribuciones, con la independencia, el rigor y el carácter técnico que nos identifican.

Muchas gracias.