

## BIG DATA Y LIBRE COMPETENCIA EN CHILE. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA CHILENO EN RELACIÓN CON LA INVESTIGACIÓN DEL BUNDESKARTELLAMT EN CONTRA DE FACEBOOK

### **Big data y libre competencia en Chile. El derecho de la competencia chileno en relación con la investigación del Bundeskartellamt en contra de Facebook**

Con ocasión de la investigación del Bundeskartellamt en contra de Facebook por abuso de posición dominante en la recolección y uso de datos, se analiza el estado actual del arte en Chile relativo a riesgos anticompetitivos, exclusorios y explotativos, vinculados, específicamente, al uso de datos.

#### **PALAVRAS-CHAVE**

Libre competencia, Big Data, Derecho de la competencia, Bundeskartellamt, Riesgos exclusorios, Riesgos explotativos, Abuso de posición dominante, Mercados de dos lados, Mercados multilaterales, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

### **Big Data & Chilean Competition Law**

In light of the investigation by the Bundeskartellamt against Facebook for abuse of its dominant position in the collection and use of data, the current state of the art in Chile, pertaining to, exclusive and exploitative, anticompetitive risks derived from the use of data, is analyzed.

#### **KEY WORDS**

Antitrust, Big Data, Competition Law, Bundeskartellamt, exclusionary risks, exploitative risks, abuse of dominance, two sided markets, multilateral markets, Chilean Competition Tribunal.

Fecha de recepción: 15-1-2018

Fecha de aceptación: 15-5-2018

### **ANTECEDENTES**

El 19 de diciembre del año 2017, el *Bundeskartellamt* comunicó a Facebook su análisis legal preliminar en su investigación por abuso de posición dominante. La teoría del daño anticompetitivo del análisis preliminar sostiene que se trataría de un actor dominante en el mercado alemán de las redes sociales y que el abuso sería el condicionar el uso de su red social con el almacenamiento ilimitado de todo tipo de *data* generada por páginas webs de terceras partes, con el objeto, luego, de fusionar dicha información con *data* generada por el uso de las cuentas de usuario propias de Facebook (*Bundeskartellamt*: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung/2017/19_12_2017_Facebook.html)).

Con ocasión de dicha investigación, el presente foro analizará el estado actual del arte en Chile relativo a riesgos anticompetitivos vinculados, específicamente, a la *data*. En ese sentido, se expondrán algunas consideraciones generales sobre *big data*, su vinculación con mercados multilaterales y algunos aspectos debatidos en torno a teorías de daño anticompetitivas. Luego, se revisará la posibilidad que, en Chile, puedan existir teorías de daño exclusorios y explotativas. Finalmente, se expondrán las conclusiones que arroje nuestro trabajo. Como se justificará a lo largo de esta exposición, somos de la opinión que en Chile, si bien no existen casos actuales explícitamente vinculados a *data*, el dere-

cho de la competencia nacional podría dar cabida a algunos tipos infraccionales asociados a ella. Por cierto, no sin dificultades. Algunos de estos, a nuestro juicio, superables, mientras que otros, actualmente al menos, parecerían no serlo.

A pesar de su importancia y por exceder las pretensiones de esta breve exposición, omitiremos referirnos, por ejemplo, a consideraciones nacionales sobre el análisis de operaciones de concentración en mercados en que la *data* es relevante y la forma en que deberían analizarse posibles riesgos; discriminación perfecta de primer grado, cortesía de grandes volúmenes de *data* que permitan personalizar los precios; y riesgos de coordinación en virtud del procesamiento de *data* simultáneo e instantáneo realizado por inteligencia artificial.

### **DEFINICIÓN DE BIG DATA Y SU USO**

Actualmente, existen tantas definiciones de *big data* que defender una única acepción del término, a los efectos de este foro, nos parece un esfuerzo inútil. Además, las características propias de los mercados dinámicos en que prima la innovación obliga, a nuestro juicio, a defender definiciones volubles y adaptables, no estáticas ni rígidas. En ese sentido, nos parece pertinente la definición utilizada por la OCDE: «*Big Data es el activo de información caracterizado por ser tan intensa en volumen, velocidad y variedad que requiere de tecnología específica y meto-*

*dologías analíticas para su transformación en valor» (Big Data: Bringing Competition Policy To The Digital Era, noviembre, 2016). De esta forma, siguiendo el informe de la OCDE, big data normalmente es aquella que cumple las denominadas 3V: (i) volumen de datos; (ii) velocidad en su pesquisa, uso, procesamiento y diseminación; y (iii) variedad de la información que la compone. Existe una cuarta V consistente en el valor de la data. Este valor es causa y consecuencia de las diferentes maneras en que puedan conjugarse las otras tres variables anteriores. Es decir, sin perjuicio de si la data puede ser, en su origen, obtenidos en forma gratuita, alguna mezcla no necesariamente estándar entre su volumen, velocidad y variedad permite obtener un valor, directo o indirecto, comercialmente relevante.*

Piénsese, a modo de ejemplo, en la información que los usuarios de Facebook le entregan a dicha plataforma, sin que Facebook cobre por sus servicios ni pague por la información que obtiene. Con esta información, Facebook ha desarrollado toda una línea de negocios a través de la que vende a avisadores espacio publicitario en su red social, pero en forma teledirigida o personalizada, es decir, según edad, sexo, gustos, rutina, etc., de cada usuario o de categorías agregadas de usuarios. Además, cada vez que una página web o aplicación, distinta de Facebook, ofrece la posibilidad de (i) registrarse a través de la cuenta de Facebook que el usuario pueda tener o (ii) hacer un *like* a dicha página web o aplicación o a alguno de sus contenidos, Facebook recibe y procesa la información, así como también todos aquellos datos que el usuario le proporcione a dicha página web o aplicación. Facebook mezcla la información así recabada con la que ya tiene y, de este modo, perfecciona los diversos perfiles. Todo, con miras a una eventual eficiencia en la provisión de mejores servicios en Facebook y a la comercialización posterior de espacio de aviso personalizado.

No faltará quien, por sentirse de los avezados, no tenga una cuenta en Facebook y se sienta, legítimamente, excluido de esta situación. Sin embargo, esta es la forma en que operan la mayoría de las plataformas digitales que utilizamos en nuestra vida cotidiana. Por ejemplo, YouTube (propiedad de Google) hace exactamente lo mismo: a través de los videos que los usuarios reproducen, las cuentas a las que se suscriben o los *likes* que realizan, YouTube va perfeccionando perfiles que, luego, le permiten vender de manera teledirigida espacio publicitario al principio o entremedio de los videos que

los usuarios ven. Algo similar ocurre, *mutatis mutandis*, con cada plataforma digital que utilizamos, sea Twitter, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Tinder, Tuenti (en España), entre muchas otras. Fuera de las redes sociales, por ejemplo, las búsquedas que se realizan en el explorador de Google son registradas y procesadas, y se elaboran perfiles a través de algoritmos —o alquimia para nosotros legos—, con miras a ofrecer espacios publicitarios personalizados o perfiles acumulados de categorías de usuarios, ya sea al interior de su propio buscador o en la intermediación de aviso *online* en la que también participa. A lo anterior, es importante agregar que, actualmente, en el caso de Google, este también ofrece (i) servicios analíticos de datos, (ii) servicios de intermediación de aviso *online*, (iii) mapas con georreferencia, (iv) *smartphones* y (v) diversos servicios específicos propios, que puede o no priorizar sobre los servicios ofrecidos por terceros cuando un usuario realiza búsquedas (Comisión Europea, 27 de junio de 2017, asunto AT.39.740 Google Search [Shopping]).

## MERCADOS DIGITALES MULTILATERALES

Buena parte del análisis relativo a potenciales riesgos anticompetitivos que pueden derivarse de la data está vinculado a plataformas *online* o digitales, y estas tienden a ser mercados de dos lados o multilaterales. Estos mercados son aquellos en que es posible distinguir segmentos o lados interdependientes entre sí y que mantienen diversas peculiaridades, como son, por ejemplo, la existencia de (i) diferentes elasticidades de demanda y (ii) externalidades positivas producidas en un segmento y no necesariamente en el otro (o no del mismo nivel) que redundan, además, en efectos de red, directos e indirectos, que se autogeneran en el denominado *feedback loop*. Ahora bien, en los mercados multilaterales, especialmente en los vinculados a plataformas tecnológicas más que en otros, es donde es posible que los efectos de red, directos e indirectos, devengan en barreras a la entrada —así al menos va la tesis—, ya que, a medida que estos se expanden, puede hacerse más difícil para un nuevo entrante lograr competir con el incumbente y, en los hechos, ello podrá implicar un *tipping* del mercado hacia una plataforma específica.

Consecuentemente, una de las primeras teorías de daño anticompetitivo —aunque no la única— que puede construirse es pensar hasta qué punto aquella data que puede derivar en fuente de poder de

mercado o barrera a la entrada debería ser comparada por el incumbente con nuevos entrantes (a efectos de este foro debemos dejar de lado las consideraciones de tratamiento de datos personales de dicha posibilidad) y, si no lo fuera, no se estaría frente a una negativa de venta.

## UN DEBATE CONTINGENTE

Es necesario precisar que, a nivel comparado, no existe uniformidad respecto a considerar si de la *data*, su posesión y uso, se pueden derivar riesgos específicamente anticompetitivos. Por lo mismo, no sería correcto concluir que la doctrina las autoridades de competencia se encuentran contestes en el impacto de la *data* en materias de competencia.

A modo de ejemplo, por un lado, a favor de dicha posibilidad parecen inclinarse el Bundeskartellamt y la Autorité de la Concurrence en su reporte conjunto denominado *Competition Law and Data*. Por otro lado, parecería estar en contra Bruce Hoffman, director del Bureau of Competition de la Federal Trade Commission. Por su parte, y por citar solo a algunos autores, Bork y Evans se oponen a la posibilidad, mientras que Khan, Newman y Pasquale la defienden.

Ahora bien, el argumento contrario más común es que la *data*, en general, es un bien no exclusivo y no rival en el consumo. Es decir, que no existe un agente económico que tenga acceso exclusivo y excluyente a toda la *data* del mundo o a la totalidad de cierto tipo o categoría de *data*, o bien, dicho de otra forma, el hecho que Facebook tenga acceso a *data* de sus usuarios no impide, en principio, que otras plataformas o aplicaciones (Instagram, Tinder, Cornershop, UberEats, etc.) puedan acceder a ese mismo tipo de datos, como en efecto ocurre. Los usuarios son libres de proporcionar su información a cualquier plataforma o aplicación que deseen.

Por su parte, se ha argumentado que los mercados en donde la *data* son un factor relevante tienden a estar vinculados a la innovación y a una eficiencia dinámica, en un sentido *schumpeteriano*. Es decir, por un lado, los incumbentes están permanentemente invirtiendo en I + D, para ofrecer más cantidad y mejores servicios y productos, de forma que puedan mantener sus respectivas posiciones de mercado. Por otro lado, estos mercados tienden a ser altamente contestables por el ingreso de agentes económicos que ofrezcan un producto o servicio innovador (en términos disruptivos), sin que ten-

gan acceso *ex ante* a las grandes cantidades de *data* del incumbente (piénsese en el desplazamiento de MySpace por Facebook, de MSN Messenger por Whatsapp, etc.).

Adicionalmente, los mercados de la denominada economía digital mantendrían una ávida competencia que se ve reflejada en los importantes niveles de *multi-homing* y en que no se apreciarían costos de cambios importantes (e. g., los usuarios de Facebook, Whatsapp e Instagram también pueden utilizar, a la vez y sin gran esfuerzo, Twitter, Pinterest, Tinder, etc.).

## CONDUCTAS EXCLUSORIAS EN CHILE

A pesar que no existen casos específicos relativos a *big data*, es posible destacar la Resolución N.º 24/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la que se prohibió la operación de concentración entre Falabella y D&S. Dentro de varias consideraciones, el Tribunal asentó la noción de *sinergias de información*, que serían las «[...] asociadas al desarrollo de bases de datos sobre los patrones de consumo y endeudamiento, mediante tarjetas no bancarias y programas de fidelización, de los clientes del retail integrado. Esta información permite perfeccionar las estrategias de comercialización y de competencia respecto de otros operadores del retail» (TDLC, Resolución N.º 24/2008, párr. 48, pág. 91). El Tribunal consideró que estas *sinergias de información* eran una posible fuente de poder de mercado de los agentes económicos consistente en «[...] la posibilidad de desarrollar bases de datos sobre patrones de consumo, difícilmente replicables por competidores que operen a escalas menores y con más bajos grados de integración entre distintos negocios de retail. Tales bases de datos implican una significativa ventaja de costos y una capacidad privilegiada para competir, que se traducen en la capacidad de desarrollar estrategias de marketing y de fidelización de clientes a la medida para distintos tipos de consumidores, en cada uno de los segmentos de negocios que formen parte del retail integrado. Esto incluye ofertas crediticias focalizadas para los segmentos de la población con menor grado de bancarización, la focalización de los esfuerzos de venta y fidelización en grupos socioeconómicos específicos, áreas geográficas de competencia local y otras tipologías específicas de preferencias de consumo» (TDLC, Resolución N.º 24/2008, párr. 48, pág. 91).

En el mismo sentido, entre nosotros, Bustamente Gubbins y Rencoret Portales, en su momento, sostuvieron acertadamente que esta *sinergia de informa-*

ción «[...] relativizaría la inexistencia de barreras a la entrada [...]». Nosotros pensamos, simplemente, que la noción de sinergias de información acuñada por el Tribunal implica, de manera teórica, la existencia de una barrera a la entrada consistente y dependiente de la entidad de la *data* de que se disponga y de la utilidad específica de esta en el proceso productivo del mercado relevante en cuestión. A mayor abundamiento, cabe traer a colación las palabras expresadas el año 2011 por el otrora fiscal nacional económico y actual presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, Enrique Vergara, quien comentó la citada Resolución N.º 24/2008 y, en general, analizó la necesidad de poseer y procesar datos personales de clientes: «En buenas cuentas, para sobrevivir [las empresas] requieren tratar los datos personales de los consumidores, almacenarlos e incorporarlos a un registro o banco de datos que les permita cruzarlos entre sí, de manera de poder dirigir sus estrategias de comercialización del modo más focalizado y eficiente posible» (Poggi Rodríguez y Vergara Vial, «Uso de bases de datos como herramienta competitiva en el retail: Algunos aspectos relevantes desde la política de competencia», en *Reflexiones sobre el Uso y Abuso de los Datos Personales en Chile*, Santiago de Chile: Expansiva, 2011, pág. 126).

En ese sentido, posiblemente la evidencia más clara, a nuestro juicio, en relación con la posibilidad de aplicar tipos infraccionales exclusorios a conductas vinculadas con *big data* en Chile, la proporciona la Sentencia N.º 124/2012 del TDLC en relación con el requerimiento de la FNE contra la Cámara de Comercio de Santiago A.G. («CCS»), entidad que comercializa el *Boletín de Informaciones Comerciales* y, en particular, su versión digital o electrónica («BIC»). El TDLC estableció que CCS operaba en el mercado aguas arriba de acopio masivo de información crediticia y que, a pesar que existían otros actores en dicho eslabón de la cadena, el BIC representaba un producto de características únicas. En efecto, el TDLC determinó que (i) aun cuando pudiera estimarse teóricamente posible replicar el contenido del BIC (que no lo era del todo), dicha réplica no podría hacerse a un costo razonable; (ii) productos similares, pero con información parcial, no habrían sido un sustituto adecuado del BIC; y (iii) éste es necesario para la participación en el mercado aguas abajo, sin que pueda competir sin contar regularmente con él.

Por todo lo anterior, el TDLC estimó que el BIC era un insumo esencial y, a continuación, concluyó que «[...] una eventual negativa de venta del BIC por la Cámara de Comercio de Santiago podría constituir un

*abuso de la posición dominante que ésta posee como oferente en el mercado de los acopiadores de información crediticia, si no tiene una justificación económica razonable u otro propósito distinto de excluir a un competidor que participa en un segmento del mercado situado aguas abajo»* (TDLC, Sentencia 124/2012, considerando 23). Asimismo, no pasó desapercibido al TDLC que CCS también participaba en el mercado aguas abajo de los burós de crédito y que, por lo mismo, «[...] la negativa de venta del insumo esencial a competidores de su filial podría ser considerada como una práctica exclusoria tendiente a traspasar el poder de mercado que tiene en el acopio de información crediticia al mercado de los burós de crédito» (Sentencia 124/2012, considerando 25. Nótese también, en el mismo sentido, la Resolución N.º 47/2015 del TDLC).

## CONDUCTAS EXPLOTATIVAS EN CHILE

Parte del razonamiento utilizado por el Bundeskartellamt en su análisis legal preliminar en contra de Facebook es considerar que la mayor o menor privacidad que se ofrezca a los consumidores, al momento de obtener su *data*, se estime como una variable asimilable al dinero, es decir, asimilable al precio que se paga por el bien que se ofrece. Lo anterior es tan cierto que, más allá de tipos infraccionales, a propósito de la medición de mercado relevante, existe una variación conceptual del test del monopolista hipotético, test SSNIP, denominada SSNDQ (*Small but significant, non transitory, decrease in quality*), que pretende evaluar hasta qué punto un agente económicos podría disminuir la calidad de su producto de un modo sensible y, sin embargo, rentable (OCDE, «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis», *Policy Roundtables*, 2013).

Por consiguiente, la tesis sostiene que, económicamente, la disminución en la privacidad ofrecida, *ceteris paribus*, es una disminución unilateral de la calidad del producto, frente a la cual el consumidor pueda estar, más o menos, indefenso, en virtud de la posición dominante que tenga el agente económico en el mercado de que se trate.

La tesis nos parece plausible y pensamos que el derecho de la competencia chileno no difiere sustancialmente de los institutos generales del derecho de la competencia a nivel mundial. En efecto, nuestras autoridades de competencia investigan y se preocupan por las mermas que puedan existir en la calidad de los productos y servicios ofrecidos (e. g., en una operación de concentración). Pero de ahí a que exis-

tan, en la actualidad, herramientas para realizar una medición empírica, cualitativa y cuantitativa de la calidad o de la privacidad de los servicios o productos ofrecidos que permitan obtener resultados concluyentes nos parece que existe un gran paso.

En efecto, no tenemos información que nos permita afirmar que la mayor o menor privacidad ofrecida juega un rol en la decisión racional de los consumidores al elegir un producto o servicio como Facebook o Google, ya que rara vez leen las políticas de privacidad de los servicios que se les ofrecen (si es que efectivamente fuera posible y racional leerlas antes de hacer uso del servicio ofrecido), rara vez entienden la extensión del acceso que conceden y, por lo mismo, difícilmente están en condiciones de realizar una comparación inteligente entre diversas *ofertas de privacidad*. El ejemplo podría hacerse más complejo aún si, por ejemplo, imaginamos redes sociales gratuitas con bajos niveles de privacidad versus redes sociales de pago con elevados niveles de privacidad. Esta hipótesis reforzaría la tesis que la variable calidad/privacidad puede ser determinante, incluso más determinante que el precio. También es dudoso que existan métodos cuantitativos (o al menos no tenemos conocimiento de ello), y no meramente retóricos o conceptuales, para medir el nivel eficiente de privacidad que ha de ofrecerse en el tratamiento de datos personales, por ejemplo en el mercado de las redes sociales en que participa un Facebook o un Instagram (cuyo propietario es, por cierto, Facebook), y parecería necesario contrastar la explotación en privacidad con algún estándar que se estime eficiente. Es decir, *como si* fuese una teoría de daño de precios excesivos. Por lo tanto, aunque la tesis pueda ser plausible, en la actualidad, de ello no parecen extraerse conclusiones útiles.

## ÁMBITOS DE COMPETENCIA

Por último, nos parece razonable que exista una delimitación apropiada de los ámbitos de competencia de los diversos órganos de la Administración del Estado en relación con los diversos bienes jurídicos que cada uno está llamado a proteger. Pensamos que la institucionalidad que vela —sin ánimo de entrar en la controversia sobre el bien jurídico efectivamente protegido por el derecho de la competencia— primero por la competencia como método de propor-

cionar eficiencia asignativa en los mercados debe fiscalizar riesgos o ilícitos anticompetitivos en donde la *data* juegue un rol específico y concreto en una teoría de daños anticompetitiva, mientras que los órganos encargados de velar por la protección de los derechos de los consumidores (Servicio Nacional del Consumidor) y por el tratamiento de datos personales (en un futuro, la Agencia de Protección de Datos Personales. Proyecto de Ley, Boletín N.º 11144-07) deberán velar por aquellas conductas que infrinjan los bienes jurídicos que protegen dentro de sus respectivos ámbitos de competencia.

## CONCLUSIÓN

La investigación por abuso de posición dominante de Facebook que actualmente lleva a cabo el Bundeskartellamt permite formular una serie de interrogantes generales respecto a la aplicación del derecho de la competencia chileno en su vinculación con el tratamiento de datos personales.

A nuestro juicio, en Chile, el derecho y la jurisprudencia vigentes permiten extrapolar conclusiones similares a las que están siendo analizadas por autoridades de competencia internacionales y por la doctrina comparada.

En efecto, bajo ciertos supuestos económicos y en ciertos mercados, la *data* podría ser considerados como una fuente de poder de mercado, una barrera a la entrada o un insumo esencial, lo que implica que, sin entrar en la discusión de fondo relativa a la naturaleza misma de la *data*, las teorías de daño de exclusión anticompetitiva parecen razonablemente posibles.

Por su parte, Chile no es ajeno a considerar que la explotación anticompetitiva puede darse no solo en precios, sino también en calidad o en otras condiciones de contratación. Por lo tanto, en teoría, la mayor o menor oferta de privacidad, como reflejo de calidad, podría ser una variable competitiva de la cual se pueda abusar explotativamente. Sin embargo, si bien plausible, la medición de la calidad/privacidad y la acreditación de explotación nos parecen, hoy en día, en extremo difícil.

ÁLVARO ESPINOSA\*

(el autor agradece a GABRIEL BRONIR por sus valiosos comentarios a una primera versión de este artículo).

\* Abogado del Área de Derecho de la Competencia en Phillippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, Santiago de Chile.