

La regulación *ex ante* de la competencia en la era digital

Filipe Da Silva



NACIONES UNIDAS

CEPAL

SERIE

DESARROLLO PRODUCTIVO

232

La regulación *ex ante* de la competencia en la era digital

Filipe Da Silva



NACIONES UNIDAS

CEPAL

Este documento fue preparado por Filipe Da Silva y coordinado por Georgina Núñez, ambos de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización o las de los países que representa.

Publicación de las Naciones Unidas
ISSN: 1680-8754 (versión electrónica)
ISSN: 1020-5179 (versión impresa)
LC/TS.2022/205
Distribución: L
Copyright © Naciones Unidas, 2022
Todos los derechos reservados
Impreso en Naciones Unidas, Santiago
S.22-01026

Esta publicación debe citarse como: F. Da Silva, "La regulación *ex ante* de la competencia en la era digital", *serie Desarrollo Productivo*, N° 232 (LC/TS.2022/205), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2022.

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), División de Documentos y Publicaciones, publicaciones.cepal@un.org. Los Estados Miembros de las Naciones Unidas y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Solo se les solicita que mencionen la fuente e informen a la CEPAL de tal reproducción.

Índice

Resumen	7
Introducción	9
I. Abordaje teórico de la regulación <i>ex ante</i>	11
A. El uso de la regulación <i>ex ante</i>	12
B. Economía digital	14
II. Análisis de los resultados de la encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medidas <i>ex ante</i>	17
A. Estructura de las autoridades de competencia (AACC)	18
B. Panorama de la regulación del sector digital	19
C. Cambio de normativas de competencia en América Latina y el Caribe	19
D. La caja de herramientas de las AACCs	20
E. Concentraciones en el contexto de la economía digital	21
1. Reversión de la carga de la prueba y notificaciones de adquisición	22
2. Estructurales o conductuales	23
F. Uso de regulación <i>ex ante</i> en América Latina y el Caribe	25
G. Programas de compliance y códigos de buenas prácticas	28
III. Estudios de caso	29
A. El caso de México	29
B. El caso de Brasil	31
C. El caso de Chile	32
D. El caso de Colombia	32
E. El caso de Costa Rica	33
IV. Conclusiones	35
A. Recomendaciones	36
Bibliografía	37
Anexo	41
Serie Desarrollo Productivo: números publicados	45

Cuadros

Cuadro 1	Pilares del desarrollo eficiente de remedios estructurales o conductuales	24
Cuadro 2	Principales prácticas anticompetitivas contra las <i>Fintech</i>	27
Cuadro 3	Ejemplos de casos cuya resolución se emitió a través del artículo 94	30

Recuadros

Recuadro 1	La eficiencia de las autoridades de competencia.....	12
Recuadro 2	Ley de competencia y regulación.....	14
Recuadro 3	Abuso de poder derivado del control sobre datos	22
Recuadro 4	El sector <i>Fintech</i>	27
Recuadro 5	Behavioral Recommendations for Digital Platforms (BRDP) de la UNCTAD	28

Mapa

Mapa 1	Países que participaron en la encuesta.....	18
--------	---	----

Lista de acrónimos y abreviaturas

AACCs	Autoridades de Competencia
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BNDES	Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social de Brasil
CADE	Consejo Administrativo de Defensa Económica
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CMA	Competition and Markets Authority
CNDC	COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA – Argentina
COPROCOM	Comisión para la Promoción de la Competencia
COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica
DEE	Departamento de Estudios Económicos de CADE
DMA	Digital Markets Act
EE.UU.	Estados Unidos
F&A	Fusiones y Adquisiciones
FTC	Federal Trading Commission
FNE	Fiscalía Nacional Económica
GAFAM	Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft
IFT	Instituto Federal de Telecomunicaciones
Indecopi	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica de México

MAAMA	Microsoft, Alphabet, Amazon, Meta, y Apple
MFN	Most Favored Nation
MFT	Ministry of Foreign Trade – Belice
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
SEAE	Secretaria de Seguimento Econômico de Brasil
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SBDC	Sistema brasileño de Defensa de la Competencia
SCPM	Superintendencia de Control del Poder de Mercado – Ecuador
SC	Superintendencia de Competencia – El Salvador
SG	Superintendencia General de CADE
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
SMP	Significant Market Power
SMS	Strategic Market Status
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
WEF	Foro Económico Mundial

Resumen

Debido a las características técnico-económicas de los nuevos modelos de negocio en la economía digital, la regulación actual sobre competencia muestra cierta insuficiencia para prevenir y corregir las prácticas reñidas con la competencia en estos mercados. Como consecuencia, expertos han recomendado la adopción de regulación innovadora *ex ante* para complementar las herramientas tradicionales en mercados digitales. Salvo en el caso de control de concentraciones, la utilización de herramientas *ex ante* no es tan frecuente y muchas autoridades han emitido algunas reservas en cuanto a su uso en la región y en el mundo.

Este documento busca relevar la información sobre cómo se están preparando las autoridades de competencia de América Latina y el Caribe para enfrentar los desafíos que plantean los mercados digitales, mapeando herramientas *ex ante* y capacidades frente a la presencia de prácticas anticompetitivas desplegadas por plataformas digitales.

Introducción

Actualmente, se está formando un cierto consenso en el mundo de la competencia económica en cuanto al uso de regulación *ex ante*. El argumento a favor de su mayor utilización es fruto de la dinámica de los mercados digitales y, particularmente, del gran poder que han adquirido las llamadas “*Big Tech*” o MAAMA¹ (Microsoft, Alphabet, Amazon, Meta, y Apple). Su poder de mercado, estrategias de concurrencia y uso intensivo de los datos hicieron que la competencia tradicional desarrollada en la era industrial sea insuficiente para mitigar el surgimiento de prácticas anticompetitivas de la era digital. Incluso la economía tradicional está digitalizándose a pasos agigantados, apalancando la complejidad del escenario actual. Los desafíos emergen principalmente de la característica multi lados (o *multi-sided*), los servicios de precio cero, los efectos de red, las economías de escala y alcance, y la importancia del acceso y la monetización de los datos de los mercados digitales, etc. (OCDE, 2021a).

Por un lado, dicha insuficiencia es originada en muchos casos por la poca comprensión de los nuevos modelos de negocio y por la baja capacidad para evaluar el potencial del uso de datos en estos mercados. Por otro lado, es la habilidad de dichas empresas de operar en zonas regulatorias grises una de las razones de sus éxitos, por ejemplo, su capacidad de evadir impuestos (Da Silva y Núñez, 2021b; CEPAL, 2021).

Según el reporte del Subcomité Antimonopolio de los Estados Unidos (EE. UU.), las plataformas sirven como guardianes o *gatekeepers* para controlar el acceso a los mercados, estos gigantes pueden elegir ganadores y perdedores en toda economía, en muchos casos, los ganadores son ellas mismas pues compiten en los mismos mercados en que operan como guardianes. Al mismo tiempo, abusan de su poder de mercado cobrando tarifas exorbitantes, imponiendo condiciones contractuales abusivas y extrayendo datos de alto valor de personas y empresas que dependen de ellos. También llaman la atención por el gran número de adquisiciones y la dinámica de sus innovaciones, estas empresas han

¹ Con anterioridad al cambio de nombre de Facebook, que actualmente opera por el nombre de Meta, se les llamaban GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft).

comprado y copiado, y utilizado amenazas competitivas para establecerse y perpetuarse en los mercados (Da Silva y Núñez, 2021a).

Debido a las características de los mercados digitales y el creciente surgimiento de los digitalizados (CEPAL, 2021), los efectos anticompetitivos son más fuertes y se esparcen más rápidamente en la economía, incluso pueden resultar irreversibles; por consiguiente, las medidas *ex ante* que anteriormente sólo se planteaban en casos de concentración, actualmente se plantean a la simple posibilidad de una práctica anticompetitiva en mercados digitales ya que en estos mercados el *winner takes all*. Por mucho tiempo se consideró a la regulación *ex ante* como sustituta de la regulación *ex post*, no obstante, lo que actualmente se plantea es el uso de la regulación *ex ante* como complementaria de la regulación *ex post*.

Pese haberse desarrollado un cierto consenso en cuanto a su utilización, la regulación *ex ante* suele ser objeto de críticas por parte del mercado ya que las empresas están sujetas a sanciones sin haber cometido prácticas anticompetitivas. También existe el riesgo de *overenforcement* y mitigación de innovaciones por parte de los reguladores, ya que la utilización de medidas *ex ante* podría considerarse igual que aplicar regulación estática a mercados dinámicos, lo que puede causar daños al buen funcionamiento de la economía.

Este documento busca hacer un levantamiento y revisión de las herramientas y recursos de intervención *ex ante* en manos de las autoridades de competencia de la región y sus capacidades frente a los desafíos puestos por los mercados digitales y digitalizados. En la primera parte, se aborda la teoría entre la utilización de los dos tipos de regulación de competencia, *ex ante* y *ex post*. En el segundo apartado se presentan los resultados de la encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medidas *ex ante* aplicada a 13 países de la región. En la tercera sección, se presentan estudios de casos interesantes de cinco países de América Latina. Finalmente, un apartado de conclusiones y recomendaciones.

I. Abordaje teórico de la regulación *ex ante*

La constante evolución de las relaciones comerciales, principalmente producto de la tecnología ha dificultado el actuar de las autoridades de competencia (AACCs). Incluso, muchos argumentan que es necesario un cambio en las normativas para que las AACCs recuperen su eficiencia (véase recuadro 1) debido a que los estándares actuales de la economía tradicional no son suficientes para la dinámica de la economía digital. La demora en las investigaciones y juicios que se llevan a cabo en los tribunales de competencia, en algunos casos específicos, puede traducirse como ineficiencia en el contexto de la economía digital, dicha demora puede otorgar, aún sin quererlo, un poder de mercado irreversible a las incumbentes digitales.

La eficiencia se asocia principalmente a la aplicación de la norma (*enforcement*) y al diseño del marco regulatorio. En el recuadro 1 se presentan algunos otros parámetros de eficiencia. Cambiar las normativas puede reducir el tiempo de los procesos judiciales, sin embargo, también implica el involucramiento de otro poder del estado (legislativo), lo que se traduce en consenso y ello toma tiempo. Si la eficiencia pasa por tres dimensiones: tiempo, cantidad de casos y efectividad de las soluciones, queda aún más claro que depender solo de los cambios de legislación podría tener el efecto contrario y generar poder de mercado a incumbentes digitales. En este sentido, es posible decir que algunas soluciones son buenas, pero consumen tiempo, y otras no son tan eficaces, pero pueden ser implementadas de manera más expedita.

Recuadro 1**La eficiencia de las autoridades de competencia**

La eficiencia de las autoridades de competencia en la implementación de las políticas está directamente alineada a la búsqueda de soluciones para enfrentar prácticas anticompetitivas. La eficiencia de las autoridades y de sus medidas está condicionada a varios tradeoffs técnicos y económicos. La estructura de la institucionalidad de competencia, también puede ser un determinante de su eficiencia. Examinando 254 agencias en el mundo, el Agency Effectiveness Working Group (2019) señala que, en una serie de medidas organizacionales, se puede mejorar la eficiencia de las agencias de competencia. Entre ellas se destaca el papel del abordaje sectorial e instrumental en la construcción de los equipos y unidades. En el primer caso, la ventaja es la construcción de conocimiento especializado y la consecuente creación de economías de escala en los casos investigados. Por otro lado, este abordaje puede causar ineficiencias en materia de conocimiento de los instrumentos, herramientas y falta de conocimientos por parte de los funcionarios, ya que no existe una rotación de personal. Por otro lado, existe un riesgo de traslape entre unidades, ya que las fronteras entre sectores muchas veces no están bien definidas (telecomunicaciones y digital, por ejemplo). Respecto a los instrumentos, la ventaja es la construcción de capacidades y herramientas en el manejo de casos específicos, por ejemplo, F&A o carteles. Este abordaje, en cambio, tiene como desventajas una falta de conocimiento sectorial específico y por lo tanto una ausencia de economías de escala, aunque existan economías de alcance.

Teniendo como horizonte la eficiencia, es importante establecer prioridades. Los carteles son peligrosos, pero los cambios estructurales originados en los casos de F&A pueden ser irreversibles. Considerando la dinámica de la economía digital, es importante señalar que la combinación entre medidas internas y los tiempos que toma el proceso es clave. Lancieri y Neto (2021) plantean que cuando existe superposición de autoridad sobre determinado sector, la AACC y la autoridad reguladora del sector pueden aumentar la eficiencia de sus operaciones al actuar en distintas etapas de monitoreo del sector, por ejemplo, las etapas de investigación, diseño de remedios y monitoreo post implementación de regulación.

Fuente: Preparado por los autores en base a los artículos citados [en línea] <https://www.concurrences.com/en/conferences/11th-new-frontiers-of-antitrust-conference-2-improving-the-effectiveness-and>.

Considerando la dinámica de la economía digital, la combinación entre regulación *ex ante* y aplicación es clave. Al hablar de eficiencia, la regulación *ex ante* desempeña un papel crucial en la materia ya que su imposición está ligada, en muchos casos, a la recurrencia de una práctica anticompetitiva, lo que ahorra recursos y capacidades de las autoridades (Lancieri y Neto, 2021). Sin embargo, la regulación *ex ante* no ha sido muy utilizada en los últimos años y muchas leyes de competencia relevan preferencia por la adopción de la regulación *ex post* en detrimento de la regulación *ex ante*.

A. El uso de la regulación *ex ante*

La influencia de la teoría neoclásica o de la escuela de Chicago sobre la aplicación de la competencia a nivel mundial ha generado un modelo de actuación pasivo, donde las fallas de mercado gatillan la intervención gubernamental (Da Silva y Núñez, 2020). Ello parte del principio de que los mercados se autorregulan y ello es suficientes para garantizar la libre competencia. En este sentido, la intervención está limitada al análisis de errores tipo I y II. La intervención será bienvenida en la medida que el costo de no intervenir (error de tipo II) sea mayor que el costo de intervenir (error de tipo I). En otras palabras, el error tipo I puede traducirse en riesgo de *overenforcement* o una aplicación excesiva de la ley, en cambio, el error tipo II más bien podría llamarse riesgo de baja intervención. Según la óptica neoclásica: debido a que los mercados se autorregulan, toda intervención debe considerarse innecesaria pues los mercados corrigen los errores tipo II, es decir, el riesgo de no intervenir.

Estas premisas fueron, a su vez, desarrolladas sobre una premisa aún más fuerte, la de que los mercados siempre se encuentran en pleno empleo, y como consecuencia, los mercados que presentan un buen funcionamiento no tienen problemas de monopolio ya que siempre existe competencia por las ganancias. Una segunda contribución que fortaleció de manera indirecta la influencia neoclásica sobre

la competencia a nivel mundial fue la de Schumpeter II, donde los monopolios contribuyen a un mayor nivel de inversiones, particularmente del tipo I + D, y de que las innovaciones serían responsables de destronar monopolistas. En este abordaje, el poder de mercado no es malo en sí mismo, probablemente el mercado les brindó a las grandes empresas este poder por su capacidad de innovación y creatividad.

Sin embargo, en los últimos años las premisas en que fueron basadas las contribuciones neoclásicas no mostraron ser suficientemente fuertes y los monopolios y ganancias no han cambiado de manos (como ejemplo las *Big Tech*) favoreciendo así la intervención (The Economist, 2020). A raíz de lo anterior, ha emergido un debate entre dos escuelas de pensamiento, la escuela de Chicago y la de los Neo-Brandeisians. Este segundo grupo argumenta que dichas empresas son demasiado grandes y que, muchas veces, es necesaria la intervención estructural, tales como los desmembramientos, para devolver al mercado su normalidad competitiva. A diferencia de la escuela de Chicago que adopta el bienestar de los consumidores como su objetivo, los neo-Brandeisians están más interesados en los daños a los pequeños emprendedores (Wu, 2018a y Padro, 2020). Pese al debate actual, y a la luz de la economía digital, se está formando un consenso respecto a la necesidad de una intervención más proactiva, la llamada intervención *ex ante*.

En esta línea, Shapiro (2018) argumenta sobre una tercera visión, una más amplia, una mezcla entre ambas escuelas llamada la Protección del Proceso Competitivo, o "*The protecting of competition standard*". Según Wu (2018b) ambas escuelas plantean el abandono de la perspectiva del consumidor en la que estuvo enmarcada la defensa de la competencia los últimos años. Además, el autor destaca que los seguidores de esta perspectiva tienden a considerar que el principal problema de la actual legislación antimonopolio es el mal uso y la simplificación excesiva de sus análisis respecto de la economía. Así mismo, argumentan que, en los últimos años, la política antimonopolio se ha preocupado más por los falsos positivos (presentar el caso equivocado) que por los falsos negativos (no presentar el caso correcto).

Según Lancieri y Neto (2021), el uso de la regulación *ex ante* emergió en los años 2000 particularmente impulsado por el uso del concepto "poder de mercado significativo" (SMP, por sus siglas en inglés) en investigaciones de la industria de telecomunicaciones. Los autores plantean que la regulación *ex ante* es una mezcla de regulación sectorial y aplicación (véase recuadro 2 sobre la dinámica entre la ley de competencia y la aplicación). Cappai y Colangelo (2020) van más allá al plantear que las iniciativas de regulación *ex ante* están destinadas a garantizar la equidad, la impugnabilidad o contestabilidad, la transparencia y la innovación, así como a salvaguardar los intereses públicos. Como consecuencia, se argumenta que éstas se extienden más allá de las consideraciones puramente económicas.

La recurrente investigación y consecuente aplicación de remedios antimonopolio contra prácticas por la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (MFN, por sus siglas en inglés) llevó a que AACCs alrededor del mundo adoptaran medidas *ex ante* prohibiendo el uso de tales cláusulas en los contratos². Este es un ejemplo del uso de regulación *ex ante* como complementaria a la regulación *ex post*. El Digital Market Act (DMA) también presenta medidas contra el uso de MFN en su artículo 5b³. El contexto actual demanda más atención a los mercados por parte de las autoridades de competencia, la mejora de su caja de herramientas y la imputación de poderes regulatorios a dichas autoridades parecer se el camino elegido por muchos países del mundo para lidiar con los retos actuales.

² Véase el *Digital Markets Act* (DMA) de la Unión Europea.

³ EUR-Lex - 52020PCo842 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

Recuadro 2**Ley de competencia y regulación**

Si bien es cierto, la regulación económica y la política de competencia son instrumentos distintos, ellas pueden tener alcances superpuestos. A diferencia de la ley de competencia, la regulación económica ofrece un alcance más amplio que incluso puede ser utilizado para objetivos más allá del puro y simple buen funcionamiento del mercado. La ley de competencia busca fortalecer el funcionamiento de los mercados al prohibir la acumulación de poder a través de prácticas anticompetitivas. Su objetivo y papel principal es garantizar que los típicos beneficios del buen funcionamiento de los mercados, tales como los precios bajos, la amplia capacidad de elección, la mayor calidad de los productos etc. sean cosechados por los agentes económicos.

La regulación económica generalmente puede implicar una alteración de los mecanismos de libre mercado por parte del Estado. Dicha intervención puede implementarse en un sector específico, en la economía general o, lo más reciente, en una empresa o en un conjunto de empresas; el objetivo de la regulación económica es la corrección de las llamadas fallas del mercado. Como se mencionó anteriormente, su alcance es más amplio, lo que le permite buscar objetivos sociales como la justicia social, un mercado justo, distribución geográfica o de ingreso, protección de derechos, etc. Cabe mencionar que la búsqueda por alcanzar objetivos sociales no siempre genera una relación armoniosa entre la regulación económica y la regulación de competencia, en este sentido, esta última puede incluso sobreponerse a la ley de competencia económica al distorsionar, por ejemplo, la dinámica de precios. A continuación, se destacan algunas de las ventajas y desventajas de la aplicación de la ley y la regulación.

Antitrust

Ex post (por naturaleza) - un sistema basado en la responsabilidad que aborda un hallazgo específico de violación (no aplicado a F&A).

Amplitud limitada - restringido a la empresa investigada en el marco de un procedimiento acusatorio.

Alcance definido – remedios estructurales o conductuales en conformidad con la conducta investigada – su objetivo es restaurar la competencia centrándose en la eficiencia.

Adaptación compleja - los cambios requieren un procedimiento judicial excepcional o el consentimiento de la empresa.

Regulación

Ex ante (a menudo) – no se requiere comprobar una conducta ilegal para adoptarse.

Cobertura Amplia – aplicado a todas las empresas de un sector o, por lo menos, a todas las empresas que se encuadran bajo cierto patrón.

Alcance amplio – pueden incorporarse a los remedios aspectos más allá de la defensa de la competencia (por ejemplo, justicia social, protección del medio ambiente etc.).

Adaptación sencilla – no es necesaria una evaluación previa del impacto de los cambios.

Fuente: Preparado por los autores en base a OECD (2021b), Dunne (2015) y Lancieri y Neto (2021).

B. Economía digital

En mercados digitales donde los efectos de red y de acumulación de datos originan la dinámica del ganador se lleva todo (*winner takes all*), aquellas empresas que se establecen primero adquieren poder de mercado el cual se puede convertir en un arma anticompetitiva. En este sentido, los mercados digitales se caracterizan por una competencia más “por el mercado” que “en el mercado”. En estos mercados, Da Silva, De Furquin y Núñez (2020) sostienen que es necesaria la utilización de medidas interinas que hagan cesar la conducta desplegada por la parte acusada, debido a los impactos indirectos de prácticas anticompetitivas en la economía. Los *start-ups* que iniciaron sus actividades hace casi veinte años, por ejemplo, las *Big Tech*, actualmente muestran una trayectoria monopólica en varios mercados. Schumpeter en 1942 previó esta situación, el autor planteó que, si bien es cierto las innovaciones son un mecanismo de destronamiento de monopolistas, éstas también generan monopolios.

Debido a su enorme poder de mercado y a la capacidad de insertarse y expandirse a distintos mercados o a mercados adyacentes (lo que se consensua llamar “*envelopment*” en la literatura) vía copia, innovaciones y adquisiciones —en algunos casos predatorias— dichas empresas que antes eran responsables por grandes innovaciones ya empiezan a mitigar las ganancias económicas que habían generado para la sociedad.

Uno de los grandes problemas de los mercados digitales y una de las principales características del modelo de negocio de las plataformas digitales⁴ emerge cuando las empresas que determinan las reglas del juego no siguen las mismas reglas desarrolladas por ellas. Dicha dinámica es la combinación de dos prácticas denominadas por consenso como control de acceso (*gatekeeping*) y auto preferencia (*self-preferencing*). Otra característica compartida por las *Big Tech* es la adquisición de competidores potenciales, lo que contribuye a un menor nivel de innovaciones en el mercado (Da Silva y Núñez, 2021a) y mitigación del emprendimiento. Según FTC (2021), 616, de un total de 819, adquisiciones de las *Big Tech* no han sido revisadas por AACCs. Affeldt y Kesler (2021) han encontrado efecto negativo en la tasa de innovación del mercado de aplicaciones para móviles al examinar las adquisiciones de *Big Tech*, por otro lado, no han encontrado cambio en otras variables como precio y seguridad de datos de los usuarios.

Las plataformas digitales, han llamado la atención de los reguladores debido a sus conductas sospechosas. En los últimos años, fueron abiertos muchos casos en contra de estas empresas por: CADE (Brasil); la Comisión Europea (casos en contra Amazon, Apple, Facebook y Google); Bundeskartellamt (Alemania); la Autoridad de Mercados y Competencia (CMA, Reino Unido); la Comisión de Comercio Justo de (Corea del Sur); la Comisión de Competencia de la India; la FTC, el Departamento de Justicia, y grupos de fiscales generales de los estados de los EE. UU.⁵

En muchos de estos casos, las AACCs se enfrentaron dificultades no menores, que resultaron, en algunos casos, fallas de aplicación de la ley de competencia de sus países. Como consecuencia directa de estas dificultades, en términos de soluciones para enfrentar tales prácticas anticompetitivas, Lancieri y Neto (2021) plantean que en la literatura ya se propone: medidas provisionales para evitar que estos mercados tiendan a la concentración (*tipping*); ampliación de los poderes de las autoridades antimonopolio para adoptar soluciones; imposición de obligaciones reglamentarias *ex ante*; desmembramientos de grandes empresas e incluso la creación de agencias reguladoras específicas encargadas de promover la competencia en los mercados digitales, entre otras.

La literatura también muestra opiniones distintas respecto a la suficiencia de los marcos normativos vigentes. Por un lado, hay quienes argumentan que la competencia actual, basada en precios y en el bienestar de los consumidores, es completamente ineficiente para lidiar con los retos que impone la economía digital, por otro lado, están los que consideran que no obstante las fallas de mercado, es posible rediseñar la competencia para lidiar con los retos planteados por los modelos de negocio de la economía digital (OCDE, 2021). Pese a este debate, es de conocimiento público que, en una economía en constante cambio, como es el caso de la economía digital, los procesos que tardan mucho para concretarse deben ser considerados ineficientes ya que existe una probabilidad grande de que la estructura del mercado haya cambiado cuando finalmente se publique la resolución (Da Silva y Núñez, 2021a).

Dada la consolidación de la estructura de mercado, el acceso a los mercados digitales se convierte en algo complejo. Han emergido en dichos mercado nuevas fuentes de barreras a entrada, como es el caso de las barreras impuestas por la dificultad de acceso a datos. La importancia de adoptar algún tipo de regulación *ex ante* gana fuerza cuando se reconoce que la no intervención o la intervención tardía contra el comportamiento abusivo suele tener un costo muy alto para la economía y la sociedad. En mercados digitales se configura como levantamiento de barreras de entrada, por ejemplo, dificultades impuestas a: *multi-homing* y portabilidad o interoperabilidad de datos. Para mitigar los efectos anticompetitivos de algunas prácticas de la economía digital, algunas jurisdicciones ya empiezan a trabajar regulación *ex ante*:

⁴ DMA de la Comisión Europea publicado en 2020, señala que las principales características del modelo de negocio de las plataformas digitales son: efectos de red muy potentes, una capacidad de conectar a muchos usuarios profesionales con muchos usuarios finales a través del carácter multilateral de estos servicios (*multi-sided markets*), un grado significativo de dependencia de los usuarios profesionales y los usuarios finales, efectos de cautividad (efectos *lock-in*), falta de multiconexión (*multi-homing*) para el mismo propósito por parte de los usuarios finales, integración vertical y ventajas basadas en datos.

⁵ A cheat sheet to all the antitrust cases against Big Tech in 2021 — Quartz (qz.com).

- Las propuestas de regulación *ex ante* del CMA (2020, p. 326) para empresas con estatus de mercado estratégico (SMS, por sus siglas en inglés) son: (i) el desarrollo de códigos de conducta aplicables para regular el comportamiento de las plataformas digitales dominantes; y (ii) las intervenciones precompetitivas que pueden ayudar a abordar las fuentes de poder de mercado de las plataformas. Dicho régimen generaría cargas y prohibiciones adicionales a las empresas con SMS como: obligación de notificar todas las adquisiciones a la AACC; prohibición de materializar ciertas fusiones antes de la aprobación de la autoridad, y un estándar de prueba más bajo (y conservador) para aplicar la prueba sustantiva tradicional (*substantial lessening of competition, SLC*).
- Alemania ha implementado regulación *ex ante* específica para jugadores con enorme significancia para la competencia en los mercados ("*paramount significance for competition across markets*"). También ha introducido en su nueva ley la prohibición de discriminación, el uso barreras de datos, limitaciones a la interoperabilidad y utilización de autopreferencia. La nueva ley también revierte la carga de la prueba, ahora dichas empresas deben probar ante el tribunal de competencia los efectos positivos de sus acciones. La nueva regulación alemana es una mezcla entre la ley de competencia y la regulación sectorial y está direccionada a las empresas con facilidad para hacer el *evelopment*, no obstante, es notable la ausencia de cambios significativos en la regulación de adquisiciones (Franck y Peitz, 2021).

Se argumenta sobre la necesidad del uso de regulación *ex ante* en mercados digitales para complementar la aplicación de la competencia *ex post* en los distintos mercados y jurisdicciones, ya sea para promover la competencia directamente, a través de la estimulación de la entrada, o para reproducir los resultados de la competencia cuando no es plausible la competencia real. Un ejemplo de regulación *ex ante* en discusión actualmente y que podría generar transparencia y mitigar potenciales colusiones, es la imposición de transparencia en el uso de los datos o el funcionamiento de un algoritmo (OCDE, 2021).

Lancieri y Neto (2021) plantean que las intervenciones *ex ante* que se discuten actualmente pueden agruparse en cinco categorías diferentes (i) establecer obligaciones de no discriminación y limitar la autopreferencia; (ii) limitar los acuerdos contractuales (como la exclusividad y la vinculación); (iii) limitar el uso de cláusulas de paridad de precios; (iv) exigir la interoperabilidad; y (v) limitar las prácticas potencialmente explotadoras. Además de las intervenciones mencionadas, como solución para mejorar y definir ciertos aspectos claves de competencia en los mercados digitales argumentase sobre la importante de la creación de una autoridad reguladora para el sector.

A pesar de observarse en el mundo diferencias y similitudes entre tamaños de mercados digitales y especificidades de cada país, algunas jurisdicciones muestran cierta sincronía al adoptar medidas para mitigar las prácticas anticompetitivas y lidiar con la concentración en mercados digitales, lo que muestra que ello es un tema de interés alrededor del mundo. La Comisión Europea y el CMA, por ejemplo, han optado por regular plataformas digitales con ramas de actividades similares: servicios de intermediación en línea; motores de búsqueda en línea; servicios de redes sociales en línea; servicios de plataformas para compartir videos; servicios de comunicación interpersonal independiente del número; sistemas operativos; servicios de computación en la nube; servicios de publicidad. Si bien es cierto que las propuestas de intervenciones procompetitivas creadas por el Reino Unido, Alemania y la Unión Europea pueden considerarse pioneras en el uso de regulación *ex ante* complementaria a la regulación *ex post*, estas jurisdicciones no son las únicas que discuten el tema, sino que fueron las primeras en adoptar cambios. En la siguiente sección se busca capturarla forma cómo las autoridades de competencia de la región de América Latina y el Caribe (ALC) están planeando enfrentar los retos planteados por los nuevos modelos de negocio de la economía digital. Dicha captura fue hecha a través de la aplicación de una encuesta a diversas autoridades de competencia de ALC.

II. Análisis de los resultados de la encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medidas *ex ante*

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas, en conjunto con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), desarrolló la encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medidas *ex ante* con el objetivo general de hacer un relevamiento de información sobre algunas herramientas *ex antes* con las que cuentan las autoridades de competencia de ALC para enfrentar los desafíos que plantean los mercados digitales y la presencia de plataformas.

De acuerdo con la literatura, los modelos de negocio de las empresas digitales, al mismo tiempo que generan innovaciones pueden generar prácticas reñidas con la libre competencia. En este sentido, se argumenta que la legislación de competencia actual ya no es suficiente para enfrentar los desafíos que plantea la dinámica de la economía digital. La encuesta CEPAL/UNCTAD buscó relevar información sobre como las AACCs de la región están lidiando con los retos impuestos por la economía digital. En la encuesta, participaron 14 países y 15 autoridades⁶ de la región (véase el mapa 1).

⁶ Lista completa de autoridades de competencia y países que han participado en la encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medidas *ex ante*: Argentina Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), Barbados Fair Trading Commission (FTC); Brasil Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) y Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério de Economia (SEAE/ME); Belice Ministry of Foreign Trade (MFT); Colombia Superintendencia de Industria y Comercio/Delegatura (SIC); Chile Fiscalía Económica Nacional; Costa Rica Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM); Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM); El Salvador Superintendencia de Competencia (SC); Jamaica Fair Trading Commission (FTC); México Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE); Nicaragua PROCOMPETENCIA; Perú Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi); Trinidad y Tobago Fair Trading Commission (FTC).

Mapa 1
Países que participaron en la encuesta



Fuente: Encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medias *ex ante*. Países destacados con colores representan aquellos que han contestado la encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medias *ex ante*.

Nota: Los límites y los nombres que figuran en este mapa no implican su apoyo o aceptación oficial por las Naciones Unidas. 14 instituciones de 13 países han participado de la encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medidas *ex ante*.

La encuesta fue desarrollada para alcanzar los siguientes objetivos específicos: 1) conocer la estructura de las AACCs; 2) conocer el panorama de la regulación del sector digital en ALC; 3) mapear posibilidades de cambio de normativa de competencia en ALC; 4) conocer la caja de herramientas de las AACCs; 5) levantar información sobre como las AACCs de ALC están manejando el tema de las concentraciones en el contexto de la economía digital, y; 6) revelar información sobre el uso de la regulación *ex ante* en ALC.

A. Estructura de las autoridades de competencia (AACC)

En términos de estructura de las AACCs de la región, pocas autoridades cuentan con una división especializada en mercados digitales, sin embargo, casi 50% ya cuenta con personal dedicado al estudio de estos mercados. El relevamiento de datos muestra que un 47% de las AACCs poseen personal encargado del estudio de los mercados digitales, y solo un 20% cuenta con unidad de mercados digitales. En términos de número de empleados, existe una gran variación entre las agencias, siendo la menor compuesta por seis empleados y la más grande por casi 2200.

A pesar de la clara evolución a nivel regional en términos de adaptación a los retos originados por la economía digital, se observa que las autoridades de jurisdicciones de menor tamaño son las que menos cuentan con capacidad para adaptarse debido, principalmente, a limitaciones de financieras.

B. Panorama de la regulación del sector digital

Los resultados arrojaron que la regulación del sector digital es aún incipiente en la región. Cerca de 65% de los encuestados señalaron que sus jurisdicciones no poseen una autoridad para el sector digital y ninguno señaló la existencia de un proyecto de ley ad-*portas* para atender el tema. Muchos países han dicho que es la autoridad de telecomunicaciones la que está a cargo de la regulación del sector digital. También se observó en las respuestas de las autoridades que, ante la ausencia de una autoridad de regulación del sector, las responsabilidades y atribuciones son cubiertas por varios órganos distintos: protección de datos, telecomunicaciones, ministerios, comisiones bancarias y de valores, y autoridades de competencia.

La ausencia de una autoridad específica, responsable del sector, sumada a un escenario de regulación complementaria puede resultar en conflictos entre instituciones a cargo de la regulación del sector digital ya que las competencias y jerarquías no están claramente determinadas por ley. Importante resaltar que aún existe una gran incertidumbre en la región sobre la regulación de la competencia en estos mercados digitales, ya que, de los 14 países, cinco señalaron no tener claro quién debería regular el sector digital.

Ante la pregunta sobre quién recae la responsabilidad de regular la competencia en mercados digitales, se observó el surgimiento de un consenso en la región de que los sectores digitales no están incluidos en las atribuciones de las autoridades de telecomunicaciones, se señaló que esta sería responsable de la regulación de la parte física del internet. La autoridad de competencia, de protección de datos y otras son las responsables por el contenido producido en el internet, como las aplicaciones etc.. Nueve de los 14 países que contestaron la encuesta señalaron que es la AACCC la responsable de regular la competencia en mercados digitales. Sin embargo, en la práctica puede ser distinto, por ejemplo, en México, hubo cierto conflicto entre las autoridades de competencia y telecomunicaciones sobre la regulación de la economía digital en los últimos años, lo que generaba cierta incertidumbre para los agentes del mercado (Da Silva y Núñez, 2020).

C. Cambio de normativas de competencia en América Latina y el Caribe

A pesar de la intensificación de la discusión sobre la insuficiencia de las normativas de competencia para enfrentar los retos de la economía digital a nivel mundial, en la región no son muchas las jurisdicciones que expresan voluntad por ampliar las atribuciones de las AACCCs. En términos de cambios de legislación, Australia, Francia, Alemania, Japón, Corea del Sur, Reino Unido Estados Unidos y la Unión Europea han implementado o están en un proceso de discusión sobre cambios a sus marcos normativos de competencia.

Ante la pregunta a las AACCCs de la región sobre la efectividad de sus marcos normativos, no se observó un consenso sobre la necesidad de cambios, aunque la mayoría haya contestado que un cambio de normativa sería bienvenido. En este sentido, 40% de ellas consideran que sus leyes de competencia son suficientes para lidiar con la economía digital. A pesar de ello, en muchas respuestas se reconoció que las normativas de competencia no son aptas para abordar la economía digital. Su mayoría fueron redactadas o revisadas antes del surgimiento del debate sobre la actualización de las normas. La excepción es la normativa de competencia de Costa Rica, sin embargo, la autoridad costarricense reconoció que la normativa actual aun necesita de cambios para poder lidiar adecuadamente con la economía digital.

La Superintendencia de Competencia (SC) de El Salvador y la Fiscalía Nacional Económica (FNE) de Chile, apuntan a que siempre habrá espacio para adaptar los marcos legales de competencia al contexto de la economía digital, ya que se trata de una economía dinámica que avanza con la tecnología

y la innovación. FTC de Trinidad y Tobago también reconoce que la característica evolutiva de esta nueva economía requiere cambios en las normas. Además de la necesidad de reformar la ley de competencia, la autoridad de Jamaica destaca la necesidad de establecer y formalizar la coordinación entre jurisdicciones como estrategia para lidiar con los retos impuestos por la economía digital. La FTC de Barbados argumenta que la falta de capacidades suficientes es un problema generalizado ya que la mayoría de las legislaciones en el mundo fueron diseñadas antes de que surgiera o ganara importancia la economía digital.

Por otro lado, cerca de 55% de las AACCs encuestadas no considera necesario ampliar sus capacidades, es decir, una actualización de la ley no necesariamente debería brindar a las AACCs, por ejemplo, con capacidades regulatorias.

D. La caja de herramientas de las AACCs

La digitalización de las economías y el uso de nuevas tecnologías en la era digital ha ampliado las capacidades para el despliegue de prácticas anticompetitivas, lo que ha forzado a las AACCs a innovar sus herramientas de supervisión. En los últimos años ha surgido la discusión sobre el uso de algoritmos para la colusión y paralelismo de precios, donde se levantaron hipótesis sobre colusiones amplificadas por algoritmos y colusiones tácitas entre algoritmos inteligentes sin necesidad de intervención humana (Horna y Papa (2018); y Ezrachi, y Stucke, 2017).

En este contexto, el desarrollo de herramientas para monitoreo de estas nuevas posibilidades de colusión se ha convertido en parte importante del día a día de las AACCs, particularmente durante la pandemia donde se hizo necesario el monitoreo de precios de bienes esenciales y de procesos de contratación pública. En la región, 40% de las AACCs ya dicen contar con algún tipo de herramienta para lidiar con los mercados digitales.

Brasil ha desarrollado el programa “Cerebro” y Colombia ha desarrollado tres programas de monitoreo de mercado, “Inspector”, “Sabueso” y “Sherlock”. El desarrollo e implementación de estas herramientas permite profundizar en la comprensión del funcionamiento de los mercados digitales, y también favorece la capacidad de detección de conductas que podrían ser restrictivas de la competencia. Además de las herramientas específicas desarrolladas por Brasil y Colombia es importante mencionar el papel de las Unidades de Mercados Digitales que, de cierta forma, también deben considerarse herramientas en manos de las AACCs. En la región, CADE, COFECE y FNE poseen unidades especializadas en mercados digitales.

En términos más generales, se destacan las capacidades brindadas por ley a la COFECE de México y a la SPCM de Ecuador. La COFECE nos cuenta que el artículo 54 de la LFCE confiere a la AACCs mexicana capacidades para investigar colusiones entre algoritmos. En este sentido, si bien se considera que actualmente la COFECE dispone de múltiples herramientas que pudieran implementarse para el análisis de casos relacionados con mercados digitales, el dinamismo que los caracteriza pudiera hacer necesario que en el futuro cercano sea necesario reconsiderar la ampliación de las herramientas a disposición de la autoridad para atender los retos presentes en estos sectores. En el caso de Ecuador, su Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) permite a la autoridad ecuatoriana cubrir el estudio e investigación de conductas, muy importante en el contexto de la economía digital, así como el caso de las colusiones algorítmicas, las adquisiciones predatorias y los mercados de múltiples lados.

E. Concentraciones en el contexto de la economía digital

La economía digital está marcada por un gran número de adquisiciones. Además de demandar una actuación más intensa por parte de las AACCs, los modelos de negocio movidos por adquisiciones generan retos que van más allá de una tendencia a mayor concentración de mercados. Ello, obliga al fortalecimiento de las capacidades analíticas de las autoridades.

Detrás de la alta tasa de concentraciones hay factores positivos tales como una mayor generación de innovaciones y negativos como la eliminación de competidores potenciales, pero hay otro objetivo que es la conformación de ecosistemas digitales (Da Silva y Núñez, 2021). A este tipo de adquisiciones que, en su mayoría, son horizontales se le conoce en la literatura como expansión hacia mercados adyacentes o conformación de conglomerados. Si bien es cierto que estas concentraciones son consideradas por muchas jurisdicciones como pro competitivas y promotoras de la innovación, en mercados digitales esta relación no es tan nítida ni directa (Da Silva y Núñez, 2021a).

Tradicionalmente, se apuntan como beneficios de este tipo de adquisiciones horizontales: la no restricción competitiva, en contraste a lo que sucede en integraciones verticales; y, una potencial complementariedad entre los productos de las empresas fusionadas y, por tanto, una potencial reducción de precios. Sin embargo, en el contexto de la economía digital dichas adquisiciones adquieren una exponencialidad, que se genera de las economías de alcance de los datos, y que se refleja en innovaciones, pero también en fortalecimiento del poder de mercado y posesión sobre insumos clave que determinan la permanencia en los mercados, como son los datos (Rezende y Fernandes, 2022). Dicha dinámica exponencial no se observa comúnmente en las integraciones de la economía tradicional⁷ (Bourreau y De Streel, 2019).

Gartner (2017) define un ecosistema digital como un grupo interdependiente de actores (empresas, personas y cosas) que comparten plataformas digitales estandarizadas para lograr un propósito de beneficio mutuo. Por ejemplo, Amazon tiene en su ecosistema digital 43 empresas⁸. Como consecuencia de la conformación de ecosistemas digitales, hay consumidores que tienden a quedarse dentro del ecosistema, ya que estos les generan ventajas de accesibilidad, de red y ahorros. Además, los ecosistemas potencializan la captura de datos y el mapeo de preferencias de los consumidores.

Así como las adquisiciones que promueven la expansión hacia mercados adyacentes, las empresas de la economía digital también son conocidas por otro tipo de adquisiciones que en su mayoría también se configuran como horizontales, las llamadas *data-driven*, es decir, dichas adquisiciones tienen como objetivo real adquirir bases de datos valoradas.

Debido a la falta de experiencias sobre el tema de los mercados digitales y de la dinámica de sus empresas, autoridades de competencia en el mundo han mostrado dificultades para identificar dichas adquisiciones y predecir sus consecuencias para el tejido económico. A través de la adquisición de datos dichas empresas pueden optimizar su actuación, por ejemplo, al optimizar sus algoritmos en diversos mercados (Mayer-Schönberger y Cukier, 2013; Parker, Van Alstyne y Choudary, 2016; Da Silva y Núñez, 2021). Más aún, la posesión de datos puede dar origen a barreras de datos y perpetuar posiciones dominantes en los mercados. En la región, las autoridades de competencia no están ajenas al debate. 80% de las AACCs consideran que muchas acciones de concentración en la economía digital pueden tener como objetivo el control sobre los datos.

⁷ Según Binotto (2018) para este tipo concentración se ha desarrollado en la literatura cuatro tipos de teoría de daños (o teoría del perjuicio). La primera es la actuación transversal (*reciprocity dealings*), la segunda conocida como fortalecimiento del poder económico (*entrenchment doctrine*), la tercera es la reducción substancial de la competencia (*substantial lessening of competition*), la última aborda el aumento de la concentración agregada del mercado.

⁸ <https://morehandigital.info/en/what-is-a-digital-ecosystem-understanding-the-most-profitable-business-model/>.

En términos de consecuencias de las adquisiciones *data-driven*, cerca de 90% de las AACCs consideran que el control de las empresas sobre el manejo de datos puede traducirse en poder de mercado. La mayoría de los encuestados señaló que la acumulación, selección y procesamiento de datos innegablemente brinda a su poseedor con ventajas comparativas y reconocen que los datos son unos de los ejes principales de esta nueva economía. En materia de experiencias con las adquisiciones *data-driven*, 50% de los encuestados señalaron haber analizado el tema de control sobre datos en investigaciones. El recuadro 3 habla sobre casos de abuso de posición dominante o concentraciones donde se investigaron los efectos derivados del control sobre datos en el contexto de la economía digital en ALC.

Recuadro 3
Abuso de poder derivado del control sobre datos

Nicaragua señala estar utilizando un abordaje como el de la resolución de la concentración entre Delivery Hero S.E. y Hugo Technologies, S.A. La CNDC lo ha utilizado durante la investigación de las consecuencias de actualización de privacidad y condiciones de uso de WhatsApp.

Por su parte CADE revela haber utilizado este análisis en la concentración entre Continental AG y HERE Internacional B.V., en el mercado de mapas digitales. En la concentración entre Microsoft y LinkedIn, CADE analizó la posibilidad de generarse una barrera de datos tras la concentración, dicho caso se configura como un caso de redes sociales. En el mercado de anuncios en línea, CADE analizó los potenciales efectos de un abuso de poder derivados del monopolio de datos tras la concentración entre OLX y ZAP.

En el análisis de una integración entre tres bancos colombianos proyectada para la creación de una nueva compañía común, la SIC analizó el impacto del tratamiento de datos por parte de las compañías en el marco de la integración empresarial y el efecto sobre la competencia que podría tener ese tratamiento.

COFECE plantea que la hipótesis de abuso de posición dominante derivada del control sobre datos fue considerada al analizarse la operación entre Wal-Mart International y Cornershop MX. Cornershop recababa información estratégica sobre las tiendas de autoservicio que utilizaban su servicio (e.g., ubicación, precios y cantidades compradas, horarios y periodicidad de compra, entre otros). Walmart disponía de incentivos para aprovechar esta información a fin de personalizar sus ofertas para atraer a los clientes de sus competidores, lo que en última instancia podría fomentar su desplazamiento.

La FNE investigó los efectos anticompetitivos potenciales en materia de control sobre datos en la fusión entre las plataformas digitales Uber y Cornershop.

Fuente: Encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medidas *ex ante*.

1. Reversión de la carga de la prueba y notificaciones de adquisición

En la literatura también se discute sobre la necesidad de aumentar la eficiencia de las AACCs, que actualmente se encuentran sobrecargadas con una intensificación de concentraciones (Valletti (2021) plantea que las GAFAM en conjunto han hecho más de 1000 adquisiciones) y una mayor complejidad en las investigaciones⁹. Como solución a lo antes mencionado, entre otras medidas, se ha planteado la adopción de la reversión de la carga de la prueba, es decir, se atribuiría la carga de la prueba a los agentes económicos investigados que deberían probar las eficiencias para el mercado de su acción. En contraposición a lo discutido en la literatura, en la región cerca de 95% de las AACCs encuestadas señalan que no consideran revertir la carga de la prueba en casos de F&A.

⁹ Las empresas suelen tener capacidades superiores a las capacidades de investigación de las AACCs. Son capaces de contratar abogados y consultores para contrastar o al menos generar dudas sobre las acusaciones hechas por las AACCs (Valletti, 2021).

De acuerdo con un documento de trabajo¹⁰ de CADE, la autoridad brasileña considera que “esta inversión de prueba sería particularmente importante cuando las empresas dominantes ingresan a mercados adyacentes, aumentando sus ecosistemas y dificultando que los consumidores cambien de proveedor. En estos casos, correspondería a las empresas demostrar mediante pruebas sólidas que la práctica genera importantes eficiencias”. La COFECE destaca que actualmente en la LFCE los agentes económicos en México tienen el derecho de concentración y se presume la inocencia de los involucrados en dicha acción, en cambio, la reversión de la carga de la prueba resultaría en una restricción a dicho derecho y por tanto, la concentración no podría realizarse a menos que los participantes demuestren que no se causaría un efecto contrario a la competencia. Ello, haría necesaria una reforma de la LFCE. En el Caso de Nicaragua, la carga de la prueba es responsabilidad de los agentes económicos.

Las empresas nativas o adoptantes de los modelos de negocio de la economía digital suelen tener como parte fundamental de sus estrategias un volumen significativo de adquisiciones (Da Silva y Núñez, 2021). Sin embargo, no todas las adquisiciones son notificadas a las AACCs ya que a menudo, las adquisiciones de la economía digital no tienen ingresos suficientes para accionar los umbrales de notificación que solían considerarse óptimos en el contexto de la economía tradicional. Como consecuencia, se ha levantado la hipótesis de que dichas adquisiciones en muchos casos podrían considerarse como una forma de eliminación de la competencia potencial o adquisición predatoria (Caffarra, Crawford y Valletti, 2020). No obstante, el 80% de las AACCs señaló no considerar bajar los umbrales de notificación de F&A. En el caso de Nicaragua y El Salvador, en particular, se ha considerado bajar los umbrales, pero no por un tema de economía digital, sino porque consideran que sus umbrales son altos incluso para los patrones de la economía tradicional. En el caso de CADE, la ley de competencia de Brasil permite que la autoridad brasileña determine la notificación de concentración incluso en casos donde los criterios de ingreso no hayan sido alcanzados, dicha flexibilidad es muy importante para lidiar con los mercados dinámicos de la economía digital.

2. Estructurales o conductuales

Las AACCs deben elegir entre los remedios estructurales¹¹ o conductuales¹², la adopción adecuada de estas soluciones también es una forma de enviar señales claras al mercado. Por lo general, las soluciones de comportamiento son más costosas que las estructurales pues requieren mayor monitoreo, por otra parte, son más flexibles y de rápida implementación. En la literatura sobre el tema, se entiende que las soluciones estructurales eliminan el incentivo a las partes de perseguir la conducta anticompetitiva y no necesitan un monitoreo, mientras que en las soluciones conductuales es lo contrario. Una solución conductual puede atenuar la competencia en el mercado, ya que no se quita la motivación detrás de las acciones (OECD, 2001). Dado que existe el incentivo para que la conducta anticompetitiva continúe, resulta muy complejo y costoso diseñar remedios conductuales; generalmente, estos remedios demandan esfuerzo en términos de detalle y complejidad por parte de las autoridades (Maier-Rigaud, 2014). A pesar del uso más frecuente de remedios estructurales debido a su costo más bajo, los remedios, sean estructurales, conductuales o mixtos, creados para mejorar la competencia en los mercados, deben ser desarrollados y aplicados de acuerdo con algunos principios para no distorsionar

¹⁰ Documento de Trabalho nº 005/2020 do Departamento de Estudos Econômicos do Cade, Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados, Subcapítulo VI.3 - Mudanças em standards de prova e intervenção com base em concorrência potencial. Disponible en: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-no5-2020-concorrência-em-mercados-digitais-uma-revisão-dos-relatórios-especializados.pdf>.

¹¹ Una solución estructural es una medida que cambia la estructura del mercado mediante una transferencia de derechos de propiedad sobre activos tangibles o intangibles, incluida la transferencia de una unidad de negocios completa, y que elimina o separa las relaciones en curso entre el propietario anterior y el futuro. Una vez que finaliza, la solución estructural normalmente no requiere ninguna supervisión adicional (OCDE, 2006).

¹² Una solución conductual es una medida que obliga a las empresas a actuar de una manera específica o a omitir una conducta anticompetitiva específica. El cumplimiento de las soluciones conductuales debe supervisarse y exigirse (OCDE, 2006).

los mercados debido, por ejemplo, a peligros de desproporcionalidad del accionar de las AACCs. El cuadro 1 define los pilares donde se sustentan algunos de estos principios.

Cuadro 1
Pilares del desarrollo eficiente de remedios estructurales o conductuales

Pilares	
Proporcionalidad	La solución debe ser proporcional y suficientemente efectiva para mitigar la práctica anticompetitiva. La no proporcionalidad puede causar daños al buen funcionamiento del mercado.
Necesidad	Adoptar la solución necesaria según la gravedad del problema.
Agilidad	Los problemas anticompetitivos deben ser solucionados con rapidez.
Factibilidad	Las soluciones deben ser factibles Si se determina deshacerse de un activo, deben existir empresas interesadas en comprar dicho activo.
Verificable	La solución debe contemplar un monitoreo simple y no costoso.

Fuente: Elaboración propia con base a CADE (2018) y Comisión Europea (2003).

La efectividad de las soluciones está asociada a la eficiencia de los procesos de diseño y selección de la solución por parte de las AACCs. Concurrences (2020) muestra los distintos ámbitos en que se mide la eficiencia de las estructuras de competencia vigentes cuya solución pasa por cuatro áreas bien definidas a saber, i) el diseño que cubre los aspectos, conductual y estructural; ii) la aplicación de la ley; iii) el monitoreo, clave para la recopilación de información, y la eficiencia; y iv) la revisión.

A pesar de que la literatura presenta un patrón respecto a los pilares de soluciones contra prácticas anticompetitivas, no se observa lo mismo en cuanto a la elección entre remedios estructurales y de comportamiento. Por lo general, se utilizan más las soluciones estructurales en F&A que en casos de abuso de posición dominante (Maier-Rigaud, 2014). Por otro lado, algunas AACCs en el mundo y en la región declaran abiertamente su preferencia por determinado tipo de soluciones.

- Según la regulación 1/2003 de la Unión Europea, los remedios estructurales sólo deben poder imponerse en ausencia de otros remedios conductuales igualmente eficaces, o cuando cualquier solución conductual resultaría más grave para la empresa que una estructural.
- En el caso de EE. UU, su preferencia depende de la orientación del administrador en turno. El manual de remedios de 2011 recomendaba la utilización de remedios conductuales; sin embargo, en 2020 el Departamento de Justicia de EE. UU (DOJ) presentó una actualización de su guía de remedios en la cual se establece una preferencia por remedios estructurales (Mudge y otros, 2020). En EE. UU, un remedio conductual sólo podrá ser adoptado cuando: "(1) una transacción genera eficiencias significativas que no se pueden lograr sin la fusión; (2) un remedio estructural no es posible; (3) un remedio de conducta curará por completo el daño anticompetitivo, y (4) un remedio puede hacer cumplir la ley de manera efectiva". Lo que es interesante en el caso de EE. UU, es que la AACC, Federal Trade Commission (FTC) recomienda las soluciones conductuales, lo que genera un conflicto en materia de aplicación entre las AACC (Mudge y otros, 2020).
- Brasil, por su parte, ha declarado preferencia por la adopción de soluciones estructurales en actos de concentración (CADE, 2018);
- Argentina tras la reforma de su ley de competencia y según las directrices de la OCDE se volcó más a los remedios conductuales;

- México, a pesar de poseer una herramienta potente para la aplicación de remedios estructurales (Da Silva y Núñez, 2021a), no tiene experiencias en el uso de este tipo de herramienta en casos de abuso de posición dominante (OECD, 2019).

Sobre el uso de remedios estructurales o conductuales en ALC, poco más del 80% de las AACCs señalaron que sus leyes de competencia no contemplan un abordaje de intervención *per se* cuándo se trata de remedios conductuales vs. estructurales en casos de concentraciones. Salvo en el caso de CADE¹³, CNDC y el Fair Trading Commission de Jamaica, en la región no existe una preferencia *per se* por el uso de un remedio sobre el otro. Sin embargo, se nota una cierta preferencia revelada por uso de remedios estructurales ya que estos son frecuentemente más empleados por las autoridades.

Cuando se habla de prácticas anticompetitivas, el mismo porcentaje señala que esto no cambia, es decir, 80% de las autoridades señala que no existe una preferencia entre el uso de remedios conductuales sobre los estructurales. No obstante, en el caso de CADE y COPROCOM existe una preferencia determinada por los remedios conductuales. En el primer caso, así como en la ley de Alemania, los remedios estructurales solo deben considerarse cuando no haya un remedio conductual igualmente eficaz o si la solución conductual resulta demasiado costosa para los agentes condenados. Costa Rica, por otro lado, no permite el uso de remedios estructurales bajo estas condiciones.

F. Uso de regulación *ex ante* en América Latina y el Caribe

A pesar de que muchos mercados digitales en la región son insipientes, poco más del 50% de las AACCs ya consideran las medidas *ex ante* un tema de atención y 40% de las AACCs ya cuentan con atribuciones para implementar regulación *ex ante*.

Entre las medidas *ex ante* relacionadas a lo digital y ya implementadas o en fase de implementación en la región, se destaca la actuación de PROCOMPETENCIA (Nicaragua) que se encuentra en proceso de implementación de un programa de cumplimiento o *compliance* como solución a un caso entre dos plataformas digitales. La SCPM (Ecuador) tiene capacidades para expedir normas con carácter generalmente mandatorio en materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación. Sin embargo, el marco regulatorio ecuatoriano no explicita si la SCPM tiene poderes para actuar de manera *ex ante*. La FTC de Barbados ha aplicado regulación *ex ante* en tres casos de concentración, en los sectores de telecomunicaciones, análisis de datos y petrolero. COFECE ha aplicado regulación *ex ante* bajo las competencias otorgadas por el artículo 94 de la LFCE a tres casos, uno en el sector de lácteos y los demás en el sector de transportes (un análisis más detallado es presentado en la sección de estudios de caso).

A diferencia de lo que se ha hecho en otras jurisdicciones alrededor del mundo (Australia, Francia, Alemania, Japón, Corea del Sur, Reino Unido Estados Unidos y la Unión Europea), 60% de los encuestados dijeron no haber voluntad política para otorgar a las autoridades nacionales capacidades *ex ante*.

A pesar de la intensa discusión sobre la necesidad de intervenir en mercados digitales y de los riesgos de irreversibilidad por basarse solo en la regulación *ex post*, las AACCs de la región muestran cierta cautela respecto al sector. Según los resultados, casi 75% de las AACCs considera que en la economía digital el riesgo de no intervenir (error de tipo II) es menor que el riesgo de intervenir (error de tipo I) anticipadamente frente a prácticas reñidas con la libre competencia. El Fair Trading Commission de Jamaica argumenta que, para llegar a consenso sobre la generación de efectos competitivos adversos, es necesario analizar una inmensa cantidad de datos en estos mercados, y que muchas autoridades no tienen capacidades para hacerlo y por lo tanto es mejor actuar con cautela para no

¹³ A pesar de la preferencia por remedios estructurales, el departamento de estudios económicos de CADE apuntó en un documento de trabajo (002/2020) que existe una subutilización de dichos remedios por parte de la autoridad de competencia brasileña.

incurrir en riesgos de intervención excesiva. Indecopi argumenta que, en una economía con mercados digitales incipientes, intervenir puede comprometer el desarrollo del mercado. Ecuador destaca la posibilidad de un *spillover* regulatorio de la regulación a plataformas digitales aplicadas en otros países beneficiar a jurisdicciones menos preparadas para enfrentar de los retos planteados.

Para la COFECE, los riesgos mencionados se equiparán, igual que como ocurre para otras actividades económicas, la incertidumbre relacionada con la imposibilidad de predecir el rumbo que tomará una actividad en términos de innovación. Es muy difícil anticipar el efecto que tendrá determinada intervención por parte de la autoridad de competencia. También es común a casi todas las respuestas la importancia de las innovaciones en los mercados digitales, siendo el mayor riesgo de una intervención *ex ante* mitigar la generación de innovaciones.

Ante la pregunta, si algún sector es más susceptible a la regulación *ex ante* que otro, las autoridades de competencia señalaron tres sectores como los principales: digital o plataformas digitales, financiero y de medios de pago, y telecomunicaciones. Respecto a las plataformas digitales, se enfatizó la característica de “competencia por el mercado” y no “competencia en el mercado” en los mercados digitales, razón por la cual una regulación *ex ante* podría dejar esta dinámica más justa. Algunas autoridades también destacaron al sector de telecomunicaciones como susceptible. En varios países de la región este sector es considerado un monopolio natural y como tal, está regulado de manera *ex ante* por muchas jurisdicciones de ALC. El recuadro 4 aborda la temática de la regulación del sector Fintech, señalado por las AACCs de competencia como uno de los más susceptibles a la regulación *ex ante*.

Se le preguntó a las AACCs, si ha habido algún debate sobre la adopción de medidas *ex ante* para promover la remoción de barreras al acceso a datos, como la interoperabilidad obligatoria, servicios esenciales (*essential facilities*) u otros temas. Poco más de 35% de los encuestados respondió de forma positiva a la pregunta. Respecto al tema de la interoperabilidad, se ha mencionado por algunas autoridades de competencia la consideración de imponer la interoperabilidad obligatoria para el sector bancario y de Fintech.

En el caso de Brasil, se determinó la interoperabilidad obligatoria de datos para la tecnología del Internet de las Cosas (IoT, por sus siglas en inglés). La determinación tiene como objetivo fomentar el desarrollo sostenible en la sociedad brasileña. Según el análisis de las directrices, el Plan de IoT¹⁴, puede mejorar la productividad, incentivar la innovación e impulsar la competitividad, y beneficiará principalmente a los sectores de agricultura, educación, industria, movilidad urbana, salud, seguridad pública, servicios e impulsar la creación de ciudades inteligentes en Brasil.

En el caso de Colombia, la SIC ha hecho abogacía de la remoción de barreras de acceso a datos en los sectores de transporte y bancario, este último direccionado hacia sistemas de pago de bajo valor y al Open Banking.

La COFECE menciona que desde 2020 viene organizando reuniones con expertos internacionales, y conferencias y estudios internos para comprender mejor si su mercado digital amerita regulación *ex ante*, las iniciativas generadas por otras jurisdicciones y las capacidades a ella otorgadas por la LFCE. La autoridad mexicana, a diferencia de muchos de sus pares en la región, entre sus atribuciones tiene la capacidad de aplicar medidas pro competitivas en el caso que se identifique, por medio de estudio económico, la existencia de insumos esenciales o barreras a la competencia. Dichas atribuciones le permiten la determinación de remedios conductuales, como la portabilidad, interoperabilidad, acceso no discriminado y calidad del acceso, así como determinar remedios estructurales, como es el caso de un desmembramiento o venta de activos de una empresa.

¹⁴ Plano Nacional de Internet das Coisas, disponible en línea: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacao-digital/arquivosinternetdascoisas/d9854.pdf>.

Recuadro 4 El sector *Fintech*

Las tecnologías financieras o *Fintech* han revolucionado el sistema financiero por sus innovaciones, agilidad en la implementación de soluciones y poca burocracia. Su surgimiento y posterior crecimiento acelerado ha representado nuevas oportunidades para las Mipymes y consumidores al margen de los mercados de bancos tradicionales. Greg Da Re (2015) señala que esto ocurre, principalmente, porque estas empresas proporcionan a sus clientes una gestión rápida, automatizada y de bajo costo. Al mismo tiempo, facilitan el financiamiento para pequeños actores, impulsan el crecimiento del sector en el que actúan y ofrecen liquidez con más flexibilidad y eficiencia. Además, desempeñan un trabajo de selección de clientes que anteriormente eran considerados de alto riesgo por los bancos tradicionales, en este sentido, son innovadores en la evaluación de riesgos. Además, según INDECOPI (2021), los principales beneficios de las *Fintech* son: reducción de costos de transacción y de asimetrías de información; inclusión financiera; innovación y eficiencia; y desarrollo y crecimiento de las Mipymes

Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2018), en América Latina, un 41,3% de las *Fintech* ofrecen servicios financieros a los que se encuentran al margen de los beneficios de la banca tradicional. Clasificado como de alto riesgo, el segmento de Mipymes sigue estando sub atendido por el sector bancario. Como consecuencia, la banca comercial se ha mantenido alejada del amplio espectro de PYMES. En Brasil, una encuesta realizada por SEBRAE (2020) muestra que el 38% de las Mipymes consideran el sistema bancario como regular y un 36% malo o muy malo en cuanto al apoyo brindado a estas empresas (en 2018 este número era de un 61%).

En materia de los desafíos regulatorios producto de la entrada de las *Fintech* en los distintos mercados de América Latina, se destacan: el mantenimiento de la estabilidad financiera y seguridad informática, la protección de los derechos de los consumidores, la prevención contra conductas anticompetitivas que afecten la competencia y el aprovechamiento indebido de la propiedad intelectual (INDECOPI, 2021). En términos de competencia, existen aspectos positivos y negativos de la penetración de las *Fintech* en mercados de América Latina. Al mismo tiempo, que estas empresas representan una gran revolución y mayor accesibilidad financiera a los sectores marginales de la economía, también son víctimas de prácticas anticompetitivas (véase cuadro 2). Se ha observado que empresas tradicionales del sector bancario han estado intentando mitigar la rápida expansión de dichas empresas. En virtud de esto, varias AACCs en el mundo han estado muy activas en cuanto al desarrollo de remedios, guías antimonopolio e investigaciones relacionadas a *Fintech*.

En este contexto, la implementación de la banca abierta ha sido utilizada con una doble función: regular un sector novedoso y promover reglas precompetitivas. Al actuar de manera *ex ante*, estableciendo reglas respecto a compartir datos e impedir la formación de barreras anticompetitivas (como las mencionadas en el cuadro 2), la regulación del sector *Fintech* opera para complementar la regulación de competencia en muchos países. Según Alejandra Palacios, ex presidenta de la COFECE, en el caso de México se ha desarrollado una legislación muy conservadora y muy probanca tradicional que no necesariamente va a aumentar la competencia en el sector. En el caso de Brasil, las *Fintech* han logrado papel de destaque en el mercado brasileño. Más allá de regular es importante tener la contribución de instituciones que velen por la libre competencia al desarrollarse leyes para las *Fintech*. Debido a esto, en Chile se ha requerido un informe de la FNE respecto del proyecto de ley de *Fintech* enviado al Congreso en septiembre 2021.

Fuente: Elaboración propia.

Cuadro 2 Principales prácticas anticompetitivas contra las *Fintech*

Restricciones al <i>multi-homing</i>	Protección de posición dominante a través de limitaciones a la interoperabilidad y construcción de red de clientes cautivos.
Fijación de precios o colusión entre algoritmos	Algoritmos pueden promover colusión, ya sea expresa o tácita y perjudicar la libre competencia en los mercados.
Adquisiciones predatorias	Incumbentes pueden intentar eliminar la competencia futura a través de adquisiciones en etapas más tempranas del desarrollo, perjudicando la creación de innovación y cerrando mercados.
Poder de mercado y ventaja de mover primero	La dinámica <i>winner takes all</i> (o casi todo) puede prevenir la entrada de nuevos competidores.
Negarse a compartir información	La imposición de barreras al acceso a datos puede mitigar la entrada de nuevos competidores a mercados.

Fuente: Elaboración propia con base a Da Silva, De Furquin y Núñez (2020), Da Silva y Núñez (2021a) e INDECOPI (2021).

G. Programas de compliance y códigos de buenas prácticas

El 35% de las AACCs de la región ya están considerando la necesidad de establecer un programa de cumplimiento o *compliance* en el sector digital. Dicha iniciativa podría ser efectiva para prevenir posibles infracciones anticompetitivas, ya que se determinarían lineamientos y recomendaciones que las empresas deberán tener en cuenta en el devenir de su actividad a efectos de cumplir con los marcos normativos vigentes en cada jurisdicción.

Otra iniciativa que ha sido mencionada en la literatura sobre defensa de la competencia es la producción de un código de conducta para plataformas digitales. Poco más de 60% de las AACCs muestra interés en promover un sistema de auto regulación basado en la adhesión voluntaria de las plataformas a un código de buenas prácticas. El recuadro 5 destaca algunos puntos sobre el código de conducta propuesto por la UNCTAD.

Recuadro 5

Behavioral Recommendations for Digital Platforms (BRDP) de la UNCTAD

Introducción

La idea de aplicar un código de conducta para plataformas digitales ha sido bien recibida por gran parte de las autoridades de la región, como apuntan los resultados de la encuesta CEPAL/UNCTAD. La publicación contempla una serie de recomendaciones que pueden ayudar al funcionamiento de las economías en general y particularmente a las economías emergentes, las que se benefician masivamente de la digitalización. A menudo, las economías emergentes no disponen de marcos regulatorios o procesos capaces de lidiar con los retos impuestos por la economía digital. Como agravante, algunos de los mercados en los que operan las plataformas digitales tienen cierta tendencia a la concentración y, en ocasiones, incluso al monopolio. Algunas de ellas adquieren un tamaño, importancia, y una relevancia producto de un poder de negociación desmesurado con respecto a los negocios con los que interactúan, particularmente las pequeñas empresas. En este sentido, el desarrollo de una propuesta de recomendaciones para las plataformas digitales que ayude a garantizar la libre competencia, contestabilidad de los mercados y competencia justa y cuyo objetivo no sea sustituir el marco regulatorio existente a nivel nacional o supranacional, sino que complemente las regulaciones existentes, en desarrollo y las que puedan surgir.

Tipo de propuesta

La propuesta de recomendaciones de comportamiento para plataformas digitales con significativo poder de mercado desarrollada por la UNCTAD introduce mecanismos informales cuyo objetivo es disciplinar el comportamiento de estas empresas abarcando los denominamos *target services* (por ejemplo, motores de búsqueda, redes sociales, *marketplaces* etc.). Se destacan las llamadas plataformas digitales clave (*key digital platforms*) por jugar un papel fundamental tanto por su importancia en términos tanto absolutos como relativos a la hora de proporcionar los *target services* y que además disfrutaban de los efectos de red, de costos marginales casi cero y de economías de escala y escopo impulsadas por datos.

¿Qué tipo de compromisos incluye esta iniciativa?

Las recomendaciones incluyen cláusulas de neutralidad, lo que implica que no existan medidas destinadas a referenciar a las propias empresas afiliadas al grupo o sus productos y que, de esta manera, también indirectamente se preserve la competencia dentro y fuera de las plataformas. Se incluyen medidas destinadas a aumentar la transparencia entre las plataformas, por ejemplo, respecto a sus algoritmos. Las recomendaciones también incluyen aspectos más técnicos como no imponer barreras al *multi-homing* y transparencia en cuanto al uso de datos de los usuarios. Además, aborda la temática de la transparencia en las acciones de fusiones o adquisiciones.

Creación de una reputación

Finalmente, la propuesta involucra la creación de un mecanismo reputacional que castigaría a las empresas que no cumpla los compromisos asumidos públicamente. Dichos compromisos deberían figurar en las páginas web de las empresas para que puedan ser observados, analizados, entendidos tanto por sus usuarios como por los negocios, y por terceros como reguladores y tribunales, de forma de desarrollar una reputación de buen comportamiento. Aquellos que no las acepten, o que las adopten y no las cumplan, se verían penalizados por su falta de compromiso con los intereses de las partes, y por el mercado

Fuente: Behavioral Recommendations for Digital Platforms (BRDP) de la UNCTA - documento de trabajo.

III. Estudios de caso

En la región existe una cierta heterogeneidad en términos de marcos normativos, atribuciones específicas y tipos de herramientas a disposición de las AACCs. En este sentido, la propuesta de esta sección es ir más allá de los aspectos generales presentados en la sección anterior al hacer un catastro de leyes, normativas específicas y buenas prácticas vigentes en México, Brasil, Chile, Colombia y Costa Rica. Esta sección, al igual que la anterior, se construyó basada principalmente en los datos recabados a través la encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medias *ex ante*.

A. El caso de México

En la región, México se destaca por poseer una herramienta en la cual basa sus investigaciones de mercado que permite a la autoridad mexicana implementar regulación procompetitiva, el artículo 94 de la ley de competencia. Esta herramienta le permite analizar las características estructurales, de comportamiento y regulatorias de los mercados, permitiéndoles imponer directamente remedios destinados a favorecer la competencia en caso de que la Comisión lo considere necesario. Es importante señalar que no es necesaria una contrapartida para que se inicie una investigación en un determinado mercado.

En el proceso operativo de COFECE, autoridad de competencia de México, bajo el artículo 94, las investigaciones desarrolladas tienen el papel de servir como insumo para la determinación de la existencia de barreras a la competencia. Tras esta primera etapa, se determina que remedios son los más adecuados para corregir las distorsiones en el mercado —remedios estructurales y de comportamiento. También permite determinar la existencia de instalaciones esenciales y regular su acceso.

En el artículo 94, párrafo VII, se establece que las resoluciones de la COFECE podrán incluir:

- a) Recomendaciones para las autoridades públicas. [...]
- b) Una orden al agente económico correspondiente, para **eliminar una barrera** que afecta indebidamente el proceso de libre competencia y competencia;

- c) La **determinación sobre la existencia de insumos esenciales** y lineamientos para regular, según sea el caso, las modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y calidad, así como el calendario de aplicación,
- d) La **desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones del agente económico involucrado**, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos, procederá cuando otras medidas correctivas no son suficientes para solucionar el problema identificado de competencia.

Por lo tanto, se trata de una herramienta híbrida de competencia y regulación que permite realizar una evaluación exhaustiva del mercado y que, simultáneamente, produce un estudio de mercado que permite imponer remedios apropiados (Palacios, 2020). Según Navarro (2021), existen pocas leyes de competencia en el mundo que otorgan un poder similar a la autoridad de competencia, la autoridad del Reino Unido (CMA) es una de las pocas que poseen una normativa similar. Este activo es especialmente importante cuando se trata de problemas de competencia derivados de la estructura del mercado u otras características que no están directamente relacionadas con las conductas anticompetitivas tradicionales, como el abuso de posición dominante (el cuadro 3 presenta algunos casos en que se aplicó el artículo 94).

Cuadro 3
Ejemplos de casos cuya resolución se emitió a través del artículo 94

Casos	Resolución
Transporte de carga en Sinaloa ^a	Implementar un “régimen único de permisos” sin restricciones de zonas ni en actividades económicas. Establecer procedimientos para resolver las solicitudes de permiso con objetividad, previsibilidad y certeza. Determinar los precios del servicio de acuerdo con las condiciones de mercado y sin la intervención de los prestadores ya existentes. Establecer mecanismos y normas que impidan el conflicto de interés.
Slots en el AICM ^b	Se determinó que los slots son un insumo esencial y que las reglas para su acceso se utilizan estratégicamente, provocando: cancelaciones y retrasos, alta concentración de mercado, precios elevados y restricciones para la expansión de la oferta en toda la red.
Producción y comercialización de cebada maltera ^c	Impulsora Agrícola (IASA) era la sociedad en la que participaban los dos principales grupos cerveceros del país, Grupo Modelo y Grupo Heineken México. Su participación en el mercado les permitió controlar los insumos a los productores de cebada y restringir a productores de cerveza artesanal. Modelo y Heineken disolvieron IASA antes de que la Comisión ordenara la desincorporación. Cada una compraría de manera independiente.
Distribución y/o comercialización de leche bronca de bovino (Chihuahua)	Se acreditó la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia de tipo normativo en el mercado de suministro de leche bronca en el estado de Chihuahua.
Sistemas de pago con tarjetas ^d	Existe una sola red de pagos con tarjeta que aplica reglas que imposibilitan la entrada de otras redes que podrían ofrecer mejores condiciones a los usuarios. La Comisión ordenó eliminar las disposiciones normativas que limitan la existencia de una sola red y desincorporar la participación de los bancos en las cámaras de compensación.

Fuente: Elaboración propia con base al sitio web de COFECE y a la clase sincrónica del módulo 5 del curso “oportunidades y retos para Mipymes en el e-commerce transfronterizo” 2022, tutor Ignacio Navarro y la Encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medias *ex ante*.

^a https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5481918&fecha=09/05/2017.

^b https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5490456&fecha=17/07/2017.

^c <https://www.cofece.mx/cfresoluciones/docs/INVESTIGACIONES/V1989/0/3946863.pdf>.

^d https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5607752&fecha=16/12/2020.

Según Alejandra Palacios (expresidente del Consejo de COFECE, 2020) con esta herramienta hemos podido sacar a la luz elementos que dificultan la competencia pero que suelen pasar desapercibidos en la investigación de prácticas anticompetitivas, tales como sesgos de comportamiento, prácticas que afectan a la competencia pero que no están incluidas en nuestro catálogo de prácticas de abuso de posición dominante, o facilidades esenciales en manos de alguno de los agentes del mercado.

A pesar de la existencia de reguladores sectoriales de competencia, la COFECE cuenta con poderes soberanos sobre el mercado para aplicar el artículo 94. México no ha determinado un regulador sectorial para la economía digital, lo que permite a la AACC determinar la existencia de un insumo esencial y promover el acceso universal a dicho insumo, por ejemplo, los datos a través de interoperabilidad de datos (CeCo, 2021a). Es importante mencionar que los remedios estructurales, conductuales o normativos impuestos por la COFECE pueden ser objeto de revisión judicial, a través de recursos interpuestos ante tribunales especializados. En el caso de México, la autoridad de competencia ya posee atribuciones que van más allá de los poderes que poseen las autoridades de competencia en el mundo, lo que le permite incluso imponer regulación *ex ante* en caso de que lo considere necesario. Debido a estas atribuciones, la institución ha estado muy atenta a las buenas prácticas a nivel mundial y a las especificidades de la economía mexicana para utilizar mejor su herramienta. En términos de definición de mercados relevantes, un aspecto interesante sobre la LFCE y que pocas jurisdicciones de ALC comparten, es la obligatoriedad de la definición de mercado relevante en casos de abuso de posición dominante.

B. El caso de Brasil

En el caso de Brasil, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) ha declarado preferencia por la adopción de remedios estructurales. El CADE es un organismo autónomo con función judicial en todo Brasil. El Sistema brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC), está formado por dos instituciones, el CADE y la Secretaría de Seguimiento Económico (SEAE), siendo esta última responsable de la abogacía de la competencia. El CADE, por su parte, está formado por el Tribunal Administrativo de Defensa Económica (Tribunal), la Superintendencia General (SG) y el Departamento de Estudios Económicos (DEE). En este sentido, el CADE no es el órgano que regula la competencia, sino que promueve la defensa de la competencia.

Según CADE (2018), los remedios estructurales deben considerarse prioritarios, ya que el origen del problema de competencia radica en un cambio en la configuración de la estructura del mercado relevante, sea en actos de concentración horizontales o verticales. En términos de nuevas herramientas para el enfrentamiento de los retos puesto por lo digital, CADE ha desarrollado el programa *Cérebro*, una herramienta con capacidades de *machine learning* útil en la recolección de datos y monitoreo de mercados.

Por lo que se refiere a remedios, el Tribunal de CADE determina las restricciones aplicables para mitigar los posibles efectos perjudiciales de la concentración en los mercados pudiendo determinar:

i) la venta de activos o de un conjunto de activos que constituyen una actividad empresarial; ii) la escisión de una empresa; iii) la eliminación del control empresarial; iv) la separación contable o jurídica de las actividades; v) licencias obligatorias de derechos de propiedad intelectual; y vi) cualquier otro acto o medida necesaria para la eliminación de los efectos perjudiciales para el orden económico.

Brasil es uno de los dos países de la región que posee amplia experiencia en mercados digitales, CADE ha investigado diversas plataformas digitales y empresas tecnológicas en los últimos años, por ejemplo, Google, iFood, Facebook y otras. Como consecuencia, la autoridad brasileña ha creado una división especializada en mercados digitales para mejor lidiar con las demandas recibidas. A pesar de la experiencia, a diferencia de México, la ley brasileña de defensa de la competencia no proporciona a CADE capacidades para actuar de manera *ex ante*. Según la institución, el régimen *ex post* que posee es suficiente para lidiar con los retos de la economía digital.

C. El caso de Chile

La Fiscalía Nacional Económica (FNE), con su nueva guía de concentraciones, (FNE, 2021), adoptó la perspectiva dinámica de la libre competencia. La AACC de Chile incorporó gran parte del debate contemporáneo de competencia en su rutina de trabajo. En este sentido, la FNE evalúa, en el marco de una fusión, si esta mejora los incentivos a innovar de los involucrados o, por el contrario, los disminuye. Uno de sus objetivos es identificar si los procesos de innovación son disruptivos o progresivos (innovación incremental), así como, comprobar potenciales derechos de propiedad intelectual que pueden afectar negativamente la capacidad de innovar de los agentes económicos.

La autoridad también se ha preparado para enfrentar los casos donde el investigado sea una plataforma digital. En efecto, se incorporó en los análisis: la idea de un mercado relevante (como un todo o tomando cada segmento por separado); considerar la teoría de riesgo de cierre o concentración de los mercados bajo un solo actor (o efecto *'tipping'*) y la importancia del uso de los datos en estos mercados (CeCo, 2021c). A tal efecto, la autoridad se pone alerta a los riesgos de la formación de barreras de datos y restricciones a la interoperabilidad. Además, buscará antecedentes que demuestren un posible patrón de adquisición de competidores potenciales o "entrantes recientes", las llamadas "adquisiciones predatorias".

En su guía de remedios, FNE (2017), la autoridad chilena adopta un papel más pasivo, así como en la Unión Europea, donde "sólo las partes se encuentran facultadas para proponer medidas de mitigación, y la FNE, por su parte, debe llegar, en poco tiempo, al convencimiento de que estas medidas son adecuadas o no para impedir la posibilidad de que la operación reduzca sustancialmente la competencia". Es decir, al contrario de Brasil, Perú, Reino Unido etc., la AACC chilena no tiene la responsabilidad de diseñar remedios para mitigar un mayor nivel de concentración producto de una fusión.

Además de lo mencionado, la autoridad chilena ha sido muy activa en el tema de la actualización de sus guías para los retos planteados por los distintos mercados, en los últimos años la FNE abrió varias consultas sobre sus programas de cumplimiento, análisis de operaciones de concentración horizontal, estudios de mercados de compras públicas, y notificación de concentraciones, entre otros.

D. El caso de Colombia

Sobre el debate entre la Escuela de Chicago y los neo-Brandeisians, Colombia tiene en su ley de competencia de 2009¹⁵ un abordaje interesante que favorece a ambas escuelas de pensamiento (Prado, 2020). A menudo, la influencia de la escuela de Chicago hizo que muchas leyes de competencia en el mundo fuesen desarrolladas con el único objetivo de garantizar el bienestar de los consumidores (The Economist, 2020). La SIC, en cambio, tiene como objetivo operar bajo los siguientes propósitos: garantizando la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Como consecuencia, la autoridad colombiana adopta una postura de pensar en los efectos más de mediano y largo plazo durante sus investigaciones. Enfocarse exclusivamente en la perspectiva del consumidor puede permitir que la autoridad de competencia autorice una determinada conducta que se muestre beneficiosa a los consumidores en el corto plazo, pero que puede destruir concurrentes, y por ende, mercados en un horizonte de más largo plazo. Como

¹⁵ Véase artículo 3 de la ley de competencia: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201340%20de%2021%20de%20julio%20de%202009.pdf>.

consecuencia, se destruyen capacidades y oportunidades para concurrir en un mercado y los consumidores sufren el doble.

Según la contribución de Colombia a la OCDE (2020b), el uso de herramientas digitales representa una parte fundamental del proceso de investigación. Ello, aporta beneficios en relación con la capacidad de análisis (por ejemplo, pueden utilizarse para tratar grandes volúmenes de datos) y la obtención de un mayor acceso. Además, son útiles para desvelar patrones de comportamiento y brindar información a los casos que no se podría recopilar de otro modo (por ejemplo, recuperación de información eliminada).

En términos de herramientas de investigación, además de un equipo de analítica de datos, la SIC cuenta con 3 novedosas herramientas llamadas *Sabueso*, *Inspector* y *Sherlock* que funcionan a través de automatización de procesos y aprendizaje automático (CEPAL, 2022).

- i) *Inspector*, es un algoritmo, permite, por lo menos, hacer un monitoreo a 39 entidades regulatorias del Gobierno Nacional diariamente que están permanentemente expidiendo regulaciones. Su objetivo es la identificación de proyectos que puedan atentar contra la libre competencia.
- ii) *Sherlock*, tiene que ver con la detección de posibles prácticas anticompetitivas contra el Estado colombiano. Este proyecto está enfocado básicamente en la detección de indicadores que en el mundo de las autoridades de competencia se ha reconocido como indicadores del libro de texto, aplicado principalmente a la contratación pública.
- iii) *Sabueso*, permite hacer un monitoreo de diferentes productos. Su función es recopilar datos públicos sobre los bienes disponibles en sitios web. El aprendizaje automático tiene el papel de identificar productos en sitios web de venta al por menor, incluso cuando las descripciones y nombres se distinguen. El sistema le permite a la SIC: i) seleccionar un período concreto y mostrar el comportamiento de los precios durante ese período, ii) conocer las fechas de inicio y finalización de la posible distorsión, iii) encontrar otros productos, marcas y empresas con dinámicas similares, y iv) detectar patrones que se pueden considerar como avisos en determinados productos y mercados (OCDE, 2020b).

La ley de competencia colombiana determina que en caso de que se señalen condicionamientos a una integración, éstos deberán cumplir los siguientes requisitos: identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración. Si bien es cierto que aparentemente exista una preferencia por remedios estructurales, la autoridad colombiana ha hecho uso de remedios conductuales. En lo que concierne al desarrollo de remedios, queda a cargo de la AACCC colombiana del diseño de los mismos.

E. El caso de Costa Rica

Costa Rica tras iniciar un diálogo con la OCDE sobre su posible adhesión, acordó la modificación de la ley de competencia costarricense (OCDE, 2020a). La nueva ley de competencia de Costa Rica, Costa Rica (2019)¹⁶, confiere a la COPROCOM la posibilidad de imponer remedios estructurales, condicionales o mixtos. En materia de capacidades, la COPROCOM puede imponer:

- a) La cesión, el traspaso, la licencia o la venta de uno o más de los activos, derechos, acciones, sistemas de distribución o servicios, a un tercero autorizado por el Órgano Superior respectivo.
- b) La limitación o la restricción de prestar determinados servicios o vender determinados bienes, o la delimitación del ámbito geográfico en los que estos

¹⁶ <https://www.meic.go.cr/meic/comunicado/g60/aprobada-ley-de-fortalecimiento-de-las-autoridades-de-competencia.php>.

pueden ser prestados, o al tipo de clientes al que pueden ser ofrecidos. c) La obligación de suplir determinados productos o prestar determinados servicios, en términos y condiciones no discriminatorias, a clientes específicos o a otros competidores. d) La introducción, eliminación o modificación de cláusulas contenidas en los contratos escritos o verbales, que rigen sus relaciones comerciales con clientes o proveedores. e) La separación o escisión del agente económico. f) La limitación o la restricción para adquirir nuevas concesiones o autorizaciones. g) cualquier otra condición estructural, de conducta, o combinación de ellas, que sea necesaria para impedir, disminuir o contrarrestar los efectos anticompetitivos de la concentración.

La COPROCOM puede diseñar remedios, de igual forma tiene flexibilidad para valorar propuestas de las partes involucradas, similar a Brasil y Perú. Algo interesante sobre la legislación de Costa Rica es el carácter mandatorio dado a la determinación del mercado relevante como prueba de infracción. En mercados digitales la definición de mercados relevantes no es tan clara y toma parte considerable del tiempo de las investigaciones. En este sentido, reglas estrictas sobre la determinación de mercados relevantes en estos mercados pueden abrir oportunidad para argumentación jurídica por parte del agente económico investigado e imposibilitar la actuación de la autoridad de competencia, aunque sea clara a través de otros parámetros la infracción a la ley de competencia¹⁷.

¹⁷ Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica (Ley número 7472).

IV. Conclusiones

Debido a las características técnico-económicas de los nuevos modelos de negocio en la economía digital, la regulación se ha mostrado insuficiente para prevenir y corregir las prácticas anticompetitivas en estos mercados. Los gobiernos y autoridades de competencia de la región se enfrentan al desafío de adelantarse a las tendencias observadas en mercados desarrollados ya que el desarrollo de sus mercados digitales es inminente. En este sentido, este documento buscó comprender el debate a nivel regional sobre la creación de nuevas herramientas regulatorias y de competencia para lidiar con los mercados digitales y el impacto de la digitalización.

Este documento también buscó arrojar luz al debate sobre la insuficiencia de la competencia basada en los principios de la escuela de Chicago y la creación de capacidades regulatorias *ex ante*. Se ha ido consensuando que es necesario destinar más recursos a la regulación debido a lo digital, al mismo tiempo, ya se observa en la región que las autoridades de competencia, incluso las más jóvenes, están más atentas a estos temas. Las nuevas escuelas de pensamiento, “*The protecting of competition standard*” y los neo-Brandeisians, se han destacado como alternativas a la escuela de Chicago y su abordaje de daños al consumidor.

El análisis de la encuesta CEPAL/UNCTAD sobre medias *ex ante* arroja que las autoridades de competencia de la región buscan actuar con cautela en mercados digitales, en gran parte debido a su característica dinámica. En dichos mercados, existe incertidumbre relacionada con la imposibilidad de predecir el rumbo que tomará una actividad en términos de innovación, lo que hace difícil anticipar el efecto que tendrá una intervención *ex ante*. En este sentido, no se puede resumir la regulación de la competencia en mercados digitales a la necesidad de implementación de cambios normativos, en parte, porque ello lleva tiempo y además porque muchas autoridades ya disponen de herramientas que pueden ser útiles para el enfrentamiento de los retos. A continuación se presentan buenas prácticas y recomendaciones que pueden ser útiles para las autoridades de competencia de la región.

A. Recomendaciones

El buen desarrollo de acuerdos de clemencia o de inmunidad puede resultar en efectos que van más allá de la economía tradicional. Dichos acuerdos pueden incluso permitir la detección de colusiones en el contexto de la economía digital, como es el caso de las colusiones del tipo Hub-and-Spoke (Ezrachi y Stucke, 2017).

Como se ha mencionado a lo largo del documento, la investigación de mercado dinámico como el digital, toma tiempo y recursos que muchas autoridades más jóvenes no disponen. En este contexto son muy importantes las asociaciones con otras instituciones que tienen más recursos, como puede ser el caso de los reguladores sectoriales. Ello puede aumentar la velocidad y puede brindar a la investigación con recursos que la autoridad de competencia sola no puede garantizar. CADE, por ejemplo, pudo juzgar un caso entre WhatsApp y empresas del mercado de Brasil debido solo a que se había firmado anteriormente un acuerdo de cooperación entre la autoridad de competencia y la de protección de datos.

En el caso de las autoridades que ya están lidiando con casos de la economía digital, existe una gran necesidad por agilizar la resolución de estos casos y establecer un historial de actuación ya que dicha conducta puede enviar señales a los agentes de mercado indicando que ciertas prácticas anticompetitivas no pueden ser puestas en marcha. De esta manera se puede determinar sin la necesidad de cambios de normativa, lo que uno puede o no hacer. En mercados dinámicos esto es especialmente importante para evitar riesgos de *overenforcement* al adoptar regulaciones rígidas, como las *ex ante*.

Actualmente se discute la posibilidad de brindar a las autoridades de competencia capacidad regulatoria, sin embargo, no todo se resume a esto. En muchos casos tener la capacidad de abrir investigaciones sin la necesidad de una contrapartida, como en el caso mexicano, podría garantizar muchos beneficios al enfrentar los retos. En el caso alemán, que también es muy interesante, esto se puede hacer con empresas que tienen un poder significativo de mercado. Así, se puede conocer qué está haciendo determinada empresa, ya que ella tendrá que explicarse ante la autoridad de competencia, aunque no exista una acusación previa..

En mercados digitales es bienvenida la adopción de una relación inversa entre riesgo de daño a la competencia y estándar de prueba. En otras palabras, en casos donde el daño es más evidente la carga de la prueba debería ser más liviana.

La flexibilidad en la determinación del mercado relevante también va en la misma dirección, algunas jurisdicciones como Costa Rica, México y Brasil establecen por ley que se deben determinar los mercados relevantes, sin embargo, no todos los aspectos de la determinación de los mercados relevantes (geográfico, producto etc.) pueden ser alcanzados en mercados digitales. Ello, puede generar dificultades a la hora de velar por la competencia en los más distintos mercados en que la determinación de mercados relevantes no sea tan clara.

Las sanciones son un poderoso mecanismo para decir al mercado que se puede o no hacer en términos de comportamientos, actualizar sanciones y retirar la indexación de las sanciones, como en el caso reciente de Colombia, puede ayudar a mantener un buen nivel de competencia en los mercados.

Bibliografía

- Banco Interamericano de Desarrollo, B.I.D., 2018. Fintech: América Latina 2018: Crecimiento y consolidación. <https://publications.iadb.org/es/fintech-america-latina-2018-crecimiento-y-consolidacion>.
- Binotto, A. (2018) Efeitos conglomerados em concentrações econômicas: caracterização e desdobramento. In: Jesus, Agnes M. et al. (org.). Mulheres no antitruste. São Paulo: Editora Singular.
- Bourreau, M.; De Streel, A. (2019). Digital Conglomerates and EU Competition Policy. Université de Namur e Telecom ParisTech.
- C. Caffarra, G. Crawford and T. Valletti, "How tech rolls': potential competition and 'reverse' killer acquisitions", OECD on the level, 27 November, 2020 [online] <https://oecdonthellevel.com/2020/11/27/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions/>.
- Cappai, M. and G. Colangelo (2020), Taming digital gatekeepers: the more regulatory approach to antitrust law, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 55, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3572629>.
- CEPAL (2021), La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2021. En línea: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/47147-la-inversion-extranjera-directa-america-latina-caribe-2021>.
- _____ (2022), Minuta webinar: Implementación de medidas ex ante y buenas prácticas para plataformas digitales en América Latina y el Caribe.
- Competition and Markets Authority, Online Platforms and Digital Advertisement - Market Study Final Report (2020), <https://perma.cc/AJ3F-C44Z>. at 11-12, 322.
- Competition and Markets Authority, 2020, "A new pro-competition regime for digital markets, Advice of the Digital Markets Taskforce", December https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f5ce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf.
- Comisión Europea (2020) "Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales)", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>.
- _____ (2003) "Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001>.
- Centro de Competencia (CeCo), 2021a, "Alejandra Palacios (COFECE): Lecciones para investigar insumos esenciales y barreras en mercados digitales", mayo <https://centrocompetencia.com/alejandra-palacios-cofece-lecciones-para-investigar-mercados-digitales/>.

- _____ (2021b) "Fusiones y adquisiciones de gigantes tecnológicos: ¿Deben desarrollarse reglas especiales para resguardar la competencia?", <https://centrocompetencia.com/fusiones-y-adquisiciones-de-gigantes-tecnologicos/>.
- _____ (2021c) "Todo sobre la nueva Guía de operaciones de concentración de la FNE", mayo <https://centrocompetencia.com/nueva-guia-operaciones-concentracion-fne/>.
- Concurrences, 2020, "Improving the effectiveness and the agility of competition law enforcement", November <https://www.concurrences.com/en/conferences/11th-new-frontiers-of-antitrust-conference-2-improving-the-effectiveness-and>.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), 2018, "Guia sobre Remédios Antitruste", Outubro http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf.
- Da Silva, F., J. De Furquim and G. Núñez (2020), "La libre competencia en la economía digital: las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) en América Latina y el impacto del COVID-19", Project Documents (LC/TS.2020/142), Santiago, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC).
- Da Silva, F. y Núñez, G., 2021a. "Free competition in the post-pandemic digital era: The impact on SMEs", February <https://www.cepal.org/en/publications/46661-free-competition-post-pandemic-digital-era-impact-smes>.
- _____ (2021b) "La era de las plataformas digitales y el desarrollo de los mercados de datos en un contexto de libre competencia", Diciembre <https://www.cepal.org/es/publicaciones/47540-la-era-plataformas-digitales-desarrollo-mercados-datos-un-contexto-libre>.
- Dunne, N., 2015. Competition law and economic regulation. Cambridge University Press.
- Ezrachi, A. and M. Stucke (2017), "Algorithmic collusion: problems and counter-measures" (DAF/COMP/WD(2017)25), document prepared for the Roundtable on Algorithms and Collusion, Paris, 21-23 June [online] <https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2925&docLanguage=En>.
- Federal Trade Commission (FTC), 2021, "Acquisitions by Select Technology Platforms, 2010–2019: An FTC Study", September <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/non-hsr-reported-acquisitions-select-technology-platforms-2010-2019-ftcstudy/p201201technologyplatformstudy2021.pdf>
- Fiscalía Nacional Económica, 2021, Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, mayo <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>.
- _____ (2017) Guía de Remedios, junio <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedios-.pdf>
- FRANCK, JENS-UWE y PEITZ, M., 2021, SECTION 19a OF THE REFORMED GERMAN COMPETITION ACT: A (TOO) POWERFUL WEAPON TO TAME BIG TECH?, March <https://www.competitionpolicyinternational.com/section-19a-of-the-reformed-german-competition-act-a-too-powerful-weapon-to-tame-big-tech/>.
- Greg Da Re, 2015, Five reasons FinTech companies are an opportunity for financial institutions and SMEs, August <https://idbinvest.org/es/node/52505>.
- Horna, P. and Papa, L. (2018). Should Competition Agencies Tackle Cross-Border Algorithmic Collusion: A Focus On Young Competition Agencies. PChina Antitrust Law Journal, Fall.
- House of Representatives Sub-Committee on Antitrust (2020), Investigation of competition in digital markets, October https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) (2021), "El rol del Indecopi y los principales desafíos en la Industria Fintech del Perú", Documento de Trabajo N.º 02-2021/GEE <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2393961/DT%20N%20%2002-2021%20%20El%20rol%20del%20Indecopi%20y%20los%20principales%20desaf%3%ADos%20en%20la%20industria%20Fintech%20del%20Per%3%BA.pdf>.
- Lancieri, Filippo and da Silva Pereira Neto, Caio Mario, Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation (August 16, 2021). Journal of Competition Law and Economics (2021), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3704763> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3704763>.

- Maier-Rigaud, F.P., 2014. Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law. Maier-Rigaud, Frank P. (2016) Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law, pp.207-224.
- Mayer-Schönberger, V. and K. Cukier (2013), *Big Data: a Revolution that will Transform how we Live, Work, and Think*, New York, Houghton Mifflin Harcourt.
- México, 2021, Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) actualización de 2021, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2022/01/LFCE_200521.pdf.
- Mudge *et al.*, 2020, "DOJ Merger Remedies Manual Emphasizes Structural Remedies", September <https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/publications/2020/09/doj-merger-remedies-manual>.
- Navarro, I., 2021. Competition institutions in Mexico in relation to COVID-19 and the economic recovery.
- OECD (2001), Recommendation of the Council on Structural Separation in Regulated Industries, <http://www.oecd.org/dataoecd/24/49/25315195.pdf>.
- _____(2006), Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases, Policy roundtables, 2006 <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>.
- _____(2020a), Costa Rica: Evaluación del derecho y política de la competencia 2020, <https://www.oecd.org/daf/competition/costa-rica-evaluacion-del-derecho-y-politica-de-la-competencia2020.pdf>.
- _____(2020b), LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles - Contribución de Colombia - [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2020\)8/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2020)8/es/pdf).
- _____(2021a), Ex ante regulation of digital markets, OECD Competition Committee Discussion Paper, <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm>
- _____(2021b), Competition Enforcement and Regulatory Alternatives, OECD Competition Committee Discussion Paper, <http://oe.cd/cera>.
- Palacios, A. P., 2020, "Mexico's COFEC market investigation tool", November https://www.youtube.com/watch?v=4VmkgJCygck&ab_channel=OECDCompetitionDivision.
- Parker, G.G., Van Alstyne, M.W. and Choudary, S.P., 2016. Platform revolution: How networked markets are transforming the economy and how to make them work for you. WW Norton & Company.
- Prado, I. B., 2020, "On the Colombian Antitrust Law and Why It Might Be One Step Ahead of the Antitrust Debate Between Neo-Brandeisians and the Chicago School of Antitrust", August <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2020/10/Latin-America-Column-October-2020.pdf>.
- Schumpeter, J.A., 1942. Socialism, capitalism and democracy. Harper and Brothers.
- Shapiro, C., 2018, "Breathing New Life Into The Consumer Welfare Standard: The Protecting Competition Standard". November, <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/protectingcompetitionstandard.pdf>
- Stavroulaki, Theodosia, Mergers That Harm Our Health (March 27, 2021). Berkeley Business Law Journal, 2022 Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3814045> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3814045>.
- The Economist, 2020, "What more should antitrust be doing?", Aug 8th 2020 edition <https://www.economist.com/schools-brief/2020/08/06/what-more-should-antitrust-be-doing>.
- Wu, T., 2018a. The curse of bigness. Antitrust in the new guilded age. Columbia Global Reports. <https://scholarship.law.columbia.edu/books/63/>.
- _____(2018b) After consumer welfare, now what? The 'protection of competition' standard in practice. The Journal of the Competition Policy International. Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2291.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2022. Behavioral Recommendations for Digital Platforms (BRDP). Working paper.
- Valletti, T., 2021. How to Tame the Tech Giants: Reverse the Burden of Proof in Merger Reviews. Available at: <https://www.competitionpolicyinternational.com/how-to-tame-the-tech-giants-reverse-the-burden-of-proof-in-merger-reviews/>.

Anexo

Anexo 1

Cuestionario CEPAL/UNCTAD sobre medidas *ex ante*

Objetivo de esta encuesta

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas, una de las cinco comisiones económicas regionales (<https://www.cepal.org/en>), fue fundada con el propósito de contribuir al desarrollo económico y social de América Latina, coordinando acciones y reforzando los lazos económicos entre países y con otras naciones del mundo.

Debido a las características técnico-económicas de los nuevos modelos de negocio en la economía digital, la regulación se ha mostrado insuficiente para prevenir y corregir las prácticas anticompetitivas en estos mercados. Como consecuencia, expertos en competencia han recomendado en mercados digitales la adopción de regulación innovadora *ex ante* para complementar las herramientas tradicionales. Salvo el control de concentraciones, la utilización de otro tipo de herramientas *ex ante* no es tan frecuente y muchas autoridades han emitido algunas reservas en cuanto a su uso en la región y en el mundo.

Este cuestionario busca hacer un relevamiento de información sobre algunas herramientas *ex ante* con las que cuentan las autoridades de competencia de América Latina para enfrentar los desafíos que plantean los mercados digitales y la presencia de plataformas.

La información recabada será utilizada como insumo para publicaciones sobre la regulación *ex ante* para prácticas anticompetitivas en la economía digital.

Muchas gracias por su tiempo y esfuerzo, apreciamos su valiosa cooperación.

Sección 1 – Informaciones generales

Agencia:

País:

Página web:

Número de empleados:

Fecha:

Sección 2 – Estructura

1. ¿En su jurisdicción existe alguna autoridad sectorial responsable del sector digital?
 2. ¿Sobre quién recae la responsabilidad de regular el sector digital? ¿Sobre quién recae la responsabilidad de regular la competencia en el sector digital?
 3. ¿En su agencia hay alguna unidad y personal especializado en mercados digitales?
 - a. Sí.
 - b. No.
 - c. No, pero tenemos personal direccionado o especializados en ello.
- 3.1 ¿Cuántos trabajan ahí?

Sección 3 – Economía digital y datos

1. ¿Considera que las leyes de competencia vigentes en su país son suficientes y/o adecuadas para prevenir y castigar prácticas anticompetitivas en la economía digital?
2. ¿Considera que el control sobre el manejo de los datos por parte de las empresas puede otorgarles poder de mercado?
 - 2.1. ¿Consideran que muchas acciones de concentración en el contexto de la economía digital pueden tener como real objetivo obtener control sobre de datos?
3. ¿En su jurisdicción se ha considerado bajar los umbrales de notificación en los casos de fusiones y adquisiciones (F&A)?
4. ¿Se ha considerado revertir la carga de la prueba en casos de F&A?
5. ¿Ha habido discusiones sobre la adopción de medidas *ex ante* para promover la remoción de barreras al acceso a datos, como la interoperabilidad obligatoria, servicios esenciales (*essential facilities*) u otros temas?

Sección 4 – Regulación *ex ante* y normativas

1. ¿Considera que cuando se trata de la economía digital el riesgo de no intervenir (error de tipo II) es mayor que el riesgo de intervenir (error de tipo I) frente a prácticas reñidas con la libre competencia?
2. En abusos de posición dominante, ¿se ha previsto establecer un programa de *compliance* en el sector digital para prevenir posibles infracciones a la competencia?
3. ¿El uso de regulación *ex ante* es considerado un tema de atención para la agencia de competencia que usted representa?
4. ¿Considera algún sector en su país más susceptible a la aplicación de regulación *ex ante* (¿cuál sería?) o considera que se requiere este tipo de regulación sólo en el caso de grandes plataformas digitales?
5. Ciertas jurisdicciones de la región de ALC determinan en sus leyes de competencia el abordaje de intervención, por ejemplo, remedios conductuales vs. estructurales en caso de concentraciones, ¿existe alguna preferencia por el uso de un determinado remedio en la normativa de competencia de su país?
 - 5.1 ¿Es distinto cuando se trata de prácticas anticompetitivas?
6. ¿Existe algún mecanismo de selección de remedios en prácticas de concentración? ¿Es distinto cuando se trata de prácticas anticompetitivas?
7. ¿Considera necesario ampliar las atribuciones y capacidades de intervención de las agencias de competencia para atender los desafíos regulatorios de los mercados digitales?

Sección 5 – Herramientas y capacidades de las autoridades de competencia

1. ¿La autoridad de competencia de su país tiene poderes para implementar regulación *ex ante*?
2. Podría mencionar algún caso en se haya hecho uso de regulación *ex ante* en mercados digitales y/o no digitales.
3. A la luz de las herramientas desarrolladas por Alemania y las propuestas de Reino Unido y de la Comisión Europea sobre regulación y *enforcement* en mercados digitales, ¿han desarrollado o poseen alguna herramienta que podría ser útil para lidiar con los retos de los mercados digitales (como la colusión entre algoritmos, auto preferencia o *self-preferencing*, adquisiciones predatorias, mercados de múltiples lados, etc.)?
4. ¿Existe interés en su país por brindar a la autoridad de competencia atribuciones y capacidades de regulación *ex ante*, al estilo del DMA o la regulación de Reino Unido?
 - 4.1 ¿Existe interés en promover un sistema de auto regulación basado en la adhesión voluntaria de las plataformas a un código de buenas prácticas en la economía digital?



NACIONES UNIDAS

Serie

CEPAL

Desarrollo Productivo

Números publicados

Un listado completo así como los archivos pdf están disponibles en
www.cepal.org/publicaciones

232. La regulación *ex ante* de la competencia en la era digital, Filipe Da Silva (LC/TS.2022/205), 2022.
231. The landscape of B2C e-commerce marketplaces in Latin America and the Caribbean, Estefanía Lotitto y Bernardo Díaz de Astarloa (LC/TS.2022/194), 2022.
230. The payment landscape of B2C e-commerce marketplaces in Latin America and the Caribbean, Romina Gayá (LC/TS.2022/167), 2022.
229. Metodología para la evaluación de avances en la economía circular en los sectores productivos de América Latina y el Caribe, Bart Van Hoof, Georgina Núñez y Carlos de Miguel (LC/TS.2022/83), 2022.
228. Estado de la ciberseguridad en la logística de América Latina y el Caribe, Rodrigo Díaz (LC/TS.2021/108), 2021.
227. Mesoamérica digital 2025: propuesta para una agenda digital mesoamericana, Juan Jung (LC/TS.2021/77), 2021.
226. Infraestructura de Internet en América Latina: puntos de intercambio de tráfico, redes de distribución de contenido, cables submarinos y centros de datos, Raúl Echeberría (LC/TS.2020/120), 2020.
225. Cybersecurity and the role of the Board of Directors in Latin America and the Caribbean, Héctor J. Lehedé, (LC/TS.2020/103), 2020.
224. Institutional change and political conflict in a structuralist model, Gabriel Porcile y Diego Sanchez-Ancochea (LC/TS.2020/55), 2020.
223. Corporate governance and data protection in Latin America and the Caribbean, Héctor J. Lehedé (LC/TS.2019/38), 2019.
222. El financiamiento de la bioeconomía en países seleccionados de Europa, Asia y África: experiencias relevantes para América Latina y el Caribe. Adrián G. Rodríguez, Rafael H. Aramendis y Andrés O. Mondaini (LC/TS.2018/101), 2018.

DESARROLLO PRODUCTIVO

Números publicados:

- 232 La regulación *ex ante* de la competencia en la era digital
Filipe Da Silva
- 231 The landscape of B2C e-commerce marketplaces in Latin America and the Caribbean
Estefanía Lotitto and Bernardo Díaz de Astarloa
- 230 The payment landscape of B2C e-commerce marketplaces in Latin America and the Caribbean
Romina Gayá
- 229 Metodología para la evaluación de avances en la economía circular en los sectores productivos de América Latina y el Caribe
Bart Van Hoof, Georgina Núñez y Carlos de Miguel



Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)
Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC)
www.cepal.org



LC/TS.2022/205