

ANTITRUST Y “BIG TECH” EN 2021

Tras décadas de crecimiento explosivo y la conquista de sus respectivos mercados, los grandes conglomerados tecnológicos - conocidos popularmente como “Big Tech” – enfrentan una ola de demandas por conducta anticompetitiva a nivel mundial. En este artículo les explicamos los principales puntos de las acciones legales en contra de Google, Facebook, Amazon y Apple

Por Daniel Angel Urdaneta, CFA

Una característica clave de las economías de mercado más prósperas y exitosas es la presencia de mercados competitivos – esto es, múltiples demandantes y oferentes, de forma tal que ningún actor posee “poder de mercado” que le permita cobrar precios significativamente más altos del costo real de producción de los bienes y servicios que ofrece.

En estas economías, el Estado (que, salvo ciertas excepciones, no está presente en el mercado) tiene el objetivo de mantener la competencia en los mercados en niveles “saludables” – lo cual en la práctica implica tomar acciones en contra de compañías que se presume que están abusando de su poder de mercado, así como fiscalizar todas las fusiones, adquisiciones, u otras operaciones que pudieran afectar la competencia, o aumentar el riesgo de que ésta se vea afectada a futuro. El objetivo final de esta regulación, conocida popularmente como *Antitrust*¹ típicamente se establece en función del bienestar de los consumidores, ya sea en términos de precios bajos (cerca de los costos reales de producción) o de parámetros de oferta, variedad y calidad de los productos y servicios.

El consenso de las autoridades de competencia en los últimos 30 años, sobre todo en los EEUU, era que el sector privado estaba haciendo un buen trabajo autorregulándose, y que la intervención estatal debía limitarse a su mínima expresión. El argumento principal de esta postura era que un enfoque de *Antitrust* muy estricto (que no permitiera fusiones entre competidores, o que interviniese demasiado en

compañías exitosas que llegaron a dominar sus respectivos mercados “por mérito”) disminuiría los incentivos privados a invertir en innovación y desarrollo de nuevos productos, disminuyendo el crecimiento potencial de largo plazo de la economía. Adicionalmente, esta visión cimentó la idea de que los precios a los consumidores eran el barómetro clave de la competencia – por lo que no podría establecerse que existen problemas de competencia en un mercado si los consumidores no se ven afectados, sin importar las prácticas de un actor líder en contra de sus rivales en dicho mercado.

Este paradigma del *antitrust* moderno vino de la mano con el surgimiento de grandes corporaciones, principalmente en el sector de tecnología de la información, que se han apalancado del surgimiento del internet y del nuevo ecosistema digital en que vivimos para crear nuevos productos y servicios y, de este modo, convertirse en las compañías privadas más grandes y poderosas del mundo en la actualidad.

Microsoft fue el primer actor líder en el mercado de *software* para computadoras personales, exploradores Web y otros servicios relacionados. A la fecha, esta compañía ya no cuenta con la posición dominante que detentaba en los años 90 (cuando fue objeto de múltiples demandas antimonopolio²) y no hay casos de alto perfil en su contra en años recientes. La “tormenta” de procedimientos judiciales ahora se cierne en torno a **Google, Facebook, Amazon y Apple**.

¹ La Fiscalía Nacional Económica es la autoridad de *Antitrust* en Chile. Para conocer más de su rango de acción, ver: <https://www.fne.gob.cl/en/antitrust/>

² El caso más representativo es *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F:3d 34 (2001). Ver: https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_v._Microsoft_Corp.

Google – Búsquedas en Internet

El Departamento de Justicia de los EEUU (DOJ), en conjunto con las fiscalías de 11 estados, inició una demanda en contra de Alphabet Inc. (compañía matriz de Google) el 20 de octubre de 2020 por prácticas anticompetitivas para preservar su posición dominante en el mercado de búsquedas por internet³.

Los demandantes alegan que Google utilizó acuerdos de exclusividad con Apple y los productores de dispositivos Android; en estos acuerdos, Google obliga a los fabricantes a preinstalar las Apps de Google y usar éste como motor de búsqueda predeterminado en los dispositivos; a cambio, se compromete a pagarle a los fabricantes una fracción de los ingresos por publicidad que se generan en sus dispositivos (en total, hasta un 40% de los ingresos publicitarios netos eran distribuidos en estos acuerdos). Además, se acusa que Google abusa de su posición dominante en el mercado de publicidad en internet para reducir la calidad de su servicio a los usuarios “gratuitos” (en términos de más publicidad en las páginas, menos privacidad y mayor recopilación de datos de sus usuarios), y subir los costos de los usuarios “pagados” (ie. alza en el precio de los anuncios publicitarios) de su plataforma.

La demanda no busca desintegrar la compañía ni imponer multas significativas; por el contrario, el DOJ busca un “alivio estructural” necesario para curar el daño a la competencia. Este alivio puede tener la forma de eliminar los acuerdos de exclusividad (y así, disminuir las barreras de entrada a rivales de Google en los mercados de búsqueda y publicidad digital) u otras medidas más drásticas, como hacer un *spin-off* del negocio de publicidad en internet para que opere de forma autónoma al negocio de *software* y búsqueda en internet.

Facebook –Redes Sociales

El 9 de diciembre de 2020, la Federal Trade Commission (FTC) y 48 estados de los EEUU demandaron a Facebook Inc. por “monopolización

ilegal” del mercado de redes sociales personales, a raíz de las adquisiciones de Instagram (en 2012, por USD 1bn) y Whatsapp (en 2014, por USD 19bn). Los demandantes alegan que Facebook adquirió a rivales potenciales con el propósito explícito de eliminar a la competencia⁴ (o como dijo el CEO Mark Zuckerberg: “es mejor adquirir que competir”⁵) y que, como resultado de estas operaciones, se ha frenado la innovación y/o entrada de nuevos actores al mercado de redes sociales. Un punto clave de la demanda es que, a juicio de la FTC y en contraste con redes sociales previas (como Myspace y Tumblr), las redes sociales de Facebook han alcanzado una “masa crítica” de suscriptores de alta fidelidad. Este efecto de red implica que las barreras de entrada que enfrenta un potencial entrante al mercado son mucho mayores a las que existirían si Facebook nunca hubiese adquirido a Instagram y/o Whatsapp. Por último, y similar al caso de Google, la demanda establece que los efectos negativos del monopolio de Facebook no se dan por la vía de los precios (ya que todos los servicios son gratuitos para los usuarios finales), sino en términos de menor calidad del producto final, mayor recolección de datos de los usuarios, y mayores tarifas a los anunciadores que adquieren espacios en las redes sociales de Facebook.

En este caso, las autoridades explícitamente buscan la desintegración de Facebook, Instagram y Whatsapp como compañías administradas de forma autónoma y que compitan entre éstas. A su vez, las autoridades persiguen un férreo régimen de control de todas las fusiones o adquisiciones futuras de Facebook (la compañía tendría que pedir aprobación previa para cualquier operación de compra que supere los USD 10 millones, incluso si no es un potencial rival), y poner fin a las restricciones de exclusividad que Facebook establece a los desarrolladores de aplicaciones para la red social.

³ Ver primeras reacciones al anuncio en: <https://www.reuters.com/article/us-tech-antitrust-google-instantview/instant-view-doj-files-antitrust-lawsuit-against-alphabets-google-idUSKBN2751UG>

⁴ Una estrategia conocida como *buy or bury*; al respecto, ver: <https://www.mediapost.com/publications/article/358522/ftc-states-sue-facebook-over-buy-or-bury-monopo.html>

⁵ Ver transcripciones de emails de Mark Zuckerberg en: <https://theconversation.com/why-facebook-antitrust-case-relies-so-heavily-on-mark-zuckerbergs-emails-151979>

Apple – Plataformas de pagos y App Store

En junio de 2020, la Comisión Europea (CE) abrió dos investigaciones en contra de Apple por prácticas anticompetitivas relacionadas, respectivamente, al servicio *Apple Pay*⁶ y a la *App Store*⁷.

Con respecto al *Apple Pay*, la CE considera que los términos y condiciones de Apple para usar su medio de pago generan riesgos de exclusión, puesto que:

- i. La función “tap and go” con tecnología NFC sólo admite medios de pago registrados dentro de *Apple Pay* – en efecto, éste es el único medio de pago que funciona en dispositivos iOS;
- ii. *Apple Pay* está configurada como opción por defecto para procesar cualquier pago en un dispositivo Apple, sin ser necesariamente la opción de pago más barata o conveniente;
- iii. Apple le niega el acceso a *Apple Pay* a servicios digitales que compiten directamente con ésta (como Spotify o Netflix, que compiten con los servicios de *streaming* propios de Apple).

Estas conductas podrían perjudicar a los consumidores por medio de una disminución en la competencia (y por ende, precios más altos) en el mercado de medios de pago, que afectarían tanto a los consumidores como a los comercios que se ven “forzados” a usar *Apple Pay*.

Con respecto a la *App Store*, luego de recibir denuncias de Spotify y compañías que distribuyen ebooks y audiolibros, la CE investigará las implicaciones del hecho que Apple posee un rol de “*gatekeeper*” en la distribución de apps y contenido en los dispositivos de la compañía. La CE hará foco en el uso obligatorio de compras *in-app* (en que Apple cobra un 30% de comisión sobre las ventas) y las restricciones que enfrentan los desarrolladores para informar a sus usuarios que hay formas de evitar esta comisión y, así, obtener precios más bajos por sus servicios.

Esta investigación está en una fase preliminar y no se han formalizado cargos, multas u otras acciones en contra de la compañía a la fecha. Adicionalmente, el parlamento europeo actualmente está discutiendo el proyecto de ley *Digital Markets Act*⁸ – que entre otras

⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1075

⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073

cosas busca penar éstas y otras prácticas abusivas de las plataformas digitales, además de formalizar las multas (tentativamente podrían ser de hasta 10% de los ingresos brutos de la compañía del último año fiscal).

Amazon – E-commerce

La CE anunció el 10 de noviembre de 2020 los resultados preliminares de una investigación en el mercado de *e-commerce* de la UE, concluyendo que Amazon había violado las leyes antimonopolio de Europa. La Comisión determinó que Amazon opera con un modelo dual de plataforma, ya que:

- iv. Provee un *Marketplace* virtual para que vendedores independientes puedan llegar a consumidores finales; y
- v. Vende productos como un *retailer* más en esta plataforma, compitiendo directamente contra los vendedores terceros que son sus clientes.

Los riesgos a la competencia provienen del hecho que Amazon puede acceder a información comercialmente sensible de los vendedores en su *Marketplace*, y luego usa esta información para calibrar las propias ofertas y decisiones estratégicas de la rama *retail* de la compañía (por ejemplo, introducir un producto de marca propia como el *Kindle* para competir con los *e-readers* más populares vendidos en su plataforma), en detrimento de los vendedores no relacionados. El uso de esta información le permite a Amazon evitar los riesgos inherentes al mercado del *retail* y apalancarse en su posición dominante en los *Marketplaces* digitales, especialmente en Francia y Alemania. Por último, la CE también acusa a Amazon de darle preferencia a su propia rama de *retail* (o a terceros que emplean los servicios de logística y despacho de Amazon) en el botón ‘Buy Now’; esto implica una discriminación arbitraria a la hora de asignar el vendedor que se lleva la venta cuando el usuario final hace clic - que representa la gran mayoría de las ventas que se realizan en la plataforma.

Similar al caso de Apple, la investigación contra Amazon aún se encuentra en una fase preliminar y no hay fechas límite establecidas por el reglamento. En

⁸ Ver resumen del proyecto en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en

principio, no obstante, la CE no buscaría la desintegración de Amazon u otras medidas regulatorias de tal magnitud.

Conclusiones

La emergencia de demandas antimonopolio contra Big Tech dará mucho de qué hablar en el transcurso del 2021 y ningún inversionista es indiferente al impacto de estos procesos en las valoraciones accionarias de la industria tecnológica que, de más está decir, ha superado ampliamente a todos los *benchmarks* en los últimos años. Si bien aún es temprano para anticipar con certeza el desenlace de estos procesos, es posible hacer una conjetura de cuáles litigios tienen mayor probabilidad de causar disrupciones en las compañías demandadas.

Mientras que las prácticas de Amazon y Apple son relativamente de bajo impacto en la competencia (y una eventual legislación en la Unión Europea podría regular efectivamente estas prácticas a futuro), eliminando la necesidad de medidas estructurales en estos casos, los casos estudiados en los EEUU presagian cambios de mayor peso.

En el caso de Google, es difícil de negar que la compañía detente una posición de dominio en el mercado de búsqueda (su cuota de mercado supera el 90%), por lo que la única forma plausible de mitigar sus efectos anticompetitivos consistiría en eliminar las relaciones de exclusividad y/o separar el negocio de búsqueda de internet del de publicidad; en cualquier caso, el 'muro competitivo' de Alphabet se vería afectado sustancialmente a largo plazo.

En el caso de Facebook, el hecho que las fusiones de Instagram y Whatsapp fuesen aprobadas por los reguladores en su momento, no implica que las mismas puedan ser revertidas *ex post*. Además, el creciente escrutinio al 'poder de plataforma' y las prácticas de las redes sociales en ámbitos más allá de la libre competencia (como reflejó la decisión de Twitter de suspender indefinidamente la cuenta del presidente saliente de los EEUU, Donald Trump), reflejan que Facebook podría ser '*too big to let unchecked*', y por consiguiente hacen más probable una disrupción de peso en su modelo de negocios en el mediano plazo.

Daniel Urdaneta actualmente se desempeña como Senior Analyst en la oficina de Chile de Compass Lexecon, una firma de consultoría económica especializada en organización industrial, Antitrust, estimación de daños y valoración de activos. Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen únicamente a Daniel y no representan la visión de Compass Lexecon.