

Federico Rossi Rodriguez: “La autoridad de competencia no puede proceder en base a conjeturas o hipótesis”

Graduado de abogado en la Universidad Austral (2009) y Máster en Derecho por King’s College London (2017), Federico Rossi Rodriguez se especializa en derecho de la competencia. Actualmente, se desempeña como Asociado Senior en la firma Allende & Brea. Asimismo, combina su actividad profesional con el dictado de clases en diversas universidades argentinas y dirige el Suplemento de Derecho de la Competencia en El Dial.

A partir de sus conocimientos, responde diversas preguntas relacionadas al desarrollo de la defensa de la competencia en la actualidad, especialmente en el marco de las grandes corporaciones tecnológicas. Además, nos instruye acerca de los peligros institucionales en los que puede desembocar la existencia de estos grandes conglomerados y la respuesta esperable por parte del ordenamiento jurídico. Por último, nos habla sobre el funcionamiento del régimen legal argentino, a la luz de la reforma constitucional de 1994.

Revista Jurídica: BigTech es un término que une Big y Technology para agrupar a las empresas tecnológicas más grandes del mundo. Aunque dentro de las BigTech hay muchas otras, a las más relevantes las han catalogado con el “mote” de GAFAs (Google, Amazon, Facebook y Apple).

Estas empresas han sido el centro de grandes discusiones en los últimos años. En especial, se ha planteado la necesidad de disminuir el poder de mercado de dichas compañías y de regular la utilización de datos. A modo de ejemplo, en Estados Unidos, el Departamento de Justicia (DOJ) y otros organismos han concluido que se han vuelto demasiado grandes y poderosas ¿Consideras necesario generar nuevos mecanismos de control de conductas anticompetitivas para las BigTech?

Federico Rossi Rodriguez: La herramienta de escindir las BigTech debe ser un recurso de *última ratio* (así lo ha sugerido recientemente la Comisaria de la Competencia de la Unión Europea, Margarete Vestager), por los efectos nocivos que podría tener su aplicación en los incentivos para invertir y en los derechos de propiedad. Si un emprendedor lanza una aplicación que resulta ser muy exitosa y, al final del camino, la autoridad de competencia lo obliga a vender o le regula el negocio, la próxima vez, el emprendedor pensará dos veces antes de invertir o innovar.

Por lo tanto, para adoptar una medida que afecte el legítimo derecho de propiedad de una empresa, se deben explorar con antelación todas aquellas medidas de mitigación que sean razonablemente eficaces para remediar el problema de competencia sin afectar el derecho de propiedad. Por ejemplo: imponiendo multas, adoptando remedios de conducta (como garantizar el ingreso no discriminatorio a facilidades esenciales, órdenes de cese) o ciertos cambios regulatorios (relacionados con potenciales barreras de entrada que faciliten el ingreso de nuevos competidores).

Para ordenar una medida drástica como una desinversión, primero habría que identificar si las BigTech restringen la competencia mediante la exclusión de competidores actuales o potenciales o impactan negativamente en los consumidores o si, por el contrario, aumentan la competencia y los consumidores hemos incrementado nuestro bienestar a causa de los nuevos productos y servicios que las BigTech ofrecen.

Mientras que la respuesta a esta pregunta no esté clara, las autoridades de competencia han adoptado una actitud, conservadora pero razonable, de “*wait and see*”. Una multiplicidad de países ha lanzado distintos tipos de iniciativas para intentar comprender las consecuencias generadas por las BigTech, principalmente, en EE.UU., la Unión Europea, Australia, Canadá, Reino Unido, entre otras. En relación con las autoridades de competencia con menores recursos, se espera que sigan los *findings* de las jurisdicciones que mayor experiencia y *know-how* tienen en materia de defensa de la competencia.

RJ: Pensando en un plano más abstracto, ¿cuáles podrían ser los peligros de que existan estas grandes corporaciones?

FRR: Más allá de la cuestión estrictamente *antitrust* (esto es, el impacto de las BigTech en el bienestar de los consumidores), la irrupción de las BigTech ha reanimado antiguos debates políticos y filosóficos. Se argumenta que las BigTech son tan grandes y poderosas, que pueden socavar los fundamentos de la propia democracia. Prueba de ello sería la supuesta intervención de Cambridge Analítica en las últimas elecciones presidenciales en EE.UU. y en el Brexit en el Reino Unido. Esto nos remite a las discusiones en los EE. UU. de los años 40s a 60s, donde existía una corriente que consideraba a los *trusts* (o grandes conglomerados empresariales) como potencialmente en oposición a la democracia. Asimismo, esto reabre el debate sobre los objetivos del derecho *antitrust*, esto es, si su finalidad es proteger el excedente del consumidor (como parecería ser el *mainstream* en *antitrust* desde Robert Bork, Richard Posner y la Escuela de Chicago a finales de los 70s hasta la actualidad) o si tiene otras finalidades adicionales como la preservación de mercados desconcentrados, protección de las pequeñas y medianas empresas, el nivel de empleo, el medio ambiente, etc.

El debate es divertido porque, por un lado, algunos se quejan de que las autoridades de competencia deben ser más laxas en su aplicación de la ley y permitir la creación de “campeones nacionales” que puedan competir en los mercados internacionales contra China y sus empresas estatales (al respecto, ver el rechazo de la Comisión Europea a la fusión Siemens-Alstom y la crítica ulterior por parte de los gobiernos de Francia y Alemania). Por otro lado, otros se quejan de que las autoridades de competencia no han hecho suficiente en el último tiempo y han permitido concentraciones tales como la compra de Whatsapp e Instagram por Facebook o Youtube y Waze por Google.

La discusión está lejos de quedar zanjada. En el supuesto de que se determine la existencia de problemas y se comprenda su naturaleza y extensión, recién ahí corresponde evaluar si el *antitrust* dispone de las herramientas necesarias para resolverlos o si, caso contrario, se requiere una intervención regulatoria (por ejemplo, ordenando la portabilidad de datos de los usuarios para paliar las barreras de entradas a los mercados tecnológicos).

RJ: En los últimos años, las BigTech han recibido fuertes sanciones por la Comisión Europea por conductas anticompetitivas. Muchas de estas sanciones han sido fuertemente criticadas. En especial, el caso de Google Shopping ha generado mucha polémica. En este caso, la Comisión concluyó que los servicios de comparación de precios constituyen un mercado relevante que no incluye las plataformas comerciales. ¿Qué implicancias tiene la definición del mercado relevante en los mercados tecnológicos?

FRR: La mayoría de los casos de competencia, principalmente aquellos de fusiones y de abusos de posición dominante, se ganan o se pierden en función de la definición del mercado relevante que sea adoptada. Hay una natural tensión entre las autoridades de competencia, que desean que el mercado relevante sea definido de la manera más restringida posible y las empresas investigadas que, por el contrario, desean que la definición sea lo más amplia posible para que su poder de mercado se diluya.

Los mercados tecnológicos presentan múltiples complejidades y desafíos a la forma tradicional en que se define el mercado relevante, de las cuales, menciono algunos.

Muchos de los mercados digitales constituyen *two-sided markets/platforms* (por ejemplo, Uber que vincula conductores y pasajeros) o *multi-sided markets/platforms* (por ejemplo, una red de medios de pagos abierta, donde conviven marcas, adquirentes, emisores, tarjeta-habientes y comerciantes), donde participan distintos tipos de usuarios que consumen productos o utilizan servicios distintos que son proporcionados dentro la red o plataforma en cuestión. En algunas situaciones y dependiendo de las particularidades del caso, la autoridad de competencia podrá definir todos los lados como integrantes del mismo mercado relevante y, en otros casos, uno de los lados podrá ser considerado como un mercado relevante en sí mismo dado que dicho servicio no será sustituto desde el punto de vista de la demanda con los servicios ofrecidos en los restantes lados de la red.

Este tema fue analizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Ohio v. American Express* (2018), que, en una ajustada decisión de cinco contra cuatro, determinó que la autoridad de competencia (o el demandante, en su caso) debe realizar un análisis integral de los efectos en todos los lados de la plataforma. Ello pues puede darse el supuesto de que una restricción de la competencia en uno de los lados del mercado, permita generar un aumento de la competencia (y, en consecuencia, una mejora para los consumidores) en los otros lados.

Por otro lado, en muchos casos, el producto ofrecido en uno de los lados del mercado puede ser un *zero-priced good* (por ejemplo, el motor de búsqueda de Google es “gratuito” para los usuarios, o mejor dicho, los usuarios pagamos suministrando nuestros datos y atención), por lo cual, la aplicación del tradicional SSNIP test (o test del hipotético monopolista, por el que se simula la rentabilidad de un pequeño pero significativo aumento no transitorio en los precios) para definir el mercado relevante no siempre será de utilidad.

RJ: En 2019 la agencia de competencia de Alemania (Bundeskartellamt) sancionó por abuso explotativo a Facebook, y le ordenó que en el período de doce meses proporcione una solución técnica que permita a los usuarios optar por no participar en el seguimiento de datos fuera de la cuenta de Facebook ¿Qué es una práctica explotativa y cómo se determina? ¿Cuál es el test estándar que se suele aplicar? ¿Consideras que el caso presenta conflictos de defensa de la competencia?

FRR: Los abusos de posición dominante pueden ser exclusorios o explotativos. Los abusos exclusorios son aquellos que tienen el efecto, actual o potencial, de excluir del mercado a competidores de la firma dominante. Un ejemplo de abuso de posición dominante exclusorio son los precios predatorios que consisten en vender un producto o servicio por debajo del costo por un período sostenido de tiempo con el efecto de excluir la competencia y, una vez logrado ello, elevar nuevamente los precios a un nivel supra-competitivo en perjuicio de los consumidores. En cambio, los abusos explotativos son aquellos que tienen el efecto directo de apropiarse del excedente del consumidor, por ejemplo, a través de precios excesivamente

altos o discriminación de precios. Obviamente, existen situaciones en las cuales una determinada práctica puede ser tanto explotativa como exclusoria, por lo cual, no siempre existe una clara línea divisoria entre los efectos explotativos y exclusorios. Son más bien dos categorizaciones de los efectos del abuso de la posición dominante.

En mayo de 2019 la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha publicado unas Guías sobre abuso de posición dominante de tipo exclusorio, cuya lectura recomiendo, ya que son las primeras de su tipo emitidas en Argentina.

En el caso de Facebook, lo primero que hay que mencionar es que la decisión de la autoridad de competencia alemana fue revocada por la cámara de apelaciones dado que entendió que no era una infracción de defensa de la competencia, sino a todo evento, una potencial infracción a la normativa de datos personales. Asimismo, la cámara de apelaciones entendió que no existía un nexo de causalidad entre la posición de dominio de Facebook y la potencial infracción a la normativa de datos. Es cierto que la infracción del marco de datos por parte de una empresa con posición de dominio podría tener el efecto de reforzar esa posición y de excluir competidores, pero la cámara consideró que la conducta investigada era, en el peor de los casos, una infracción del régimen de datos y la privacidad de los usuarios, pero no un tema de defensa de la competencia, por lo cual revocó la decisión.

RJ: En Argentina hay empresas innovadoras que, en los últimos años, han crecido estrepitosamente y que están en continuo crecimiento. Tal es el caso, por ejemplo, de MercadoLibre. Muchas veces se ha dicho que estas empresas innovadoras suelen avanzar mucho más rápido que lo que el derecho logra regular. ¿Considerás necesario algún tipo de mecanismo de control para dichos tipos de empresa?

FRR: Mi recomendación sería esperar, analizar los hechos y sus efectos con detenimiento y no adoptar medidas apresuradas que puedan desincentivar la innovación. Para que la autoridad de competencia intervenga, debe existir prueba positiva y concreta sobre la existencia de un perjuicio, actual o potencial, a la competencia. La autoridad de competencia

no puede proceder en base a conjeturas o hipótesis, máxime cuando sus decisiones luego deben pasar el tamiz de la revisión judicial.

A nivel internacional, las autoridades de competencia han adoptado algunas nuevas medidas concretas en relación a mercados tecnológicos. Por ejemplo, por primera vez en dieciocho años, la Comisión Europea ha dictado una medida preventiva en un caso de abuso de posición dominante contra la Broadcom para que durante la investigación la empresa cese la conducta presuntamente ilegal. En el caso en cuestión, Broadcom fue acusada de abusar de su posición de dominio en el mercado de semiconductores mediante la firma de contratos de exclusividad y cuasi-exclusividad con sus clientes. Se espera que la Comisión Europea recurra a esta herramienta con mayor asiduidad en casos relativos a mercados tecnológicos que se caracterizan por tener condiciones rápidamente cambiantes, siempre que exista un perjuicio verosímil a la competencia y peligro en la demora.

Por otro lado, algunos académicos han propuesto la adopción de medidas como, entre otras, la posibilidad de revisar transacciones que no generan la obligación de notificar pero que pueden afectar la competencia. Asimismo, se ha propuesto la modificación de los umbrales de notificación para evitar que las adquisiciones de *start-ups* o empresas nacientes con nula o baja facturación, pero con un importante potencial de desarrollo, sean notificables a las autoridades, en particular, si el comprador es una empresa con posición dominante. O se podría crear la obligación de portabilidad de los datos (de manera similar a la portabilidad en telefonía) para reducir los *switching costs* de los usuarios entre las distintas plataformas o redes.

RJ: Por último, considerando que este año se cumplen 25 años de la reforma de la Constitución Nacional (1994), ¿cómo ha evolucionado el derecho *antitrust* a partir de la incorporación, en el artículo 42, de la protección a la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados?

FRR: Desde la reforma constitucional del año 1994 se han sancionado dos leyes de competencia. La primera en el año 1999 (ley 25.156, hoy derogada). La segunda fue dictada en 2018 y es la actualmente vigente ley N° 27.442. Más allá de los avances legislativos, en los hechos los avances han sido lentos.

La ley 25.156 preveía la constitución de un tribunal independiente, lo cual en casi veinte años de vigencia nunca sucedió, desdibujando y tiñendo de incertidumbre el marco institucional. La ley actual también prevé la creación de una autoridad independiente, la cual está en proceso avanzado de constitución.

El verdadero avance en materia de defensa de la competencia se producirá cuando se logre constituir la nueva autoridad y esta sea realmente independiente del Poder Ejecutivo. Asimismo, para que la autoridad genere resultados positivos, deberá ser dotada de los recursos económicos y del capital humano necesario para llevar adelante la difícil tarea que le fue encomendada. Actualmente, Argentina destina muy pocos recursos a sus políticas de defensa de la competencia. Comparativamente en términos porcentuales en función del PBI, Chile destina 18 veces más mientras que Brasil destina 4 veces más que la Argentina a políticas *antitrust*. Para que Argentina equipare el promedio regional, debería aumentar el presupuesto actual de su autoridad en aproximadamente diez veces.

Por último, es necesario crear conciencia y educar tanto a los empresarios como a los consumidores de los beneficios de la libre competencia. Hoy en día existe un consenso internacional indiscutible acerca de la importancia de las políticas de libre competencia que va más allá de la ideología político-económica de los gobiernos. Tal es así que incluso países antiguamente socialistas como China y Rusia tienen agencias muy activas en temas *antitrust*.