



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
1 de mayo de 2019
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo Comisión de Comercio y Desarrollo Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia 18º período de sesiones

Ginebra, 10 a 12 de julio de 2019

Tema 3 a) i) del programa provisional

Cuestiones de competencia en la economía digital

Nota de la secretaría de la UNCTAD¹

Resumen

Las grandes empresas tecnológicas se han introducido en muchos aspectos de la vida de las personas, que van desde la manera de comprar hasta sus interacciones sociales. En 2018, Amazon, Apple, Facebook y Google han desplazado a las empresas de gas y telecomunicaciones de los diez primeros puestos de la lista de las principales empresas mundiales por capitalización bursátil. Aunque esas plataformas digitales ofrecen muchas ventajas, también han adquirido un control considerable de los datos de los consumidores, lo que les confiere poder de mercado y plantea no solo problemas de competencia, sino también preocupación por la protección de los consumidores y su privacidad. Muchos países están estudiando los efectos negativos del poder de mercado de esas plataformas y buscando soluciones para los problemas conexos.

La presente nota se centra en las características especiales de las plataformas digitales y sus repercusiones en el derecho y la política de la competencia. Se identifican los ámbitos del derecho de la competencia que es preciso adaptar a fin de evitar las consecuencias negativas que puedan provocar las plataformas digitales dominantes. En la nota se presentan varias opciones relativas a las políticas de protección y promoción de la competencia en la economía digital.

¹ Nota: La mención de una empresa o un proceso patentado no implica en modo alguno que estos cuenten con el respaldo de las Naciones Unidas.



I. Introducción

1. Los avances tecnológicos han aportado a los consumidores nuevos productos y servicios, a menudo ofrecidos gratuitamente. Las plataformas digitales son el elemento central de esa evolución y han tenido efectos disruptivos en muchos sectores de la economía. Las plataformas proporcionan infraestructura digital para diversos servicios, como mercados en línea (Amazon), tiendas de aplicaciones (Apple), sitios de redes sociales (Facebook) y motores de búsqueda (Google). La implantación de las plataformas no solo repercute en la naturaleza de las transacciones realizadas en ciertos sectores económicos, sino en la capacidad de las empresas para aumentar rápidamente de escala, lo que influye en la estructura de los sectores². Las grandes empresas tecnológicas han modificado el paisaje empresarial mundial. Entre las diez mayores empresas del mundo por capitalización bursátil en 2009 solo había 1 empresa tecnológica y 3 empresas dedicadas al gas y el petróleo. En 2018, en la lista figuraban 5 empresas tecnológicas y 2 empresas de servicios al consumidor, que son a su vez grandes mercados en línea (cuadros 1 y 2).

Cuadro 1

Las diez principales empresas mundiales, 31 de marzo de 2009

(En miles de millones de dólares EE. UU.)

Clasificación	Empresa	Sector	Capitalización bursátil
1	Exxon Mobil	Petróleo y gas	337
2	Petro China	Petróleo y gas	287
3	Walmart	Servicios al consumidor	204
4	Industrial and Commercial Bank of China	Finanzas	188
5	China Mobile	Telecomunicaciones	175
6	Microsoft	Tecnología	163
7	AT and T	Telecomunicaciones	149
8	Johnson and Johnson	Atención de la salud	145
9	Royal Dutch Shell	Petróleo y gas	139
10	Procter and Gamble	Bienes de consumo	138

Fuente: PricewaterhouseCoopers, 2018, *Global Top 100 Companies by Market Capitalization: 31 March 2018 Update* (Londres).

Cuadro 2

Las diez principales empresas mundiales, 31 de marzo de 2018

(En miles de millones de dólares EE. UU.)

Clasificación	Empresa	Sector	Capitalización bursátil
1	Apple	Tecnología	851
2	Alphabet*	Tecnología	719
3	Microsoft	Tecnología	703
4	Amazon.com	Servicios al consumidor	701
5	Tencent Holdings	Tecnología	496
6	Berkshire Hathaway	Finanzas	492
7	Alibaba	Servicios al consumidor	470
8	Facebook	Tecnología	464

² UNCTAD, próxima publicación, *Informe sobre la Economía Digital* (publicación de las Naciones Unidas, Ginebra).

Clasificación	Empresa	Sector	Capitalización bursátil
9	JPMorgan Chase	Finanzas	375
10	Johnson and Johnson	Atención de la salud	344

Fuente: PriceWaterhouse Coopers, 2018.

* Alphabet es la empresa matriz de Google desde 2015.

2. En lo que respecta a sectores específicos, Amazon tenía en el primer trimestre de 2018 más del 90 % de cuota en los mercados de cinco productos, mientras que Facebook lidera las redes sociales, con una cuota de mercado del 68,95 % registrada en febrero de 2019, y Google domina el mercado de los buscadores, con una cuota del 89,95 % en enero de 2019³. El informe preliminar sobre una encuesta relativa a las plataformas digitales realizada por la Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia indica que el 50 % del tráfico hacia los sitios de medios de información en Internet australianos procede de Facebook o Google⁴. El poder de mercado y la posición de dominio de las principales plataformas en ciertos mercados afectan a las pequeñas empresas innovadoras, así como al acceso y la supervivencia de estas en esos mercados. Las plataformas dominantes, como Amazon, Apple y Google pueden poseer y explotar infraestructuras o proporcionar un servicio del que dependen los comerciantes y programadores, que se ven obligados a competir con el proveedor del servicio en esos mercados. Habida cuenta de este contexto, la presente nota se centra en los problemas que plantean las grandes empresas tecnológicas en materia de competencia.

II. Características especiales de las plataformas digitales

3. La Comisión Europea define las plataformas en línea como “empresas que operan en mercados de dos o múltiples partes, que utilizan Internet para facilitar las interacciones entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes, a fin de crear valor al menos para uno de esos grupos”⁵. Las plataformas engloban servicios y actividades como mercados en línea, redes sociales, motores de búsqueda, sistemas de pago y sitios de intercambio de vídeos.

4. Las plataformas digitales cuentan con nuevos modelos de negocio y funcionan con algoritmos concebidos para recopilar y procesar datos, en los que se basarán las decisiones. Las plataformas requieren una elevada inversión en inmovilizado y tienen costos marginales bajos. Las tecnologías necesarias para el almacenamiento y el procesamiento de datos pueden ser costosas, pero, una vez que el sistema se pone en funcionamiento, el tratamiento de datos adicionales tiene un costo marginal bajo, y los datos ayudan a perfeccionar los algoritmos para proporcionar a los consumidores servicios mejores y más personalizados. La estructura de costos se caracteriza por las economías de escala y de alcance, por lo que puede propiciar la concentración del mercado de los macrodatos en manos de unos pocos agentes⁶.

5. Los efectos de red basados en los datos son una de las particularidades de las plataformas digitales. Los efectos de red “hacen referencia al efecto de un nuevo usuario de un bien o servicio en el valor de dicho bien o servicio para los demás usuarios, existentes o potenciales”⁷. Por ejemplo, las personas pueden querer usar la red social de Facebook

³ Véase <https://marketingland.com/amazon-owns-more-than-90-market-share-across-5-different-product-categories-report-241135>, <http://gs.statcounter.com/social-media-stats> y <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/>.

⁴ Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia, 2018, *Digital Platforms Inquiry: Preliminary Report* (Canberra).

⁵ Véase la encuesta en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>.

⁶ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), 2016, Big data: Bringing competition policy to the digital era, DAF/COMP(2016)14, París, 27 de octubre.

⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018, *Datos, algoritmos y políticas: la redefinición del mundo digital* (publicación de las Naciones Unidas, Santiago).

simplemente porque la usan sus amigos. El valor de uso de las plataformas digitales depende directamente del número de usuarios. Esas plataformas se benefician de dos bucles de retroalimentación de los usuarios, a saber: por una parte, una empresa con una amplia base de usuarios puede recopilar más datos con el fin de mejorar la calidad del servicio y, de esa manera, conseguir nuevos usuarios y, por otra parte, las empresas pueden explorar los datos de los usuarios para orientar mejor su publicidad en función de los destinatarios y monetizar sus servicios, obteniendo así fondos adicionales para invertir en la mejora de la calidad del servicio y atraer a más usuarios; esos bucles infinitos pueden dificultar mucho que un nuevo agente consiga competir con el que ya está establecido y tiene una amplia clientela⁸. Por ejemplo, más del 75 % de los consumidores en línea de los Estados Unidos de América compran casi siempre en Amazon⁹. Los datos son un componente indispensable de los modelos de negocio de las plataformas digitales y su control confiere a las plataformas poder de mercado.

6. Las economías de escala y alcance, los efectos de red basados en los datos y el control de los datos crean grandes barreras de entrada. Por ejemplo, Google puede servirse de datos de las búsquedas realizadas por los usuarios para perfeccionar los algoritmos de su motor de búsqueda, mientras que los recién llegados al mercado no disponen de la misma ventaja. La creación de una plataforma que consiga atraer suficiente tráfico en línea supone un reto considerable para quienes acceden al mercado. Incluso si llegan al mercado, las empresas emergentes enseguida deben afrontar la presión de la competencia y pueden acabar siendo compradas por las plataformas dominantes. Desde su fundación en 1998, Google ha adquirido 212 entidades mercantiles, por un valor superior a los 17.000 millones de dólares¹⁰.

7. Las plataformas digitales han puesto en cuestión el enfoque neoclásico de la actividad comercial, que definía como principal objetivo de la empresa privada la obtención del máximo beneficio. Los nuevos modelos de negocio dan prioridad, a corto o medio plazo, al crecimiento sobre los beneficios, es decir, a conseguir el máximo número de usuarios y no de beneficios. Las plataformas dominantes pueden permitirse esa estrategia comercial, dado que los inversores les otorgan margen para soportar pérdidas. Por ejemplo, los inversores permitieron que Amazon creciera sin exigirle que presentara beneficios, por lo que amplió su actividad y afianzó su dominio como mercado de comercio electrónico¹¹.

8. Las plataformas dominantes también se han expandido abarcando actividades conexas, con el fin de tener acceso a más datos. Por ejemplo, Google ofrece gratuitamente su sistema operativo Android a los fabricantes de teléfonos móviles, lo que le permite recopilar y utilizar datos de los usuarios¹². Además, Google ofrece otros muchos servicios, como los de intercambio de vídeos, comparación de precios, computación en nube y servicios de pago en línea, que a su vez le proporcionan más datos de los consumidores, lo que, por una parte, mejora la calidad de los servicios de su buscador y, por otra, aumenta el valor de los datos que vende a los anunciantes para que orienten mejor su publicidad. Google atrae así a usuarios y anunciantes, y aumenta sus ingresos publicitarios. Facebook y Google son las empresas dominantes en la publicidad digital y en 2018, conjuntamente, tenían el 58 % de cuota de un mercado de 111.000 millones de dólares de los Estados Unidos; Amazon, el mayor vendedor minorista en línea del mundo, tiene una cuota de mercado del 4,2 %¹³. Esas cifras ponen de relieve los vínculos fundamentales que existen entre el control de los datos, el poder de mercado y la creciente monetización de los datos a través de la publicidad digital en los modelos de negocio de las plataformas digitales.

⁸ OCDE, 2016.

⁹ Véase <https://www.cnn.com/2017/12/19/more-than-75-percent-of-us-online-consumers-shop-on-amazon-most-of-the-time.html>.

¹⁰ Véase <https://acquiredby.co/google-acquisitions/>.

¹¹ L. Khan, 2017, "Amazon's antitrust paradox", *The Yale Law Journal*, vol. 126, núm. 3, págs. 564 a 907.

¹² Véase <https://www.businessinsider.com/chart-why-google-gives-away-android-2013-12?r=US&IR=T>.

¹³ Véase <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-09-19/amazon-increases-ad-market-share-at-expense-of-google-facebook>.

9. Los estudios de las tendencias del comportamiento indican que cambiar de plataforma conlleva un costo cognitivo, ya que requiere tiempo, esfuerzo, energía y concentración y reflexión; así pues, la competencia no “está a un clic de distancia”¹⁴. Ese hecho refuerza además el dominio y el poder de mercado de la plataforma dominante. Dado que unas pocas plataformas dominantes carecen de competidores, los consumidores tienen pocas posibilidades de elegir y muy escaso control sobre la recopilación y el uso que se hace de sus datos. Esta situación suscita inquietud relativa a la competencia y la protección del consumidor en todo el mundo.

III. Medios para proteger y promover la competencia en la economía digital

A. Adaptación del marco antimonopolio a los retos digitales

10. La rapidez del desarrollo tecnológico ha modificado la naturaleza de los mercados y los modelos de negocio, planteando así algunos problemas en relación con el derecho y la política de competencia, que deben adaptarse a los nuevos modelos de negocio y realidades del mercado. Esa adaptación es indispensable para garantizar que los mercados sean competitivos y disputables.

11. Actualmente, el principal enfoque de la lucha antimonopolio es el criterio del bienestar del consumidor, medido en función de los beneficios o los perjuicios que supone para los consumidores la reducción o el aumento de los precios, respectivamente. En ese marco, no se consideran preocupantes prácticas como la fijación de precios predatorios, que es un elemento fundamental de la estrategia comercial que siguen las plataformas que dominan la venta en Internet para crecer y monopolizar el mercado. Como resultado de esa práctica, los consumidores pagan precios más bajos a corto o medio plazo, hasta que los competidores quedan excluidos del mercado. Posteriormente, pueden aumentar los precios y la oferta disminuir, como consecuencia de la disminución o la desaparición de la competencia. Sin embargo, esas prácticas no se analizan en el marco de la vigilancia antimonopolio, ya que, al principio, la rebaja de precios parece beneficiar a los consumidores. Otro inconveniente de la aplicación del criterio del bienestar del consumidor es que puede resultar complicado analizar los precios en las plataformas de infraestructura para el comercio en línea, debido a las rápidas fluctuaciones de los precios y a la posibilidad que brindan los algoritmos de fijar precios personalizados. Además, el precio no es el criterio más adecuado para analizar la competencia en el ámbito de las plataformas de Internet, dado que muchos de los servicios que ofrecen son gratuitos, aunque, de hecho, los consumidores los pagan proporcionando datos personales. Así pues, ciertas prácticas de las plataformas dominantes o en materia de concentraciones, pueden ocasionar perjuicios a los consumidores, aunque no sea a través de los precios. El bienestar del consumidor, por consiguiente, debería entenderse de manera más amplia, e incluir criterios como la privacidad y la posibilidad de elegir del consumidor, la protección de los datos personales, los costos asociados al cambio y el efecto de captura por las plataformas dominantes.

12. Algunos académicos han propuesto un nuevo enfoque para las investigaciones sobre competencia, centrado en los efectos anticompetitivos derivados del control de los datos personales por parte de las plataformas, mientras que otros sugieren reformas de las políticas de privacidad y competencia, teniendo en cuenta la relación entre la cuota de mercado y el control de los datos¹⁵. Khan (2017) explica que la aplicación del enfoque basado en el bienestar del consumidor no permite detectar los efectos nocivos para la competencia derivados de la economía digital ni evitar que se produzcan, y subraya que, con respecto de las plataformas digitales, es necesario adoptar un enfoque basado en

¹⁴ A. Candeub, 2014, Behavioural economics, Internet search and antitrust, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 9, núm. 3: págs. 407 a 434; Véase <https://www.wired.com/2012/10/google-gets-closer-to-a-court-date/>.

¹⁵ Véase N. Newman, 2014, Search, antitrust and the economics of the control of user data, *Yale Journal on Regulation*, vol. 31 núm. 2: págs. 401 a 454, y F. Pasquale, 2013, Privacy, antitrust and power, *George Mason Law Review*, vol. 20 núm. 4: págs. 1009 a 1024.

procesos, centrado en las barreras de entrada, los conflictos de intereses, la aparición de guardianes de acceso (*gatekeepers*) y los estrangulamientos, el uso y el control de los datos y la dinámica del poder de negociación¹⁶.

13. Es necesario llevar a cabo ajustes en los instrumentos y el marco antimonopolio para poder responder a los retos del siglo XXI. En este sentido, es importante el proceso competitivo, ya que, según se explica, tres preocupaciones (desconfianza con respecto al poder, preocupación por los consumidores y apoyo a las oportunidades para los emprendedores) quedan englobadas en una idea general: la competencia entendida como proceso. El proceso competitivo es el mejor gobierno para los mercados¹⁷.

B. Aplicación de la normativa sobre competencia

1. Definición del mercado de referencia

14. Las plataformas digitales se caracterizan por sus efectos de red y por ser multifacéticas, así como por presentar un nivel elevado de costos de cambio, economías de escala y control de datos, tres aspectos que influyen en la definición del mercado de referencia. En relación con plataformas como Facebook y Google, existe consenso respecto al hecho de que cada parte debe definirse como mercado independiente, en la medida en que los consumidores, los anunciantes, los proveedores de contenidos y demás agentes que participan en ellas no efectúan transacciones entre sí, porque se entiende que el grado de sustituibilidad de los productos no es el mismo en todos los lados de la plataforma; por ejemplo, los anunciantes pueden considerar como sustituibles las redes sociales y los buscadores, mientras que los consumidores no lo consideran así¹⁸. Las pruebas relativas al aumento pequeño, aunque significativo y no transitorio, del precio y de monopolio hipotético se basan en mecanismos de precios y, por tanto, pueden no ser los medios apropiados para ofrecer una definición del mercado de referencia en el caso de las plataformas digitales, ya que estas ofrecen productos o servicios gratuitos a cambio de datos. A la hora de definir un mercado multifacético, los organismos reguladores de la competencia no solo deben considerar las transacciones monetarias, sino también los flujos de datos que se observan en el mercado¹⁹.

15. Los organismos reguladores de la competencia deben emplear criterios adicionales para definir el mercado de referencia en los sectores digitales. Por ejemplo, Alemania revisó su legislación de defensa de la competencia en 2017 a fin de adaptar el marco y los instrumentos jurídicos a las nuevas características de la economía digital, e introdujo una disposición por la que se reconocen como mercado los productos o servicios gratuitos que ofrecen las plataformas, y se establece que la consideración de mercado no quedará invalidada por el hecho de que un bien o servicio se suministre de manera gratuita (artículo 18 2 a)²⁰. En una decisión reciente relativa a Facebook, la Oficina Federal de Cárteles definió el mercado de referencia del producto como “un mercado de red social privada” y en su análisis de la definición de ese mercado incluyó la consideración de los distintos servicios en línea denominados “medios sociales” y sus relaciones competitivas, así como los efectos de red directos y el grado de flexibilidad que pueden tener las plataformas digitales conformadas por los efectos de red para adaptar los productos que ofrecen, y en el resumen del caso señaló que no bastaba con tener “una masa crítica” de usuarios o conocimientos técnicos, financieros y personales para poder entrar en los mercados adyacentes y obtener el mismo éxito que en el mercado original y que cuando se

¹⁶ Khan, 2017.

¹⁷ E. M. Fox, 1981, Modernization of antitrust: A new equilibrium, *Cornell Law Review*, vol. 66, núm. 6: págs. 1140 a 1192.

¹⁸ OCDE, 2016.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Véase https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0024.

modificaba el tipo de servicio ofertado no cabía esperar que este tuviera el mismo alcance, debido a los importantes efectos de red directos²¹.

2. Evaluación del abuso de poder de mercado

16. La evaluación del poder de mercado en el contexto de las plataformas digitales implica analizar distintos criterios. El acceso a los datos y su control son esenciales y confieren poder de mercado, resultado que se ve reforzado por los efectos de red. Por consiguiente, las empresas “compiten *por* el mercado, en vez de competir *en* el mercado, de tal modo que ‘el ganador se lo lleva todo’”²².

17. A raíz de su revisión, la legislación de la competencia de Alemania incluye una disposición sobre los criterios que deben tenerse en cuenta al evaluar la posición de una empresa en el mercado en el caso de redes y mercados multifacéticos, lo que incluye los efectos de red directos e indirectos; el uso en paralelo de servicios de distintos proveedores y los costos que supone para los usuarios cambiar de proveedor; las economías de escala de la empresa derivadas de los efectos de red; el acceso de la empresa a datos que influyen en la competencia; y la presión competitiva de la innovación (sección 18 3 a)).

18. El poder de mercado de una plataforma digital se refuerza además mediante la integración vertical. Las plataformas dominantes, como Amazon y Apple, han emprendido una expansión vertical de su actividad hacia los mercados de suministro y de distribución, y compiten con los comerciantes y los creadores de aplicaciones que usan sus plataformas. Esa expansión aumenta su capacidad para recopilar nuevos datos e incrementa su competitividad, confiriéndoles el papel de guardianes de entrada a las tiendas en línea y los mercados de aplicaciones, de los que son propietarias y usuarias. Esta situación puede suscitar comportamientos de abuso y exclusión por parte de las plataformas dominantes. Por ejemplo, Amazon empezó siendo una librería en línea, pero luego se diversificó y ahora vende música, audiolibros y otros bienes de consumo, y además ha empezado a fabricar y vender sus propias marcas, compitiendo con otros vendedores en su sitio de venta, lo que permite a la plataforma dominante discriminar a los vendedores independientes que son a un tiempo clientes y competidores suyos. Los vendedores dependen de Amazon, ya que realizan la mayor parte de sus ventas en esa plataforma, a pesar de que pagan comisiones que oscilan entre el 6 % y el 50 %²³. La posición cuasimonopolística de Amazon podría dar pie a conductas abusivas, por ejemplo, la fijación de precios predatorios y la discriminación de rivales en la venta minorista.

19. La Comisión Europea y la Oficina Federal de Cárteles de Alemania han iniciado sendas investigaciones sobre Amazon. La investigación de la Comisión se refiere al trato dispensado por Amazon a terceros minoristas y a la posible utilización por la empresa de datos de los vendedores para dar ventaja a los productos que vende directamente²⁴. En noviembre de 2018, la Oficina de Cárteles inició una investigación tendente a determinar si las condiciones comerciales y las prácticas de Amazon con respecto a las empresas que utilizan su plataforma de ventas en Alemania resultan abusivas. Amazon asume un doble papel, en su calidad de mayor vendedor minorista y de mayor sitio de venta en línea de Alemania, por lo que tiene la posibilidad de imponer condiciones que perjudiquen a los vendedores que usan su plataforma y compiten con sus productos. Esa conducta reviste interés a la luz de la normativa alemana de defensa de la competencia por la posición de dominio de que goza Amazon y por la dependencia de los vendedores en línea de esa plataforma²⁵. Para determinar que existe posición de dominio, es necesario definir el mercado de referencia como el mercado de servicios en línea y, si la Oficina de Cárteles adopta una decisión basada en ese mercado de referencia, será la primera vez que un

²¹ Oficina Federal de Cárteles, Alemania, 2019a, Facebook, exploitative business terms pursuant to section 19(1) GWB [Ley de Defensa de la Competencia de Alemania] for inadequate data processing, resumen de caso, 15 de febrero.

²² OCDE, 2016.

²³ Véase <https://www.wsj.com/articles/sellers-need-amazon-but-at-what-cost-1421278220>.

²⁴ Oficina Federal de Cárteles (Alemania), 2018, Bundeskartellamt initiates abuse proceeding against Amazon, Comunicado de prensa, 29 de noviembre.

²⁵ *Ibid.*

organismo de defensa de la competencia reconozca una plataforma de servicios en línea como mercado²⁶. Se establecerá así un precedente para las investigaciones que se realicen en otras jurisdicciones.

20. Un ejemplo reciente de una conducta similar se encuentra en la demanda contra Apple presentada ante la Comisión Europea en marzo de 2019 por Spotify, una plataforma que ofrece servicios de música en línea, que afirma que Apple limita la oferta y asfixia la innovación al actuar al mismo tiempo como juez y parte, lo que le otorga una ventaja injusta y perjudica a otros creadores de aplicaciones²⁷.

21. Wu (2010), que acuñó el término “neutralidad de la red”, puso de relieve los efectos nefastos que había tenido el poder generado por la integración vertical en la historia del sector de las telecomunicaciones en los Estados Unidos y concluyó que el hecho de tener una fuerte participación en más de un nivel de un sector económico suponía para una empresa un conflicto de intereses intrínseco²⁸. Esta observación relativa al sector de las telecomunicaciones es claramente válida en el caso de las plataformas digitales, en particular las que tienen un modelo de negocio basado en la integración vertical.

22. Algunos casos recientes inducen a adoptar un enfoque más flexible a la hora de evaluar el abuso de posición de dominio en la economía digital. Por ejemplo, la decisión de la Oficina Federal de Cárteles de prohibir que Facebook combinara datos de usuarios procedentes de distintas fuentes estableció la relación entre la vulneración de las normas antimonopolio y otros principios y leyes, como los de protección de datos. Se concluyó que Facebook tenía una posición de dominio en el mercado nacional de las redes sociales en Alemania, ya que su cuota de mercado superaba el 95 %. La Oficina de Cárteles también tuvo en cuenta otros factores pertinentes para evaluar su poder de mercado, como el acceso a datos relevantes a efectos de competencia, las economías de escala derivadas de los efectos de red, el comportamiento de los usuarios y el poder conferido por la presión competitiva derivada de la innovación²⁹. El perjuicio a los consumidores reside en la pérdida del control de sus datos personales que son utilizados para establecer perfiles y, en el otro lado del mercado, también se observa un daño a la competencia en los servicios publicitarios, ya que los clientes anunciantes y los competidores se encuentran frente a un proveedor que domina el espacio publicitario en las redes sociales, como Facebook, que cada vez resulta más indispensable para los clientes anunciantes, como pone de manifiesto el rápido aumento del volumen de sus ventas en los últimos años³⁰. La Oficina de Cárteles clasificó este caso como uno de “condiciones leoninas” y, sobre todo, basó su decisión en los principios de protección de datos recogidos no solo en la legislación alemana sino también en la normativa general de protección de datos de la Unión Europea, mientras que, según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, es posible aplicar los principios del derecho civil para determinar si se dan condiciones leoninas en las relaciones comerciales³¹. La Oficina de Cárteles aplicó los principios relativos a la protección de datos al evaluar las condiciones contractuales impuestas por Facebook: a pesar de que, de conformidad con las normas de protección de datos, los usuarios debían poder decidir libremente, sin estar sujetos a coerción, sobre la utilización de sus datos personales, Facebook no obtuvo su consentimiento informado para tratar los datos, puesto que el consentimiento del usuario solo se consideraba efectivo si la provisión del servicio no estaba condicionada a ese consentimiento³². Facebook señaló que este asunto debía haberse considerado como una cuestión de privacidad de los datos, por lo que entraría en el ámbito

²⁶ Véase <https://www.out-law.com/en/articles/2018/december/amazon-competition-case-germany/>.

²⁷ Véase <https://newsroom.spotify.com/2019-03-13/consumers-and-innovators-win-on-a-level-playing-field/>.

²⁸ T. Wu, 2010, *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires* (Alfred A. Knopf, Nueva York).

²⁹ Oficina Federal de Cárteles (Alemania), 2019a.

³⁰ Oficina Federal de Cárteles (Alemania), 2019b, Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, documento de antecedentes, 7 de febrero.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

de competencias de otro regulador³³. A este respecto, la Oficina Federal de Cárteles expuso lo siguiente:

en la economía digital, la recopilación y el procesamiento de datos y las condiciones aplicables al respecto representan una actividad empresarial que afecta en gran medida a la competencia. El acceso a los datos, sobre todo en el caso de las plataformas y las redes digitales, se ha considerado un factor pertinente para determinar el dominio de mercado con arreglo al artículo 18 3 a) de la Ley de Defensa de la Competencia de Alemania. La vigilancia de las actividades de procesamiento de datos de las empresas dominantes es por lo tanto una tarea fundamental de los organismos reguladores de la competencia, que los funcionarios encargados de la protección de datos no pueden desempeñar. En los casos de posición de dominio del mercado, el organismo regulador de la competencia debe tener en cuenta los principios de protección de datos, en particular al determinar si las cláusulas relativas al procesamiento de datos son adecuadas. A este respecto, hay una interrelación entre la normativa sobre competencia y la de protección de datos³⁴.

23. El caso presente pone de relieve dos cuestiones importantes. En primer lugar, es fundamental velar por que las particulares características de las plataformas digitales queden contempladas en la normativa sobre competencia o se tengan en cuenta al aplicarla. En segundo lugar, en la normativa sobre competencia y en su aplicación debe integrarse la interrelación entre el derecho de la competencia, la protección del consumidor y la protección de datos. La interrelación entre esos ámbitos se ve acrecentada por el poder de mercado que adquieren las plataformas digitales al tener acceso a los datos de los consumidores. En el marco de una economía digital basada en datos es preciso adoptar un enfoque más flexible al evaluar el abuso de posición dominante.

24. En 2017, la Comisión Europea impuso a Google una multa de 2.420 millones de euros por haber abusado de su posición dominante, al dar a su propio servicio de comparación de precios una “ventaja ilegal”, y afirmó que Google otorgó “un lugar destacado en los resultados de búsqueda a su propio servicio de comparación de precios, relegando a los servicios rivales”³⁵. La Comisión concluyó que Google impedía la competencia basada en méritos en los mercados de los comparadores de precios, lo que vulneraba las normas de defensa de la competencia de la Unión Europea, según las cuales la posición de dominio en el mercado no es, por sí misma, ilegal, aunque “las empresas dominantes tienen la responsabilidad especial de no abusar de su sólida posición en el mercado restringiendo la competencia, ya sea en el mercado donde son dominantes o en mercados distintos”³⁶. En virtud de la decisión se ordenó a Google “cumplir el sencillo principio de dispensar a los servicios rivales de comparación de precios el mismo trato que a su propio servicio”³⁷. Se trata de un caso similar al del principio de neutralidad de los mercados de telecomunicaciones y el principio de neutralidad de la red que se aplica a los proveedores de servicios de Internet. La Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia añade al requisito de responsabilidad especial la necesidad de aplicar una mayor vigilancia a las empresas con poder de mercado³⁸.

25. El caso suscitó debates entre los abogados especialistas en competencia. Akman (2017) analizó si los hechos encajaban con las tres teorías más probables en materia de abuso, es decir, negativa a comerciar, discriminación e imposición de condiciones, en relación con el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la jurisprudencia correspondiente, y concluyó que, sin descartar completamente alguno de los conceptos y normas fundamentales en los que reposaba el marco de tales abusos, los hechos

³³ Véase <https://www.bbc.com/news/amp/technology-47146431>.

³⁴ Oficina Federal de Cárteles (Alemania), 2019b.

³⁵ Comisión Europea, 2017: Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service, comunicado de prensa, 27 de junio.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Véase <https://www.accc.gov.au/media/video-audio/digital-platforms-inquiry-media-conference>.

del caso no encajaban en esas categorías de abusos³⁹. Ello pone de manifiesto las posibles deficiencias de los criterios aplicados actualmente para analizar el abuso de posición de dominio en la economía digital, según los cuales podría cuestionarse incluso la definición de mercado de referencia. Al tratarse de plataformas multifacéticas, la posición dominante en un lado generalmente potencia la conducta anticompetitiva en el otro. En el caso de Google, se constató su posición dominante en el mercado de los buscadores, mientras que la conducta abusiva se daba en el mercado de los servicios de comparación de precios. Dadas las características de las plataformas digitales, a las autoridades de defensa de la competencia, incluso las más experimentadas, les resulta difícil definir el mercado de referencia, establecer una teoría del perjuicio o determinar el tipo de infracción con arreglo a los marcos jurídicos vigentes en materia de competencia.

3. Examen de las concentraciones

26. Un método fundamental para la evaluación previa de los problemas de competencia que podría suscitar el poder de mercado de las plataformas es el análisis de las concentraciones. Sin embargo, en la mayoría de las jurisdicciones actualmente solo se someten a examen las concentraciones que alcanzan un volumen de negocio o un nivel de activos determinado, sin tener en cuenta el valor que revisten los datos y el control que tienen sobre ellos las partes en la concentración. En la economía digital, los datos son importantes ya que confieren poder a las empresas que los controlan. Dado que en la mayoría de las jurisdicciones la notificación de las concentraciones se basa en determinados umbrales, generalmente basados en el volumen de negocio o de activos, las empresas digitales y las emergentes pueden quedar excluidas de los criterios de notificación, ya que a menudo no alcanzan esos niveles, a pesar de tener un valor elevado.

27. Esos problemas llevaron a la Oficina Federal de Cárteles de Alemania a incluir en la legislación alemana relativa a la competencia un nuevo umbral de notificación en el marco del control de concentraciones, además del criterio universal del volumen de negocios y del primer umbral nacional al respecto. Las transacciones se someterán al procedimiento de control de concentraciones si la operación de adquisición prevista excede los 400 millones de euros, es decir, si el precio de la compra y los pasivos asumidos superan esa cifra (artículo 35, 1 a)). Por consiguiente, en adelante, se deberá notificar a la Oficina de Cárteles la compra de empresas pequeñas, aunque innovadoras y prometedoras, por grandes plataformas, incluso si la empresa más pequeña no alcanza el nivel de 5 millones de euros de volumen de negocios previsto en la legislación nacional, lo que podría suceder a menudo en la economía digital.

28. Idealmente, los organismos reguladores de la competencia deben detectar y eliminar las posibles restricciones de la competencia derivadas de las concentraciones desde un principio, en vez de tratar de corregir las consecuencias perjudiciales para la competencia *a posteriori*, lo que podría resultar difícil, una vez que la empresa ha monopolizado el mercado. En el recuadro se explican los intentos realizados por organismos reguladores de la competencia de creación relativamente reciente en Asia Sudoriental para corregir los problemas derivados de una concentración de empresas. La transacción no alcanzaba los umbrales de notificación establecidos en las jurisdicciones pertinentes, por lo que no fue comunicada a los organismos reguladores de la competencia. Sin embargo, planteaba problemas en materia de competencia en la región, por lo que los organismos tuvieron que analizarla y solucionar los problemas *a posteriori*. Esos casos ponen de manifiesto los retos que supone solucionar los problemas de competencia que surgen después de realizada la concentración, así como la posible investigación de los efectos de esta en la competencia.

³⁹ P. Akman, 2017, The theory of abuse in Google Search: A positive and normative assessment under EU [European Union] competition law, *Journal of Law, Technology and Policy*, 2017, núm. 2: págs. 301 a 374.

Estudio de caso del examen de una concentración en Asia Sudoriental

El 26 de marzo de 2018, Grab, una empresa de Singapur de arrendamiento en línea de vehículos con conductor, adquirió las operaciones y los activos de otra empresa similar, Uber, en Asia Sudoriental, en Camboya, Filipinas, Indonesia, Malasia, Myanmar, Singapur, Tailandia y Viet Nam. En el marco de la transacción, Uber obtuvo el 27,5 % de Grab y su director general se incorporó al consejo de administración de Grab. Las partes no informaron a los organismos reguladores de la competencia de los países interesados porque el importe de la transacción era inferior al umbral de notificación obligatoria o por no existir la obligación de notificar las concentraciones, como sucedía en Singapur.

En Indonesia, el organismo regulador de la competencia decidió que la transacción era una compra de activos, que no conllevaba la transferencia de control de Uber Indonesia a Grab Indonesia, por lo que no se trataba de una concentración, ya que Uber Indonesia mantenía su personalidad jurídica independiente de Grab Indonesia.

La Comisión de la Competencia de Malasia decidió supervisar en detalle el mercado de arrendamiento de vehículos con chófer en Internet, después de haberse efectuado la concentración, en colaboración con la Comisión de Transporte Público por Carretera, a fin de velar por que la transacción no distorsionara la competencia en esos servicios en línea.

La Comisión de la Competencia de Filipinas analizó la transacción para determinar si ocasionaría una reducción significativa de la competencia e impuso medidas cautelares durante el período de examen de la operación, para preservar las condiciones del mercado. La Comisión validó la transacción en Filipinas en agosto de 2018, a condición de que se cumplieran los requisitos de respetar las normas de calidad y precio de los servicios. Se previeron medidas tendentes a resolver los problemas de competencia, como aumentos de los precios o deterioro del servicio, que pudieran resultar de la transacción, y también para garantizar el acceso de nuevos participantes al mercado. La Comisión nombró a fideicomisarios imparciales encargados de vigilar de manera independiente el cumplimiento de los compromisos adquiridos por Grab. En octubre de 2018 la Comisión impuso una multa de 16 millones de pesos filipinos a Grab Filipinas y Uber Filipinas por vulnerar disposiciones fundamentales de la orden de medidas cautelares durante el período de examen de la concentración. En enero de 2019, la Comisión impuso a Grab Filipinas una multa de 6,5 millones de pesos por presentar información incompleta, inexacta e incorrecta a efectos de la vigilancia del cumplimiento de sus compromisos.

La Comisión de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de Singapur inició el 27 de marzo de 2018 una investigación de la transacción para analizar si infringía la Ley de Competencia. Según la Ley, las partes en la concentración no tienen la obligación de informar a la Comisión de la operación, sino que deben evaluarla ellas mismas y decidir si es necesario notificarla. La Comisión concluyó que la transacción reducía sustancialmente la competencia en los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor en Singapur. Una vez efectuada la transacción, Grab consiguió un 80 % de cuota de mercado y aumentó los precios después de que su competidor más directo, Uber, hubo salido del mercado. Los fuertes efectos de red impedían a los nuevos participantes en el mercado alcanzar una escala que resultara viable y crecer en ese mercado. Además, Grab había impuesto cláusulas de exclusividad a las empresas de taxis, las de alquiler de coches asociadas y a los conductores, lo que reducía la capacidad de los competidores potenciales para acceder a los conductores y los vehículos necesarios para su expansión en el mercado. La Comisión impuso a Grab medidas correctivas, que obligaban a que retirara las condiciones de exclusividad impuestas a las empresas de taxi y los conductores y que siguiera aplicando el mismo algoritmo de cálculo de precios que utilizaba antes de la transacción. Para evitar que Grab y Uber absorbieran otros vehículos con el fin de impedir que un nuevo competidor se hiciera con una flota de vehículos, la Comisión exigió que Uber vendiera sus vehículos a un competidor potencial y prohibió que los vendiera a Grab sin la aprobación previa de la Comisión. Por último, la Comisión impuso a Grab y a Uber una multa de 13 millones de dólares de Singapur como medida disuasoria frente a las concentraciones completas e irreversibles perjudiciales para la competencia.

El Consejo de la Competencia de Viet Nam inició una investigación de la transacción en mayo de 2018 y en diciembre de ese año declaró que, tras la adquisición, Grab podría tener una cuota de mercado superior al 50 % en Viet Nam, por lo que debía haber notificado la fusión a las autoridades, de conformidad con la ley de la competencia. En febrero de 2019, el Consejo remitió el expediente al departamento encargado de la competencia y la protección del consumidor en el Ministerio de Industria y Comercio para que continuara la investigación.

Fuentes: Carmudi Insider, 2019, Grab P[hilippines] fined 6.5 million by local antitrust office for submitting wrong data, 29 de enero; Comisión de la Competencia de Malasia, 2018: Malaysia Competition Commission to ensure e-hailing market remains competitive, comunicado de prensa, 28 de marzo; Comisión de la Competencia de Filipinas, 2018: PCC [Competition Commission, Philippines] binds Grab to service quality, price conditions for Uber takeover, comunicado de prensa, 10 de agosto; KPPU [Comisión de la Competencia] de Indonesia, 2018: The acquisition of Uber assets in Indonesia, 26 de abril; Viet Nam Plus, 2019, Vietnamese authorities to probe Grab-Uber deal again, 14 de febrero.

29. En un informe reciente elaborado por el comité especial sobre comunicaciones de la Cámara de los Lores del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se sugiere la posibilidad de evaluar el interés público de las fusiones y adquisiciones de empresas de datos, y se explica que, por una parte, ello crearía incertidumbre en relación con la adquisición de empresas, lo que podría desalentar la inversión extranjera directa. Por otra parte, ello conferiría a la Autoridad encargada de los Mercados y la Competencia más flexibilidad para pronunciarse en favor del interés público. En la actualidad, la jurisprudencia y la legislación de protección del consumidor podrían impedir la intervención de la Autoridad en una adquisición incluso si teme una acumulación excesiva de datos por una plataforma⁴⁰.

C. Regulación

30. Crece la inquietud ante el abuso de poder de mercado de las principales plataformas, el alcance del control que ejercen sobre los datos y el daño que pueden sufrir no solo los consumidores sino la sociedad. Algunas de esas plataformas ya son dominantes y casi indispensables para los consumidores, que prácticamente no tienen posibilidad de elección, tienden a utilizar las mismas plataformas y son reacios al cambio. Esas plataformas a menudo se asimilan a los servicios públicos, en el sentido de que los usuarios no pueden prescindir de ellas, por lo que tienen pocas posibilidades de rechazar sus condiciones de servicio⁴¹. Es necesario seguir reflexionando acerca de si la aplicación de las normas de defensa de la competencia es el método más apropiado o el más apto para solucionar los problemas planteados por las plataformas digitales. En vez de tratar de solucionar los problemas de competencia *ex post* en el marco del derecho de la competencia, quizá resulte más eficaz regular esas plataformas a fin de garantizar el acceso abierto y equitativo de todas las empresas y establecer unas reglas de juego uniformes.

31. Otra preocupación relativa a las plataformas digitales dominantes es la neutralidad. Una forma de garantizar la neutralidad consistiría en aplicar a las plataformas dominantes la noción de servicios esenciales, como en el sector de las telecomunicaciones, donde, a pesar de ser generalmente propietaria o explotar las infraestructuras y tener su propio operador de telefonía fija o móvil, la empresa dominante está obligada a proporcionar acceso a otros operadores de telecomunicaciones a un precio justo. La aplicación de la noción de servicios esenciales podría contribuir a evitar el abuso de posición de dominio por las plataformas que explotan infraestructuras similares, como la tienda de aplicaciones de Apple o el

⁴⁰ Comité Especial sobre Comunicaciones, Reino Unido, 2019, *Regulating in a digital world*, Second report of session 2017–19, 9 de marzo.

⁴¹ *Ibid.*

mercado en línea de Amazon, al tiempo que les permitiría mantener los beneficios de escala⁴².

32. Wu (2010) afirma que las leyes antimonopolio no bastan por si solas para regular el sector de la información; una de las razones es que esas leyes se activan por la manipulación de los precios que paga el consumidor y otros abusos de poder de mercado precisos, aspectos que, según Wu, no son los más problemáticos⁴³. Sugiere que, dado que la intervención *ex post* no está adaptada a la industria de la información, cabría aplicar un enfoque constitucional para afrontar la concentración de poder en la economía de la información, y describe un régimen que persiga el objetivo de limitar y fraccionar el enorme poder que confiere el control de la información, basándose en el principio de separación, a saber, la creación de una sana distancia entre cada una de las principales funciones o capas de la economía de la información⁴⁴. Según ese principio, quienes desarrollan la información, quienes poseen la infraestructura de las redes por las que circula y quienes controlan las herramientas y los puntos de acceso deben estar separados, y la formulación de Wu incluye la regulación del sector, la aplicación de las normas antimonopolio y la autorregulación basada en las normas empresariales, como los tres pilares de aplicación del principio⁴⁵.

33. Un enfoque más estricto consistiría en restringir la actividad de la plataforma dominante en un mercado en el que proporcione la infraestructura y compita con empresas dependientes de ella⁴⁶. Por ejemplo, Amazon vende en su propia tienda y compite con vendedores independientes, por lo que puede excluir o expulsar a competidores aplicando precios predatorios o presentando resultados de búsqueda que dejen en desventaja a sus competidores.

34. Otras propuestas similares han sido formuladas a nivel nacional y regional por gobiernos y organismos de regulación de la competencia. El Parlamento Europeo ha pedido a la Comisión Europea que considere las propuestas de disociar los motores de búsqueda de otros servicios comerciales⁴⁷. En Francia, el Consejo Nacional Digital propuso que se prohibiera la discriminación de proveedores que no estuviera justificada por la calidad del servicio y/o motivos económicos legítimos, y el Gobierno aprobó una ley que obliga a las plataformas a actuar de manera justa: aunque no prohíbe la discriminación, exige que las plataformas informen de manera justa, transparente y clara⁴⁸.

35. Muchos organismos reguladores de la competencia han estudiado los mercados de la economía digital, para entender mejor su funcionamiento. El informe preliminar sobre el estudio de las plataformas digitales realizado por la Comisión de la Competencia y Defensa del Consumidor de Australia ilustra la preocupación de la Comisión acerca del poder de mercado de las principales plataformas como Facebook y Google y su impacto en las empresas de Australia, y la Comisión considera que su fuerte posición en el mercado “justifica un grado más elevado de supervisión regulatoria”⁴⁹. La Comisión propone abordar el poder de mercado de las principales plataformas mediante la adopción de medidas como impedir la instalación del navegador Internet de Google como navegador por

⁴² Khan, 2017.

⁴³ Wu, 2010.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Khan, 2017.

⁴⁷ Parlamento Europeo, 2014, Motion for a resolution on supporting consumer rights in the digital single market, available at http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2014-0286_EN.html?redirect.

⁴⁸ Conseil National du Numérique, 2015, *Ambition numérique: Pour une politique française et européenne de la transition numérique* [informe destinado al Primer Ministro] (París: págs. 58 a 61); Ley núm. 2016-1321 de 7 de octubre de 2016, artículo 49, que puede consultarse en https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=6D0091B86AC5EB08737D2E1A0AF5539D.tplgfr37s_3?cidTexte=JORFTEXT000033202746&idArticle=LEGIARTI000033205188&dateTexte=20161009.

⁴⁹ Comisión de Competencia y Defensa del Consumidor de Australia, 2018, ACCC [Australian Competition and Consumer Commission] releases preliminary report into Google, Facebook and Australian news and advertising, comunicado de prensa, 10 de diciembre.

defecto en los dispositivos móviles, las computadoras y las tabletas; impedir que el buscador de Google sea instalado como buscador por defecto en los navegadores de Internet; encomendar a un organismo de regulación existente o de nueva creación la tarea de investigar, supervisar e informar acerca de la manera en que se clasifica y se presenta el contenido de anuncios y noticias en las grandes plataformas digitales; y fortalecer la legislación relativa a las concentraciones⁵⁰.

36. En el contexto de los mercados digitales, el Gobierno del Reino Unido está examinando si sus medios de defensa de la competencia permiten responder eficazmente a los nuevos retos digitales. En el informe de la Cámara de los Lores se afirma que la autorregulación de las plataformas en línea es deficiente, que el marco regulador vigente está obsoleto y que, si no se actúa, las grandes empresas tecnológicas probablemente adquieran un mayor control de las tecnologías que extraen datos personales o adoptan decisiones que afectan a la vida de las personas⁵¹. En el informe se explica que los proveedores de servicios de plataformas digitales carecen de incentivos para atender a las preocupaciones relativas al mal uso de los datos o a los perjuicios que pueden ocasionar los servicios en línea, también a la sociedad, y recomienda que se impongan obligaciones particulares a las plataformas para garantizar que actúen de manera justa con los usuarios y otras empresas y en interés de la sociedad, y se establezca un regulador que asegure el cumplimiento de las obligaciones⁵².

37. Una idea que ha suscitado vivo debate es la fragmentación de las plataformas digitales dominantes, incluidas las grandes empresas tecnológicas, a fin de atenuar la concentración de poder en una sola plataforma⁵³. Esta cuestión ha rebasado los círculos que se ocupan de la competencia y ha llegado, por ejemplo, a las campañas electorales de algunos países, en forma de propuestas de disgregación de las grandes empresas tecnológicas con el objeto de promover la competencia y salvaguardar las pequeñas empresas⁵⁴.

D. Otras medidas de política

38. Las medidas de política, como la legislación específica aprobada por los ministerios encargados del comercio y la economía, pueden influir positivamente en la competencia en el marco de la economía digital. Por ejemplo, el Gobierno de la India introdujo nuevas normas sobre comercio electrónico en 2018 con el fin de promover la competencia y prevenir las prácticas restrictivas de las plataformas de comercio en línea, como Amazon y Flipkart. Las nuevas normas, que entraron en vigor el 1 de febrero de 2019, prohíben que las plataformas de comercio electrónico vendan productos de empresas en cuyo capital tengan participación; las plataformas tienen la obligación de proporcionar a los vendedores que la utilizan servicios, como los de atención de pedidos, logística, almacenamiento, publicidad y *marketing*, pagos y financiación, en condiciones de igualdad y de manera justa y no discriminatoria; y no se permite que las plataformas encomienden a un vendedor que venda un producto exclusivamente en su sitio de venta⁵⁵. Estas normas se establecieron a raíz de las quejas formuladas por los vendedores e intermediarios en el sentido de que las grandes plataformas de comercio electrónico aprovechaban el control de los inventarios de sus filiales y los acuerdos de venta exclusiva para crear mercados no equitativos que les permitían vender algunos productos a precios bajos⁵⁶. Se espera que las nuevas normas impidan las prácticas anticompetitivas y abusivas, como la aplicación de precios

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Comité Especial de Comunicaciones, Reino Unido, 2019.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Véase D. Dayen, 2017: Big tech: The new predatory capitalism, *The American Prospect*, 26 de diciembre, y T. Wu, 2018, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (Columbia Global Reports, Nueva York).

⁵⁴ Véase <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-03-08/warren-has-plan-to-split-tech-cos-like-amazon-n-y-times-says>.

⁵⁵ Ministerio de Comercio e Industria de la India, 2018: Review of the policy on foreign direct investment in e-commerce, Nota de prensa núm. 2.

⁵⁶ *Reuters*, 2018, India tightens e-commerce rules, likely to hit Amazon, Flipkart, 26 de diciembre.

predatorios por grandes plataformas de comercio electrónico en detrimento de las pequeñas y medianas empresas locales que comercian en línea.

IV. Retos específicos de los países en desarrollo y posibles respuestas

39. En la mayoría de los países en desarrollo los organismos de defensa de la competencia son relativamente recientes y pequeños, y disponen de recursos limitados para afrontar los asuntos de competencia en una economía global cada vez más concentrada. Si se establecieran normas claras para las plataformas mediante la regulación, posiblemente las autoridades de la competencia no necesitarían velar por la aplicación de la ley *ex post*, ya que las regulaciones evitarían de antemano algunos problemas de competencia. Teniendo en cuenta los recursos limitados de los organismos de defensa de la competencia, en particular en los países en desarrollo, vale la pena reflexionar sobre esas medidas regulatorias. Por ejemplo, dado el crecimiento del comercio electrónico, si se establecen políticas y regulaciones adecuadas al respecto en los países en desarrollo, como, por ejemplo, las normas establecidas recientemente en la India para garantizar el acceso abierto de las pequeñas y medianas empresas locales a las plataformas en condiciones justas, esas empresas podrían obtener más beneficios de la economía digital. Las pymes tendrán más oportunidades de crecimiento si pueden acceder en condiciones iguales y justas a las plataformas de comercio electrónico.

40. Otro de los retos de los países en desarrollo concierne el apoyo a las empresas emergentes locales en un mundo digital en el que las pequeñas empresas suelen acabar siendo adquiridas por las grandes. Los países en desarrollo podrían reunirse a nivel regional en marcos comerciales y económicos. Esos acuerdos regionales podrían facilitar el comercio intrarregional y contribuir a la ampliación de los mercados de las empresas locales. Las políticas y las reglamentaciones en materia de comercio electrónico, competencia y protección del consumidor a nivel regional pueden resultar más eficaces frente a las prácticas abusivas de las plataformas digitales globales y las fusiones de empresas digitales, y garantizar mejor que las plataformas dominantes sigan siendo justas y estando abiertas a las empresas locales y regionales y apliquen condiciones justas. En África, hay interés por considerar estas cuestiones en el marco del Acuerdo por el que se Establece la Zona de Libre Comercio Continental Africana. En Asia, la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental podría ofrecer un foro y un marco para la elaboración de normas regionales sobre competencia. La Comunidad del Caribe cuenta con un organismo regional, el Comité de la Competencia, encargado de aplicar la normativa regional en materia de competencia. Por último, en América Latina, la Comunidad Andina y el Mercado Común del Sur pueden facilitar la adopción de medidas regionales frente a los retos de la economía digital.

41. Las plataformas dominantes y los mercados en línea son globales y operan a nivel mundial. Por consiguiente, los esfuerzos a nivel regional deberían ser proporcionales a la escala del impacto que tienen las plataformas de Internet en las economías. Los marcos regionales podrían facilitar el intercambio de experiencias entre los organismos de regulación de la competencia más experimentados y los más recientes de la región. Además, las redes como la Red Internacional de Competencia y organismos internacionales como la UNCTAD, mediante el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, pueden aportar asistencia y apoyo adicionales.

V. Conclusión

42. Los recientes asuntos en materia de competencia ponen de manifiesto la necesidad de adaptar los marcos jurídicos de la competencia y su aplicación a las características y los modelos de negocio de las plataformas digitales. Los casos tradicionales de defensa de la competencia conciernen a la competencia basada en los precios y la obtención de una mayor cuota de mercado en el mismo mercado o en los mercados de proveedores o de distribuidores, mientras que, en la economía digital, la escala y el alcance de los datos

confieren poder de mercado y erigen barreras de entrada frente a los competidores. Las plataformas digitales que controlan los datos de los consumidores tienen la responsabilidad de garantizar la privacidad de los datos, así como el respeto de los derechos individuales a la privacidad y la protección de los datos. Por consiguiente, es necesario adaptar el marco de defensa de la competencia, ampliando el criterio del bienestar del consumidor más allá de las consideraciones relativas al precio y la cuota de mercado, ya que el bienestar no se limita a beneficiarse de unos precios más bajos, sino que incluye también la posibilidad de elegir, la privacidad, la protección de datos y la innovación.

43. Los organismos reguladores de la competencia podrían considerar en primer lugar la necesidad de adaptar el marco aplicable a los asuntos de competencia, y examinar posteriormente si utilizan los medios y análisis adecuados para resolver los retos que plantean en materia de competencia las plataformas dominantes. La realización de estudios y encuestas de mercado permitiría conocer mejor los problemas de competencia en esos mercados. Los organismos deberían analizar el funcionamiento de los algoritmos pertinentes, para lo que quizás deban desarrollar y ampliar sus conocimientos sobre analítica de datos y algoritmos.

44. La aplicación de la normativa de la competencia, la evaluación del abuso de posición de dominio y los controles de la concentración, así como las medidas correctivas deben adaptarse para responder a las características especiales de las plataformas digitales. Muchos países en desarrollo comenzaron a aprobar leyes de defensa de la competencia en los años noventa del pasado siglo, e incluyeron en ellas cláusulas de protección del interés público con el fin de poder tener en cuenta otros objetivos de desarrollo al aplicar el derecho de la competencia y, especialmente, al examinar las concentraciones. En la actualidad podría ser necesario introducir en las leyes de defensa de la competencia disposiciones similares que faciliten la solución de los problemas que plantea la economía digital. Por ejemplo, como se indicó en la presente nota, Alemania ha incluido algunos aspectos de la economía digital, como las plataformas y los servicios gratuitos, en su revisión de la normativa sobre competencia, además de nuevos umbrales relativos a las concentraciones a fin de abarcar la concentración de empresas digitales; y en el Reino Unido, en un informe de la Cámara de los Lores se sugiere la posibilidad de evaluar el interés público de las fusiones y adquisiciones de empresas de datos.

45. Las plataformas digitales se asimilan a los servicios públicos, en el sentido de que los usuarios no pueden prescindir de ellas, y tienen pocas posibilidades de elección, por lo que aceptan sus condiciones de servicio. Cada vez hay mayor interés en abordar la regulación de las plataformas digitales. También hay quienes abogan por la desagregación de las actividades de las grandes empresas tecnológicas con el fin de reducir las barreras de entrada al mercado y eliminar los estrangulamientos de la competencia, al igual que se hizo en el sector energético, aunque en este último caso, las empresas dominantes eran monopolios estatales, mientras que las plataformas digitales son empresas tecnológicas que crecieron hasta convertirse en monopolios privados al aumentar su poder gracias al uso de datos de los consumidores. Hay otras opciones de políticas que los gobiernos podrían considerar.

46. Los monopolios en la economía digital no solo pueden ser nocivos para las economías, sino también para las sociedades y las democracias. Las autoridades de defensa de la competencia de los países desarrollados y en desarrollo deben mantenerse vigilantes y mirar al futuro. La digitalización continuará y penetrará en todos los sectores económicos. Las plataformas digitales son mundiales y afectan la vida diaria de todos los ciudadanos del mundo. Así pues, hay una urgente necesidad de cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia a nivel bilateral, regional e internacional, para abordar los retos que plantea la economía digital y afrontar las consecuencias adversas que puedan derivarse de las plataformas digitales.