

Derecho de la
Competencia en
la Economía
Digital: novedades
para las empresas

TechCompetition

Marzo 2021

ECIJA

TechCompetition

Derecho de la Competencia en la Economía Digital: novedades para las empresas

Dentro de la estrategia digital de la UE, la Comisión Europea se ha marcado como objetivo asegurar que los ciudadanos nos beneficiemos de una economía digital justa y competitiva.

Este objetivo requiere que las normas de competencia sean adecuadas para la economía moderna. La Comisión busca conseguirlo apoyándose en tres pilares:

- La aplicación efectiva del **Derecho de la Competencia clásico** a los mercados digitales;
- Un **nuevo instrumento jurídico** que permita a la Comisión resolver problemas estructurales, cuando el Derecho de la Competencia clásico no puede hacerlo;
- Una regulación *ex ante* de las **plataformas digitales**.

Estas propuestas tendrán consecuencias importantes para las empresas que operan en los mercados digitales. Unas deberán adecuar sus **políticas de cumplimiento** al nuevo entorno de competencia y regulatorio. Para otras, el nuevo marco jurídico puede ser una **oportunidad** de acceder a recursos inaccesibles hasta el momento.

	Derecho de la Competencia actual. Aplicación efectiva a los mercados digitales
	Nuevo Instrumento de Competencia. Herramienta jurídica para solventar problemas estructurales
	Ley de Mercados Digitales. Regulación <i>ex ante</i> de las plataformas digitales que actúen como "gatekeepers"

A continuación, resumimos qué supondrá cada uno de estos pilares para las empresas y en qué estado de desarrollo se encuentran.

1. La aplicación del Derecho de la Competencia en mercados digitales

La Comisión pretende garantizar la competencia en los mercados digitales a través de una aplicación de las **prohibiciones antitrust** de los artículos 101 (acuerdos restrictivos de la competencia) y 102 (abusos de posición de dominio) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"). Sus principales retos son:

1. La posibilidad de coordinación a través de **algoritmos** y su control a través del artículo 101 del TFUE. Algunos casos están sin duda prohibidos como aquellos en los que empresas competidoras se ponen de acuerdo, directamente o a través de terceros, en utilizar algoritmos para la coordinación de precios, como en el asunto Eturas (2016)¹. Pero el *deep learning* y la posibilidad de que los algoritmos *aprendan*

¹ STJ Eturas UAB y otros/Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, C-74/14, EU:C:2016:42.



a coordinarse sin intervención de las empresas que los diseñan, puede plantear nuevos escenarios de colusión tácita (sin acuerdo entre empresas) no cubiertos por la prohibición².

2. La reforma de las normas sobre acuerdos verticales (distribución) en la que el tratamiento de las **restricciones al comercio en línea** ocupará un lugar privilegiado³.
3. El uso de la prohibición de abuso de posición de dominio para **controlar a las Big Tech**. En la actualidad, hay varios asuntos pendientes contra Google, Amazon y Apple que pondrán a prueba la suficiencia de las normas de competencia actuales para abordar nuevas conductas propias del entorno digital (por ejemplo, el acceso masivo a datos)⁴.
4. La negativa de acceso a las **patentes esenciales** a un estándar. Aunque estos asuntos son antiguos, han cobrado una segunda vida con el lanzamiento de 5G. Es de esperar que los nuevos asuntos permitan aclarar las cuestiones que la sentencia Huawei c. ZTE (2015) dejó abiertas, como la de la valoración de las condiciones justas, razonables y equitativas (condiciones "FRAND") para las licencias⁵.

En el **control de concentraciones**, los retos están en la definición de los mercados digitales y el valor estratégico de los datos en esta nueva economía digital:

1. Algunos asuntos recientes como la **compra por parte de Google de Fitbit (2020)** ejemplifican los problemas nuevos que la economía digital plantea en materia de control de concentraciones, entre los que el **acceso masivo a datos** ocupa una posición central.

Aunque Google y Fitbit no son competidores y Fitbit tiene una cuota de mercado limitada en el mercado europeo de los *smartwatches*, a la Comisión le preocupaba el acceso por parte de Google a la información que Fitbit recopila a través de sus *wearables*⁶. La Comisión, después de una segunda fase, ha finalmente aprobado la operación con condiciones.

2. La otra gran cuestión es si el empleo de la **definición de mercado de producto** como herramienta analítica en la evaluación de las concentraciones (también del abuso de posición de dominio) ha dejado de ser adecuada en unos mercados, como los digitales, generalmente muy dinámicos y donde la innovación es el principal parámetro de competencia.

² V. Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers.

³ La Comisión publicará en 2021 su propuesta de nuevo Reglamento (y directrices) sobre Acuerdos Verticales.

⁴ Decisiones en asuntos Google Shopping (AT.39740), Google Android (AT.40099) y Google AdSense, (AT.40411), recurridas al Tribunal General. **Amazon** aceptó compromisos sobre su política de distribución de e-books (AT.40153). Ahora, tiene dos asuntos pendientes más, Amazon Marketplace, (AT.40462) y Amazon Buy Box (AT.40703). Hay varios procedimientos iniciados contra **Apple** por su política del Apple Store (AT.40437, AT.40652 y AT.40716) y Apple Pay (Apple Mobile Payments, AT.40452).

⁵ STJ Huawei Technologies Co. Ltd contra ZTE Corp. y ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477.

⁶ Asunto M.9660.



2. El Nuevo Instrumento de Competencia

La Comisión Europea está valorando crear un **nuevo instrumento jurídico** destinada a garantizar la competencia en situaciones que no pueden ser corregidas con la aplicación de las normas *antitrust*.

El instrumento permitiría a la Comisión identificar y prevenir determinados **"riesgos estructurales"** provocados por conductas unilaterales de empresas no dominantes o en mercados oligopólicos con un mayor riesgo de colusión tácita (por ejemplo, mercados que más transparentes debido al empleo de algoritmos).

Frente a este tipo de "riesgos", el instrumento permitiría a la Comisión Europea imponer **soluciones estructurales** (desinversión, por ejemplo) o **de comportamiento** (restringir determinada actividad económica).

Por el contrario, el instrumento **no contempla que la Comisión imponga multas** (y, en principio, tampoco podría fundamentar reclamaciones de daños).

La Comisión realizó una consulta pública que concluyó el pasado septiembre de 2020. Ahora, la Comisión está trabajando en una propuesta de norma para este instrumento legal.

3. La regulación ex ante de las plataformas: la Ley de Mercados Digitales

La Comisión ha propuesto una **Ley de Mercados Digitales** en paralelo a su propuesta de **Ley de Servicios Digitales**⁷.

La propuesta tiene como objetivo solventar los problemas para la competencia que resultan de que las **plataformas actúen como guardianes de acceso ("gatekeepers")**, haciendo de cuello de botella entre empresas y clientes.

⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital.



La Comisión identificaría a las plataformas que cumplen los **criterios** para considerarse "guardianes de acceso", que son esencialmente tener una posición:

- Económica fuerte, con impacto significativo en el mercado interior y actividades en un número elevado de países de la UE;
- Sólida de intermediadora;
- Arraigada y duradera en el mercado.

Los guardianes de acceso estarían sometidos a una serie de **obligaciones** de acceso:

- A terceros a la plataforma;
- A datos por parte de las empresas usuarias;
- A herramientas e información necesarias para que anunciantes y editores puedan verificar los anuncios alojados por el guardián de acceso.



Los guardianes de acceso tendrían **prohibido** :

- Clasificar más favorablemente sus propios servicios y productos que productos o servicios similares ofrecidos por terceros a través de la plataforma del guardián de acceso;
- Impedir que los consumidores se pongan en contacto con las empresas fuera de la plataforma del guardián de acceso;
- Impedir que los usuarios desinstalen programas o aplicaciones preinstaladas si así lo desean.

La Comisión actualizaría las obligaciones en función de la evolución de los mercados.

La Comisión garantizaría el cumplimiento de la Ley mediante:

- **Multas** de hasta el 10% del volumen de negocios total mundial de la empresa incumplidora;
- **Multas coercitivas** ;
- **Medidas correctoras** , incluidas medidas estructurales (desinversiones) o de comportamiento, en caso de incumplimiento sistemático de las obligaciones de la Ley.

La Ley de Mercados Digitales es todavía una propuesta . Ahora tienen que discutirse y aprobarse por el Parlamento Europeo y el Consejo a través del procedimiento legislativo ordinario, de duración impredecible.

Área de Derecho de la Competencia y la UE

+ 34 91 781 61 60

info@ecija.com



ECIJA

Torre de Cristal
Pº de la Castellana, 259C
28046 Madrid

www.ecija.com