



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
28 de abril de 2021
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo
Comisión de Comercio y Desarrollo
Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho
y Política de la Competencia
19º período de sesiones
Ginebra, 7 a 9 de julio de 2021
Tema 5 del programa provisional

Las leyes, políticas y normativas de defensa de la competencia en la era digital

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

Las plataformas digitales son elementos esenciales de la economía actual, sobre todo desde el comienzo de la pandemia del coronavirus de 2019 (COVID-19), y constituyen un tema clave para los Gobiernos y los organismos reguladores de la competencia de todo el mundo.

Basándose en los debates anteriores de la UNCTAD sobre las cuestiones de competencia en la economía digital, la presente nota ofrece un panorama general de las dificultades que afrontan los organismos reguladores de la competencia para tratar las cuestiones de competencia en los mercados digitales y presenta casos de competencia recientes relacionados con las plataformas en línea, así como las iniciativas legislativas y normativas emprendidas en algunas jurisdicciones. Además, ofrece un análisis comparativo de iniciativas recientes adoptadas por Gobiernos de todo el mundo y formula recomendaciones para los países en desarrollo sobre el tratamiento de las cuestiones de competencia en el ámbito de los mercados digitales.



I. Introducción

1. Los avances tecnológicos han aportado a los consumidores nuevos productos y servicios, que a menudo se les ofrecen gratuitamente a cambio de sus datos. Las plataformas digitales ocupan un lugar central en dicho fenómeno y proporcionan infraestructuras digitales y servicios de intermediación en diversos contextos, como mercados en línea (Amazon), tiendas de aplicaciones (Apple), sitios de redes sociales (Facebook) y motores de búsqueda (Google)¹. Las plataformas digitales son elementos esenciales de la economía digital y han resultado especialmente útiles desde el comienzo de la pandemia.

2. El creciente uso de los servicios en línea durante la pandemia ha permitido que las plataformas digitales se volvieran más grandes y poderosas. En 2020, las plataformas de comercio electrónico Pinduoduo, Meituan Dianping y Shopify entraron por primera vez en la lista de las 100 mayores empresas cotizadas del mundo, y entre marzo y junio de 2020, la capitalización bursátil de las empresas tecnológicas en esa lista había aumentado un 28 % con respecto al período comprendido entre diciembre de 2019 y marzo de 2020². En junio de 2020, 7 de las 10 principales empresas del mundo por capitalización bursátil eran plataformas digitales, de las cuales 2 tenían su sede en China y 5 en los Estados Unidos de América³. Entre enero y septiembre de 2020, el precio de las acciones de Apple aumentó un 50 %, las de Amazon un 64 % y las de JD.com un 96 %⁴. Estos indicadores muestran hasta qué punto las plataformas en línea se han beneficiado de las restricciones a la circulación introducidas en respuesta a la pandemia.

3. El Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, desde 2019, y la Octava Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, celebrada en 2020, han venido analizando las cuestiones de competencia en la economía digital⁵. La presente nota se basa en los documentos y los debates celebrados durante la conferencia y durante los períodos de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos. Las alusiones a los Estados miembros se refieren al correspondiente organismo regulador de la competencia.

II. Iniciativas y novedades recientes en materia de derecho y política de la competencia para la era digital

4. Durante la mesa redonda sobre cuestiones de competencia en la economía digital celebrada durante el 18^a período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia en 2019, múltiples expertos y supervisores expresaron la opinión de que las leyes e instrumentos de competencia existentes eran adecuados para abordar los problemas de competencia derivados del poder de mercado de las plataformas digitales dominantes, y que bastaría con adaptar el conjunto de instrumentos de competencia para resolver esos problemas⁶. Desde entonces, las opiniones se han inclinado levemente a favor de las reformas legislativas y la regulación *ex ante*.

5. El presente capítulo ofrece un panorama general de las dificultades que afrontan los organismos reguladores de la competencia, los casos de competencia recientes y las iniciativas legislativas y normativas emprendidas en algunas jurisdicciones, incluidos países en desarrollo y economías emergentes, frente a los problemas de competencia que surgen en

¹ La mención de cualquier empresa o proceso autorizado no implica el respaldo de las Naciones Unidas.

² Véase <https://www.pwc.com/gx/en/services/audit-assurance/publications/global-top-100-companies.html>.

Nota: Todos los sitios web mencionados en las notas de pie de página fueron consultados en abril de 2021.

³ TD/RBP/CONF.9/4.

⁴ UNCTAD, 2020, *Impact of the COVID-19 Pandemic on Trade and Development: Transitioning to a New Normal* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.20.II.D.35, Ginebra).

⁵ TD/B/C.I/CLP/54; TD/RBP/CONF.9/4.

⁶ TD/B/C.I/CLP/55.

los mercados digitales, a tenor de las investigaciones y la información proporcionada por los organismos reguladores de la competencia de diversos países en desarrollo y economías emergentes, a saber la Argentina, el Brasil, Colombia, Egipto, la Federación de Rusia, Indonesia, Kenya, el Pakistán, el Perú y Turquía, en respuesta a un cuestionario de la UNCTAD⁷.

A. Dificultades que afrontan los organismos reguladores de la competencia en lo referente a la aplicación de la ley en los mercados digitales

6. En esta sección se resumen las dificultades que afrontan los organismos reguladores de la competencia en varios países en desarrollo en lo referente a la aplicación de las leyes de la competencia y otras cuestiones conexas en los mercados digitales, a tenor de la información proporcionada a través de las respuestas al cuestionario de la UNCTAD.

1. Instrumentos adecuados para analizar las prácticas contrarias a la libre competencia

7. Varios organismos reguladores de la competencia, entre ellos los de la Argentina, Colombia, la Federación de Rusia, el Pakistán y Turquía, señalaron la dificultad de utilizar los instrumentos convencionales de defensa de la competencia de los precios y el bienestar del consumidor para tratar las cuestiones de competencia que se plantean en la economía digital. Ello se debe principalmente a las características específicas de los mercados digitales de la multilateralidad, los servicios a precio cero, los efectos de red, las economías de escala y alcance y la importancia del acceso a los datos y su monetización. Los organismos reguladores de la competencia de Egipto, Kenya, el Perú y Turquía indicaron que definir el mercado de referencia y determinar la posición dominante en los mercados digitales resulta especialmente complicado. Varios organismos reguladores de la competencia, entre ellos los del Brasil, la Federación de Rusia, Indonesia, Kenya y Turquía, señalaron que los mecanismos habituales de análisis económico y los instrumentos tradicionales de defensa de la competencia, como la cuota de mercado y la prueba del aumento pequeño pero significativo y no transitorio de los precios (utilizada para definir el mercado de referencia en la apreciación del abuso de posición dominante y el control de fusiones), resultaban insuficientes en los casos relacionados con plataformas digitales. Por ejemplo, el Servicio Federal Antimonopolio de la Federación de Rusia observó las dificultades experimentadas para tratar los casos de abuso de posición dominante relacionados con plataformas digitales, entre otras cosas en lo referente a la autopreferencia y al acceso a la información de los vendedores usuarios de las plataformas y su aprovechamiento en beneficio de los propios intereses comerciales, afectando así a la competencia en los mercados. La Autoridad de la Competencia de Turquía indicó que el análisis de la posición dominante en los mercados digitales se complicaba debido a las características específicas de dichos mercados. La definición de los mercados y la determinación del poder de mercado resultaba especialmente complicada para los instructores, según informaron los organismos reguladores de la competencia de la Argentina, la Federación de Rusia y Turquía.

8. La estructura dinámica de los mercados digitales, los servicios a precio cero, los efectos de red, el vuelco del mercado, los efectos de cautividad y la multiconexión (en este contexto, la práctica consistente en utilizar más de una plataforma digital simultáneamente, como el uso de dos motores de búsqueda distintos al mismo tiempo) son algunos de los factores que requieren un minucioso análisis para definir los mercados y determinar el poder de mercado en los mercados digitales. En algunos casos, no está claro si las plataformas digitales compiten con los comercios tradicionales y con los operadores que no se basan en

⁷ El cuestionario incluía las siguientes preguntas: 1) ¿Qué retos afronta su autoridad en general para tratar las cuestiones de competencia en los mercados digitales?; 2) ¿Ha tomado su autoridad alguna iniciativa en relación con los mercados digitales (casos, normativas, estudios de mercado) durante los últimos tres años? En caso afirmativo, descríbalas; 3) ¿Qué dificultades ha experimentado su autoridad en el diseño, la adopción o la ejecución de las iniciativas mencionadas en su respuesta a la pregunta 2)?

Internet o si crean mercados de referencia independientes. Para dilucidar esta cuestión, es necesario examinarla detenidamente y conocer las dinámicas de mercado. El Consejo Administrativo de Defensa Económica del Brasil señaló los problemas para adaptar la política de la competencia a las particularidades de los mercados digitales, como los efectos de cautividad, sin perder seguridad jurídica. Por ejemplo, una de las dificultades radicaba en identificar las barreras tecnológicas a la multiconexión.

2. Eficiencias, efectos favorables a la competencia e innovaciones

9. Algunos organismos reguladores de la competencia, por ejemplo, los del Brasil, Egipto y Turquía, señalaron la necesidad de aplicar el derecho de la competencia de forma equilibrada para que una actuación administrativa excesiva o insuficiente no frenase la innovación ni la inversión en la economía digital. Sin embargo, en los mercados digitales, el proceso de análisis y cuantificación de las eficiencias suele ser difícil. En ese contexto, el Consejo Administrativo de Defensa Económica del Brasil señaló otro aspecto clave, a saber, la capacidad de actuar de manera eficaz y oportuna en esos mercados para evitar daños a la competencia debido a la naturaleza dinámica y en constante cambio de los mercados. No solo es crucial saber cuándo intervenir sino cómo hacerlo (por ejemplo, a través de medidas correctivas, medidas cautelares o regulación *ex ante*), a fin de mantener la competencia evitando coartar la innovación. Otro factor importante es el diseño de medidas que se ajusten a las particularidades de la economía digital en un contexto de innovación y mayores avances tecnológicos. El carácter transnacional de la economía digital evidencia la importancia de la cooperación entre los organismos reguladores de la competencia de las diferentes jurisdicciones.

10. En el ámbito de las fusiones y adquisiciones, la Autoridad de la Competencia de Egipto aludió a las dificultades que plantea el análisis de las eficiencias de las propuestas de fusión y adquisición en los mercados digitales. Para evaluar las eficiencias dinámicas, como el aumento de la innovación, es preciso contar con un amplio conocimiento y comprensión del sector y de las tecnologías implicadas y hay que formular predicciones pese a la naturaleza impredecible de la innovación. La Autoridad de la Competencia trata de soslayar esas dificultades adquiriendo una mayor comprensión de la tecnología subyacente en el sector y siguiendo de cerca la evolución de los mercados. La Autoridad examina el comportamiento de las empresas y los consumidores e identifica los problemas de consumidores y cómo pueden responder a ellos las empresas. Ello requiere una estrecha cooperación entre las partes que participan en la transacción para proporcionar la información solicitada.

11. El Servicio Federal Antimonopolio de la Federación de Rusia señaló que una de las dificultades era la necesidad de encontrar el equilibrio adecuado entre la protección de la competencia y el respeto de los derechos de propiedad intelectual de las empresas digitales. En las investigaciones en materia de competencia en los mercados digitales, la parte demandada puede argumentar que las prácticas examinadas por la entidad reguladora únicamente constituyen un ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, a los que no cabe aplicar la legislación antimonopolio.

3. Recogida y análisis de datos en las investigaciones en materia de competencia

12. Algunos organismos reguladores de la competencia, como los de Indonesia y Turquía, declararon que, en las investigaciones en materia de competencia relacionadas con los mercados digitales, lo difícil era acceder a datos exactos para llevar a cabo análisis completos y fiables, además de entrar en contacto con las partes implicadas y obtener de estas datos de calidad. Esto es especialmente cierto en el caso de las plataformas multilaterales debido a varios factores, como la multiplicidad de las partes, tanto de consumidores como de vendedores, y el elevado número de usuarios en ambos lados. Además, está la cuestión de la extraterritorialidad; en las investigaciones en las que son necesarios datos de empresas con sede en el extranjero, las notificaciones dirigidas a esas empresas y las solicitudes de información y documentos se envían por conducto de misiones diplomáticas. En determinadas circunstancias, esas solicitudes se rigen por las normas de las comisiones rogatorias (documentos por los que se formula una solicitud a través de un tribunal extranjero para obtener información o pruebas de una persona concreta que se halla dentro de la jurisdicción de ese tribunal) y, por lo tanto, puede que no se faciliten respuestas por escrito

antes de que concluya la investigación, pese al tiempo y el esfuerzo invertidos en el proceso. Las plataformas digitales pueden mostrarse reacias a proporcionar la información solicitada a los organismos reguladores de la competencia al hallarse físicamente ausentes de las jurisdicciones en cuestión.

13. Otros problemas conexos son la insuficiencia de conocimientos especializados para abordar las cuestiones de la competencia que plantean las plataformas en línea, la dificultad para analizar los datos de los mercados digitales y la falta de instrumentos adecuados para identificar las prácticas contrarias a la libre competencia, como señalan, entre otros, los organismos reguladores de la competencia del Brasil, Colombia, Indonesia y Kenya. Por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia ha comenzado a invertir en tecnologías para facilitar la recolección y el análisis de datos, con el fin de dotar a los instructores de casos de competencia de herramientas modernas de análisis de datos y aumentar la eficiencia de las investigaciones. La Superintendencia observó que uno de los retos guardaba relación con la forma en que se recogía y utilizaba la información de las partes interesadas en los estudios de mercado y con el mantenimiento de la confidencialidad al publicar los resultados de las investigaciones, ya que revelar información confidencial podía facilitar las prácticas contrarias a la libre competencia.

14. En resumen, muchos de los problemas que afrontan los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo en los mercados digitales también parecen darse entre muchos de los organismos de los países desarrollados. Sin embargo, para los organismos de muchos países en desarrollo, que cuentan con menos recursos humanos y financieros, es más difícil superar algunos de esos problemas. Además, determinados problemas relacionados con la recopilación de datos, sobre todo en el caso de las plataformas dominantes, pueden ser más acusados en los países en desarrollo, donde las plataformas no tienen presencia física y es posible que algunos mercados no se consideren tan importantes para dichas plataformas.

B. Casos recientes de competencia relacionados con las plataformas digitales

15. En esta sección se describen casos recientes de aplicación del derecho de la competencia y de examen de fusiones en el contexto de las plataformas digitales protagonizados por organismos reguladores de la competencia de países en desarrollo, economías emergentes y países desarrollados.

16. El organismo regulador de la competencia de la Argentina ha examinado casos de fusión y posibles violaciones del derecho de la competencia relacionados con plataformas digitales como Kaizen y Kinexo.

17. El Consejo Administrativo de Defensa Económica del Brasil examinó la adquisición por Naspers del 13 % de las acciones de Rocket Internet en Delivery Hero, la empresa europea de reparto de comida, ya que dicha transacción podía dar lugar a un solapamiento horizontal en el mercado de reparto de comida en línea. El Consejo Administrativo consideró importante vigilar la estrategia de adquisición de empresas de Naspers en el segmento de mercado de referencia, así como los futuros acuerdos de exclusividad con restaurantes, que podían suponer barreras de entrada para los nuevos participantes. La adquisición fue autorizada sin restricciones debido al bajo nivel de concentración resultante de la transacción y a la existencia de suficiente rivalidad y exposición a la libre competencia en ese mercado de rápido crecimiento. El Consejo Administrativo tiene dos investigaciones en curso en materia de competencia, ambas iniciadas en 2019: una analiza los efectos sobre la competencia de la conducta de Google con respecto a la concesión de licencias de su sistema operativo móvil Android en el mercado de sistemas operativos con licencia en el Brasil, y otra versa sobre la posible reproducción por Google de contenidos periodísticos publicados en las páginas web de diferentes medios de comunicación y empresas de información, lo que podría constituir un abuso de posición dominante por parte de Google al aprovechar su elevado número de visitas para atraer publicidad en línea.

18. En Egipto, la Autoridad de la Competencia ha llevado a cabo dos exámenes de fusiones en los mercados digitales en los últimos tres años, una de las cuales fue una investigación preventiva de la adquisición de la empresa regional de servicios de transporte

con conductor Careem por parte del competidor mundial Uber, la cual podía constituir un acuerdo contrario a la libre competencia en virtud del artículo 6 de la ley de competencia. La Autoridad de la Competencia comenzó por dictar una medida cautelar en octubre de 2018 por la que ordenó a los proveedores de servicios de transporte con conductor que le notificasen de antemano cualquier transacción de ese tipo para evitar infringir el artículo 6 y obtener una exención en virtud del artículo 6 2). Las partes cumplieron lo indicado y la Autoridad de la Competencia finalizó su examen en diciembre de 2019, tras lo que obligó a las partes a velar por que, una vez concluida la transacción, ni los viajeros ni los conductores se vieran perjudicados por un aumento de los precios o una disminución de la calidad y la innovación. Los compromisos adquiridos por las partes también fomentaban la entrada de nuevos participantes en el mercado, al exigir al operador establecido que compartiera con ellos sus datos, lo que les permitía competir mejor en el mercado. Debido a la dificultad y complejidad de la evaluación de la eficiencia en ese caso como resultado de sus aspectos digitales, el organismo de regulación de la competencia se reunió con diferentes partes interesadas del mercado digital general, analizó una encuesta de consumo realizada en su nombre por el Centro de Información y Apoyo a las Decisiones y revisó el marco jurídico e institucional que regulaba el transporte en Egipto. Gracias a todo ello, la Autoridad de la Competencia pudo definir el mercado de referencia reflejando de manera realista el mercado del transporte en Egipto y estuvo en situación de analizar las barreras de entrada y las teorías del daño. El segundo examen de la Autoridad de la Competencia versó sobre el acuerdo horizontal entre el proveedor de servicios de reparto Glovo y el importante inversor Delivery Hero, primer proveedor en la región de Oriente Medio y Norte de África. En 2018, Delivery Hero suscribió un acuerdo de accionistas con Glovo que le atribuía una participación minoritaria en la empresa, lo cual le permitía acceder a información delicada a efectos comerciales sobre las operaciones de su competidor en el mercado de Egipto e influir en las decisiones estratégicas de negocio. La decisión de Glovo de abandonar el mercado egipcio pese a haber adquirido una cuota de mercado de entre el 70 % y el 80 % en el competitivo mercado nacional de reparto de comida dio pie a la intervención de la Autoridad de la Competencia, la cual encontró en el curso de su investigación que Delivery Hero había utilizado los derechos que le confería su participación minoritaria de una manera que había llevado a la eliminación de la competencia efectiva⁸. Delivery Hero había obligado a Glovo a abandonar el mercado egipcio, despejando el mercado para Otlob, otra de sus filiales. La intervención de la Autoridad de la Competencia se tradujo en el regreso al mercado de Glovo como competidor, lo que permitió conservar unos 3.000 puestos de trabajo y dejar más espacio para el desarrollo de nuevos competidores.

19. La Comisión de la Competencia de Indonesia ha tratado dos casos de competencia en el mercado digital: uno sobre prácticas discriminatorias e integración vertical por parte de Grab, y otro sobre el bloqueo de Telkom por parte de Netflix.

20. La Comisión de la Competencia del Pakistán revisó el caso de la fusión de Careem y Uber en 2019, dada la gran cuota de mercado de Careem en el Pakistán y la cantidad de datos de los consumidores que poseía la empresa. La Comisión de la Competencia impuso dos condiciones para autorizar la fusión: que Uber otorgara acceso a los datos de los consumidores a los nuevos participantes en el mercado con arreglo a cláusulas y condiciones razonables para evitar un abuso de posición dominante en materia de datos digitales, y que Uber permitiera a los consumidores individuales recuperar sus datos personales y cambiarse a otra plataforma, fomentando así la utilización simultánea de más de una plataforma. La Comisión de la Competencia ha examinado otros casos relacionados con los mercados digitales y los datos, entre ellos, en 2018, la inversión de Ant Group en el banco de microfinanzas Telenor y la adquisición por parte de Alibaba de Daraz, una plataforma de compras en línea que también opera en otros países del Asia Meridional.

21. En la Federación de Rusia, en 2017, el Servicio Federal Antimonopolio llevó a cabo una investigación sobre posibles prácticas contrarias a la libre competencia de Google y llegó a la conclusión de que Google había abusado de su posición dominante en el mercado de las aplicaciones preinstaladas; para restaurar la competencia, Google se vio obligado a revisar sus contratos con los fabricantes de dispositivos móviles para excluir los requisitos contrarios

⁸ Véase <https://www.menabytes.com/eca-glovo-delivery-hero>.

a la libre competencia que restringían la instalación de aplicaciones y servicios de otros desarrolladores⁹. El Servicio Federal Antimonopolio también dictaminó que Apple había incurrido en un abuso de posición dominante, tras lo que adoptó medidas correctivas consistentes en obligar a la empresa a eliminar las disposiciones que le daban derecho a rechazar la inclusión de aplicaciones de terceros en su tienda por cualquier motivo y aseguró que las aplicaciones propias no tendrían prioridad sobre las de terceros.

22. La Autoridad de la Competencia de Turquía indicó que el número de denuncias y las investigaciones resultantes en el contexto de los mercados digitales habían aumentado en los últimos diez años y actualmente constituían una parte importante de su trabajo de aplicación. La Autoridad ha adoptado 3 decisiones en el ámbito de los mercados digitales en los últimos tres años, 2 de las cuales guardan relación con Google, y tiene 5 investigaciones abiertas sobre plataformas digitales, 2 sobre Google y 3 sobre plataformas locales.

23. Esos casos demuestran que los organismos reguladores de la competencia de múltiples países en desarrollo y economías emergentes han desarrollado una activa labor en relación con las prácticas contrarias a la libre competencia y las fusiones y adquisiciones en el ámbito de las plataformas digitales, pese a ciertas dificultades. En algunos casos, los organismos reguladores han encontrado medidas correctivas innovadoras que permitirán mantener la competencia en sus mercados, como, por ejemplo, el examen realizado por la Autoridad de la Competencia de Egipto de la adquisición de Careem por parte de Uber, a raíz de la cual la Autoridad obligó al operador establecido a compartir datos con los nuevos participantes para mantener la competencia en el mercado. Los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo están adaptando los instrumentos existentes y diseñando medidas correctivas para hacer frente a la realidad de los mercados digitales.

24. Los organismos reguladores de la competencia de los países desarrollados han seguido utilizando sus regímenes sancionadores contra las grandes empresas tecnológicas. Algunos, tras un largo período de inacción, han comenzado a poner en marcha investigaciones en materia de competencia sobre las plataformas digitales. Por ejemplo, en los Estados Unidos, en octubre de 2020, el Departamento de Justicia y los fiscales generales de 11 estados presentaron una demanda antimonopolio contra Google, acusando a la empresa de haber mantenido monopolios ilegales a través de prácticas contrarias a la libre competencia en los mercados de anuncios y búsquedas, en lo que constituye la primera demanda de Estados Unidos contra una gran tecnológica en virtud de la Ley Sherman desde el caso contra Microsoft en 1998¹⁰. La Comisión Federal de Comercio se ha propuesto actuar contra los posibles abusos de posición dominante en el mercado por parte de grandes plataformas que intentan eliminar la competencia en los mercados digitales dificultando la entrada a los mismos y eliminando las amenazas competitivas procedentes de prometedoras empresas de nueva creación. Con el fin de comprender mejor la actividad de adquisición de las grandes empresas tecnológicas e identificar las adquisiciones que podrían ser contrarias a la libre competencia y eliminar a nuevos o posibles competidores, en febrero de 2020, la Comisión Federal de Comercio, en virtud de la sección 6 b) de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, emplazó a cinco grandes empresas tecnológicas, a saber, Alphabet, Amazon, Apple, Facebook y Microsoft, a que notificaran las adquisiciones no comunicadas antes a las autoridades antimonopolio y proporcionasen información y documentos sobre los términos, el alcance, la estructura y el propósito de cada transacción¹¹. En diciembre de 2020, la Comisión Federal de Comercio presentó una demanda contra Facebook tras una investigación realizada en colaboración con una coalición de fiscales generales de 46 estados, el Distrito de Columbia y Guam, en la que se acusa a Facebook de “mantener ilegalmente su monopolio de redes sociales gracias a una conducta anticompetitiva de años”, y de haber llevado a cabo una estrategia sistemática para eliminar las amenazas a su monopolio mediante adquisiciones y a través de la imposición de condiciones contrarias a la libre competencia a los desarrolladores de programas informáticos, conducta que “daña la competencia, deja pocas opciones a los consumidores para sus redes sociales y priva a los anunciantes de los beneficios de la competencia”; la Comisión está tratando de conseguir una orden judicial

⁹ Véase <http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=50028>.

¹⁰ Véase <https://www.competitionpolicyinternational.com/too-big-not-to-fail-googles-antitrust-woes/>.

¹¹ Véase <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/02/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies>.

permanente en un tribunal federal que podría exigir, entre otras cosas, que Facebook se deshaga de activos como Instagram y Whatsapp, que no pueda imponer condiciones contrarias a la libre competencia a los desarrolladores de programas informáticos y que deba notificar y solicitar de antemano la autorización de futuras fusiones y adquisiciones¹².

C. Iniciativas legislativas y normativas de los organismos reguladores de la competencia relacionadas con las plataformas digitales

25. Los organismos reguladores de la competencia han adoptado iniciativas normativas y de otra índole para abordar las cuestiones de competencia en los mercados digitales. La presente sección ofrece un panorama general de las enmiendas introducidas en las leyes de competencia para poder abordar los nuevos modelos de negocio de la economía digital, nuevas normativas para las plataformas digitales y otros enfoques menos vinculantes, como las directrices o los estudios de mercado, que han empezado a utilizarse recientemente en todo el mundo.

1. Enmiendas introducidas en las leyes de competencia con miras a su adaptación a las características de los mercados digitales

26. Algunos Gobiernos han introducido o tienen previsto introducir enmiendas en sus leyes de competencia para ajustarlas mejor a las prácticas contrarias a la libre competencia en los mercados digitales, por ejemplo, mediante la introducción y definición de los nuevos conceptos oportunos.

27. En Europa, la primera revisión legislativa para abordar los problemas de competencia relacionados con las plataformas digitales se llevó a cabo en Alemania. La Oficina Federal de Cáteles se ha ocupado de las cuestiones de competencia en ese ámbito, y su objetivo de restaurar y proteger la competencia en los mercados digitales queda patente en las recientes decisiones adoptadas tras las investigaciones sobre Amazon, Apple y Facebook¹³. En septiembre de 2020, Alemania aprobó la décima enmienda a la ley de competencia, con el fin de crear un nuevo marco para abordar la economía digital y las cuestiones de competencia conexas, que entró en vigor en enero de 2021¹⁴. Esta ley de digitalización introduce una nueva categoría de empresas, las empresas con importancia primordial para la competencia entre mercados, a las que se les prohíben determinadas prácticas abusivas. El artículo 19 a) faculta a la Oficina Federal de Cáteles a intervenir en una fase temprana en aquellos casos en que la competencia se vea amenazada por esa nueva categoría de empresas. La Oficina podrá prohibir determinadas conductas de las plataformas conocidas como guardianes de acceso, como la autopreferencia de los propios servicios de una plataforma o impedir que terceras empresas entren en el mercado negándoles el acceso a datos específicos. La enmienda también añade nuevos criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el poder de mercado, a saber, el acceso a datos relevantes para la competencia y el poder de intermediación de una plataforma digital. La Oficina ahora está facultada para ordenar a las grandes plataformas en línea que otorguen acceso a los datos en favor de las empresas que dependen de ellas, a cambio de una remuneración adecuada, y la enmienda garantiza la eficacia de dicha disposición en la medida en que abrevia el proceso judicial. Los recursos contra las decisiones adoptadas por la Oficina Federal de Cáteles en virtud del artículo 19 a) ahora no tienen que pasar por el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, el tribunal de

¹² Véase <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>.

¹³ Véanse https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.html, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_01_2017_audible.html y https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

¹⁴ Alemania, Oficina Federal de Cáteles, 2020, Bundeskartellamt welcomes Economic Affairs Ministry's plans to modernize competition law, 25 de febrero.

primera instancia en todos los demás procedimientos de derecho de la competencia, y pueden presentarse directamente ante el Tribunal Federal de Justicia¹⁵.

28. Algunos países en desarrollo y economías emergentes también han introducido enmiendas en su legislación para regular las plataformas digitales, aunque en febrero de 2021 todavía no habían entrado en vigor. Por ejemplo, China tiene previsto revisar su ley de competencia para aumentar el escrutinio de las plataformas en línea. En enero de 2020, la Administración Nacional de Regulación del Mercado, el organismo regulador de la competencia, publicó un proyecto de enmienda de la ley de competencia que incluía criterios para la consideración del abuso de posición dominante en los mercados digitales, como los efectos de red, las economías de escala, los efectos de cautividad y la capacidad de adquirir y procesar datos relevantes¹⁶. En la Federación de Rusia, el programa nacional sobre la economía digital ha dado lugar a la redacción de una enmienda a la ley de competencia con el fin de incluir nuevos conceptos como las plataformas digitales y los efectos de red, así como nuevos enfoques para abordar las prácticas contrarias a la libre competencia en los mercados digitales¹⁷.

2. Nuevas normativas para las plataformas digitales

29. Algunas jurisdicciones, en lugar de modificar las leyes de competencia, han optado por elaborar nuevas normativas específicas para las plataformas digitales. La Comisión Europea, una de las autoridades más proactivas en el terreno de las plataformas digitales tanto en términos de aplicación como de reformas normativas, adoptó el Reglamento 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, que entró en vigor en la Unión Europea en julio de 2019¹⁸. Para complementar el Reglamento y facilitar su aplicación y su cumplimiento por parte de las plataformas digitales, en diciembre de 2020, la Comisión Europea adoptó unas directrices sobre la transparencia de la clasificación que tienen como objetivo ayudar a las plataformas digitales a cumplir los requisitos previstos en el Reglamento 2019/1150 y a optimizar la forma en que se determinan y presentan a los usuarios profesionales y a los usuarios de sitios web corporativos los parámetros principales que rigen la clasificación¹⁹. La Comisión Europea también está desarrollando un nuevo instrumento de competencia para suplir las lagunas de la normativa europea vigente en materia de competencia y permitir una intervención oportuna y eficaz en relación con los problemas estructurales de competencia en los distintos mercados²⁰. En principio, el nuevo instrumento será similar al instrumento de investigación de mercados de la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y permitirá a la Comisión Europea realizar estudios de mercado más amplios, recabar datos y celebrar consultas informales con los agentes del mercado. Asimismo, la Comisión Europea ha preparado una normativa *ex ante* para las plataformas guardianas de acceso, esto es, una ley de mercados digitales que define los criterios para considerar a una plataforma “guardiana de acceso” y responsabiliza a dichas plataformas en los mercados digitales mediante normas comunes por las que entre otras cosas se prohíbe la autopreferencia por parte de dichas plataformas, que compiten con operadores independientes en sus propias plataformas, y se les exige que no impidan que los usuarios desinstalen programas o aplicaciones preinstaladas. Para garantizar la eficacia de las nuevas normas, el proyecto de legislación prevé sanciones en caso de incumplimiento, con multas de hasta el 10 % de la facturación total anual mundial de una empresa y, en caso de incumplimiento sistemático, la imposición de medidas correctivas adicionales y medidas estructurales, como la desinversión o la disolución de una empresa²¹.

¹⁵ Véase https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html.

¹⁶ Véanse https://res.cloudinary.com/gcr-usa/image/upload/v1578304424/ChinaDraftAMLAmendment_unimm.pdf y <https://www.cnbc.com/2020/11/12/morgan-stanley-chinas-draft-anti-monopoly-rules-impact-on-internet-firms.html>.

¹⁷ Véase <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15345>.

¹⁸ Véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019R1150>.

¹⁹ Véase [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XC1208\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XC1208(01)).

²⁰ Véase https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/index_en.html.

²¹ Véase https://ec.europa.eu/cyprus/news_20201216_2_en.

30. El Japón ha comenzado a adoptar normativas específicas para regular las plataformas digitales. En febrero de 2021, el Japón promulgó la Ley de Mejora de la Transparencia y la Equidad de las Plataformas Digitales, para mejorar la transparencia y la equidad de las transacciones, señalando que las normativas no debían interferir con la innovación digital. El artículo 3 sobre los principios básicos afirma que las plataformas digitales contribuyen a aumentar los beneficios para los usuarios y desempeñan un papel importante en el logro de un desarrollo económico sostenible en el país, por lo que toda medida de mejora de la transparencia y la equidad de las plataformas digitales debe llevarse a cabo principalmente sobre la base de iniciativas voluntarias y proactivas de las propias plataformas, y la intervención gubernamental o a través de otras normativas debe ser mínima de modo que las plataformas digitales puedan ejercitar adecuadamente su originalidad e ingenio. La Ley obliga a las plataformas a: a) ofrecer la información pertinente, incluidas sus cláusulas y condiciones, y notificar de antemano los cambios; b) establecer procedimientos internos adecuados para garantizar la equidad de las transacciones o para resolver los conflictos con los usuarios; y c) presentar memorias anuales de autoevaluación sobre a) y b) al Ministro de Economía, Comercio e Industria. El incumplimiento de esa obligación de información está sujeto a sanción. El Ministro examina y evalúa las memorias, da a conocer los resultados de su evaluación y, si es necesario, puede formular recomendaciones y realizar anuncios públicos; si se sospecha una posible violación de la legislación de la competencia, el caso se remite a la Comisión de Comercio y Competencia de Japón. La Ley se fundamentó en los debates celebrados en la Dirección de Competencia en los Mercados Digitales, creada en el Gabinete en septiembre de 2019, con la participación de la Comisión de Comercio y Competencia del Japón, el Ministerio de Economía, Comercio e Industria y el Ministerio de Asuntos Internos y Comunicaciones²².

3. Directrices

31. Dado el laborioso y largo proceso que conlleva una enmienda legislativa, en los últimos años, muchos organismos reguladores de la competencia han optado por publicar directrices para establecer normas y concretar su postura frente a determinadas conductas de las plataformas digitales.

32. En China, en febrero de 2021, la Administración Nacional de Regulación del Mercado publicó unas directrices antimonopolio sobre la economía de plataformas con el fin de prevenir y frenar los comportamientos monopolísticos de las plataformas en línea y orientarlas para cumplir la legislación nacional de la competencia. Los principios de las directrices son coherentes con la propuesta de enmienda a la ley de competencia. Las directrices pasan revista a las prácticas contrarias a la libre competencia relacionadas con las plataformas digitales, entre las que figuran los acuerdos contrarios a la libre competencia que emplean datos y algoritmos en las plataformas con el fin de recabar o intercambiar información delicada. Además, las directrices incluyen los factores que deben tenerse en cuenta para dilucidar si una plataforma digital ocupa una posición dominante en el mercado o si determinadas conductas podrían constituir un abuso de posición dominante, como una negativa a comerciar sin justificación. Las directrices también hacen referencia a los exámenes de fusiones por parte de China en el ámbito de las plataformas en línea. Las medidas correctivas pueden incluir la cesión de datos, la finalización de acuerdos de exclusividad y la modificación de las reglas o los algoritmos de las plataformas²³.

33. El Japón ha optado por concretar su postura frente a los problemas de competencia en los mercados digitales en el marco del actual régimen jurídico de la competencia mediante la publicación de directrices e informes sobre la cuestión, así como mediante la adopción de normativas específicas para las plataformas digitales²⁴.

²² Véanse <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=502AC0000000038> y https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/pdf_e/documents_200218.pdf.

²³ Véase http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207_325967.html.

²⁴ Véanse <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/December/191217.html>, https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/December/191217_DP.html, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606.html>,

34. En la Federación de Rusia, como anticipo a la promulgación de una enmienda a la ley de competencia y a fin de complementarla, el Servicio Federal Antimonopolio, en el marco de la actual ley de competencia, publicó un documento de recomendaciones sobre las prácticas en el uso de las tecnologías de la información en el comercio, en particular las asociadas con el uso de algoritmos de precios (2019), y otro documento de recomendaciones sobre la detección y prevención de cárteles y otros acuerdos contrarios a la libre competencia en la economía digital (2020), en los que se introdujeron y definieron nuevos términos y conceptos y se describieron las prácticas comerciales legalmente aceptables e inaceptables en los mercados digitales²⁵.

4. Estudios de mercado

35. Un enfoque menos vinculante que el de modificar o introducir normativas ha sido el adoptado por organismos reguladores de la competencia en desarrollo como el Brasil, Colombia, Kenya, Indonesia y Turquía, y por jurisdicciones y países desarrollados como Australia, los Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Europea, que han realizado estudios de mercado y han publicado informes sobre la competencia en los mercados digitales. Esos estudios e informes examinan las prácticas comerciales y los problemas de competencia relacionados con las plataformas digitales dominantes y proponen soluciones al respecto.

36. Tanto si los Gobiernos optan por modificar la legislación de la competencia como si adoptan nuevas normativas o directrices, toda iniciativa legislativa o normativa relativa a las plataformas digitales debe ser favorable a la competencia y facilitar las nuevas entradas. Por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia ha destacado la importancia de la promoción de la competencia para formular normativas favorables a la competencia, crear una cultura de cumplimiento de las normas de competencia entre las empresas digitales y hacer ver los beneficios de la competencia a los jóvenes. La Superintendencia ha llevado a cabo un estudio de mercado sobre las plataformas digitales de emparejamiento de servicios de alojamiento turístico y ha participado en actividades de promoción junto a otras ramas del Gobierno y reguladores y legisladores.

37. La Comisión de la Competencia de Indonesia ha realizado estudios de mercado sobre la economía digital en Indonesia (2017) y ha preparado una nota de políticas sobre las plataformas digitales (2019)²⁶.

38. La Autoridad de la Competencia de Kenya ha otorgado prioridad a la aplicación de la ley en los mercados digitales, que constituye una de sus esferas de atención estratégica, y ha realizado estudios de los mercados digitales, en particular en el sector financiero.

39. En el Pakistán, el reciente aumento de las fusiones y adquisiciones motivadas por los datos en los mercados digitales ha provocado un renovado interés en los mandatos de distintos organismos de regulación con respecto a dichos mercados. La Comisión de la Competencia ha propuesto adoptar un enfoque de colaboración entre las autoridades encargadas de la competencia y los organismos de regulación sectorial para formular un régimen normativo que se ajuste al dinamismo de los mercados digitales, en lugar de regular diferentes aspectos de dichos mercados a través de diferentes instituciones. Sin embargo, ello requiere una gran reorientación de los mandatos y los objetivos estratégicos institucionales, así como amplias consultas para revisar los marcos jurídicos existentes, lo que exige grandes dosis de voluntad política, esfuerzo y tiempo. La Comisión de la Competencia ha participado en las iniciativas puestas en marcha por el Pakistán para garantizar la apertura de los mercados digitales y ha asistido al Gobierno en la elaboración del marco político nacional de comercio electrónico²⁷. En 2020, la Comisión de la Competencia presentó una adición al marco que define los problemas de competencia y protección del consumidor que pueden surgir en el comercio electrónico. La Comisión también ha comenzado a participar en las

<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/October/191031.html> y <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/April/200428.html>.

²⁵ Véanse <https://fas.gov.ru/documents/1-16fb9764-b5c1-48fe-8088-9f3f02144aea> y <https://fas.gov.ru/news/30139>.

²⁶ Véase <https://eng.kppu.go.id/report/> y https://eng.kppu.go.id/wp-content/uploads/DigPlatBrief_FINAL-pdf.pdf.

²⁷ Véase <https://www.commerce.gov.pk/ecommerce-policy-2019/>.

reuniones de la Junta Nacional de Seguridad de la Información y las Telecomunicaciones, a las que acuden las principales partes interesadas para debatir la importancia de la protección de los datos personales y el papel de las plataformas como entidades de adquisición y procesamiento de datos, una importante iniciativa, dado que los modelos de negocio de las plataformas digitales abarcan muchos ámbitos, como la competencia, la protección de los consumidores y la recogida y protección de datos. La economía digital requiere un enfoque político integral por parte de los organismos de regulación sectorial para poder abordar su naturaleza multidimensional.

40. En el Perú, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual está llevando a cabo un estudio de mercado sobre los sistemas de pago para identificar las oportunidades de mejora de las condiciones de competencia en dicho mercado y proponer reformas normativas. El estudio explora el uso de los medios de pago digitales, que contribuyen de manera decisiva a lograr la inclusión digital y financiera.

41. La Autoridad de la Competencia de Turquía se remitió a su reciente labor con miras a la elaboración de un informe sobre digitalización y política de la competencia, una de sus últimas iniciativas de seguimiento de las novedades nacionales e internacionales en el terreno de la economía digital con el fin de configurar la política de la competencia en la era digital. El informe abundará sobre los objetivos de la política de la competencia en la era digital, así como sobre los principios generales que deben guiar la configuración de las actividades de aplicación de la legislación de la competencia en los mercados digitales. En 2020, la Autoridad puso en marcha una investigación sectorial sobre las plataformas de comercio electrónico para examinar los resultados y problemas planteados por el comercio electrónico en el ámbito de la competencia.

D. Consideraciones para una recuperación económica inclusiva

42. Las plataformas en línea ofrecen una oportunidad para que las microempresas y las pequeñas y medianas empresas accedan a los mercados. En el contexto de una recuperación económica inclusiva de la crisis desencadenada por la pandemia, apoyar el acceso al mercado de esas empresas es más importante que nunca, sobre todo en los países en desarrollo. Los organismos reguladores de la competencia deben garantizar la competencia leal en los mercados en línea y la equidad en sus relaciones contractuales con las microempresas y las pequeñas y medianas empresas. Por ejemplo, en la República de Corea, la Ley de Regulación de Cláusulas y Condiciones se aplica a los contratos entre empresas y podría utilizarse para lidiar con las cláusulas y condiciones abusivas impuestas a los comerciantes por las plataformas en línea. La Comisión de Comercio y Competencia de la República de Corea regula las prácticas comerciales desleales, como el abuso de una posición negociadora superior por parte de las empresas no dominantes. El derecho nacional de la competencia no solo regula las infracciones tradicionales en materia de competencia, como el abuso de posición dominante, los cárteles y las fusiones contrarias a la libre competencia, sino también las prácticas comerciales desleales. La principal diferencia entre los casos de abuso de posición dominante y las prácticas comerciales desleales es que, en estas, la Comisión de Comercio y Competencia no tiene que demostrar que la empresa en cuestión goza de una posición dominante en un mercado de referencia. La Ley de Regulación de Monopolios y Comercio Leal establece una lista exhaustiva de prácticas comerciales desleales, entre las que se incluye comerciar con un determinado socio comercial aprovechando deslealmente su posición en el negocio (artículo 23 4))²⁸. Dicha disposición puede invocarse para sancionar el abuso de una posición negociadora superior por parte de las plataformas en línea. El artículo tiene por objeto luchar contra las conductas por las que una empresa explota a un socio comercial valiéndose de su posición negociadora superior. Los organismos reguladores de la competencia pueden utilizar esas disposiciones para hacer frente a los comportamientos desleales de las plataformas en línea, como la imposición de cláusulas contractuales abusivas, el aumento unilateral de las comisiones o la modificación de las condiciones contractuales.

²⁸ Véase https://www.ftc.go.kr/eng/cop/bbs/selectBoardList.do?key=2835&bbsId=BBSMSTR_000000003631&bbsTyCode=BBST11.

43. El mayor problema de muchos países en desarrollo frente a las grandes plataformas digitales parece residir en el tamaño de sus mercados. Las grandes economías emergentes o en desarrollo representan mercados importantes para las grandes plataformas tecnológicas y pueden estar en mejor posición para imponerles normas y sanciones. Sin embargo, la mayoría de los países en desarrollo tienen mercados relativamente más pequeños y les puede resultar más difícil imponer normas o sanciones más estrictas a las plataformas mundiales. Ese obstáculo puede superarse buscando soluciones a nivel regional. Por ejemplo, varias organizaciones económicas regionales han adoptado normas sobre competencia, como el Mercado Común para África Oriental y Meridional, la Comunidad Económica y Monetaria de África Central, la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, la Unión Económica Euroasiática y la Unión Económica y Monetaria de África Occidental. En África, una solución de ese tipo podría enmarcarse en la Zona de Libre Comercio Continental Africana. En Asia, la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental podría reforzar sus iniciativas regionales sobre competencia y avanzar hacia un régimen de competencia regional. En América Latina se podría dar un nuevo impulso a la normalización regional de la competencia dentro de la Comunidad Andina.

III. Análisis comparativo de iniciativas recientes

44. Este capítulo ofrece un análisis comparativo de iniciativas adoptadas por Gobiernos de todo el mundo.

A. Renovación o modificación de los marcos jurídicos y normativos

45. Tal como se indica en el capítulo II, muchos Gobiernos han comenzado a adoptar medidas activas para lidiar con las cuestiones relativas a la competencia en la economía digital. Entre ellas destaca la tendencia mundial a adoptar nuevas normativas específicas o a modificar las leyes de competencia que abordan esas cuestiones, y concretar o ajustar las leyes de competencia vigentes. Dicha tendencia no solo se ha observado en los países desarrollados, sino también en algunos países en desarrollo y en economías emergentes. Por ejemplo, Alemania, China y la Federación de Rusia han modificado sus leyes de competencia para abordar las cuestiones de defensa de la competencia que se han planteado en los mercados digitales. Esas enmiendas han conferido nuevas facultades a los organismos reguladores de la competencia; por ejemplo, la Oficina Federal de Cárteles ahora puede intervenir en una fase temprana de los casos. Las enmiendas también han introducido nuevas categorías de empresas, como las plataformas guardianas de acceso o las empresas con importancia primordial para la competencia entre mercados. Esas empresas estarán sometidas a un mayor escrutinio y tendrán una mayor responsabilidad de mantener su mercado competitivo y abierto a la entrada de competidores. Las enmiendas recientes han servido para enumerar las prácticas que pueden plantear problemas de competencia y han ampliado o concretado el ámbito de aplicación de las leyes de competencia en los mercados digitales.

46. El Japón y la Unión Europea han elaborado nuevas normativas *ex ante* para las plataformas en línea. El Japón entre otras cosas ha establecido nuevas obligaciones de información. En la Unión Europea, la ley de mercados digitales puede considerarse una extensión o un complemento del régimen jurídico de la competencia vigente, ya que identifica a las plataformas guardianas de acceso y les prohíbe determinadas prácticas, como la autopreferencia o impedir que los usuarios desinstalen programas o aplicaciones preinstaladas, con sanciones en caso de infracción.

47. Es de señalar que en la elaboración de las nuevas normativas concurre la intervención de organismos públicos distintos de las autoridades encargadas de la competencia y excede el ámbito de competencia de estas en la medida en que tiene consecuencias para los consumidores y su privacidad. Ello significa que los Gobiernos tienen la intención de regular las plataformas en línea, no sólo por cuestiones de competencia, sino también por otras consideraciones políticas como la protección de los consumidores, la protección de datos y la política industrial digital. En el Japón, el proceso de redacción de la Ley de Mejora de la Transparencia y la Equidad de las Plataformas Digitales fue dirigido por el Gabinete en colaboración con la Comisión de Comercio y Competencia del Japón, el Ministerio de

Economía, Comercio e Industria y el Ministerio de Asuntos Internos y Comunicaciones. En Alemania, donde se modificó la ley de competencia en lugar de introducir nuevas normativas, el proyecto fue preparado por el Ministerio Federal de Asuntos Económicos y Energía en consulta con la Oficina Federal de Cárteles²⁹. La elaboración y aplicación de la ley de mercados digitales en la Unión Europea, además del departamento de la competencia, supone la intervención de mercados interiores, industria, espíritu empresarial y pymes y, redes de comunicación y tecnología.

48. En comparación con las normativas y las directrices, las enmiendas legislativas confieren mayor poder a los organismos reguladores de la competencia y establecen una distinción más clara entre las prácticas comerciales aceptables y las inaceptables, proporcionando seguridad jurídica a las empresas. No obstante, las reformas jurídicas llevan tiempo y requieren un gran esfuerzo de promoción por parte de los organismos reguladores de la competencia, ya que hay que convencer al Gobierno y a los órganos legislativos de la necesidad de modificar la legislación. Al igual que, por ejemplo, en Alemania, hace falta que el mundo académico se implique y realice investigaciones y estudios que demuestren la insuficiencia de la ley vigente y por ende la necesidad de modificarla. En cuanto a las normativas, algunas de las nuevas normativas *ex ante* diseñadas para las plataformas digitales siguen basándose en la autorregulación. Por ejemplo, en el Japón, la Ley de Mejora de la Transparencia y la Equidad de las Plataformas Digitales exige a las plataformas que realicen autoevaluaciones en lugar de imponer sanciones a determinadas prácticas comerciales. Se parte pues de la idea de que las normativas deben aplicarse a través de las iniciativas voluntarias de las plataformas digitales para que estas puedan ejercitar adecuadamente su originalidad e ingenio. Otros regímenes van más allá de la autorregulación y la autoevaluación y prevén sanciones, como la ley de mercados digitales de la Unión Europea. La elección entre las reformas jurídicas y un enfoque menos vinculante de la regulación de las plataformas digitales depende de la tradición y cultura jurídicas de un Estado.

B. Un enfoque menos vinculante: los estudios de mercado

49. Muchos organismos reguladores de la competencia han realizado estudios de mercado e investigaciones sobre mercados digitales específicos y sobre las cuestiones relevantes en materia de competencia. Ello corresponde a un enfoque menos vinculante que el de las reformas jurídicas y la adopción de nuevas normativas. La publicación de directrices sobre las plataformas digitales, observada en todo el mundo, también puede considerarse parte de ese enfoque menos vinculante, y a menudo se produce tras la realización de estudios de mercado. Los estudios son útiles para comprender mejor el funcionamiento de las plataformas digitales e identificar los problemas de competencia en los mercados de que se trate. Sirven para sensibilizar a otros organismos gubernamentales y a las plataformas digitales, las empresas y los consumidores sobre las consecuencias de determinadas prácticas que pueden infringir el derecho de la competencia e incluso las normas de protección de los consumidores y de los datos. De ese modo, ayudan a preparar el terreno para el enfoque más vinculante, es decir, la adaptación de los marcos jurídicos y normativos para abordar los retos identificados, no sólo en el ámbito de la competencia, sino también en el de la protección de los consumidores y de los datos. En ese sentido, los organismos reguladores de la competencia se verían especialmente beneficiados si se decidieran a intercambiar y examinar experiencias, explorar los problemas comunes y obtener información los unos de los otros. También les convendría acceder a los estudios de mercado y a los informes de sus homólogos, ya que podrían inspirarles soluciones propias adaptadas a sus problemas.

IV. Conclusión y recomendaciones para los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo

50. Cada vez hay una mayor conciencia de las limitaciones que tiene centrarse únicamente en la aplicación del derecho de la competencia para resolver los problemas de competencia que plantean las plataformas digitales. Además, se reconoce la necesidad de regular *ex ante*

²⁹ Alemania, Oficina Federal de Cárteles, 2020.

las plataformas para atajar los problemas antes de que surjan con el fin de prevenir determinadas prácticas contrarias a la libre competencia en lugar de esperar a que se produzcan daños a la competencia en el mercado e intentar solucionarlos a continuación, sobre todo porque ello resulta muy oneroso en términos de tiempo y recursos.

51. Para hacer frente a los problemas de competencia en los mercados digitales, algunas jurisdicciones han modificado sus leyes de competencia, introduciendo y definiendo nuevos conceptos e instrumentos de aplicación para suplir las lagunas de los marcos jurídicos y de la aplicación y ajustarse a los modelos de negocio y a las particularidades de las plataformas digitales. Otras jurisdicciones han adoptado normativas o directrices para regular determinados tipos de conductas de las plataformas digitales que afectan a la competencia y a los consumidores, como la autopreferencia.

52. A la hora de elegir si se modifica la ley de competencia o se adoptan normativas o directrices, la decisión de cada Estado depende del sistema jurídico, los recursos y el tamaño de la economía. Las reformas jurídicas requieren cierto trabajo de base para identificar las lagunas, así como estudios de mercado, investigaciones y experiencia de aplicación, y pueden conllevar largos procesos legislativos. Sin embargo, como contrapartida, las reformas legislativas pueden proporcionar una mayor seguridad jurídica y conferir más poder a los organismos reguladores de la competencia. Las directrices sobre plataformas y mercados digitales, como enfoque menos vinculante, pueden ser más fáciles de desarrollar y requieren menos tiempo y esfuerzo para su adopción. No obstante, es posible que las directrices exijan la autorregulación de las plataformas digitales.

53. Los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo se han ocupado activamente de realizar estudios de mercado sobre las plataformas digitales. Dichos estudios pueden ser un instrumento útil para comprender mejor los mercados digitales, el funcionamiento de las plataformas en línea y las consecuencias de determinadas conductas para la competencia, los consumidores y la privacidad. Además, pueden ayudar a identificar los problemas de competencia y protección de los consumidores que existen en el mercado, así como a desarrollar soluciones adecuadas para abordarlos, y en última instancia pueden facilitar la adopción de reformas legislativas o normativas.

54. Ya sea mediante la reforma de las leyes de competencia vigentes o la adopción de nuevas normativas y directrices, los países en desarrollo deben crear mercados digitales equitativos y abiertos para favorecer una recuperación económica inclusiva de la pandemia y contribuir a alcanzar los objetivos del desarrollo económico inclusivo. Las plataformas en línea ofrecen oportunidades de acceso al mercado a las empresas y microempresas y a las pequeñas y medianas empresas locales. Los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo deben adoptar normas y normativas que garanticen que esos mercados son equitativos y abiertos y no dejan de serlo. Deben promover condiciones justas para esas empresas en colaboración con las grandes plataformas para que estas no abusen de su posición negociadora o de su poder de mercado frente a las empresas de menor tamaño. Los organismos reguladores de la competencia también deben informar a esas empresas sobre las normas y normativas de competencia nuevas y existentes, ya que estas quizás no sepan que determinadas prácticas de las plataformas vulneran el derecho de la competencia y es posible denunciar dichos comportamientos ante el organismo regulador de la competencia.

55. Cada vez se reconoce más la necesidad de regular las plataformas en línea y los mercados digitales teniendo en cuenta diversas dimensiones políticas, como la competencia, la protección del consumidor y la privacidad. Es igualmente importante no desalentar la innovación en los mercados digitales y mantenerlos abiertos a la competencia y a la innovación de los nuevos participantes. Las prácticas de las plataformas digitales tienen consecuencias no solo para la competencia, sino también para los consumidores y su privacidad. Por ello es necesario un enfoque integral basado en una estrecha colaboración de las autoridades encargadas de la competencia, la protección del consumidor y la protección de datos.

56. Las normativas y las enmiendas de la legislación en materia de competencia que se mencionan en la presente nota se han introducido recientemente o se promulgarán en breve. Los organismos reguladores de la competencia deben observar sus efectos en la conducta de

las plataformas digitales y en las nuevas entradas, la competencia y la innovación en los mercados digitales en los años siguientes a su introducción.

57. Debido al carácter mundial y transfronterizo de las plataformas digitales, la cooperación internacional es cada vez más importante en la aplicación del derecho de la competencia, como han señalado algunos organismos reguladores de la competencia en sus respuestas al cuestionario de la UNCTAD y en foros internacionales como la UNCTAD, la Red Internacional de Competencia y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

58. Por último, la cooperación regional en el seno de las organizaciones económicas regionales existentes podría ayudar a sus miembros a buscar soluciones colectivas a los problemas comunes, en particular entre los países en desarrollo que se consideran mercados pequeños para las grandes plataformas digitales. En África, la Zona de Libre Comercio Continental Africana es el foro adecuado para actuar conjuntamente, una vez haya entrado en vigor el protocolo sobre competencia del Acuerdo sobre la Zona de Libre Comercio Continental Africana. En Asia, la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental podría reforzar sus iniciativas regionales sobre competencia y avanzar hacia un régimen de competencia regional. En Asia Central y Occidental, la Unión Económica Euroasiática adoptó en 2015 un marco jurídico e institucional para la aplicación del derecho de la competencia a nivel regional y, en 2020, la UNCTAD proporcionó una evaluación de las normas y normativas de competencia. En América Latina se podría dar un nuevo impulso a la normalización regional de la competencia regionales dentro de la Comunidad Andina.
