

D

ERECHO TRANSNACIONAL

L

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA • JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (*Directores*)

Los retos de la economía digital y la propuesta de «Ley de mercados digitales» de la Unión Europea

BEATRIZ JIMENA TAMAYO VELASCO



COMARES
editorial

BEATRIZ JIMENA TAMAYO VELASCO

LOS RETOS DE LA ECONOMÍA
DIGITAL Y LA PROPUESTA
DE «LEY DE MERCADOS DIGITALES»
DE LA UNIÓN EUROPEA



Granada, 2021

© Beatriz Jimena Tamayo Velasco

Editorial Comares, S.L.

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 Albolote (Granada)

Tlf.: 958 465 382

<http://www.comares.com> • E-mail: libreriacomares@comares.com

<https://www.facebook.com/Comares> • <https://twitter.com/comareseditor>

<https://www.instagram.com/editorialcomares/>

ISBN: 978-84-9045-862-4 • Depósito legal: Gr. 1626/2021

FOTOCOMPOSICIÓN, IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: COMARES

SUMARIO

RESUMEN	IX
PRÓLOGO.....	XI
INTRODUCCIÓN	1
ASPECTOS PRELIMINARES.....	3
I. LA ECONOMÍA DIGITAL: LUCES Y SOMBRAS	3
II. PLATAFORMAS, ECOSISTEMAS Y MERCADOS DE DOBLE CARA	8
III. BARRERAS DE ENTRADA Y ALTA CONCENTRACIÓN EN LOS MERCADOS DIGITALES	12
IV. EL ROL DEL <i>BIG DATA</i>	16
V. DINÁMICA DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DIGITALES.....	22
ANTECEDENTES.....	27
I. APLICACIÓN DEL ART. 102 TFUE EN LOS MERCADOS DIGITALES.....	27
1.1. <i>Google</i>	27
1.2. <i>Amazon</i>	37
1.3. <i>Apple</i>	39
II. CONTROL DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS.....	40
III. LÍMITES METODOLÓGICOS.....	46
3.1. Definición de mercado relevante	46
3.2. Poder de mercado	51
3.3. Abuso de posición dominante y efectos anticompetitivos ...	54
3.4. Control de concentraciones de empresas.....	55
UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL	59

ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE «LEY DE MERCADOS DIGITALES» DE LA COMISIÓN EUROPEA	77
I. NATURALEZA JURÍDICA	78
1.1. Derecho de la competencia vs marco regulatorio <i>ex ante</i>	78
1.2. Modelos regulatorios	84
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN	88
2.1. Ámbito de aplicación subjetivo	88
2.2. Ámbito de aplicación objetivo	96
III. OBJETIVOS	100
3.1. Mercados disputables	101
3.2. Mercados equitativos	103
3.3. Mercado interior	105
IV. OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES	107
4.1. Aspectos generales	107
4.2. Contenido material	109
4.3. Obligaciones relacionadas con los datos	114
4.4. Obligaciones de transparencia con anunciantes y editores...	118
4.5. Obligaciones de cumplimiento genérico	121
V. REMEDIOS ESTRUCTURALES	122
VI. APLICACIÓN DE LA DMA	127
6.1. Aplicación pública, competencias de la Comisión Europea y el rol residual de los Estados Miembros	128
6.2. Aplicación privada	132
RECOMENDACIONES	135
1. Incorporar nuevos servicios de plataformas básicas al listado del artículo 2.2	135
2. Considerar el rol de los distintos modelos de negocio y de los ecosistemas en el procedimiento de designación de un guardián de acceso	135
3. Identificar los objetivos de la DMA, especificar el significado de cada uno de ellos y su relación de cada una de las obligaciones o prohibiciones	137
4. Sobreponer una serie de principios generales al catálogo obligaciones y prohibiciones de los artículos 5 y 6	138
5. Fortalecer la aplicación privada de la DMA	141
6. Reforzar el papel de las autoridades nacionales en la aplicación pública	142
7. Reformar del Reglamento 139/2004, de concentraciones de empresas	143
CONCLUSIONES	145
REFERENCIAS	149

RESUMEN

El presente trabajo analiza críticamente la reciente propuesta de Ley de Mercados Digitales de la UE, que pretende prevenir los inconvenientes que originan las sólidas posiciones de dominio alcanzadas por un reducido grupo de firmas que controla el acceso a los nuevos mercados digitales. Para ello, se revisarán previamente los rasgos particulares de estos mercados y los planteamientos de quienes cuestionan la eficacia de las herramientas tradicionales del Derecho de la competencia para resolver estos inconvenientes, así como el panorama que ofrecen otras jurisdicciones. El trabajo se cierra con una serie de propuestas de mejora de los mecanismos contemplados en esta iniciativa europea.

Palabras clave: Mercados digitales, Derecho de la competencia, Ley de mercados digitales, regulación ex ante, big data, GAFAM, mercados disputables y equitativos, guardianes de acceso.

Abstract

This paper critically analyses the recent proposal for an EU Digital Markets Law, which aims at preventing the drawbacks caused by the strong positions of dominance achieved by a small group of firms that control access to new digital markets.

To this end, the particular features of these markets and the approaches of those who question the effectiveness of the traditional tools of Antitrust Law to solve these problems, as well as the panorama offered by other jurisdictions, will be reviewed beforehand. The work is closed with a series of proposals to improve the mechanisms provided for in this European initiative.

Keywords: Digital markets, Antitrust Law, Digital Markets Act, ex ante regulation, Big Data, GAFAM, fair and contestable markets, gatekeepers.

PRÓLOGO

Hablamos de la *sociedad de la información* (utilizando un término acuñado por el sociólogo japonés Yonei Masuda y que se emplea en la normativa de la UE) para referirnos a la etapa que estamos viviendo en el desarrollo de la economía capitalista. Con ello se resalta la preponderancia que han adquirido en las últimas décadas las innovaciones tecnológicas relacionadas con la *información* y el *conocimiento* (las TICs), en la actividad y en las relaciones de instituciones, empresas y profesionales y de los ciudadanos, entre todos ellos y con ellos mismos.

Todo comenzó en la década de los 80 del siglo pasado con la aparición de los primeros ordenadores personales (los PCs, originariamente concebidos por IBM), con sus sistemas operativos (desarrollados por *Microsoft*) y sus programas simplificados, que hicieron accesibles estas máquinas —hasta entonces reservadas a las grandes empresas e instituciones—, por coste y facilidad de manejo, a las PYMEs y demás profesionales y, poco después, a los simples ciudadanos, facilitando las tareas de todos ellos, incluido el entretenimiento. Continuó en los 90 con la generalización de la telefonía móvil, el correo electrónico y el nacimiento de Internet y las innovaciones en *hardware* —mejora de las prestaciones de los PCs, aparición de portátiles y, ya en el siglo *xxi*, con PDAs, *smartphones*, *tablets*, etc.— y *software* —desarrollo de nuevos y mejores

programas y *apps*—, que favorecieron la conexión y comunicación interpersonal, y ha culminado —de momento— con la aparición de *plataformas electrónicas* controladas por empresas creadas *ad hoc* y que han tenido un desarrollo extraordinario, con servicios de búsqueda (*Google*), de relaciones sociales (*Facebook*), tiendas de apps (*Apple*), suministro de productos (*Amazon*) o, entre otros, de intermediación, en el marco de lo que se ha venido llamando la *economía colaborativa*, que permite la consecución de bienes o servicios facilitados, aunque no siempre, por otros (empresas o simples particulares): alojamiento turístico (*Airbnb*), transporte (*Uber*, *Cabify*, *BlaBlacar*), venta de bienes de segunda mano (*eBay*, *Wallapop*), restauración a domicilio (*Uber Eats*, *Glovo*, *Deliveroo*), etc. Las nuevas tecnologías se han convertido asimismo en un cauce muy importante para recibir información, leer prensa y obtener contenidos digitalizados, que en algunos sectores están desplazando a los soportes materiales hasta entonces tradicionales (prensa escrita, discos, libros, películas, etc.), así como para ejercitar derechos, realizar transacciones económicas y pagos (comercio y pago electrónicos).

La actual pandemia del Covid-19 ha servido para valorar los aspectos sin duda positivos que presenta la *sociedad de la información*, que han permitido paliar las restricciones a las relaciones interpersonales impuestas por la situación y las autoridades sanitarias, que en otros momentos históricos no habrían podido superarse: desde el teletrabajo hasta la enseñanza a distancia mediante plataformas de *streaming*, pasando por las relaciones sociales usando redes sociales (*WhatsApp*, *Facebook*, *Instagram*, *Tinder*, etc.) y la adquisición de bienes y servicios, mediante comercio electrónico y recurriendo frecuentemente a algunas de las plataformas electrónicas ya mencionadas.

Estos aspectos positivos de la nueva *socio-economía digital*, sin embargo, no ocultan otros bastante inquietantes, particularmente los abusos que con toda evidencia han y siguen protagonizando alguna de las empresas que controlan las nuevas plataformas electrónicas, a los que de manera muy gráfica se las denomina ya

como *guardianes de acceso* (*gatekeepers*), en relación con el uso indebido de *big data* o con determinadas prácticas de exclusión, como la auto-preferencia (*self-preferencing*), entre otras conductas irregulares. Esta situación, reiteradamente denunciada, ha venido originando en diversas jurisdicciones (entre ellas la UE), generalmente utilizando las herramientas que proporciona el Derecho de la competencia (relativas al *abuso de posición dominante*), diversos procedimientos por las autoridades de este ámbito contra algunas de estas empresas, algunos ya culminados en fase administrativa, pero otros pendientes de instrucción y, en todo caso, de lo que acaben finalmente señalando los tribunales. A ello se ha unido en 2020, en la parte más cruda de la pandemia del C6vid-19, diversas iniciativas tendentes a conjurar estos aspectos mediante la implementaci6n de nuevos instrumentos, entre los que sin duda destacan la habida en Estados Unidos, en la *Subcomisi6n de Antitrust* de la C6mara de Representantes, y la propuesta de la Comisi6n Europea de sendas «leyes» (en realidad reglamentos) de servicios digitales y mercados digitales. Con todo, ambas propuestas divergen en cuanto a la metodología a utilizar. Mientras la norteamericana aboga por perfeccionar e incrementar la aplicaci6n del Derecho de la competencia (*antitrust*) a estas empresas, la europea propone nuevos mecanismos de regulaci6n con control *ex ante* de los *gatekeepers* que impidan la indebida consolidaci6n de posiciones de poder y eviten, en cualquier caso, las pr6cticas abusivas en relaci6n con consumidores y usuarios profesionales de las plataformas.

Este es el *background*, de «rabiosa actualidad» como diría un periodista, en el que se mueve esta excelente monografía. Aunque el objetivo finalmente perseguido es analizar críticamente la propuesta europea de *Ley de mercados digitales* (la llamada *Digital Market Act*), a la que acabo de referirme, la autora consider6 con buen criterio que este análisis no era hacedero sin precisar previamente determinadas cuestiones y analizar sus antecedentes en la actual UE y en otras jurisdicciones. Así deben entenderse los capítulos 2 a 4.

En el capítulo 2 se analizan con agudeza las características, con sus luces y sombras, de la nueva economía digital, entre las que la autora destaca: la configuración de los mercados digitales como *mercados de doble cara* —por ejemplo, una para los consumidores, a los que frecuentemente, en los llamados *mercados de atención*, se ofrecen servicios (de búsqueda, relaciones sociales, etc.) de forma (solo aparentemente) gratuita, y otra para los usuarios profesionales—, con efectos de red en la fijación de precios, atendiendo al lado de la demanda que sea más inelástica; fuertes barreras de entrada; el rol importante que juega aquí el manejo de los *big data*, que la propia actividad de cada plataforma permite recopilar al *gatekeeper* de sus usuarios y explotar comercialmente en su exclusivo provecho, y, finalmente, su carácter fuertemente concentrado.

En el capítulo 3 se analizan los antecedentes en la lucha contra los abusos en la economía digital en el marco del tradicional Derecho de la competencia en la UE, repasándose diversos procedimientos, en fases distintas, emprendidos contra alguno de estos *gatekeepers* (*Google*, *Amazon* y *Apple*), sobre la base del art. 102 del TFUE, así como la aplicación a estas empresas, donde han sido muy frecuentes las operaciones de M&A (la autora destaca el dato de que estas compañías, a las que hay que añadir a *Apple*, han realizado más de 500 operaciones de este tipo desde 1998), del régimen de control de la concentración de empresas. El capítulo se cierra con una interesante reflexión sobre las insuficiencias de estos mecanismos tradicionales cuando se aplican a la economía digital, enlazando con alguno de los planteamientos adelantados en el capítulo anterior (y que, sobre todo, a mi juicio, se evidencia en la ineficacia del sistema de control de concentración de empresas, que ha sido incapaz de paliar la creciente concentración de estos mercados vía adquisiciones de empresas).

El capítulo 4 repasa la experiencia internacional en estos aspectos, tanto en procedimientos como en informes de autoridades, prestando especial atención a los análisis, a los que ya nos hemos

referido, del *Subcomité de Antitrust* de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos.

El capítulo 5, punto central de la obra, realiza un minucioso examen de la propuesta de *Ley de mercados digitales* de la Comisión Europea, examinando críticamente su naturaleza (ya se ha señalado que se trata fundamentalmente de establecer un marco regulatorio con controles *ex ante*); su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo; sus finalidades —en el ámbito del mercado interior asegurar que los mercados digitales, como sucede en otros mercados, sean disputables y equitativos—; las obligaciones y prohibiciones que se establecen para evitar abusos; los posibles remedios estructurales, previstos para los casos de contumacia y, finalmente, la aplicación pública —contemplada en la propia norma— y privada de la *Ley de mercados digitales* —de momento no prevista pero evidentemente posible y plausible para asegurar su plena efectividad y el resarcimiento a los perjudicados—.

El último capítulo de la obra, inusual en este tipo de trabajos, pero muy valioso, se cierra con una serie de recomendaciones al legislador europeo, de cara al perfeccionamiento de la *Ley de mercados digitales* durante su proceso de aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo, en conexión con las deficiencias que la autora, con gran perspicacia, ha ido observando en su estudio.

Estamos en presencia, en definitiva, de una obra sobre tema de gran transcendencia. Es además excelente en su factura, escrita en un estilo muy claro y sintético, pese a la complejidad de los temas que se abordan, con un buen manejo de la teoría económica, imprescindible en este tipo de trabajos, y de la literatura disponible, y con una madurez y un criticismo que sorprende dada la juventud de la autora, que apenas está ahora iniciando como doctoranda en nuestra vieja Universidad, lo que se augura como una fructífera carrera de dedicación a la investigación. En estos tiempos procelosos que nos está tocando vivir, con una tremenda crisis social y de valores, que también y particularmente afecta a las universidades, reconforta ver personas con la vocación, la actitud,

la laboriosidad y la voluntad de excelencia de Jimena Tamayo que, como decía el célebre poema de Kipling, tienen como lema «*hold on!*».

Valladolid, septiembre de 2021

Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de
Valladolid



COMARES
editorial

ISBN 978-84-9045-862-4



9 788490 458624