

VANGUARDIA ALEMANA EN LIBRE COMPETENCIA. COMENTARIO AL PROYECTO DE LEY DE DIGITALIZACIÓN (GWB-10)

Germán Johannsen

Vanguardia Alemana en Libre Competencia. Comentario al Proyecto de Ley de Digitalización (GWB-10)

Junio 2020



Germán Johannsen

Abogado de la Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho (LL.M.) en Propiedad Intelectual y Libre Competencia, MIPLC (Munich Intellectual Property Law Center). Investigador Académico en el Max Planck Institute for Innovation and Competition (Alemania). Doctorando en Derecho, especializado en economía de datos y nuevas tecnologías, Ludwig-Maximilians-Universität München. Trabajó previamente en la Fiscalía Nacional Económica.

Pasando del debate a la acción, el 24 de enero pasado el Ministerio de Economía Alemán publicó el borrador de la Décima Enmienda a la Ley sobre Protección de la Libre Competencia¹. Oficialmente llamada “Ley de Digitalización” (GWB-10), sus planteamientos dan cuenta de un cambio de paradigma en su política de libre competencia para enfrentar los desafíos de la era digital. Aunque la contingencia ha retrasado su tramitación final², en tiempos de coronavirus sus propuestas adquieren más vigencia que nunca, ya que la digitalización de nuestras vidas aumenta abruptamente y se espera una mayor concentración de poder económico en el sector. Por ello y por su carácter vanguardista, el GWB-10 promete convertirse en referente para reformas que se promuevan en países de la UE y a nivel comunitario. ¿Y, por qué no, en Chile y Latinoamérica?

Entre sus objetivos, el proyecto de ley busca balancear los desequilibrios de poder propios de la economía de datos, cuyas características han favorecido la concentración de poder económico en unos pocos gigantes tecnológicos (Google, Amazon, etc.) y la aparición de nuevas formas de abuso relacionadas con el acceso a datos y el poder que ostentan algunas plataformas intermediarias en mercados de múltiples lados. Ello, en concordancia con lo advertido por los reportes publicados el año 2019 por diversas autoridades económicas a nivel global³, los que, a partir de un diagnóstico similar, concluyen que el derecho de la libre competencia tradicional es insuficiente para abordar esta nueva realidad digital.

En Chile, si bien la digitalización de los mercados aún se encuentra en una fase inicial, este diagnóstico no debe serle indiferente. De hecho, casos como la adquisición fallida de Cornershop por parte de Walmart⁴, cuyo segundo intento de adquisición por parte de Uber recién fue aprobado sin condiciones por la Fiscalía Nacional Económica⁵, demuestran la necesidad de empezar a incorporar al análisis de libre competencia un enfoque que considere las dinámicas y riesgos propios del mundo digital. Para lograrlo, es indispensable comprender la racionalidad económica de los conglomerados digitales, el rol y poder de las plataformas digitales intermediarias, y en qué medida el acceso a más y mejores datos puede impactar en la innovación y competencia en diversos sectores de la economía.

-
- 1 Ministerio Alemán de Economía, “Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)” (24 de enero, 2020). El Proyecto de Ley y su Memorando Explicativo, en el siguiente [link](#).
 - 2 Debido a la pandemia, su tramitación definitiva se pospuso algunos meses. Se espera que el debate sea retomado a comienzos del 2021.
 - 3 Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era* (mayo, 2019), [link](#) [Reporte Schweitzer]; Jason Furman et al., *Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel* (marzo, 2019), [link](#) [Reporte Furman]; Australian Competition & Consumer Commission, *Digital Platforms Inquiry- Final Report* (julio, 2019), [link](#) [Reporte ACCC]; Stigler Center for the Study of the Economy and the State, *Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report* (septiembre, 2019), [link](#) [Reporte Stigler]; Ministerio Alemán de Economía, *A New Competition Framework for the Digital Economy* (septiembre, 2019), [link](#) [Reporte Ministerio Alemán]; DICE Consult, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen* (agosto, 2018), [link](#) [Reporte DICE Consult].
 - 4 Para más información, véase, Felipe Irurozabal, “Cornershop y la economía digital”, *CeCo* (julio, 2019), [link](#).
 - 5 *Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.*, FNE Rol F217-2019, Informe de Aprobación (29 de mayo, 2020), [link](#).

El presente trabajo busca contribuir a dicha comprensión, al describir las principales reformas del GWB-10 y analizar brevemente el razonamiento económico que hay detrás de ellas. Pero, además, en época de cambios paradigmáticos, se hace pertinente conocer un diseño regulatorio basado en una filosofía sobre la libre competencia que establece como valor principal el resguardo del proceso competitivo. En el sector digital, en que los modelos tradicionales para medir la eficiencia asignativa parecen quedar obsoletos, mantener la rivalidad en los mercados adquiere más sentido que nunca⁶.

En lo que sigue, se comentan dos de las piezas centrales del GWB-10: la ley sobre abusos unilaterales **(I)** y el sistema de control de fusiones **(II)**. El último apartado contiene una breve conclusión **(III)**.

I. ABUSOS UNILATERALES

La legislación alemana actual (GWB) considera contrarios a la competencia tanto los abusos de posición dominante (Art. 19 GWB), como algunas de las conductas cometidas por empresas con poder relativo o superior de mercado, esto es, empresas que, aun sin ser dominantes, tienen control sobre otras firmas que dependen de ella (Art. 20 GWB). La Ley de Digitalización, además de actualizar estas formas de poder de mercado, incorpora una tercera categoría denominada “empresas con importancia primordial para la competencia entre mercados” (Art. 19(a) GWB-10), las que -de así ser catalogadas- pueden ser objeto de obligaciones adicionales impuestas por la autoridad. Las propuestas planteadas respecto de estas tres categorías han sido diseñadas principalmente con el objeto de limitar posibles abusos en mercados con plataformas multilaterales, como se explica a continuación.

a. Abuso de Posición Dominante

El GWB-10 incorpora como factor adicional para determinar el poder de mercado en mercados de múltiples lados “la importancia que los servicios de intermediación tengan para acceder a los mercados de suministro y venta” (Art. 18.3(b) GWB-10)⁷. Con esto, el Bundeskartellamt estima que se facilitará que una plataforma digital sea considerada dominante en su condición de intermediaria entre oferentes y demandantes de bienes y servicios (“gatekeeper”)⁸, previniendo que su comportamiento aguas arriba afecte la competencia aguas abajo, por ejemplo, al influir para beneficio propio en los resultados de búsquedas online de quienes compran a través de ella (v.g. caso Google Shopping)⁹. Se complementa así la reforma del 2017¹⁰ que añadió como factores relevantes para determinar el poder de mercado de una firma: los efectos de red directos e indirectos; la existencia de *multi-homing* y costos de cambio; el acceso a datos; y la presión competitiva a través de innovación (Arts. 18.2(a) y 18.3(a) GWB).

6 Alexandre de Stree, “Should digital antitrust be ordoliberal?”, *Concurrences* N°1-2020 (2020), 2, [link](#); Reporte Stigler, 57.

7 Todas las citas de las disposiciones del GWB-10 son traducción libre del autor.

8 El Bundeskartellamt afirma en su comentario al GWB-10 que “[a]unque la función de “gatekeeper” ya puede considerarse con la legislación actual, es bienvenida una inclusión explícita de la categoría de “poder de intermediación” como factor de poder de mercado [...]. Esto tiene en cuenta la importancia del fenómeno y facilita su análisis.” [Traducción libre]. Bundeskartellamt, *Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle* (25 de febrero, 2020), [link](#) [Comentario Bundeskartellamt]; Más sobre “gatekeepers” digitales, en: Peter Alexiadis y Alexandre de Stree, “Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms”, *RSCAS* N° 2020/14 (2020), [link](#).

9 *Google Search (Shopping)/Commission*, Caso AT.39740, Decisión de la Comisión C(2017)4444 final (2018), OJ C 9/11.

10 Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207* (7 de noviembre, 2016), [link](#).

Además, el proyecto propone una nueva redacción de su tipo infraccional sobre negativa de contratación. Actualmente solo dispone que redes e infraestructura puedan ser consideradas una facilidad esencial. El borrador, en cambio, está redactado de forma genérica, al prohibir *“la negativa de proveer a otra firma productos o servicios a cambio de una remuneración adecuada, incluyendo el acceso a datos, redes u otra infraestructura, en la medida que dicha provisión sea objetivamente necesaria para operar en un mercado aguas arriba o abajo y exista un riesgo de que dicha negativa elimine la competencia efectiva en ese mercado, a menos que la negativa se justifique objetivamente”* (Art. 19.2(4) GWB-10). Con esta formulación genérica se busca que también sea posible configurar una teoría de daño sobre negativa de acceso a plataformas, interfaces, datos y licencias de propiedad intelectual (v.g. relativas a software o sistemas de análisis de datos)¹¹.

Sin embargo, el memorando del GWB-10 también señala que su intención es alinearse con la jurisprudencia de la Comisión Europea¹². De ser así, se establecería un estándar difícil de alcanzar para configurar un caso sobre negativa de acceso a datos, al menos en mercados *big-data* (esto es, mercados basados en el procesamiento masivo de datos vía tecnologías de inteligencia artificial). Ello, porque si bien la jurisprudencia comunitaria reconoce que un tipo de datos puede llegar a ser un insumo esencial para competir en un mercado, también advierte que en los mercados *big-data* aquellos suelen obtenerse de múltiples fuentes, por su carácter omnipresente¹³. En consecuencia, sería excepcional -aunque no imposible- ver un caso donde un solo actor controla de forma exclusiva los datos esenciales para competir en el mercado¹⁴. Las otras dos categorías de abusos que contempla el GWB-10 parecen más idóneas para abordar este tipo de escenarios.

b. Abuso de poder relativo o superior de mercado

El Art. 20 GWB contempla dos situaciones en que, a pesar de no existir poder dominante, las conductas de una firma se consideran abusivas. Por un lado, el Art. 20.1 GWB prohíbe el abuso de poder “relativo” de mercado, esto es, el ostentado por una firma que, aun sin ser dominante, tiene control sobre un grupo de PYMES que para ofrecer bienes o servicios dependen de dicha empresa, ya que no tienen la posibilidad suficiente y razonable de optar por otra empresa. Por otro lado, el Art. 20.3 GWB dispone que las firmas con poder “superior” de mercado no pueden abusar de su posición de poder en contra de pequeños o medianos competidores, con el objeto de *“obstruirlos directa o indirectamente de manera desleal”*, estableciendo al efecto una serie de supuestos ilícitos basados en el trato diferenciado entre empresas, los que admiten justificación objetiva en contrario.

En relación con esta disposición, el GWB-10 propone tres reformas.

Primero, busca ampliar la prohibición de abuso de poder “relativo” de mercado para que proteja no solo a PYMES, sino a cualquier firma que carezca de posibilidades suficientes y razonables para llevar a cabo sus actividades con independencia de quien posee dicho poder relativo. Además, establece de forma expresa

11 Memorando Explicativo GWB-10, 74.

12 Memorando Explicativo GWB-10, 74.

13 Véase, por ejemplo, *Google/DoubleClick*, Caso COMP/M.4731, Decisión de la Comisión C(2008)927 (2008), OJ C184/10; *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Caso COMP/M.6314, Decisión de la Comisión C(2012)6063 (2012), OJ C66/5; *Publicis/Omnicom*, Caso COMP/M.7023, Decisión de la Comisión C(2014)89 (2014), OJ C351/38; *Facebook/WhatsApp*, Caso COMP/M.7217, Decisión de la Comisión C(2014)7239 (2014), OJ C417/4; *Microsoft/LinkedIn*, Caso COMP/M.8124, Decisión de la Comisión C(2016)8404 (2016), OJ C388/4; *Sanofi/Google/DMI JV*, Caso COMP/M.7813 Decisión de la Comisión C(2016)1223 (2016), OJ C28/5; *Verizon/Yahoo*, Caso M.8180 Decisión de la Comisión C(2016)8978 (2016), OJ C434/7; *Apple/Shazam*, Caso COMP/M.8788, Decisión de la Comisión C(2018)5748 (2018), OJ C106/16.

14 Para ver ejemplos de mercados con punto de acceso único a datos esenciales, Daniel Rubinfeld y Michal Gal, “Access Barriers to Big Data”, *Arizona Law Review* 339 (2017), 351.

que esta norma sea aplicable a quienes actúen como intermediarios en mercados de múltiples lados *“siempre y cuando las firmas afectadas dependan de sus servicios de intermediación para acceder a los mercados de suministro y venta, no existiendo otras alternativas suficientes y razonables”* (Art. 20.1 GWB-10). Se reconoce así que incluso grandes firmas pueden depender de una plataforma digital intermediaria para realizar parte importante de su negocio.¹⁵

En segundo lugar, se propone un nuevo tipo infraccional cuando las firmas *“dependen del acceso a los datos controlados por otra empresa para sus propias actividades”*, al disponer que *“denegar el acceso a dichos datos puede constituir un impedimento injusto, aun cuando esos datos todavía no sean comercializados”* (Art. 20.1 GWB-10). Se pretende así regular dos escenarios. Primero, se busca evitar que cuando un grupo de firmas se asocia para desarrollar un producto conjunto (v.g. vehículos autónomos), quien tiene acceso directo a los datos relevantes para la producción (v.g. Alphabet Inc, dueña de Google Maps) los oculte o entregue tardíamente a su socio (v.g. BMW) para beneficiar a una firma relacionada, ya sea aguas abajo o en un mercado secundario (v.g. Waymo, subsidiaria de Alphabet Inc. que desarrolla vehículos autónomos)¹⁶. Segundo, se busca facilitar el acceso a datos en mercados donde se requieren para competir (v.g. reparación de laptops), pero solo un proveedor tiene acceso a éstos (v.g. Apple), aun cuando dicho proveedor no sea dominante en su mercado, ni en el mercado secundario donde se requieren los datos¹⁷.

Por último, se propone definir como abuso que *“una firma con poder superior de mercado en un mercado de múltiples lados [...] impida que los competidores alcancen de forma independiente externalidades positivas de red, creando así un grave riesgo para la competencia en base a méritos”* (Art. 20.3(a) GWB-10). Se busca así evitar que en mercados de plataformas con fuertes externalidades de red se persiga por vías ilegítimas el punto de inflexión (*tipping point*) que torna inevitable la monopolización del mercado¹⁸, como por ejemplo podría ocurrir al impedirse la portabilidad de datos a clientes que quieren emigrar de plataforma. Para lograr intervenir antes de que se alcance dicho punto de inflexión, dos elementos del tipo infraccional son clave: por un lado, se recurre a la hipótesis de poder superior de mercado, lo que se entiende como una situación previa al poder de dominio; y, por otro lado, solo se exige que la competencia se haya puesto en grave riesgo, es decir, no se debe probar que existió una exclusión efectiva de competidores¹⁹.

c. Empresas con importancia primordial para la competencia entre mercados

La propuesta más controvertida del GWB-10 está contenida en su Art. 19(a). Por medio de ésta, se busca otorgar al Bundeskartellamt facultades para declarar mediante resolución fundada que una empresa tiene *“importancia primordial para la competencia entre mercados”*. Esta declaración habilita a la autoridad para que posteriormente pueda imponerle a dicha empresa una o más obligaciones de comportamiento de aquellas definidas en la ley. Para evaluar si una firma es esencial en los términos descritos, el proyecto identifica como factores determinantes:

15 Un análisis en profundidad sobre este tipo de abuso, a la luz del derecho del derecho comparado, en: A. Gonzalez y G. Johannsen, “Abuso de Dependencia Económica y Plataformas Digitales Intermediarias. Una Mirada Comparada” (A ser publicado el 2020).

16 Memorando Explicativo GWB-10, 80.

17 Véase, Thomas Höppner, “Digital Upgrade of German Antitrust Law - Blueprint for Regulating Systemic Platforms in Europe and Beyond?” (9 de marzo, 2020), [link](#).

18 Memorando Explicativo, 85; Comentario Bundeskartellamt, 7; Reporte Furman, 4; Reporte Schweitzer, 4, 51; Reporte DICE Consult, 40; Reporte Ministerio Alemán, 18; Reporte Stigler, 7.

19 Memorando Explicativo GWB-10, 83.

1. *su posición dominante en uno o más mercados,*
2. *su fuerza financiera o su acceso a otros recursos,*
3. *su integración vertical y actividades en mercados relacionados de otra manera,*
4. *su acceso a datos relevantes para la competencia,*
5. *la importancia de sus actividades para el acceso de terceros a mercados de suministro y venta, y su influencia en las actividades comerciales de terceros.*

Estos factores están diseñados en función de la racionalidad económica de los gigantes tecnológicos y atendiendo a que su poder trasciende los límites definidos por el mercado relevante de un producto. En efecto, al estructurarse como conglomerados digitales, estos gigantes han buscado consolidar una estrategia de expansión continua hacia nuevos mercados –a veces ni siquiera relacionados entre ellos– con el objeto de aprovechar las sinergias derivadas de ello²⁰.

Por el lado de la oferta, la expansión hacia nuevos mercados permite acceder a una mayor cantidad y variedad de datos, lo que a su vez permite mayor innovación de productos, la personalización de servicios y una identificación más precisa sobre preferencias de consumo²¹. Por el lado de la demanda, la diversificación ha permitido construir ecosistemas digitales donde se ofrecen productos y servicios agrupados, lo que, si bien puede beneficiar a consumidores, también puede provocarles sesgos e incrementar sus costos de cambio, generando riesgos de *lock-in*²². Las plataformas intermediarias son una de las formas más efectivas de obtener dichas sinergias, ya que se puede controlar la información relativa al intercambio comercial que se genera a través suyo, teniendo acceso directo a la fuente primaria de datos, i.e. los consumidores finales²³.

En este contexto, los grandes conglomerados digitales no solo ostentan una posición de dominio en una plataforma individual, sino que gracias a sus recursos y posicionamiento estratégico pueden influenciar las actividades comerciales de terceros y entrar agresivamente a nuevos mercados²⁴. En última instancia, esta posición les permitiría obstruir el proceso competitivo de tal manera que se vuelva ilusoria la competencia por méritos y se reduzca la innovación en el sector²⁵. Este complejo escenario, altamente dinámico y sujeto a enormes asimetrías de información²⁶, es difícil que se pueda abordar eficazmente recurriendo al marco analítico tradicional sobre abusos de posición dominante. Primero, porque ésta es una teoría de daño que va más allá de los conceptos clásicos de dominancia y mercado relevante del producto. Segundo, porque es demasiado lenta la vía infraccional.²⁷

20 Véase, Marc Bourreau y Alexandre de Stree, “Digital Conglomerates and EU Competition Policy”, *CERRE* (marzo, 2019), [link](#). Véase también, Reporte Ministerio Alemán, 17.

21 Bourreau y De Stree, “Digital Conglomerates”, 9-12.

22 Reporte Stigler, 41; Reporte Schweitzer, 34; Reporte Ministerio Alemán, 22. Reporte DICE Consult, 139.

23 Por eso los gigantes tecnológicos tienen interés en mercados como, por ejemplo, el de asistentes virtuales inteligentes (Alexa, Siri, etc.), en los que se busca generar una interfaz entre el humano en su dimensión de consumidor y los mercados.

24 Memorando Explicativo, 75.

25 Memorando Explicativo, 75.

26 Reporte Furman, 108; Reporte Ministerio Alemán, 15; Reporte Stigler, 72.

27 Memorando Explicativo, 75.

El GWB-10 busca hacerse cargo de esta realidad, permitiendo imponer obligaciones de comportamiento respaldadas en la presunción de que, bajo determinadas circunstancias, lo más probable es que ciertas conductas cometidas por una firma tendrán efectos anticompetitivos. Así, una vez que el Bundeskartellamt tome la decisión de declarar que una firma tiene importancia primordial para la competencia entre mercados, en un pronunciamiento posterior podrá imponerle alguna de las prohibiciones establecidas taxativamente en la ley:

- 1. Tratar las ofertas de los competidores de manera diferente a sus propias ofertas al proporcionar acceso a los mercados de suministro y venta;*
- 2. Impedir directa o indirectamente la entrada de competidores en un mercado en que la firma puede ampliar rápidamente su posición incluso sin ser dominante, siempre que sea probable que el impedimento obstruya considerablemente el proceso competitivo.*
- 3. Crear o levantar barreras a la entrada u obstaculizar de cualquier otro modo a otras firmas, mediante el uso de datos relevantes para la competencia obtenidos de alguno de los lados de un mercado multilateral dominado, o en combinación con datos obtenidos de mercados distintos del dominado, o exigir términos y condiciones que permitan tal uso;*
- 4. Dificultar la interoperabilidad de productos o servicios, o la portabilidad de datos, impidiendo de ese modo la competencia;*
- 5. Informar a otras empresas de manera insuficiente sobre el alcance, la calidad o el éxito de las prestaciones que se les proporcionan o se han encargado, o dificultar de otra forma la valoración de esas prestaciones.*

Ahora bien, al ser solo una presunción, el proyecto de ley permite que se pueda probar la justificación objetiva de dichas conductas, para lo cual, la carga de la prueba recae en la firma.²⁸ Esta alteración de la carga de la prueba representa un cambio radical en el derecho de la libre competencia moderno sobre conductas unilaterales, pues implica transitar de un modelo que prioriza evitar los costos del error tipo I (sancionar casos pro-competitivos) a un modelo que, bajo determinadas circunstancias, prioriza evitar los costos del error tipo II (autorizar casos anticompetitivos).

Siguiendo a parte de la literatura académica²⁹, en el contexto de los mercados digitales que son altamente complejos y dinámicos, el riesgo de ambos tipos de errores es mayor, pero el costo de un error tipo II es más perjudicial. Un ejemplo de ello es no sancionar una conducta abusiva que permita a una plataforma alcanzar el punto de inflexión que la lleve a monopolizar el mercado.³⁰ En este contexto, se argumenta que es económicamente menos dañino que el sistema de libre competencia priorice en evitar falsos negativos, como lo concibe el proyecto de ley en comento. Esta modificación de la carga de la prueba también debiera aplicarse en el caso de fusiones, según se explica a continuación.

28 Art. 19(a) GWB-10, pár. 3.

29 Reporte Schweitzer, 50; Reporte Furman, 91; Reporte Stigler, 94; Reporte Ministerio Alemán, 23. Bourreau y De Streel, "Digital Conglomerates", 34.

30 Reporte Schweitzer, 4.

II. SISTEMA DE CONTROL DE FUSIONES

La reforma al GWB del 2017 introdujo un nuevo criterio para notificar operaciones de concentración basado en el valor de la transacción (400m Euros), en subsidio del volumen de ventas de la adquirida.³¹ Se buscó, de este modo, comenzar a estudiar adquisiciones de *start-ups* con alto potencial competitivo, pero que aún no entran o recién entraron al mercado³². De forma complementaria, el nuevo Art. 39(a) GWB-10 otorga mayor discrecionalidad a la autoridad, facultándola para que ordene a una firma notificar todas las operaciones de concentración que realice durante un periodo de tres años, en uno o más sectores de la economía, siempre y cuando:

“la firma haya alcanzado un volumen de ventas a nivel mundial mayor que 250 millones de euros en el último ejercicio económico; y hay[a] indicios de que las futuras fusiones puedan restringir la competencia en los sectores mencionados dentro de Alemania”. Como contrapartida, también se requiere que *“(...) la firma adquirida haya obtenido ingresos por ventas superiores a 2 millones de euros en el último ejercicio económico; y más de dos tercios de sus ingresos por ventas se generen en Alemania.”*

Si bien este criterio no fue diseñado especialmente pensando en los mercados digitales, ni tampoco se prevé que aumente significativamente el control de fusiones en el sector³³, sí permite –en conjunto con la reforma del 2017– resolver algunas de las preguntas que se debaten hoy sobre operaciones de concentración en el contexto digital. En efecto, existe un alto número de *start-ups* tecnológicas adquiridas por firmas digitales ya consolidadas, que según los umbrales actuales no requieren ser notificadas a la autoridad. Esto ha impedido estudiar sus efectos para la competencia, en relación con al menos dos teorías de daño: las denominadas “killer acquisitions”; y la acumulación de datos que conlleva ventajas incontestables.

a. *Killer acquisitions*

El memorando explicativo del GWB-10 reconoce que el Art. 39(a) permitiría evaluar las operaciones de aquellas firmas que en un sector de la economía comienzan a adquirir empresas emergentes que representan un peligro para su posición de dominio³⁴. En el contexto digital, a estas operaciones de concentración se les ha llamado “killer acquisitions”³⁵ y parten de la base que conglomerados digitales con gran poder financiero podrían optar por este tipo de estrategia frente a pequeños o medianos emprendedores con alto potencial de crecimiento, eliminando así la amenaza competitiva –acaso disruptiva– que éstos representan.

Sin embargo, se ha criticado la discrecionalidad que se otorgaría al Bundeskartellamt para determinar cuándo existen “*indicios*” de que futuras fusiones en un sector de la economía podrían restringir la competencia. Se alega que esta incertidumbre jurídica, sumado al incremento de los costos para llevar a cabo operaciones de concentración que, en su gran mayoría, son inocuas, impactará de forma negativa en el dinamismo del sector³⁶. En defensa de la propuesta, lo esperable es que, una vez promulgada la ley, rápidamente se

31 Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Neunten Gesetzes*, 22-3.

32 Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Neunten Gesetzes*, 71.

33 Comentario Bundeskartellamt, 20 [Traducción libre].

34 Memorando Explicativo GWB-10, 100.

35 Véase, Colleen Cunningham, Florian Ederer y Song Ma, “Killer Acquisitions” (agosto, 2018), [link](#); OECD, *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Background Note* (mayo, 2020), [link](#); Bourreau y De Stree, “Digital Conglomerates”, 33.

36 La posición de la Asociación Alemana de Start-ups, en: Bundesverbandes Deutsche Startups, *Stellungnahme des Bundesverbandes Deut-*

publiquen guías que den mayor claridad sobre los nuevos umbrales, así como ocurrió con la reforma al GWB del 2017³⁷.

En el fondo, la pregunta que subyace a esta crítica es cómo diseñar un mecanismo que permita prevenir este tipo de adquisiciones sin desestimular la innovación en el sector y, en particular, por parte de las empresas emergentes, cuyo fin muchas veces es volverse lo suficientemente atractivas en el corto plazo como para ser adquiridas por una empresa digital ya consolidada³⁸. Debe considerarse también que –hasta ahora al menos– las “killer acquisitions” parecen ser anecdóticas. De hecho, en un estudio empírico sobre las adquisiciones realizadas por cinco gigantes tecnológicos³⁹ durante el periodo 2015-2017, Gautier y Lamesch⁴⁰ sugieren que de 175 adquisiciones solo una es clasificable en esos términos. El propósito de todas las otras habría sido internalizar activos de I+D y no eliminar potencial competencia.

En este contexto, si bien cambiar el umbral de notificaciones sigue justificándose, el marco regulatorio debiera fijar criterios que otorguen mayor certeza al mercado. De esta manera, alinear esta disposición con lo dispuesto en el Art. 19(a) sobre empresas con importancia primordial para la competencia entre mercados podría favorecer dicha certeza, en el sentido que el Bundeskartellamt podría abocarse solo al estudio de las fusiones de menor tamaño en que estas empresas están involucradas. Ello podría, a la vez, promover las operaciones de concentración entre start-ups y conglomerados “nuevos” (que se encuentran en una primera fase de expansión). Se contribuiría así a que exista mayor rivalidad en los mercados actualmente dominados por gigantes tecnológicos, donde se requieren actores grandes que tengan suficientes incentivos y la capacidad de ejercer presión competitiva de manera efectiva⁴¹.

b. Acumulación de Datos y Ventajas Incontestables

Una segunda teoría de daño dice relación con las ventajas que genera la acumulación de datos en una sola firma, las que podrían ser tan grandes que, llegado un minuto, ningún otro competidor estaría en condiciones de replicar⁴². Ello podría reducir la presión competitiva en uno o más mercados en los que dicha firma participa, provocando en última instancia la exclusión de facto de competidores. Al ser las fusiones el principal mecanismo inorgánico que tiene una firma para acceder a nuevas fuentes de datos⁴³, es deseable que las adquisiciones realizadas por actores ya aventajados (i.e. conglomerados digitales consolidados) puedan ser estudiadas por la autoridad de libre competencia, independiente del tamaño de la empresa adquirida. El Art. 39(a) contribuiría a ese fin, al permitir imponer a ciertas firmas una obligación especial de notificación.

sche Startups e.V. zum Referentenentwurf des Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (13 de febrero, 2020), [link](#).

37 Bundeskartellamt, *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification* (julio, 2018), [link](#).

38 Véase, por ejemplo, Abdo Riani, “How To Make Your Early-Stage Startup Valuable To Acquirers”, *Forbes* (6 de marzo, 2020), [link](#).

39 Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft.

40 Axel Gautier y Joe Lamesch, “Mergers in the Digital Economy”, *CESifo Working Papers 2020*, [link](#).

41 De Streeel, “Should digital antitrust be ordoliberal?”; Reporte Stigler, 75.

42 Véase, Reporte Schweitzer, 109; Autorité de la Concurrence y Bundeskartellamt, *Joint report “Competition Law and Data”* (2016), 16.

43 Bourreau y De Streeel, “Digital Conglomerates”, 4.

Ahora bien, cabe preguntarse si una teoría de daño fundada solo o principalmente en elementos estructurales podría justificar la intervención del órgano administrativo (y qué tipo de intervención). En el contexto alemán la respuesta debiera ser afirmativa, pues la jurisprudencia reconoce que un riesgo estructural en una fusión de conglomerado es suficiente para imponer medidas preventivas⁴⁴. Diferente es la aproximación de la jurisprudencia de la UE, que en este tipo de fusiones ha dispuesto que para entender que una fusión impide significativamente la competencia efectiva⁴⁵, además de un riesgo estructural, se requiere probar la probabilidad de una conducta anticompetitiva futura⁴⁶.

El problema de fondo es, en realidad, que el marco analítico tradicional para evaluar fusiones de conglomerados pareciera ser insuficiente en el contexto de los conglomerados digitales, pues el objeto de dicho marco se reduce a evaluar riesgos de apalancamiento de poder dominante desde el mercado de un producto hacia el mercado de otro producto relacionado (v.g. ventas atadas) o precios predatorios con el fin de excluir competidores⁴⁷. Sin embargo, la racionalidad económica de los conglomerados digitales no se ajusta a dicho marco basado en mercados relevantes de productos específicos, normalmente definidos de manera restrictiva. En buena parte, el poder del conglomerado digital proviene del control que tiene sobre diversas fuentes directas de datos (poder que, en última instancia, sería más preciso medir en términos de “espacio de usuarios” o “espacio tecnológico” que de “mercados de productos”)⁴⁸.

Ahora bien, la ausencia de herramientas económicas –así como de información– para modelar los riesgos para la competencia en escenarios como éste, es lo que ha llevado a diseñar el Art. 19(a) GWB-10, como forma de prevenir abusos de empresas con importancia primordial para la competencia entre mercados. Del mismo modo, se esperaría que en el caso de operaciones de concentración en que el adquirente ha sido previamente categorizado bajo esos términos, el Bundeskartellamt pueda imponer condiciones especiales para aprobar la fusión o adquisición, bajo la presunción de que existe un riesgo para la competencia (que admite prueba en contrario)⁴⁹. Dichas condiciones debieran permitir que terceros interesados accedan a los datos acumulados por la entidad fusionada, en la medida que sean relevantes para la competencia⁵⁰.

En esa dirección pareciera apuntar el Bundeskartellamt al señalar en su comentario al proyecto que “en relación con nuevos tipos de amenazas a la competencia en la economía digital, como los que supondrían las adquisiciones realizadas por firmas sujetas al Art.19(a) GWB-10, estas consideraciones legislativas en materia de criterios de intervención son también apropiadas, por ejemplo, en lo que respecta a los requisitos probatorios o a la probabilidad de que se produzca un impedimento significativo de la competencia efectiva”⁵¹.

44 Bundeskartellamt, *Conglomerate Mergers in Merger Control. Review and Prospects* (septiembre, 2006), [link](#).

45 Las fusiones en la UE se controlan utilizando el SIEC test, siglas en inglés de “*significant impediment of effective competition*”.

46 Por ejemplo: *General Electric Company v Commission*, Caso T-210/01 (2005), ECR II-5575, par. 185; *EasyJet Airline Co. Ltd/Commission*, Caso T-177/04 (2006), ECR II-1931, par. 72. Para más detalles, A. Lindsay y A. Berridge, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues* (Sweet & Maxwell, 5th ed), 293.

47 Comisión Europea, *Directrices para la Evaluación de las Concentraciones No Horizontales* (2008).

48 Reporte Schweitzer, 116-7.

49 En el mismo sentido, Reporte Stigler, 98.

50 Véase, Jörg Hoffmann y Germán Johannsen, “EU Merger Control & Big Data. On Data-Specific Theories of Harm”, *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper* N° 19-05 (abril, 2019), [link](#).

51 Comentario Bundeskartellamt, 21 [Traducción libre].

IV. CONCLUSIÓN

¿Regulación o competencia? Así como en el área de telecomunicaciones, cuyas economías de red e infraestructuras monopólicas obligaron a repensar doctrinas de libre competencia y diseñar una regulación adecuada para enfrentar las fallas de mercado, en el área digital el desafío es el mismo. Alemania, por medio del GWB-10, busca dar uno de los primeros pasos a nivel mundial para enfrentar dicho desafío, al reconocer que la realidad digital responde a una economía particular –basada en el uso de datos– que favorece la consolidación de unos pocos –en forma de plataformas digitales– que requieren de un trato especial por parte del regulador.

A este primer paso ya han comenzado a sumarse propuestas a nivel comunitario. En efecto, la Comisión Europea ya ha publicado tres comunicaciones que esbozan una hoja de ruta política para el futuro digital de Europa⁵². Sobre esa base, el 2 de junio pasado se abrió una consulta pública⁵³ para recabar información que permita determinar si se requieren nuevas herramientas regulatorias *ex-ante* para garantizar que los mercados con plataformas digitales intermediarias con fuertes externalidades de red permanezcan abiertos a la competencia. En paralelo, el órgano europeo ha comenzado a estudiar la necesidad de adoptar medidas legislativas a fin de incentivar el intercambio horizontal de datos entre distintos sectores de la economía.

Desde el punto de vista político, hay quienes argumentan que existen altas probabilidades que la propuesta alemana sirva de modelo para reformas regulatorias de la UE⁵⁴. Ello, por el apoyo que el GWB-10 ya ha recibido de algunos países miembros (Francia, Italia y Polonia)⁵⁵, pero además porque el Consejo de la UE actualmente es presidido por Alemania y la nueva presidenta de la Comisión Europea es la alemana Ursula von der Leyen. Queda por verse si este primer movimiento en el tablero resuena a nivel europeo e internacional. Por mientras, a esperar la redacción final de la décima enmienda alemana⁵⁶, ya que aún falta proceso legislativo por recorrer.

52 Éstos son: “Configurar el Futuro Digital de Europa” ([link](#)); “Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial: un Enfoque Europeo Orientado a la Excelencia y la Confianza” ([link](#)); y “Estrategia Europea de Datos” ([link](#)). Todos publicados el 19 de febrero de 2020.

53 Comisión Europea, “Mercado único: nuevo instrumento para combatir los riesgos emergentes para una competencia leal” (3 de junio, 2020) [link](#).

54 Höppner, “Digital Upgrade”.

55 En carta oficial de 4 de febrero de 2020, los representantes ministeriales de Alemania, Francia, Italia y Polonia, acordaron su apoyo a las propuestas principales establecidas en el GWB-10, [link](#).

56 Si bien continúa su discusión, el proyecto es apoyado por el Bundeskartellamt, un sector político predominante (CDU) y parte de la industria. Para mayor información, Rupprecht Podszun, “GWB10: the situation (1)” (Discurso, 30 de enero, 2020), [link](#); Rupprecht Podszun, “Conference Debriefing (18): GWB10-Hearing” (Discurso, 19 de febrero, 2020), [link](#).



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Germán Johannsen, "Vanguardia Alemana en Libre Competencia. Comentario al Proyecto de Ley de Digitalización (GWB-10)", *Investigaciones CeCo* (junio, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones/>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile