

LAS (NUEVAS) REGLAS PARA LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL MUNDO

Carolina Oñate

Las (nuevas) reglas para las plataformas digitales en el mundo

Julio 2021



Carolina Oñate

Abogada de la P. Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho (LL.M.) en la Universidad de Cambridge. Anteriormente trabajó en la Competition and Markets Authority y en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Actualmente trabaja como Of Counsel del área de libre competencia de FerradaNehme.

INTRODUCCIÓN

Las autoridades de competencia (“autoridades”) buscan promover la libre competencia y garantizar que las empresas rindan cuenta de las infracciones que pudieran haber cometido. Paralelamente, no quieren cometer el error de prohibir conductas empresariales legítimas, ya que esto puede tener un efecto paralizante sobre la actividad económica legítima y la innovación, generando efectos perjudiciales para el mercado¹. Balancear ambos objetivos es crucial, porque en la mayoría de las jurisdicciones existe una oportunidad judicial para revisar las decisiones de las autoridades en amparo de dichos fines².

Las plataformas digitales plantean nuevos desafíos para las autoridades porque (i) son prácticamente incontestables; (ii) sus conductas tienen una enorme influencia en la vida cotidiana de los consumidores y (iii) las reglas no han resultado siempre claras o apropiadas.

Este artículo abordará las investigaciones conductuales sobre plataformas digitales abiertas por diversas autoridades de competencia en el globo, sus experiencias, limitaciones y probables cambios legislativos que han evaluado adoptar para prevenir y castigar conductas anticompetitivas.

Para este artículo se analizaron más de 30 casos; por su magnitud se seleccionaron aquellos más relevantes que las autoridades han investigado o sancionado dentro de las tres figuras clásicas de la libre competencia: operaciones de concentración, carteles y abusos de posición dominante, en los territorios con mayor influencia por el tamaño de sus economías como Europa, Estados Unidos (“USA”), Reino Unido (“UK”) y Australia, sin perjuicio de que se hace referencia a otras jurisdicciones.

I. OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

1. *Adquisiciones asesinas y datos*

El concepto de *adquisiciones asesinas* (en inglés, *killer acquisitions*) consiste en que una empresa de gran tamaño y asentada adquiere una empresa pequeña o nueva para eliminar la presión competitiva en el

1 Michael Grenfell y Competition and Markets Authority (CMA), “UK competition enforcement – where next?” (Discurso, Conferencia organizada por Thomson Reuters, 29 de noviembre, 2017), <https://www.gov.uk/government/speeches/uk-competition-enforcement-where-next>

2 Existen críticas a la autoridad de competencia europea de que no asume suficientes riesgos en comparación con la CMA. Para ello Guillaume Lorient, Director General Adjunto en el área de Fusiones, (DG COMP), señaló: “Creo que sería ingenuo por nuestra parte, como autoridad de la competencia, cuando adoptamos decisiones, decir ‘bueno, hemos asumido muchos riesgos legales’. No estoy seguro de que sea la mejor manera de defender nuestras decisiones en los tribunales”. Janith Aranze, “DG Comp cannot rely on theory, EU official says”, *Global Competition Review* (15 de junio, 2021), <https://globalcompetitionreview.com/european-commission/dg-comp-cannot-rely-theory-eu-official-says>

mercado. El desafío para algunas jurisdicciones es que dicha figura no puede ser revisada porque los umbrales que gatillan la posibilidad de investigar una adquisición se basan, en general, en un porcentaje de participación de mercado de la empresa adquirida o en el valor de las ventas de la empresa adquirida en el país, como España y UK respectivamente. Frente a este desafío algunas jurisdicciones han incorporado el valor de la transacción o el valor mundial de ventas de una o ambas empresas como Alemania. Por otra parte, el legislador no quiere impedir estas adquisiciones necesariamente; en ocasiones uno de los motivos de innovar para los emprendedores es lograr que su empresa eventualmente sea adquirida. En este sentido, la regulación y el *enforcement* tienen efectos diversos y ambivalentes en la innovación que se deben considerar³.

Las autoridades también han enfrentado otras limitantes. Por ejemplo, sólo recientemente, la autoridad británica pudo iniciar su investigación de la adquisición de Giphy por Facebook, porque Facebook impugnó la jurisdicción de la autoridad ante tribunales por no tener una conexión suficiente con UK⁴, paralizando por un año el procedimiento.

En aquellos casos en los que la institucionalidad permite analizar la operación de las plataformas digitales, las autoridades han tomado diversas posturas respecto de la adquisición de datos. Las bases de datos son un activo importante porque pueden perfeccionar la publicidad dirigida y refinar los algoritmos de las plataformas. Un caso que comprende estos desafíos es la adquisición de Fitbit por parte de Google, quien publicó sus planes a fines de 2019.

En Japón la adquisición de Fitbit no alcanzaba el umbral para notificar la transacción, sin embargo la autoridad la revisó bajo el fundamento de posible afectación a los consumidores, obteniendo así condiciones para su aprobación en enero de este año⁵. La Comisión Europea ("Comisión") la aprobó con condiciones en diciembre de 2020, a pesar de sus temores de que Google a partir de los datos afianzara aún más su posición en los mercados de la publicidad en línea a través de la personalización de anuncios⁶. El Parlamento Europeo en su informe anual lamentó este resultado incitando a evaluar los datos personales "de la misma manera que el resto de los activos físicos tradicionales"⁷. Por su parte, la autoridad australiana y la estadounidense no habrían alcanzado a terminar su investigación cuando la operación se completó en enero de este año. En el caso de Australia la investigación preventiva pasó a ser una investigación por infracción a las normas de competencia⁸. En USA la investigación continúa, aunque se esperan cambios con la nueva administración de Biden⁹⁻¹⁰.

3 Knut Blind, "The Impact of Regulation on Innovation", *Nesta Working Paper* 12, N°2(enero 2012), 25, https://media.nesta.org.uk/documents/the_impact_of_regulation_on_innovation.pdf

4 GIPHY, empresa que produce videos cortos sin sonido (GIF) y stickers. CMA, "Facebook, Inc / Giphy, Inc merger inquiry", <https://www.gov.uk/cma-cases/facebook-inc-giphy-inc-merger-inquiry>.

5 Charles McConnell, "An interview with Kazuyuki Furuya", *Global Competition Review* (24 de mayo, 2021), <https://globalcompetitionreview.com/interview-kazuyuki-furuya>.

6 De acuerdo a la Comisión, Fitbit tiene una cuota de mercado limitada en Europa en el segmento de los smartwatches en el que están presentes muchos competidores mayores, como Apple, Garmin y Samsung. La transacción propuesta da lugar a traslapes horizontales muy limitados entre las actividades de Google y Fitbit. "Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions", *Comisión Europea* (17 de diciembre, 2020), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2484.

7 Parlamento Europeo, *Competition policy - annual report 2020* (junio 2021), par. 52, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0275_EN.pdf

8 Australian Competition & Consumer Commission ("ACCC"), "Google LLC proposed acquisition of Fitbit Inc", enero, 2021, <https://www.accc.gov.au/public-registers/mergers-registers/public-informal-merger-reviews/google-llc-proposed-acquisition-of-fitbit-inc>.

9 Congressional Research Service, *Mergers and Acquisitions in Digital Markets* (marzo 2021), 13, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46739/2>.

10 "DOJ probe of Google's completed Fitbit deal is still ongoing, though currently on hold", *Seeking Alpha* (19 de marzo, 2021), <https://seek->

2. Retrospectiva

En junio de 2019, la autoridad de competencia británica evaluó las decisiones sobre fusiones adoptadas en el pasado¹¹, reconociendo que era posible que no se hayan analizado algunos factores por lagunas en el conocimiento de los mercados digitales (por ejemplo, qué es lo que impulsa la elección de los anunciantes o cuáles son los efectos de la combinación de actividades). A partir de esta evaluación, la autoridad lanzó un proceso para modificar su guía de fusiones¹² y utiliza hoy una gama más amplia y sofisticada de pruebas que incluye documentos internos, valor de las transacciones e informes de analistas externos¹³. Así, a la fecha, ya ha prohibido operaciones como Sabre/Farelogix¹⁴ o las partes las han abandonado a partir de opiniones preliminares de la autoridad¹⁵.

Desde el punto de vista legislativo, el gobierno británico ha afirmado que tramitará una propuesta de ley para que se notifiquen operaciones (i) cuando los agentes digitales cuenten con un “estatus de mercado estratégico” y (ii) cuando el tamaño de la transacción supere un umbral (similar al control de operaciones de USA, Alemania y Austria). Similares modificaciones legislativas han sido propuestas por el Parlamento Europeo, como la posibilidad de incluir el factor relativo al número de consumidores afectados¹⁶. En Japón, a partir de un cambio en las directivas, se podrá captar grandes operaciones digitales según el valor de la transacción y tratamiento de datos.

Un poco más tarde llega USA. Si bien la autoridad de competencia rechazó la adquisición por Microsoft de Intuit Inc. en 1995¹⁷, ya en el siglo XXI las autoridades consideraron que los efectos pro-competitivos de este tipo de fusiones primaban por sobre los eventuales perjuicios. Lo anterior provocó que un elevado número de adquisiciones fuesen aprobadas sin condiciones¹⁸. Un ejemplo de esto es el caso de Facebook que desde

ingalpha.com/news/3674538-doj-probe-of-google-completed-fitbit-deal-is-still-ongoing-though-currently-on-hold.

11 Incluyendo CMA, “Motorola Mobility Holding/Waze Mobile Ltd”, <https://www.gov.uk/cma-cases/motorola-mobility-holding-waze-mobile-ltd> y CMA, “Facebook/Instagram Inc”, <https://www.gov.uk/cma-cases/facebook-instagram-inc>, en 2012.

12 CMA, *Merger Assessment Guidelines* (marzo 2021), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/986475/MAGs_for_publication_2021_-_pdf.

13 Andrea Coscelli, “Speech at GCR Live: Telecoms, Media and Technology 2020” (Discurso, GCR Live TMT, 2 de marzo, 2020), <https://www.gov.uk/government/speeches/speech-at-gcr-live-telecoms-media-and-technology-2020>

14 Caso CMA, “Sabre/Farelogix merger inquiry”, (última actualización: 21 de mayo, 2021), <https://www.gov.uk/cma-cases/sabre-farelogix-merger-inquiry>. La transacción implicaba el suministro de varias soluciones de software que ayudan a las aerolíneas a vender vuelos a través de las agencias de viajes. CMA, “Anticipated acquisition by Sabre Corporation of Farelogix Inc. Final Report”, (9 de abril, 2020), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5e8f17e4d3bf7f4120cb1881/Final_Report_-_Sabre_Farelogix.pdf.

15 Por ejemplo, Casos CMA, “Illumina, Inc./PacBioSciences of California, Inc. merger inquiry”, (última actualización: 6 de enero, 2020), <https://www.gov.uk/cma-cases/illumina-inc-pacific-biosciences-of-california-inc-merger-inquiry>, “Thermo Fisher Scientific/Roper Technologies merger inquiry”, (última actualización: 10 de junio, 2019), “Experian Limited / Credit Laser Holdings (Clearscore)”, (última actualización: 27 de febrero, 2019), <https://www.gov.uk/cma-cases/experian-limited-credit-laser-holdings-clearscore>, y “Topcashback / Quidco merger inquiry”, (última actualización: 21 de marzo, 2019), <https://www.gov.uk/cma-cases/topcashback-quidco-merger-inquiry>.

16 Parlamento Europeo, *Competition policy - annual report 2020* (junio 2021), par. 74.

17 U.S. vs. *Microsoft Corporation and Intuit Inc*, <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2012/08/07/0184.pdf>. Intuit desarrollaba Quicken, un software de finanzas personales, que competía con Money de Microsoft. La autoridad estimó que Microsoft aumentaría su posición dominante, y medidas que incluían vender a precio cero los activos de Money a Novell, otra empresa de software, fueron rechazadas porque Novell no podría ser un competidor tan eficaz con Money como lo fue Microsoft. “Justice Department files antitrust suit to challenge Microsoft’s purchase of Intuit”, *Department of Justice* (27 de abril, 1995), https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1995/0183.htm

18 Por ejemplo la adquisición de Google de (i) Click Holding Company (DoubleClick), empresa que desarrolla y ofrece servicios de publicidad online, aprobada en 2007 sin condiciones; (ii) AdMob, compañía de publicidad online, aprobada en 2010, sin condiciones

el 2007 a la fecha, ha adquirido más de 90 otras empresas¹⁹, incluyendo Instagram el 2012 y WhatsApp el año 2014, que fueron aprobadas sin condiciones²⁰.

Sin embargo, esta ola de aprobaciones ha comenzado a ser cuestionada. En febrero de 2020 la autoridad solicitó a Google, Amazon, Apple, Facebook y Microsoft que proporcionaran información sobre sus transacciones no declarables entre 2010 y 2019 para un estudio retrospectivo sobre las *adquisiciones asesinas*. Además, una autoridad de competencia de USA impugnó la adquisición de Farelogix por parte de Sabre²¹ y la otra autoridad presentó una demanda contra Facebook, alegando que Facebook ha mantenido su posición de monopolio mediante la compra de empresas que presentan amenazas competitivas, además de imponer políticas restrictivas contra las empresas que no adquiere. Sin embargo, en ambos casos las autoridades han perdido en primera instancia ante tribunales²².

En conclusión, nuevas reglas en operaciones de concentración se podrían generar para evitar que con su adquisición se elimine competencia en el mercado digital.

II. CARTELES

Pocos casos de carteles en plataformas digitales han sido investigados y sancionados por las autoridades. Respecto de casos investigados, Margrethe Vestager, Comisaria de Competencia de la Comisión, advirtió que las empresas “deben saber que cuando decidan utilizar un sistema automatizado, serán responsables de lo que haga”²³. Sin embargo, hasta la fecha la Comisión no ha perseguido ningún cartel por fijación de precios a través de algoritmos. Actualmente, la autoridad de competencia italiana está investigando un potencial cartel entre Apple y Amazon debido a que algunos revendedores autorizados de Apple no podrían vender sus productos en Amazon²⁴.

Respecto de casos finalizados, la autoridad británica ha sancionado un cartel sobre venta en línea de póster y marcos²⁵, que se ejecutaba con un programa informático de reajuste de precios automatizado. La autoridad danesa aceptó los compromisos ofrecidos por Happy Helper²⁶ por un acuerdo de precio mínimo después de haber concluido que tanto la plataforma como los “helpers” serían empresas, y no empleados,

19 Chris Zook, “History of Facebook Acquisitions [Infographic]”, *WebFX*, <https://www.webfx.com/blog/marketing/history-of-facebook-acquisitions-infographic/>

20 El análisis por las cuales se aprobó esta operación no es público a pesar de que las transacciones fueron por millones de dólares.

21 Ver nota al pie N° 15. La autoridad británica finalmente frenó esta operación.

22 Matt Levine, “Facebook Is Big But Maybe Not a Monopoly”, *Bloomberg* (29 de junio 2021), <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2021-06-29/facebook-victory-against-the-ftc-is-an-antitrust-lesson-in-monopoly-power-kqi8jeku>

23 Margrethe Vestager, “Speech by Executive Vice-President Vestager at the press conference on fostering a European approach to Artificial Intelligence” (Discurso, Conferencia de Prensa de la Comisión Europea, Bruselas, 21 de abril, 2021), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_21_1866.

24 Se debe tener en cuenta que en la Unión Europea los carteles verticales se analizan como una infracción de cartel. “Italian Apple, Amazon Offices Raided Over Beats Headphone Sales”, *Competition Policy International* (22 de julio, 2020), <https://www.competitionpolicyinternational.com/italian-apple-amazon-offices-raided-over-beats-headphone-sales/>.

25 CMA, “Decision of the Competition and Markets Authority. Online sales of posters and frames”, (12 de agosto, 2016), <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf>.

26 Happy Helper es una plataforma para encontrar servicio de limpieza. “Commitment decision on the use of a minimum hourly fee”, *Danish Competition and Consumer Authority* (26 de agosto, 2020), <https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20200826-commitment-decision-on-the-use-of-a-minimum-hourly-fee-happy-helper/>.

subcontratistas o agentes desde el punto de vista de la competencia, porque la plataforma no asume el riesgo financiero del trabajo de los Helpers.

III. ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE

A pesar de existir tímidas nuevas reglas en materia de fusiones y carteles, las investigaciones en relación con abusos de posición dominante de las plataformas digitales como conducta infraccional han acaparado mayor atención de las autoridades, generando nuevas reglas jurisprudenciales y legislativas.

Llama la atención estudios como el de la autoridad británica que concluye que la rentabilidad de Google y Facebook está muy por encima de cualquier estimación de lo que podría esperarse razonablemente en un mercado competitivo, a partir de una serie de características que se refuerzan mutuamente y que inhiben la entrada y la expansión de los rivales, socavando la competencia efectiva²⁷⁻²⁸.

1. Prohibición de ventas en línea

Desde hace una década las autoridades han estado observando las relaciones contractuales de los fabricantes con los distribuidores. Así se ha observado que algunos fabricantes imponían la prohibición de ventas en línea, fijación de precios de reventa o una política de precios dual dependiendo de si el producto se vende fuera de línea o en línea²⁹.

Uno de los primeros casos sancionados lo llevó adelante la autoridad alemana el 2014, cuando sancionó a Adidas por prohibir vender sus productos en plataformas de Marketplace como eBay o Amazon³⁰. Esta decisión fue seguida por otras decisiones similares en Alemania³¹ y otros países de la Unión Europea³². La evolución jurisprudencial llegó a tal punto que se pudo distinguir los casos según si existía una prohibición absoluta de todas las ventas en línea³³ o una mera prohibición de usar plataformas de Marketplace³⁴, siendo la primera prohibición más grave que la segunda.

27 CMA, *Online platforms and digital advertising. Market study final report* (julio 2020), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa-557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf.

28 Estas características en general tienen relación con los efectos de red y economías de escala, acceso desigual a los datos, falta de transparencia, importancia de los ecosistemas, integración vertical y conflictos de intereses.

29 El monitoreo de esta imposición era posible con el uso de softwares de precios, aumentando la transparencia para coludirse con otros minoristas. Comisión Europea, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry* (mayo 2017), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf.

30 Caso B3-137/12 - Adidas, Bundeskartellamt (2014), <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2014/B3-137-12.html>

31 Caso B2-98/11 – ASICS, Bundeskartellamt (2015), <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B2-98-11.html>.

32 Comisión Europea, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry* (mayo 2017), Caso AT.40465- Asus, Comisión Europea (2018); Caso AT.40469 - Denon & Marantz, Comisión Europea (2018); Caso AT.40181 - Philips, Comisión Europea (2018); Caso AT.40182 - Pioneer, Comisión Europea (2018); Caso AT.40428, Guess, Comisión Europea (2018); Caso AT.40436 - Ancillary Sports Merchandise, Comisión Europea (2019); Caso AT.40432 - Character merchandise, Comisión Europea (2019); "Decision 18-D-23 of October 24, 2018", *Autorité de la Concurrence* (24 de octubre, 2018), <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/decision/decision-18-d-23-24-october-2018-regarding-practices-implemented-retail-outdoor-power>.

33 Caso C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v. Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, GC, (2011).

34 Caso C-230/16, Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH, GC, (2017).

Las reglas respecto de la prohibición de este tipo de conducta se han aclarado por vía jurisprudencial pero las infracciones se siguen castigando. Por ejemplo, en marzo de 2020, la autoridad de competencia francesa impuso multas a Apple y dos de sus mayoristas por incurrir en una serie de restricciones verticales en la reventa de productos distintos del iPhone³⁵.

2. Cláusulas de Nación Más Favorecida (“NMF”) para mejorar su propio servicio

Las cláusulas de NMF incluyen prácticas para solicitar paridad de precio o condiciones en relación con los competidores o con el mismo proveedor. Un caso representativo es el de los hoteles. El sistema de reserva de los hoteles puede ser efectuado directamente con el hotel en cuestión, a través de agencias o en plataformas digitales. Algunas plataformas digitales imponen cláusulas de nación más favorecida a los hoteles respecto de otras plataformas (NMF amplias) o al hotel mismo (NMF restringidas). La autoridad de UK llegó a acuerdos para no ejecutar estas cláusulas³⁶⁻³⁷. Esta tendencia de alcanzar compromisos fue seguida el 2015 por las autoridades de Suecia, Italia, y Francia respecto de las plataformas de hoteles³⁸ y por varias otras autoridades respecto de Amazon³⁹.

El año 2017 la Comisión y un tribunal alemán estimaron que no existían pruebas que la restricción de solicitar la paridad de precios publicada por los propios vendedores (NMF restringidas) afectara la competencia⁴⁰⁻⁴¹. Para evitar incertidumbre, tres países han dictado leyes específicas, Francia⁴², Austria e Italia, y un proyecto de ley fue sometido a consulta en febrero de 2021 en Suiza.

Recientemente, la autoridad británica ha reafirmado su voluntad de sancionar prácticas de NMF y para aumentar el efecto disuasivo de la conducta, llegó a imponer una multa de £17,9 millones de libras a ComparetheMarket⁴³. Otro caso más reciente que aún se encuentra en tramitación es el de Amazon en

35 “Decision 20-D-04 of March 16, 2020”, *Autorité de la concurrence* (15 de junio, 2020), <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/decision/regarding-practices-implemented-apple-products-distribution-sector>

36 CMA, “Hotel Online Booking Investigation Case Closure Summary” (16 de septiembre, 2015) https://assets.publishing.service.gov.uk/media/55f8404aed915d14f1000014/Hotel_online_booking_-_case_closure_summary.pdf y CMA, “Online hotel booking”, (última actualización: 13 de septiembre, 2019) <https://www.gov.uk/cma-cases/online-hotel-booking>.

37 La CMA ha llegado a acuerdos en estos casos, por ejemplo, CMA, “Auction services: anti-competitive practices” (última actualización: 13 de julio, 2017), <https://www.gov.uk/cma-cases/auction-services-anti-competitive-practices>. La CMA ha impuesto varias multas en este tipo de casos, por ejemplo, CMA, “Bathroom fittings sector: investigation into anti-competitive practices” (última actualización: 17 de mayo, 2016) <https://www.gov.uk/cma-cases/bathroom-fittings-sector-investigation-into-anti-competitive-practices>; CMA, “Commercial catering equipment sector: investigation into anti-competitive practices” (última actualización: 10 de junio, 2016) <https://www.gov.uk/cma-cases/commercial-catering-sector-investigation-into-anti-competitive-practices>; CMA, “Light fitting sector: anti-competitive practices” (última actualización: 20 de junio, 2017) <https://www.gov.uk/cma-cases/light-fittings-sector-anti-competitive-practices>; CMA, “Digital piano and digital keyboard sector: anti-competitive practices 50565-2”, (última actualización: 8 de octubre, 2019) <https://www.gov.uk/cma-cases/musical-instruments-and-equipment-suspected-anti-competitive-agreements-50565-2> y CMA, “Guitars: anti-competitive practices 50565-3” (última actualización: 24 de marzo, 2020) <https://www.gov.uk/cma-cases/musical-instruments-and-equipment-suspected-anti-competitive-agreements-50565-3>.

38 “The French, Italian and Swedish Competition Authorities Accept the Commitments Offered by Booking.com”, *Comisión Europea* (diciembre 2019) <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/french-italian-and-swedish-competition-authorities-accept-commitments-offered-bookingcom>

39 “Bundeskartellamt closes proceedings against Audible/Amazon and Apple”, *Bundeskartellamt* (19 de enero, 2017), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_01_2017_audible.html

40 Comisión Europea, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry* (mayo 2017),

41 Tribunal de Apelación de Düsseldorf (junio 2019).

42 Ley 2015-990 (“Ley Macron”) que entró en vigor el 6 de agosto de 2015.

43 CMA, “Price comparison website: use of most favoured nation clauses” (última actualización: 18 de febrero, 2021) <https://www.gov>.

USA. En mayo de 2021, el Distrito de Columbia acusó que las cláusulas de NMF de Amazon provocarían que vendedores abandonen otras plataformas para no ser expulsados de Amazon y que empresas como Walmart reciben cotidianamente solicitudes de vendedores para que no bajen los precios de sus productos y así no comprometer su estatus en Amazon⁴⁴.

En conclusión, a pesar de que las reglas para las plataformas respecto de la prohibición de este tipo de conducta se han aclarado por vía jurisprudencial y legislativa en varias jurisdicciones, estas reglas son relativamente nuevas y se siguen desarrollando.

3. Aprovechamiento de las noticias de terceros para mejorar su propio servicio

Antiguamente los medios de noticias recibían ingresos por avisaje; actualmente este ingreso se ha trasladado hacia las plataformas. Las autoridades han propuesto diversas soluciones para financiar los medios y así promover el pluralismo informativo y la democracia. En Europa la solución ha sido nivelar la cancha a partir de derechos de autor⁴⁵ o reglas sobre ganancias injustas de dinero⁴⁶, mientras que en Australia la solución ha venido por nivelar problemas relacionados con el poder de negociación de las plataformas frente a los medios de comunicación⁴⁷.

La solución en cualquier caso ha sido legislar; existe una directiva de la Unión Europea sobre derechos conexos, que obliga a las plataformas en línea a pagar a los medios de comunicación por mostrar sus contenidos en línea y que en algunos países como Francia ya se ha incorporado en su legislación, la dictación de un código obligatorio de negociación entre los medios de noticias en Australia⁴⁸ y un proyecto de ley en Canadá⁴⁹.

4. Apalancamiento de aplicaciones en un ecosistema creado por una plataforma

El apalancamiento consiste en que el titular de la plataforma realiza conductas por las cuales da preferencia a un servicio propio por sobre el de terceros. Un ejemplo sería en el caso de comprobarse que Amazon

[uk/cma-cases/price-comparison-website-use-of-most-favoured-nation-clauses](https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-comparethemarket-17-9m-for-competition-law-breach). Pendiente apelación. y "CMA fines ComparetheMarket £17.9m for competition law breach", CMA (19 de noviembre, 2020), <https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-comparethemarket-17-9m-for-competition-law-breach> "La acción de hoy debe servir de advertencia: cuando encontremos pruebas de que se ha infringido la ley, no dudaremos en intervenir para proteger a los consumidores."

44 Distrito de Columbia, *Amazon Complaint* (mayo 2021), <https://oag.dc.gov/sites/default/files/2021-05/Amazon-Complaint-.pdf>.

45 En enero de 2021 Google acordó pagar a los editores franceses por mostrar sus contenidos en sus resultados de búsqueda para cumplir una medida precautoria, mientras investiga si Google abusó de su posición dominante al no cumplir una ley nacional que aplica una directiva de la UE sobre derechos conexos, que obliga a las plataformas en línea a pagar a los medios de comunicación por mostrar sus contenidos en línea. Corte de Apelación de París, 8 octubre 2020, revisando el caso N° 19-D-26 (Caso 20/08071 – Société Google LLC, Société Google Ireland Limited, Société Google France, Court D'Appel de Paris (2020), https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/appeals/2020-10/ca_20mc01_oct20.pdf).

46 En mayo de 2010 la autoridad italiana llegó a un acuerdo con Google que resolvía la preocupación de que su motor de búsqueda ganaba dinero injustamente con las noticias generadas por otros, limitando su capacidad de atraer tráfico a sus propios sitios web, privándoles de ingresos publicitarios. Comisión Europea, *Italy: The Competition Authority (AGCM) widens Investigation into Google: Website Contract Conditions for Online ad-serving under Investigation* (2010), https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/03_2010/it_google.pdf.

47 ACCC, *Digital platforms inquiry – final report* (julio 2019), <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>

48 Ley N° 21 introdujo un código obligatorio de negociación entre los medios de noticias y las plataformas digitales en marzo de 2021

49 Senado de Canadá, *Public Bills-225 (43-2) - First Reading - An Act to amend the Copyright Act (remuneration for journalistic works)*, 2021, <https://parl.ca/DocumentViewer/en/43-2/bill/S-225/first-reading#ID1RB>.

daría un trato preferencial a sus propias ofertas y a los vendedores que utilizan sus servicios de logística y entrega⁵⁰. En extremo, estos guardianes (en inglés, *gatekeepers*) tienen la potencialidad de cerrar mercados completos a determinados incumbentes.

Más recientemente, el videojuego Fortnite de Epic Games fue retirado de la App Store después de que Epic pusiera la opción de pago directo dentro de la aplicación utilizando su propio sistema de pago en agosto de 2020. Epic inició procedimientos judiciales en USA y Australia, alegando que Apple cobra elevadas comisiones por cada transacción en la App Store, prohibiéndoles opciones de suscripción alternativas. La jurisdicción de los tribunales en Australia está siendo cuestionada porque Apple y Epic habrían firmado un acuerdo de licencia que estipula que todas las disputas serán resueltas en California.

Mientras la contienda de jurisdicción está siendo analizada por el tribunal australiano, la autoridad de competencia de ese país ha intervenido para sostener que en dicha acción civil Australia tiene jurisdicción y así incentivar acciones privadas con una finalidad de interés público⁵¹.

A pesar de que las acciones privadas se encuentran limitadas principalmente porque no cuentan con evidencia necesaria⁵² o porque no puedan admitirse a tramitación, acciones privadas y de la autoridad no son excluyentes. Por ejemplo, la autoridad británica abrió varios procedimientos este año: una investigación sobre Apple App Store en marzo⁵³, una investigación sobre Apple Pay en abril⁵⁴, y un estudio de mercado sobre el ecosistema de los smartphones en junio⁵⁵, después de no admitir a tramitación la demanda de Epic⁵⁶. La Comisión ha cuestionado también a Apple en libros y audiolibros⁵⁷ y por Spotify respecto de su aplicación Apple Music⁵⁸. Así, queda por ver las decisiones de estas autoridades y los potenciales remedios que propondrán.

En relación con los remedios que impone la autoridad, aún no existe claridad sobre si estos son efectivos.

50 Caso AT.40703 - Amazon Buy Box, Comisión Europea (2020).

51 "ACCC seeks leave to appear in Epic v Apple appeal", ACCC (10 de mayo, 2010), <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-seeks-leave-to-appear-in-epic-v-apple-appeal>.

52 Parler vs Amazon por un acuerdo entre Amazon y Twitter que se reflejaría en la decisión de Amazon de cancelar la cuenta de Parler, lo que afectaría la competencia en el mercado de servicios de microblogging en beneficio de Twitter, fue desechada por falta de evidencia. Alex Wilts, "Judge denies Parler's injunction request to reinstate Amazon account", *Global Competition Review* (22 de enero, 2021), <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/digital-markets/judge-denies-parlers-injunction-request-reinstate-amazon-account>.

53 CMA, "Investigation into Apple AppStore", (última modificación; 4 de marzo, 2021) <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-apple-appstore>.

54 "Antitrust: Commission opens investigation into Apple practices regarding Apple Pay", *Comisión Europea* (16 de junio, 2020), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1075.

55 CMA, *Mobile ecosystems market study. Statement of scope* (junio 2021), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60c8683a8fa8f57cef61fc18/Mobile_ecosystems_-_statement_of_scope_.pdf.

56 La demanda no se admitió a tramitación porque la subsidiaria británica de Apple no se consideró responsable de la conducta. Por otra parte, la demanda de perjuicios contra Google por daños y perjuicios sí fue admitida a tramitación porque Google Ireland es una parte en el acuerdo de licencia. Competition Appeal Tribunal, "Epic Games, Inc. and Others v Apple Inc. and Another" (febrero 2021), https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2021-02/1377_1378_Epic_Games_Judgment__220221%20.pdf.

57 "Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules", *Comisión Europea* (16 de junio, 2016), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1073.

58 "Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers", *Comisión Europea* (30 de abril, 2021), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061.

La Comisión ordenó dar el mismo trato a los servicios de competencia de Google Shopping después de haberse comprobado que daba a su servicio un lugar destacado en sus resultados de búsqueda⁵⁹, pero hay quienes alegan que el método de Google para cumplir con el remedio no pone fin a la infracción porque llegó demasiado tarde o los efectos de la infracción aún continúan⁶⁰. Como sea, conductas similares de Google son constantemente investigadas, por ejemplo, AdSense for Search y Google Maps⁶¹⁻⁶².

En julio 2018 la Comisión multó a Google por abuso de su posición dominante, pues la plataforma requería a los fabricantes que querían usar su sistema operativo (Android) que instalaran su buscador en internet (Chrome) y tiendas de aplicaciones (Play Store), obstruyendo el desarrollo y la posibilidad de distribución de los competidores. La Comisión implementó como remedio un paso en el que el usuario pudiera elegir el buscador que quisiera usar⁶³⁻⁶⁴. Este caso remite al caso Microsoft y Netscape de 1998. En el caso llevado en USA, un juez de distrito, a petición de la autoridad de competencia, ordenó la disolución de Microsoft en dos empresas, una con todo el software de sistemas operativos y otra con todos los demás productos de la empresa⁶⁵, lo que fue finalmente rechazado por la Corte Federal.

Los diputados del Parlamento Europeo también han considerado que la “separación estructural de los monopolios de las grandes empresas tecnológicas” podría ser “deseable”, dados los límites de las multas y el fracaso de los remedios de comportamiento anteriores⁶⁶.

5. Apalancamiento de avisaje por aprovechamiento de datos

Este tipo de conducta consiste en usar los datos que los usuarios han entregado en sus plataformas para mostrar avisos personalizados. Mientras más personalizado sea el aviso, más atractiva es la plataforma de cara a los avisadores. Así esta conducta demuestra la enorme importancia de los datos en mercados que

59 Caso AT.39740 - Google Search (Shopping), Comisión Europea (2017).

60 Thomas Höppner, “Google’s (Non-) Compliance with the EU Shopping Decision”, *Competition Law in Practice* (noviembre 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3700748 & Emily Craig, “Google Shopping remedy has failed, study claims”, *Global Competition Review* (29 de septiembre, 2020), <https://globalcompetitionreview.com/behavioural-remedies/google-shopping-remedy-has-failed-study-claims>.

61 Caso AT.40411 - Google Search (AdSense), Comisión Europea (2019). En marzo de 2019, la Comisión impuso a Google una multa por haber abusado de su posición dominante a través de su producto “AdSense for Search”, al impedir que los editores pudieran publicar sus avisos en otros buscadores y estuvo reservando las posiciones más valiosas en las búsquedas de propios anuncios mientras utilizaba a su favor información de la competencia. Ya en enero de 2019, la autoridad francesa había multado a Google requiriéndole aclarar las normas de Google Ads por no ser objetivas, transparentes, y no discriminatorias, después de haber abierto una investigación contra Google y una investigación de mercado el 2018.

62 Otras autoridades de competencia en Europa también han investigado a Google respecto de otros servicios como Google Maps como en Italia respecto de la aplicación Enel X Recharge.

63 Caso AT.40099 - Google Android, Comisión Europea (2018) con multa récord de 4.340 millones de euros.

64 Este tipo de conducta no existiría respecto de Apple porque dicha empresa no permite que terceras partes puedan desarrollar sus sistemas operativos. En este sentido, la decisión de la Comisión ha recibido críticas porque se estaría castigando a un sistema operativo que es más abierto como lo es Android. Janith Aranze, “Google ordered to stop using Android to protect search dominance”, *Global Competition Review* (18 de julio, 2018), <https://globalcompetitionreview.com/google-ordered-stop-using-android-protect-search-dominance>.

65 La demanda a Microsoft alegaba que Microsoft (i) monopolizaba el mercado de sistemas operativos de ordenadores personales e intentó monopolizar el mercado de los navegadores de Internet, incluyendo su navegador (Internet Explorer) con Windows con el fin de impedir la distribución del navegador de Netscape. *United States of America, State of New York v. Microsoft Corporation* <https://www.justice.gov/atr/us-v-microsoft-courts-findings-fact>

66 Parlamento Europeo, *Competition policy - annual report 2020* (junio 2021), par. 41.

compiten por la información de los consumidores. Las autoridades han comprendido que sus actividades se interrelacionan y solapan con otros reguladores⁶⁷. Así, la estrategia europea de datos⁶⁸ pretende garantizar que haya más datos disponibles para su uso.

Casi todas las plataformas han sido cuestionadas. Se ha cuestionado a Facebook la forma en que recopila y utiliza determinados datos. Así, la autoridad alemana le ordenó modificar sus prácticas y la autoridad británica abrió una investigación por apalancamiento en anuncios clasificados y de citas. Se ha cuestionado a Amazon por su doble rol como vendedor y *gatekeeper* y el uso de datos comerciales no públicos de quienes venden en su plataforma en beneficio de su propio negocio minorista⁶⁹. Se ha cuestionado a Google por la Privacy Sandbox por la cual se podrá evaluar por la autoridad británica si la eliminación de las *cookies* en el navegador Chrome daría lugar a una auto preferencia⁷⁰. Finalmente, respecto de Apple, la autoridad francesa concluyó preliminarmente que no existiría una autopreferencia en la política App Tracking Transparency, que consiste en informar y solicitar el consentimiento de los usuarios de las aplicaciones para tracking⁷¹.

IV. POLÍTICA PÚBLICA Y ESTUDIOS DE MERCADO

Varias jurisdicciones estiman que la aplicación de medidas y sanciones *ex post* no es suficiente y que los problemas de las plataformas digitales deben abordarse mediante intervenciones *ex ante* para evitar perjuicios económicos más profundos. Los estudios de mercado, en su mayoría, no tienen la facultad de ordenar hacer o no hacer a un incumbente, pero tienen un impacto a largo plazo porque permiten a las autoridades comenzar investigaciones o procesos legislativos o regulatorios⁷².

Hay dos medidas populares alrededor de globo. La primera es la creación de una unidad de mercados digitales como la promovida por UK⁷³⁻⁷⁴ y Japón⁷⁵. La segunda, la creación de un código de conducta que guíe a las

67 En el caso del Reino Unido, las autoridades regulatorias se han mostrado activas para aprovechar los conocimientos colectivos de los distintos reguladores, por lo que crearon un Foro de Cooperación de Regulación Digital (DRCF) en julio 2020. "A joined-up approach to digital regulation", *CMA* (10 de marzo, 2021), <https://www.gov.uk/government/news/a-joined-up-approach-to-digital-regulation>.

68 Comisión Europea, "A European Strategy for data", *Políticas*, última modificación: 25 de junio de 2021, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/strategy-data>.

69 Caso AT.40462 – Amazon Marketplace, Comisión Europea (2019).

70 CMA, "Open consultation on proposed commitments in respect of Google's 'Privacy Sandbox' browser changes", (última modificación: 11 de junio de 2021), <https://www.gov.uk/government/consultations/consultation-on-proposed-commitments-in-respect-of-googles-privacy-sandbox-browser-changes>.

71 "Apple's implementation of the ATT framework", *Autorité de la concurrence* (17 de marzo, 2021), <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/targeted-advertising-apples-implementation-att-framework-autorite-does-not-issue>.

72 Es importante aclarar que en este artículo se ha preferido explicar casos particulares en los que ha existido una investigación de mercado que puede llegar a una medida como hacer o no hacer para las plataformas, por sobre aquellos estudios de mercado llevado a cabo por los gobiernos, parlamentos o autoridades que contienen meras recomendaciones.

73 Jason Furman et al, *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel* (marzo 2019), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

74 CMA, *A new pro-competition regime for digital markets Advice of the Digital Markets Taskforce* (diciembre 2020), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf.

75 "An interview with Kazuyuki Furuya".

plataformas con un listado de qué hacer y no hacer, como es el caso UK⁷⁶, Alemania⁷⁷, y la Unión Europea. La Unión Europea, además de proyecto de Ley de Mercados Digitales, tendrá otras medidas adyacentes como una nueva herramienta de investigación de mercado, una Ley de Servicios Digitales, una nueva exención por categorías y guías sobre los acuerdos verticales y una revisión de la definición del mercado relevante⁷⁸. Estas dos medidas son similares a las promovidas por las autoridades nórdicas⁷⁹ y la Cámara de Representantes de USA para restablecer la competencia en la economía digital⁸⁰.

V. CONCLUSIÓN

Tras la observación de casos en los que las autoridades de competencia han intervenido, se puede concluir que los estudios de mercado y las investigaciones de las autoridades de competencia han sido esenciales para promover nuevas reglas para las plataformas digitales, sin embargo, no siempre han sido apropiadas, oportunas o disuasivas.

Las reglas son esenciales porque proporcionan una mayor seguridad tanto para las plataformas como para las autoridades. En algunos casos, el legislador no abarcó los desafíos a los que se enfrentan las autoridades respecto de las plataformas, sea porque no visualizó potenciales riesgos o porque determinadas estructuras o modelos de negocios eran inexistentes al tiempo de la dictación de una legislación.

Por la pandemia, las plataformas se han convertido para muchos en un canal obligatorio, desde la vida laboral, la adquisición de bienes y servicios y una fuente de entretenimiento e información, por lo que será interesante ver cómo los gobiernos, parlamentarios y autoridades siguen actuando frente a esta nueva realidad ahora mucho más digital.

76 El proyecto de ley incluirá dentro de las nuevas atribuciones medidas preventivas y definitivas como suspender, bloquear y anular las decisiones de las plataformas con mercado estratégico y ordenar conductas para lograr el cumplimiento de un código de conducta que rija las plataformas. Así también se incluirán sanciones económicas en caso de incumplimiento e intervenciones favorables a la competencia relacionadas con los datos (incluido el control de los consumidores sobre los datos, la interoperabilidad, el acceso a los datos y las competencias de separación de los datos), la elección de los consumidores y separación de compañías. Medidas preventivas pueden ser apropiadas para prevenir un daño irremediable en mercados dinámicos.

77 Ley de Digitalización del Derecho de la Competencia Enmienda 19(a).

78 Comisión Europea, *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law* (97/C 372/03), 1997, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN).

79 Konkursverket et. al., *Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level. The view of the Nordic competition authorities* (septiembre 2020) <https://www.kfst.dk/media/ockjqz0b/digital-platforms-and-the-potential-changes-to-competition-law.pdf>

80 U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, *Investigation of Competition in the Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (octubre 2020), https://judiciary.house.gov/uploaded-files/competition_in_digital_markets.pdf.



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:

Carolina Oñate, "Las (nuevas) reglas para las plataformas digitales en el mundo", *Investigaciones CeCo* (julio, 2021),

<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