

Digital Markets and Digital Markets Act

By

Prof. Dr. Juan Ignacio Ruiz Peris

University of Valencia

- Los servicios digitales en general y las plataformas digitales, en particular, desempeñan un papel cada vez más importante en la economía, al proporcionar a los usuarios empresariales pasarelas para llegar a los usuarios finales con carácter global, incrementando el comercio transfronterizo, en beneficio tanto de empresas como de consumidores, facilitando también el comercio entre los Estados Miembros de la Unión Europea.
- La economía digital representaba en 2018 el 9 % del PIB Global, de acuerdo con el informe del U.S. Bureau of Economic Analysis (BEA) de agosto de 2020.
- Obviamente esta cifra debe haberse incrementado por la explosión del uso de los medios digitales y la reducción del PIB Global causada por la Pandemia.

Mayores empresas globales por capitalización bursátil y sus actividades principales

- 4 de las 5 mayores capitalizaciones bursátiles en el mundo son empresas digitales que no existían hace 30 años:
 - Microsoft,
 - Apple
 - Alphabet (Google)
 - Amazon

Mercados digitales

- En el ámbito de los mercados digitales conviven y se relacionan empresas que prestan servicios muy diferentes aunque mutuamente interrelacionados, o que plantea problemas de delimitación de mercados.
- Agravan estos problemas el carácter multilateral de las plataformas que sirven de pasarela de acceso de los usuarios profesionales a los usuarios finales y a la inversa.
- Los servicios digitales mas relevantes son, entre otros,:
 - Buscadores
 - Servicios de computación en la nube
 - Apps
 - Sistemas operativos
 - Redes sociales
 - Servicios de plataformas de intercambio de vídeos
 - Servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración
 - Servicios de publicidad

Situación de los mercados digitales y en general de las plataformas digitales

- Nivel GAFAM

- Tanto la Comisión Europea – Microsoft, Google, Amazon, como algunas autoridades nacionales de los Estados miembros, como la alemana – Facebook -, como al otro lado del Atlántico la FTC y la Department of Justice’s Antitrust Division – Microsoft, Amazon, Google -, e incluso China – Ali Baba- han sancionado a los grandes gigantes digitales con multas millonarias.
- En opinión de las autoridades de competencia de uno y otro lado del Atlántico, ello no permite sin embargo eliminar de modo efectivo y con una rapidez adecuada las conductas discriminatorias autopreferentes o las conductas exclusionarias, puestas en práctica por empresas con indudable poder de mercado y supuestamente en posición de dominio.
- Las autoridades encuentran especialmente problemático delimitar la existencia de dicha posición de dominio, imprescindible para la aplicación del artículo 102.1 TFUE y sus equivalentes, como consecuencia de las dificultades en delimitar de modo pacífico el mercado relevante en cada caso.

- Resto del mercado (Europa 10.000 plataformas).

- Suficiencia de la aplicación del Derecho de la competencia.
- Surgen casos resueltos por las autoridades y costes nacionales como los generados en distintos Estados miembros por la entrada en el mercado de UBER.

Reducción de la Contestabilidad del mercado

- Las actuales plataformas GAFAM presentan una mayor inatacabilidad por nuevos entrantes, que las precedentes que desbancaron como MySpace, Altavista o MSNMessenger, lo que puede determinar que su posición de gatekeeper en el mercado resulte de mayor duración y menos rebatible que la de sus antecesoras.
-
- Dicha mayor incontestabilidad es debida
 - a los efectos de red más acusados,
 - el control de los datos de sus clientes profesionales y usuarios finales, no replicable por los nuevos entrantes,
 - la creación de ecosistemas cerrados que atrapan al cliente, reducen las posibilidades de cambio, impiden el multihoming y dificultan la migración de datos
 - la política de adquisiciones de nuevos entrantes y fagocitación o eliminación – killer acquisitions-, según los casos, de sus tecnologías,

Insuficiencia del Derecho de la competencia para enfrentarse a los mercados digitales

- El **Derecho de la competencia**: no es suficiente para mantener los mercados digitales competitivos y limpios, en particular en el caso de los mercados controlados por los denominados Gatekeepers:
 - Debido a su carácter ex post.
 - Su lentitud – siete años de media para un procedimiento Google -, solo paliada por la posibilidad de adoptar medidas cautelares.
 - Dos velocidades.
 - La dificultad de definir los mercados relevantes en el ámbito digital, la interconexión entre los diferentes mercados facilitada por el hecho de compartir los datos en un ecosistema digital y las características peculiares de la dominancia en estos mercados.
 - El desconocimiento por parte de las autoridades del funcionamiento de las empresas digitales,
 - que comienza a ser visualizado por las autoridades europeas y también nacionales – en particular la Bundeskartellamt – o la autoridad holandesa - Apple Match-, recientemente paliado a través de la creación de las unidades digitales de las autoridades europeas y nacionales, que sin embargo son generalmente muy pequeñas – dos economistas y un científico-, con escasos medios económicos y tecnológicos en comparación con los equipos técnicos de los Gatekeepers que además controlan su propia tecnología que las unidades digitales de las autoridades deben comprender externamente pese a sus poderes de investigación, lo que limita claramente su eficacia. Es por ello por lo que es imprescindible la cooperación entre las unidades de las autoridades nacionales y las de la Comisión para optimizar los recursos escasos.
 - 220 nuevos empleados para poner en marcha la DMA ¿Cuántos científicos digitales – un 30%-?
 - Su reluctancia al empleo de medidas estructurales,
 - históricamente empujadas en el ámbito de las empresas de telecomunicaciones, protegidas por el Estado, y que ahora vuelven a entrar en juego en el horizonte de la FTC en un escenario distinto en el que la posición de dominio se ha obtenido sin protección estatal, en el ámbito digital, atendiendo a la obtención por los Gatekeepers de rentas de monopolio anticompetitivas equivalentes a las obtenidas por las empresas de telecomunicaciones.
 - Medidas estructurales adaptadas a los mercados digitales, como la destrucción de algoritmos.
 - Mientras la Comisión o el Tribunal deciden 20 operaciones de concentración se han producido en el mercado.
- **Derecho regulatorio**:
 - Problemática que plantean las prohibiciones per se.
- **Derecho híbrido**.
 - Propuesta de DMA.

La propuesta de DMA

- La propuesta de Digital Market Act fue presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 2020 (PC) y tras su trámite parlamentario ha dado lugar a una Posición del Parlamento Europeo (PPE) de 15 de diciembre de 2021 que incluye modificaciones respecto de la propuesta original.
- En la actualidad parece que existe consenso respecto a que la propuesta será tramitada y aprobada durante este año, si los avatares de la invasión de Ucrania no llevan a un cambio de escenario que lo impida.
- La propuesta se dirige fundamentalmente a cinco grupos digitales conocidos como GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft).
- Fusiona reglas de defensa de la competencia con otras de competencia desleal en un contexto regulatorio inspirado en las normas de competencia europeas.
- Sus objetivos son
 - Asegurar la contestabilidad del mercado: Preservación de la competencia efectiva
 - Preservar la equidad en la competencia: Prohibición de la competencia desleal y la discriminación
- En cuanto a los intereses que protege
 - El análisis clásico de los precios no es la cuestión más relevante en los mercados digitales –pueden darse incluso precios negativos -.
 - El mantenimiento de la competencia, impedir el retraso artificial de la comercialización de la tecnología, el bienestar del consumidor, el crecimiento de la economía y el trato justo de los usuarios profesionales, son intereses protegidos por la DMA.
 - Si en la PC, junto con el objetivo típico del Derecho de la competencia de la protección de una competencia no distorsionada en el mercado, se incluía de modo complementario el de asegurar la contestabilidad y limpieza de los mercados en que participan los Gatekeepers, la PPE añade a éstos, la protección de los legítimos intereses tanto de los usuarios profesionales como de los finales.

- La Comisión concentra su atención en
 - las prácticas discriminatorias autopreferentes,
 - la vinculación de prestaciones y servicios,
 - las barreras al cambio y a la combinación de servicios procedentes de distintas plataformas, tendente a abrir los ecosistemas cerrados y
 - el uso exclusivo por los Gatekeepers de determinados datos obtenidos en sus plataformas, a los que no tienen acceso ni siquiera las empresas que los generan, estableciendo
 - obligaciones de facilitar la portabilidad de datos y
 - obligaciones proactivas de compartir ciertos datos y de dar acceso a otros.
- La propuesta de DMA se ocupa igualmente de los ecosistemas digitales cerrados, que atrapan a los usuarios, que tienen opciones muy limitadas de cambio a servicios alternativos, o de combinar los servicios de distintas plataformas.

Core services

- La PC se centra únicamente en los servicios digitales que más utilizan los usuarios profesionales y los usuarios finales y en los que, preocupaciones sobre la poca disputabilidad y las prácticas desleales de los Gatekeepers son más evidentes y apremiantes desde la perspectiva del mercado interior. A ellos añade la PPE otros que quizá no cumplan dichos requisitos.
- La PPE excluye del concepto de *core service* a los servicios sin propósito comercial y en particular a los proyectos de colaboración.
- La PC y la PPE distingue entre los *core services* como las redes sociales y aquellos de carácter complementario o auxiliar entre los que se encuentran los sistemas de pago a través de apps o servicios de paquetería y transporte de carga, servicios de venta al por menor o actividades de distribución, que se dirigen a usuarios finales junto con sus *core services*. La PPE establece que dichos servicios auxiliares también deben estar sujetos a las obligaciones aplicables a los *core services*.
- *Core services list*
 - Servicios de intermediación en línea
 - Motores de búsqueda
 - Sistemas operativos
 - Redes sociales
 - Servicios de plataformas de intercambio de vídeos
 - Servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración
 - Servicios de computación en nube
 - Servicios de publicidad
 - Navegadores web (PPE)
 - Asistentes virtuales (PPE)
 - Televisión conectada (PPE)
 - Dispositivos inteligentes (PPE)
 - Internet de las cosas (PPE)
 - Servicios digitales integrados en vehículos (PPE)

Gatekeeper

- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Propuesta de DMA un proveedor de “*core platform services*” debe ser designado como “*gatekeeper*” si cumple tres requisitos de carácter cualitativo, que se presumen cumplidos cuando la empresa supera los tres umbrales cuantitativos previstos en el artículo 3.2.
- Cabe que una empresa sea designada como Gatekeeper encontrándose debajo de los umbrales si a juicio de la Comisión cumple con los requisitos de carácter cualitativo.
- La Comisión tiene además la facultad de designar como gatekeeper a una plataforma de intermediación de servicios que no cumpla con las medidas de investigación ordenadas por aquélla, de acuerdo con los hechos que se encuentren en su poder.
- Requisitos:
 - Debe de tener un impacto significativo en el mercado interior. Se presume que lo poseen aquellas empresas que han mantenido durante los tres últimos ejercicios
 - Volumen:
 - un volumen de negocio anual de 8.000 (PPE) – 6.500 (PC)- millones de euros en el EEE o
 - cuando la capitalización en el mercado – que refleja la potencialidad de monetarizar su posición en el mercado - , o magnitud equivalente – en el caso de que la matriz no sea una entidad cotizada -, de la empresa a que pertenece fue como mínimo de 80.000 (PPE) - 65.000 (PC) - millones de euros en el último ejercicio y
 - Participación en el mercado europeo:
 - Provee un “*core service*” en al menos tres Estados Miembros a un número importante de usuarios profesionales y finales (PC).
 - Opera un “*core platform service*” que sirve como una importante pasarela – *gateway*- para los usuarios profesionales para contactar con los usuarios finales, presumiéndose que se cumple el requisito cuando tenga al menos
 - 45 millones mensuales de usuarios finales activos establecidos o ubicados en la Unión Europea y
 - 10.000 usuarios profesionales activos establecidos en la Unión Europea en el último ejercicio.
 - Sorprende que el área que se toma en consideración - UE - sea distinta de la usada respecto al primer requisito – EEE-.
 - Disfruta de una posición firme y duradera en sus operaciones o es previsible que disfrute de dicha posición en un próximo futuro, lo que se presume cuando los umbrales anteriores previsto en la anterior letra b) sea alcanzado en los tres últimos ejercicios.

Obligaciones del Gatekeeper (arts. 5 - 10 DMA)

- La DMA establece fundamentalmente obligaciones y prohibiciones relativas a
 - las conductas discriminatorias autopreferentes de carácter excluyente junto con
 - Así por ejemplo la PPE establece que los *gatekeepers* deben facilitar al usuario final la designación de tiendas de aplicaciones ajenas a su propio ecosistema para favorecer la contestabilidad en el mercado de aplicaciones por parte de los desarrolladores de software (art. 6.1 c)
 - las conductas tendentes a reforzar la posición de dominio en el mercado con efectos exclusionarios.
- Entre ellas, se exige a los gatekeepers conductas proactivas, como la puesta en marcha de medidas que permitan que el software de terceros funcione correctamente e interopere con sus propios servicios.
- La propuesta establece dos tipos de obligaciones, basadas en la experiencia de la Comisión adquirida durante la última década, para las empresas declaradas “Gatekeepers”.
 - Las primeras siete relativas al comportamiento en el mercado se encuentran recogidas en los artículos 5 –las denominadas “self-executing obligations” , quizá traducibles por auto ejecutivas, que implican no solo su condición de obligaciones *ope legis*, sino que su ejecución no precisa de ulterior especificación -y
 - once obligaciones susceptibles de especificación posterior (art. 6).
 - Respecto a éstas, el artículo 7 de establece un marco para un posible diálogo entre el gatekeeper designado y la Comisión en relación con las medidas que pondrá en marcha aquél, para cumplir las obligaciones susceptibles de especificación previstas en el artículo 6.
- La Propuesta también incluye
 - las condiciones en las cuales
 - una obligación puede ser suspendida (art. 8, para preservar la proporcionalidad de la misma, en particular cuando entrañe el riesgo de poner en peligro las operaciones de un gatekeeper en la UE, o
 - eximida por razones de interés público –limitadas a las de moral pública, salud pública y seguridad pública - (art. 9) y
 - el mecanismo de puesta al día del listado de obligaciones (art. 10).

Sanciones y otros remedios

- La propuesta incluye
 - sanciones por incumplimiento, de un mínimo del 4% y un máximo del 20% del volumen de negocios global de la compañía en el ejercicio anterior (PPE) – frente a un máximo del 10% sin mínimo que figuraba en la PC- , y
 - medidas estructurales, que pueden llegar a la imposición de la desinversión en determinadas empresas, cuando no se disponga de ninguna otra medida alternativa igualmente eficaz para garantizar el cumplimiento, en el caso de los infractores reincidentes.

Datos y competencia

- Compartir datos:
 - Si se comparten brutos implica grandes costes de organización para el que lo recibe.
 - Si estructurados se comparte el modelo de empresa con el competidor
- Resistencia instrumental: Problemas de Derecho Fundamentales en relación con los datos.
- Portabilidad de los datos y facilitación de las posibilidades de cambio y de multichoice.
- Interoperabilidad.
- La Comisión ha considerado que la posesión y tratamiento de un conjunto de datos sobre empresas usuarios – Big data – que los competidores no pueden replicar, típica de estas plataformas, genera una verdadera barrera de entrada (Decisión Google Shopping 2017).
- LA PPE ha añadido que
 - un *gatekeeper* deberá abstenerse de combinar datos personales con el fin de ofrecer publicidad dirigida o microdirigida para sus fines comerciales, excepto cuando exista un "consentimiento claro, explícito, renovado e informado, y que
 - los datos personales de los menores no deben ser tratados con fines comerciales, como el marketing directo, la elaboración de perfiles y la publicidad basada en el comportamiento.

Mergers

- Un increíble ritmo de concentraciones:
 - De acuerdo con los datos publicados desde 2001 Google ha adquirido al menos 238 compañías, la mayoría de las cuales eran start ups. Recientemente adquirió antes del COVID Fiband – noviembre de 2019 - por 2.100 millones de dólares.
 - Desde 2005 Facebook ha adquirido al menos 87.
 - Por su parte Amazon ha protagonizado al menos 102 adquisiciones desde 1998, entre ellos Zoox – en junio de 2020 – por 1.200 millones de dólares.
- Un probable gran número de falsos negativos que se presentan en el ámbito del control de concentraciones, dado que sorprendentemente todas ellas han sido aprobadas sin objeciones.
- La anulación del proceso de sustitución competitiva entre gatekeepers derivada de la mejora tecnológica y de servicio como consecuencia de las killer acquisitions.
- La enorme inversión en innovación que realizan las líderes de mercado con grandes equipos creativos– efecto absolutamente fisiológico y beneficioso – junto a las *killer acquisitions*, determina, sin embargo, que su posición de dominio devenga más estable.
- Las cuestiones relevantes a este respecto son,
 - si estas adquisiciones reducen la competencia pero incrementan la innovación o reducen al mismo tiempo competencia e innovación, y
 - si se financian o no con rentas de monopolio.

Relaciones de la DMA con el Derecho de la competencia y de tutela de los consumidores

- La aplicación de la DMA plantea el problema de en que medida conlleva o no la suspensión de la aplicación de las reglas de competencia del artículo 102 TFUE.
- De otra parte es necesario renovar el Derecho de competencia desleal y adaptarlo al nuevo contexto digital.
- Lo mismo sucede con el Derecho del consumo, en particular tutelando el multihoming y el switching.
- Del mismo modo es necesario clarificar las relaciones entre la DMA y la normativa de protección de datos.

Que mejora la PPE respecto a la PC de DMA

- Objetiviza el ambiguo lenguaje empleado por la PC.
- Establece instrumentos de coordinación entre Comisión y Autoridades Nacionales de Competencia (ANCs)
 - La PPE incluye la creación de un “European High-Level Group of Digital Regulators”, con la finalidad de facilitar la cooperación y coordinación entre la Comisión Europea y los Estados Miembros.
- Mejora los instrumentos de relación con los tribunales nacionales. Derivados de la escasa operatividad de los actualmente usados, que se replican en la DMA.
- La cuestión de la aproximación horizontal. La Propuesta de DMA adopta una regulación única para actividades y mercados muy diversos. Ello plantea plantea problemas:
 - De inadaptación de soluciones a la realidad de los problemas.
 - De limitaciones innecesarias a la actividad empresarial y al progreso tecnológico y la mejora de los servicios de los que gozan empresas y consumidores.
- La PPE ha incluido expresamente la necesidad de tomar en consideración la naturaleza de la plataforma y la diversidad de modelos de negocio de los Gatekeepers a la hora de establecer obligaciones y prohibiciones, aunque no desarrolla suficientemente la cuestión.

Consecuencias derivadas para los *gatekeepers*

- Incremento de la complejidad de evaluación de futuras concentraciones.
- Dificultad en el cumplimiento de los plazos.
- Incremento de los presupuestos de sus departamentos de *compliance* y en particular de sus sección relativa a la Unión Europea.
 - La PPE impone a los *gatekeepers* la obligación de crear un departamento de *compliance* independiente
- Incremento de los presupuestos de sus departamentos de litigio y de sus contratos con despachos especializados dada la probable mayor litigiosidad derivada del ambiguo lenguaje de la DMA.

Consideraciones finales

- Tanto la interoperabilidad como la portabilidad de datos, verdaderas claves de bóveda de la construcción de mercados digitales competitivos, son fáciles de lograr, a bajos costes, mediante la creación de estándares de intercambio.
 - La PPE exige la libre conexión, a solicitud de cualquier proveedor de *core services*, tanto a los servicios número-dependientes del *gatekeeper*, como a los número-independientes, y servicios de red, de modo gratuito.
- Son necesarios nuevos instrumentos tecnológicos que nos permitan evaluar el mercado digital a tiempo actual, lo que exige inversiones elevadas en poder de computación y la contratación de un elevado número de físicos e ingenieros informáticos y en general la ampliación del personal contratado, así como una aproximación sectorial al análisis según el tipo de servicios prestados – servicios de almacenamiento en la nube, buscadores, redes sociales, app stores, ...-, con unidades especializadas en interconexiones entre mercados. Un primer paso está representado por las embrionarias unidades digitales de las autoridades de competencia.
- Es necesario implementar medidas que permitan que el personal de las autoridades reduzca progresivamente el gap de conocimiento del mercado respecto al personal de los Gatekeepers, basadas en el conocimiento proporcionado por la investigación y las declaraciones a que vienen obligados los Gatekeepers, de acuerdo con la DMA.
- Y la cuestión final: ¿Resulta efectivamente mas fácil aplicar los artículos 5 y 6 DMA que el artículo 102 TFUE?