

EL PAPEL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA ERA DIGITAL*

THE ROLE OF ANTITRUST LAW IN THE DIGITAL AGE

Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO
Universidad de Valladolid

*We must make our choice. We may have democracy, or we may have
wealth concentrated in the hands of a few, but we cannot have both.*

(atribuido a) Louis Brandeis

Resumen: En este trabajo se reflexiona sobre el papel del Derecho de la competencia en los nuevos mercados digitales, caracterizados por la existencia de un número limitado de guardianes de acceso con poder de mercado, como Google, Amazon, Facebook y Apple (GAFA). Para ello se analizan los objetivos del Derecho de la competencia en su evolución histórica, para valorar si es un instrumento adecuado y suficiente para resolver este problema, teniendo en cuenta las propuestas que se han hecho en 2020 en EE.UU. –Investigación del Subcomité de Derecho antitrust de la Cámara de Representantes– y en la UE –propuesta de la CE de Reglamento sobre mercados digitales–.

Palabras clave: Derecho de la competencia, objetivos del Derecho de la competencia, mercados digitales, guardianes de acceso, GAFA.

Abstract: This paper reflects on the role of Antitrust Law in new digital markets, characterized by a limited number of gatekeepers with market power, such as Google, Amazon, Facebook and Apple (GAFA). The goals of Antitrust Law are analysed in their historical evolution, to assess whether it is an adequate and sufficient instrument to solve this problem, taking into account the 2020 proposals in USA –Investigation by the House of Representatives Subcommittee on Antitrust Law– and in EU –EC proposal for a Digital Markets Act–.

Key words: Antitrust Law, goals of Antitrust Law, digital markets, gatekeepers, GAFA.

Sumario: 1. Preliminar. 2. Los objetivos históricamente asignados al Derecho de la Competencia. 3. ¿Una reorientación de los objetivos del Derecho de la Competencia? 4. Las soluciones apuntadas. 4.1. El enfoque norteamericano. 4.2. El enfoque europeo. 5. Conclusiones.

* Este artículo se realiza en el marco del proyecto RTI2018-094201-B-C22 “El impacto de la economía digital en el Derecho de la Competencia y la Distribución: del Big Data al Blockchain”, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

1. Preliminar

La idea del *eterno retorno*, tan presente en las religiones orientales, aunque también se evoque de alguna manera en la Biblia –*nihil novum sub sole*– y en el pensamiento de algunos filósofos como Nietzsche, vuelve a inquietarnos y en escenarios, aparentemente tan alejados de este tipo de reflexiones, como es el del Derecho de la competencia. La frase que encabeza este trabajo, atribuida a Louis Brandeis, que fue un conocido magistrado progresista del Tribunal Supremo norteamericano en el primer tercio del siglo XX¹, plantea una disyuntiva que responde a una época germinal del Derecho antitrust en la que se pensaba que este nuevo sector del ordenamiento, cuyas normas previenen los efectos indeseables del *poder de mercado* de las empresas², tenía en cierta medida finalidades de tipo *político*, vinculadas a la defensa de la democracia y los derechos y libertades públicas fundamentales. Estas ideas, sin embargo, se fueron paulatinamente abandonando hasta llegarse a un cierto consenso en que los objetivos del Derecho de la competencia son esencialmente económicos³ y que, además, conviene que sea así para evitar su instrumentalización política⁴. Pero ha tenido que llegar la nueva *economía digital* para que se rescate ese viejo planteamiento que prácticamente estaba olvidado, y se introduzca una cuña en el consenso que se había alcanzado.

Precisamente la presunta cita de Brandeis ha sido evocada por el reciente informe del año 2020 “Investigación de la competencia en los mercados digitales”, de la mayoría (demócrata) del *Subcomité de Derecho Antitrust* de la *Cámara de Representantes de los EE.UU.*⁵. Este informe trata de hacer frente a la situación creada por el poder de mercado que han alcanzado las grandes empresas del sector –personalizadas en las mega firmas *Google, Amazon, Facebook* y *Apple* (conocidas ya con el acrónimo GAFa)–. Tras una exhaustiva investigación, que incluyó una larga comparecencia de los CEO de estas compañías ante el Subcomité, el informe concluye que nada menos que la misma democracia americana y las libertades fundamentales (el pluralismo, la libertad de expresión e información) están en gran peligro, y contiene un amplio paquete de recomendaciones, que se centran en

¹ No está claro si esta cita, como otras tantas atribuidas a personajes célebres, es realmente suya. Véase Scott Campbell, P. (2013): “Democracy v. Concentrated Wealth. In Search of a Louis D. Brandeis Quote”. *16 Green Bag 2D*, pp. 251 y ss.

² Como se señala en ABA Section of Antitrust Law (2005): *Market Power Handbook*, p. vii, “*en su corazón, la política antitrust está dirigida a prevenir que las firmas obtengan, retengan o abusen del poder de mercado*”.

³ Alude a este consenso, concretándolo en la aceptación de lo esencial de la *teoría del monopolio*, Posner, R. A. (2001): *Antitrust Law*, 2ª ed. The University of Chicago Press. Chicago-London, p. 3.

⁴ Hace un detallado examen de la evolución de los planteamientos sobre los objetivos del Derecho de la competencia desde sus orígenes hasta los años 2000 en EE.UU. y la anterior CE, Herrero Suárez, C. (2006): *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*. La Ley. Madrid, pp. 59 y ss.

⁵ Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary (2020): *Investigation of Competition in Digital Markets, Majority Staff Report and Recommendations*. House of Representatives. United States, p. 7.

revitalizar el papel del viejo Derecho antitrust como instrumento idóneo para hacer frente a estos "nuevos" riesgos.

Al otro lado del Atlántico, sin llegar a conclusiones tan dramáticas, pero también con una gran preocupación por la situación, la Comisión Europea ha realizado en diciembre de 2020 dos propuestas de sendos reglamentos sobre operadores (la llamada *Ley de servicios digitales*) y mercados digitales (la llamada *Ley de mercados digitales*) en las que, sin desconocer el papel que le corresponde al tradicional Derecho de la competencia en este punto –hay diversos expedientes sancionadores en la UE concluidos y/o en tramitación que afectan a alguna de estas firmas (particularmente *Google*)–, se introducen nuevos mecanismos de control *ex ante* que, en definitiva, tratan de extrapolar a este sector *medidas regulatorias* ya probadas en otros mercados con características peculiares (energía, telecomunicaciones, etc.)⁶.

No es casual, en cualquier caso, que ambas iniciativas coincidan temporalmente con la *pandemia del Covid-19* que, debido a las restricciones de movimientos que han afectado a los modos tradicionales de comportamiento (de consumo y comercio, en las relaciones interpersonales, respecto al ocio, laboral, etc.), no han hecho sino reforzar la preponderancia de las GAFAs y de otras firmas que actúan en los mercados digitales.

El objetivo de este trabajo, es hacer un primer examen de estas iniciativas, poniendo el acento en lo que puedan suponer de reorientación del Derecho de la competencia y de sus objetivos. Para contextualizar este cierto retorno al pasado que se está produciendo, considero conveniente comenzar recordando algo de las finalidades que históricamente se han asignado al Derecho de la competencia (ap. II), para, posteriormente, centrarme en los cambios que ha supuesto la aparición de la *economía digital* y los nuevos peligros que genera, y plantearme si el Derecho de la competencia es un instrumento apropiado para conjurarlos (ap. III) y, finalmente, hacer un breve examen crítico de las propuestas norteamericana y europea (ap. IV).

2. Los objetivos históricamente asignados al Derecho de la Competencia

Aunque podemos encontrar rastros de algunas normas que podríamos considerar como representativas de una especie de protoderecho de la competencia en épocas más o menos remotas⁷, para hablar de auténtico Derecho de la

⁶ Propuestas de Reglamento *relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales)* y *por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE*, de 15.12.2020 COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD) y de Reglamento *sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales)*, de 15.12.2020 COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD).

⁷ Un ejemplo en el Reino medieval de Castilla y León lo tenemos en la prohibición de los *cotos* (hoy los llamaríamos *cárteles*) de mercaderes y menestrales de la época de Alfonso X el Sabio, que se contenía en la postura 37 de las *Cortes de Valladolid* de 1258. Una referencia a esta prohibición en Sánchez Albornoz, C. (1986): *España un enigma histórico*, 10ª ed. EDHASA. Barcelona, II, p. 131; la postura puede consultarse en *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, publicadas por la Real Academia de la Historia. Imprenta y Estereotipia de Rivadeneyra. Madrid 1861, pp. 61 y s.

competencia tendrá que reconocerse la *libertad de competencia*; algo que, bajo el nombre de libertades de comercio e industria, no comenzará a hacerse hasta las revoluciones liberales del último tercio del siglo XVIII⁸. En cualquier caso, su sector de defensa de la competencia (o Derecho antitrust) no aparecerá hasta finales del siglo XIX, vinculado a las circunstancias económicas de aquel momento histórico.

El marco económico en el que nació este primer Derecho antitrust fue el de la llamada *Segunda Revolución Industrial*. Este periodo, que abarca aproximadamente desde mediados del siglo XIX hasta el comienzo de la I Guerra Mundial, se caracteriza, entre otras innovaciones, por el surgimiento de nuevas *energías* (electricidad) o nuevos usos de otras ya conocidas como los hidrocarburos (p. ej. derivados del petróleo, o el carbón usados como combustible para las nuevas formas de transporte). También por la aparición de nuevos *insumos* (caucho vulcanizado, primeras fibras artificiales, etc.) o de nuevos métodos para su obtención (p. ej., el acero, que tendrá un papel fundamental en esta etapa de desarrollo industrial, solo comienza a producirse industrialmente en grandes cantidades a partir de nuevos procedimientos descubiertos en los años 50 del siglo XIX por Bessemer y Siemens). Asimismo, se desarrollan las primeras *telecomunicaciones*: el telégrafo, el teléfono, la radio. Igualmente se producen innovaciones en el *transporte*. En torno a mediados del siglo XIX se produce la maduración del transporte por ferrocarril, al haber culminado los países más desarrollados su red básica de ferrocarriles. Durante este siglo madurará asimismo el transporte marítimo de vapor, sustituyendo progresivamente a los buques de vela. A finales de siglo XIX aparecerá el automóvil (con el *Ford T* comienza a producirse en serie a partir de 1908) y, ya en el XX, los primeros aeroplanos⁹.

Desde el punto de vista de la *estructura económica*, se inicia un proceso de *concentración económica* como resultado del cual comienzan a formarse las primeras grandes corporaciones y empresas multinacionales, particularmente en los países más desarrollados, como eran entonces los EE.UU., Reino Unido y Alemania (potencia emergente después de su unificación tras la Guerra Franco-Prusiana)¹⁰.

Asimismo, en la Inglaterra del siglo XVII los monopolios se consideraron contrarios al Derecho consuetudinario inglés en el caso de *Darcy v. Allen* de 1603, y acabaron siendo objeto de una prohibición general en el *Statute of Monopolies* de 1625, de la que se exceptuaron las patentes sobre invenciones novedosas, en el marco de las disputas entre el Parlamento y el Rey, al que se quiso limitar en la concesión de monopolios como medio de obtener ingresos para la Corona: véase Nachbar, Th.B. (2006): "Monopoly, Mercantilism, and the Politics of Regulation". *Virginia Law Review*, vol. 91, num. 6, pp. 1313 y ss. Los precedentes del *Common Law* inglés se han venido evocando reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano [p. ej. en la celeberrima sentencia *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), que se cita más adelante], aunque como concluye Nachbar, Th.B.: *ibíd.*, p. 1379, probablemente sin comprender completamente su trasfondo *mercantilista*.

⁸ Para este tema me remito a las consideraciones que hice en Velasco San Pedro, L.A. (2006): "Derecho de la competencia (aspectos generales)". En Velasco San Pedro, L.A. (dir.), *Diccionario de Derecho de la Competencia*. Iustel. Madrid, pp. 282 y ss.

⁹ Para una visión de conjunto, véase Ocampo Suárez Valdés, J./ Peribañez Caveda, D. (2007): *Historia económica mundial y de España*. Universidad de Oviedo. Oviedo, pp. 213 y ss.

¹⁰ Véase Stolze, D. (1975): *Capitalismo. De Manchester a Wall Street*. Trad. española. Plaza & Janes. Barcelona, pp. 217 y ss.

Pero será en los EE.UU. donde primero se perciban las consecuencias indeseables que esta concentración de poder económico puede producir. En 1890 se promulga allí la *Sherman Act*, a la que cabe considerar como la primera ley de defensa de la competencia del mundo propiamente dicha. Esta ley, sin embargo, más que a una comprensión económica rigurosa de los efectos perjudiciales que podían tener las restricciones de la competencia (de las que los *trust* eran la figura más representativa en aquel momento) en el sistema de economía de mercado del país, obedeció principalmente a la lucha de los granjeros contra los abusos de las compañías de ferrocarriles, así como a la expansión de un sentimiento social contrario a las grandes corporaciones que empezaban a formarse por aquellos años y al deseo de proteger a los pequeños negocios frente a aquellas¹¹. En las primeras resoluciones judiciales se trataba además de fundamentar la prohibición de los *trust* en el marco de la doctrina del *Common Law* que consideraba ilícitos todos los contratos que restringieran el comercio¹².

Un caso en la aplicación de la *Sherman Act*, que marcó un antes y un después¹³, fue el célebre asunto de la *Standard Oil Company*, compañía petrolera fundada por Rockefeller y que a principios del siglo XX llegó a detentar una cuota muy elevada en los mercados de refino de petróleo y en el de venta de sus derivados, principalmente como consecuencia de sus prácticas anticompetitivas. El caso comenzó por una demanda interpuesta en 1909 por el Departamento de Justicia de los EE.UU., y culminó por una sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 1911, que ratificó su desmembración en diversas compañías de menor tamaño¹⁴. Aunque la sentencia omite cualquier valoración política del caso, pues sus razonamientos se anudan a la ya indicada restricción del comercio¹⁵, en la percepción de la época sí lo tenía, como se ve de manera muy clara en caricaturas contemporáneas, donde se solía representar a la compañía como un pulpo cuyos tentáculos, además de aplastar a quienes aparentaban ser hombres de negocios y

¹¹ Sobre los orígenes históricos del Derecho antitrust norteamericano, véase Galán Corona, E. (1977). *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Montecorvo. Madrid, pp. 58 y ss.

Es curioso constatar cómo algunos pensadores marxistas sí intuyeron alguno de los efectos económicos de los cárteles y los *trust*, aunque sin ser capaces de explicarlos plenamente. Este es el caso de Rosa Luxemburg y de su obra clásica *Sozialreform oder Revolution?*, publicada originariamente en 1899, que si bien señaló que era "un fenómeno aún sin investigar en sus múltiples efectos económicos", apuntó que al excluir la competencia en una rama concreta aumentaba los beneficios de los que formaban estas combinaciones, a costa de otras ramas de la industria, por lo que no podría generalizarse como estructura en esa etapa de evolución del capitalismo [véase Luxemburg, R. (2019). *Reforma o revolución*. Trad. española. Capitán Swing-Nordiclibros. Alcobendas, pp. 25 y ss].

¹² Véase lo indicado anteriormente en la nota 7.

¹³ La Ley demoró sus primeras aplicaciones efectivas contra los *trust* a prácticamente comienzos del siglo XX.

¹⁴ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

¹⁵ En los fundamentos de la sentencia se indica "[t]he Anti-Trust Act of 1890 was enacted in the light of the then existing practical conception of the law against restraint of trade, and the intent of Congress was not to restrain the right to make and enforce contracts, whether resulting from combinations or otherwise, which do not unduly restrain interstate or foreign commerce, but to protect that commerce from contracts or combinations by methods, whether old or new, which would constitute an interference with, or an undue restraint upon, it".

trabajadores, se cernían amenazadoramente sobre los edificios donde residían y aún residen las principales instituciones del país: el Congreso, el Tribunal Supremo y la *Casa Blanca*¹⁶.

La aplicación de la *Sherman Act* (y otras normas complementarias, como la *Clayton Act* de 1914), a través del sistema judicial de la *rule of reason*¹⁷, fue la que progresivamente fue depurando una comprensión de los objetivos de esta legislación, ya centrada en las consecuencias económicas de las conductas anticompetitivas. Bien es cierto que el análisis económico que implica la *rule of reason*, ha ido variando al compás de la evolución de las doctrinas económicas. *Grosso modo* se fue pasando de una comprensión alineada con el cierto estructuralismo de la *Escuela de Harvard*, que fue la dominante en el periodo que media entre los años 30 y 60 del siglo XX (con figuras como Mason o Bain) y que consideraba que lo primordial era mantener una estructura competitiva del mercado (*modelo atomista de competencia*); al planteamiento neoliberal de la *Escuela de Chicago*, que se hará dominante a partir de los años 70 del siglo XX (con figuras como los premios nobel Friedman y Stigler), doctrinariamente contraria a la intervención pública (y, por tanto, también de alguna manera al Derecho de la competencia que no deja de ser una forma de intervención pública¹⁸), y partidaria de un *modelo eficientista*, que presta justificación o cobertura a aparentes (para ellos) restricciones de la competencia, si conducen a una mayor eficiencia¹⁹.

En el intermedio de esta evolución se produce la recepción del Derecho antitrust norteamericano en Europa, después de la II Guerra Mundial, y es curioso constatar cómo en ese momento renace el matiz político que se había ido diluyendo en los propios EE.UU. La explicación es que en la Alemania nazi la economía se había cartelizado hasta el extremo en el marco de su *economía de guerra*. Y no era solo que los cárteles no se prohibieran en absoluto, que no lo estaban –lo que era la situación habitual fuera de los EE.UU.–, sino que se podían imponer obligatoriamente por el Ministro de Economía del Reich en virtud de lo dispuesto en la *Ley de cárteles forzados* de 1933 (*Gesetz uber die Einrichtung von Zwangskartellen* de 15.7.1933)²⁰. Las autoridades aliadas de ocupación derogaron

¹⁶ Una compilación de estas imágenes históricas está disponible en internet: <https://www.google.es/search?q=standard%20oil%20company&tbm=isch&hl=es&tbs=rimg:CWQuexknusmHYftS3brlkGvj&sa=X&ved=0CAIQmZqFwoTCPC9kfCB5-8CFQAAAAAAdAAAAABAI&biw=1083&bih=523>.

¹⁷ Mediante este sistema, con independencia de que determinadas restricciones, como los cárteles, se considerasen prohibidas *per se*, se fueron excluyendo del ámbito de prohibición de la legislación antitrust determinadas conductas aparentemente restrictivas, después de un análisis de sus consecuencias económicas y sobre la situación de competencia. Véase HERRERO SUÁREZ, C. (2006): “Rule of reason”. En Velasco San Pedro, L.A. (dir.): *Diccionario... cit.*, pp. 639 y ss. e Id, “Per se rule”, *ibid.*, pp. 531 y ss.

¹⁸ En esta línea no faltan incluso las críticas frontales al Derecho de la competencia. Una obra clásica en este sentido es la de Bork, R.H. (1993). *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*. The Free Press. New York.

¹⁹ Un resumen de esta evolución en Witt, A.C. (2016): *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford and Portland, Oregon, pp. 62 y ss.

²⁰ Véase Bettelgheim, Ch. (1972): *La economía alemana bajo el nazismo*. Trad, española. Editorial Fundamentos. Madrid, I, pp. 77 y ss.

ya en 1945 esta disposición y la norteamericana y la británica dictaron en sus respectivas zonas disposiciones anticárteles en 1947 que, al coincidir con otras disposiciones que, para desnazificar el país, se emprendieron en aquellos tiempos, tenían qué duda cabe un indudable matiz político, en este caso al servicio de la restauración de la democracia, que culminaría con el nacimiento de la República Federal de Alemania en 1949²¹. En la nueva república, continuando por esta senda, se comenzó poco después a preparar una legislación de defensa de la competencia que, tras un intenso debate social y económico, culminaría en la primera Ley anticárteles alemana de 1957²². En este debate se hicieron notar los planteamientos de la *Escuela Ordoliberal* de Friburgo –surgida en los procelosos tiempos de la República de Weimar–, que consideraba que el Derecho de la competencia tenía también la función de proteger los derechos y valores constitucionales fundamentales, entre ellos la libertad económica o libertad de empresa, contra el abuso del poder económico²³.

Unos años antes, en 1951, se había constituido la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero* entre los antiguos contendientes, Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux. Como revela la *Declaración Schuman* del año precedente, que fue el inicio de este proceso de integración europea, la finalidad fundamental que se perseguía era de tipo político, para superar el recurrente antagonismo entre Francia y Alemania, que tantas guerras y tanto sufrimiento habían causado. Por eso no es extraño que se comenzase por el carbón y el acero, materias muy relacionadas en aquel momento con la guerra. Y en el correspondiente tratado, seguramente teniendo también en cuenta la cartelización y concentración que había tenido la industria alemana de preguerra y durante la guerra, se introdujeron normas de defensa de la competencia²⁴. Ulteriormente, cuando en 1957 se constituya la *Comunidad Económica Europea* para la integración de los demás sectores económicos, se recogerán normas semejantes en su tratado, que han pervivido hasta hoy día en la actual UE (arts. 101 y ss. del Tratado de funcionamiento de la UE, que recogen con ligeras variaciones lo que fueron los arts. 85 y ss. del Tratado de la CEE y 81 y ss. del de la CE).

²¹ La descartelización de la economía alemana figuraba, por si hubiera alguna duda de este matiz político, en el punto 12 de la *Conferencia de Potsdam* que señalaba que "[t]an pronto como sea factible, se descentralizará la economía alemana, con el propósito de eliminar la actual concentración excesiva del poder económico, representada en particular por medio de carteles, sindicatos, trusts y otras combinaciones monopolísticas" (una versión en castellano es accesible en <https://www.dipublico.org/glossary/acuerdo-de-potsdam-1945/>).

²² Sobre estos antecedentes, véase Reich, N. (1985): *Mercado y Derecho*. Trad. Española. Ariel. Barcelona, pp. 215 y ss. y Karte, N. (1990). "Introducción. Economía de mercado y competencia-Simple sistema de libertad y eficiencia". En *Leyes sobre la competencia*. Inter Naciones e. V., Bonn, p. 8.

²³ Véase Witt, A. C. (2016), *The More... cit.*, pp. 86 y ss.

²⁴ Véase Calvo Caravaca, A.L./ Goñi Urriza, N. (1999): *El control de la concentración de empresas en Europa*. Universidad Carlos II-Boletín Oficial del Estado. Madrid, pp. 41 y ss., resaltando la circunstancia de que durante bastante tiempo solo hubiera control de *concentración de empresas* en esta comunidad y no en la CEE (este control se hará esperar en la CEE hasta el Reglamento 4064/89, promulgado en 1989).

La finalidad en parte política del nuevo Derecho comunitario de la competencia también se manifestaba en su objetivo de servir a la *integración europea*, que es un objetivo político en sí mismo, a pesar de su indudable dimensión económica, evitando prácticas anti integracionistas de las empresas y los propios EE.MM.²⁵.

En cualquier caso, en la articulación de este primer Derecho europeo de la competencia influyó el modelo norteamericano, ya muy consolidado en aquel momento por más de medio siglo de práctica judicial y administrativa, aunque pasando por el matiz de la mentalidad europea, más proclive al intervencionismo público²⁶, y por la adopción de fórmulas características del *Civil Law*, como la consagración legislativa de las excepciones a la prohibición de los acuerdos restrictivos (en el ap. 3º de lo que hoy es el art. 101 del Tratado de funcionamiento de la UE), aunque recogiendo en gran medida planteamientos seguidos en la aplicación de la *rule of reason* y la *per se rule* en EE.UU.

Como sucedió en EE.UU., en la evolución posterior de la aplicación del Derecho europeo se fueron difuminando los aspectos políticos, en favor de los aspectos más económicos vinculados a la integración de mercados, así como del objetivo de asegurar una situación de *competencia efectiva* (*workable competition*). Como señaló la sentencia de TJCE de 25/10/1977, asunto 26/76 *Metro/Saba*, con una fórmula que sintetiza estos planteamientos, “*la competencia no falseada a que se refieren los artículos 3 y 81 del Tratado, implica la existencia en el mercado de una competencia efectiva, esto es, de las dosis de competencia necesarias para que se respeten las exigencias y los objetivos fundamentales del Tratado y, en especial, la formación de un mercado único en condiciones semejantes a las de un mercado interior. Esta exigencia –continúa la sentencia– permite que la naturaleza e intensidad de la competencia puedan modificarse en función de los productos o servicios y de la estructura económica de los mercados sectoriales afectados*”.

A partir de finales de los 90, coincidiendo con el proceso de *modernización del Derecho de la competencia*, la Comisión Europea ha venido manteniendo una aproximación más económica al Derecho de la competencia, insistiendo en que los objetivos fundamentales de las reglas sobre competencia son, por un lado, el incremento del bienestar de los consumidores y, por otro, la protección del mercado interior²⁷. Sin embargo, no se ha producido en Europa una evolución semejante a la de los EE.UU., ya que los postulados de la *Escuela de Chicago* no han llegado a ser aceptados por las instituciones europeas a este lado del Atlántico. La praxis de la Comisión Europea refrendada por el Tribunal de Justicia, pone de relieve la

²⁵ Esto explica que, para la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, desde sus orígenes se haya exigido relevancia transfronteriza a las conductas prohibidas y a las operaciones (de concentración empresarial) controladas; esto es, afectación del mercado europeo.

²⁶ Esto explica la absoluta preponderancia que, en Europa y a diferencia de lo que ha venido sucediendo en EE.UU., ha tenido y todavía tiene la aplicación pública frente a la privada, aunque el panorama haya comenzado a cambiar a partir del Reglamento 1/2003 y, sobre todo, la Directiva 2014/104/UE relativa a acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia.

²⁷ Resalta este aspecto WITT, A. C. (2016): *The More... cit.*, p. 77.

importancia que se sigue dando en Europa a las estructuras competitivas. De ahí las divergencias que se han manifestado entre las jurisdicciones norteamericana y europea en las soluciones dadas a algunos casos muy relevantes de *concentración de empresas* –como fueron *Boeing/McDonnell Douglas* y *GE/Honeywell*– y de *abuso de posición dominante* –*Microsoft*–²⁸.

Más allá de lo señalado, se han seguido manteniendo algunos residuos de finalidades claramente políticas en el Derecho europeo de la competencia. En materia de *acuerdos restrictivos de la competencia*, en relación con las excepciones a su prohibición (actual art. 101.3 del Tratado de funcionamiento de la UE), se han admitido ocasionalmente beneficios no puramente económicos, como los relativos al abastecimiento energético, la protección del medio ambiente, el desarrollo de regiones desfavorecidas o el pleno empleo²⁹. En *concentración de empresas*, tanto el primer Reglamento 4064/89, como el actual 139/2004, permiten la introducción de algunas *valoraciones políticas* para que los EE.MM. prohíban concentraciones en principio autorizadas por la Comisión sobre la base de valoraciones exclusivamente económicas. En cualquier caso, se trata aquí de valoraciones políticas de alto significado, ya que tienen que fundarse en intereses nacionales *legítimos* vinculados a la *seguridad pública* o la *pluralidad de los medios de comunicación social* (véase el art. 21.4 del Reglamento 139/2004). Otra cosa habría conducido a desnaturalizar el propio procedimiento de control de las concentraciones³⁰.

3. ¿Una reorientación de los objetivos del Derecho de la Competencia?

Desde hace algunos años estamos asistiendo a una nueva fase del capitalismo, que algunos han llamado la *Cuarta Revolución Industrial*, y que está vinculada a las innovaciones tecnológicas que se han ido produciendo en las últimas décadas. Entre estas, están las relacionadas con las TICs (tecnologías de la información y el conocimiento), vinculadas al desarrollo de los ordenadores, *tablets*, *smartphones*, etc., y sus programas y *apps*, y a la aparición de *Internet* a finales del siglo XX y su plena maduración en lo que va de este. Lo que ha dado origen a lo que llamamos *sociedad de la información*³¹.

²⁸ En este sentido Witt, A. C. (2016): *The More... cit.*, p. 68.

²⁹ Véanse Waelbroeck, M./ Frignani, A. (1998): *Derecho europeo de la competencia*. Trad. española. Bosch. Barcelona, I, pp. 282 y ss., y Whish, R./ Bailey, D. (2012): *Competition Law*, 7ª ed. Oxford University Press, Oxford-New York, p. 23.

³⁰ Como pudimos comprobar en España con la torpe instrumentación política a la OPA que en los años 2000 presentó la entonces *Gas Natural* sobre las acciones de *ENDESA*, empresa que había sido privatizada años antes.

³¹ Como señalan Salvat Martinrey, G./Serrano Martín, V. (2011): *La revolución digital y la sociedad de la información*. Comunicación Social, ediciones y publicaciones. Mangleses de la Lampreana, p. 14, el término *sociedad de la información* se generalizaría a partir de la publicación de la obra del sociólogo japonés Yonei Masuda en 1981, *The Information Society as Post-Industrial Society*, quien además la considera sucesora de la *sociedad industrial*.

Por lo que ahora interesa, en esta *sociedad de la información* se han generado nuevos servicios prestados por operadores especializados que han ido creando y consolidando plataformas digitales, que conforman nuevos *mercados digitales*, donde se contrata a través del *comercio electrónico*, y que sustituyen o complementan a los mercados tradicionales basados en transacciones interpersonales directas [sea con presencia simultánea o mediante comunicación a distancia de los contratantes (contratación entre ausentes)].

La importancia que ha ido adquiriendo esta nueva *economía digital* la ponen de relieve algunos datos. En septiembre de 2020, el valor conjunto de las GAFAs era de cinco trillones de dólares (de trillones americanos; en nuestra escala numérica cinco millones de millones de dólares). Este valor es superior a un tercio del valor de todas las compañías del índice S&P 100³². Se calcula, por otro lado, que el 30 % del PIB mundial pasa por sus manos³³. Se estima, además, que en 2019 la *economía digital* representaba entre el 4,5 y el 15,5 % del PIB mundial, con una tendencia creciente³⁴ (seguramente incrementada de manera exponencial durante la pandemia del Covid-19).

El citado informe del *Subcomité de Derecho Antitrust* de la Cámara de Representantes de EE.UU. apunta las (malas) características de los nuevos mercados digitales, con referencia a las GAFAs³⁵:

(i) Cada plataforma tiene un *guardián de acceso (gatekeeper)* sobre un canal clave (*key channel*) de distribución³⁶. En el caso de *Facebook* es una red social; en *Google*, un buscador con publicidad; en *Amazon*, una red de distribución comercial; en *Apple* un sistema operativo con tienda de apps.

(ii) El guardián de acceso de cada plataforma usa su posición como tal para mantener su *poder de mercado*. Desde esa posición controla otros negocios, lo que le permite identificar potenciales rivales para copiarlos o replicarlos o comprarlos³⁷.

Una primera valoración de lo que suponían esas innovaciones en relación con el Derecho de la competencia y los derechos de propiedad intelectual, en nuestro trabajo Velasco San Pedro, L.A./ Herrero Suárez, C. (2014): "Mercados electrónicos, marcas y Derecho de la competencia". En Velasco San Pedro, L.A. et al. (dir.): *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*. Lex Nova/ Thomson Reuters. Pamplona, pp. 565 a 593

³² Este índice está constituido por las 100 mayores empresas que cotizan en los mercados norteamericanos.

³³ Los datos anteriores han sido extraídos de Subcommittee on Antitrust (...), *Investigation of Competition... cit.*, pp. 10 y 11.

³⁴ Este dato se toma del ap. 1, p. 1, de la exposición de motivos de la propuesta de *Reglamento sobre mercados digitales*.

³⁵ Subcommittee on Antitrust (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 6

³⁶ Esta característica fue ya tempranamente apuntada por Echebarría Sáenz, M. (2014): "La responsabilidad de los organizadores de mercados electrónicos: deberes de transparencia y lealtad aplicables al organizador no comercializador directo". En Velasco San Pedro, L.A. et al. (dir.): *Acuerdos horizontales... cit.*, pp. 420 y ss., al hablar de los *organizadores de mercado* y su especial responsabilidad en cuanto tales.

³⁷ En otro lugar el Subcommittee on Antitrust (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 11, denuncia cómo de más de 100 adquisiciones de empresas que ha hecho *Facebook*, la *Federal Trade Commission* (organismo encargado en EE.UU. de controlar desde el Derecho de la competencia las operaciones de

(iii) Estas empresas han *abusado* de su papel como intermediarios para atrincherarse y expandir su dominación, a través de prácticas como la auto-preferencia (*self-preferencing*), los precios predatorios o las prácticas de exclusión.

La Comisión Europea pone el acento en otro aspecto que, aun guardando relación con este último, no deja de ser distinto:

(iv) La *situación de dependencia* que tienen muchos usuarios profesionales de los guardianes de acceso de las plataformas, para comercializar sus bienes o servicios, lo que en ciertos casos da lugar a prácticas desleales³⁸.

Las consecuencias que todo ello tiene, a juicio del *Subcomité de Derecho Antitrust* de la Cámara de Representantes de EE.UU., son dramáticas: erosiona el emprendimiento, degrada la privacidad *on line* de los americanos, socava la vitalidad de la prensa norteamericana. En definitiva afecta a la democracia americana³⁹. En todo caso, no deja de llamar la atención que la crítica se haga desde los propios EE.UU., sede de las GAFAs, lo que da un valor todavía mayor a estas consideraciones que, además, por su propia naturaleza, habría que extender a todo el mundo habida cuenta del carácter global de las GAFAs⁴⁰.

El diagnóstico de la Comisión Europea es menos dramático –en realidad los problemas políticos no se mencionan–, pero pone de relieve que “[l]as prácticas desleales y la falta de disputabilidad conducen a resultados ineficientes en el sector digital en términos de precios más altos, calidad más baja así como menos opciones e innovación en detrimento de los consumidores europeos”⁴¹.

Las preguntas que inevitablemente siguen a estos planteamientos son, al menos tres: ¿estos diagnósticos son certeros? ¿cómo se pueden atajar estos problemas? ¿sirve para ello el viejo Derecho de la competencia?

Respecto a la primera pregunta, la intensa investigación emprendida por el *Subcomité de Derecho Antitrust* –no consta que la Comisión Europea, que se limitó a una consulta pública, haya hecho algo parecido ni de lejos–, del que se da cumplida cuenta en su informe, pone de relieve que, al menos en relación con las

M&A) solo hizo una investigación extensa respecto a la compra de *Instagram* en 2012. Extraña que no se hiciera lo propio con *WhatsApp* en 2014, dada la relevancia de esta red social.

³⁸ Exposición de motivos de la propuesta de *Reglamento sobre mercados digitales*, ap. 1, pp. 1 y s. En el derecho español se configura como un supuesto específico de acto de competencia desleal el *abuso de dependencia económica*: art. 16 de la Ley de competencia desleal.

³⁹ Subcommittee on Antitrust (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 7. Este planteamiento se desarrolla en las pp. 46 y ss.

⁴⁰ No siempre esto ha sido así. El primer caso *Microsoft*, empresa que no deja de estar relacionada con los nuevos mercados digitales, fue cerrado en falso en los EE.UU. probablemente en gran medida porque después de todo se trataba de una firma norteamericana; cosa que lógicamente, no influyó en la ulterior réplica de este caso en Europa. En este punto me remito a Velasco San Pedro, L.A./ Herrero Suárez, C. (2008): “Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft (sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007)”. *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 2, pp. 193 y ss.

⁴¹ Ap. 1, p. 1, de la exposición de motivos de la propuesta de *Reglamento sobre mercados digitales*. En su momento ya apuntamos que algunas de las prácticas que seguía *Google* en relación con su servicio *AdWords*, al facilitar vulneraciones masivas de los derechos de propiedad intelectual, podrían ser constitutivas de *actos de competencia desleal*: Velasco San Pedro, L.A./ Herrero Suárez, C. (2014): “Mercados electrónicos...” *cit.*, pp. 185 y ss.

características que apunta sobre la actividad de las GAFAs, sus conclusiones se ajustan bastante a la realidad. Lo que quizá ya no lo sea tanto es en relación con las apreciaciones que se hacen sobre la incidencia negativa de la actividad de las GAFAs sobre la democracia (americana), donde las conclusiones me parecen, sin estar exentas de todo fundamento, algo exageradas⁴².

En cuanto a las dos siguientes preguntas, y comenzando por la última, el *Subcomité de Derecho Antitrust* piensa que sí, que los problemas que denuncia, de manera similar a lo que se pensaba cuando se dictó la *Sherman Act* sobre sus objetivos en parte políticos, pueden resolverse aplicando con mayor vigor el tradicional Derecho antitrust, reforzado en su caso por alguna clarificación⁴³ (sobre eso volvemos a continuación).

Tengo mis dudas sobre el acierto de la posición del Subcomité en este punto. Aunque no cabe desconocer algún matiz político en el Derecho de la competencia tal y como ha ido madurando a lo largo del siglo XX y lo que va del XXI, no creo que se le pueda atribuir nada menos que el papel de salvador de la democracia y de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, amenazados, dicho sea de paso, por otros muchos factores, tan inquietantes o más como la actividad de las GAFAs: la *partitocracia*, la crisis de la prensa tradicional como formadora de opinión, las *fake news*, la injerencia electoral de potencias extranjeras, el auge de los nacionalismos populistas, etc. Para resolver o intentar resolver todo ello, deben operar otras instancias políticas y jurídicas más apropiadas. En el caso que nos ocupa habría que plantearse la procedencia de modificaciones constitucionales (los norteamericanos son expertos en ello a través de las diversas enmiendas que han ido añadiendo a su constitución originaria del siglo XVIII), que clarifiquen los *derechos de los ciudadanos* en el actual contexto digital, siguiendo, y en conexión con esto, con la profundización de la *protección de datos* –tema clave de la actividad de las plataformas, que comercian con el tráfico masivo de datos (el llamado *big data*⁴⁴)–, hasta llegar a establecer un control más estricto de la actividad de los *gatekeepers* estableciendo mecanismos de regulación económica, como además hay ya una gran experiencia en otros mercados donde había o hay todavía operadores incumbentes con gran poder de mercado, como son los de la energía o las telecomunicaciones.

Mantenia dos años antes del informe una posición semejante a la que acabo de manifestar en los propios EE.UU., Shapiro, al señalar:

⁴² Ello puede explicar que el informe solo sea suscrito por la mayoría (demócrata) del Subcomité, aunque bien es cierto que el informe se ha realizado durante la perturbadora presidencia del (atípico) republicano Trump, lo que ha podido alterar su marco y extremar las conclusiones [de Trump se ha dicho que se benefició en su victoria electoral de un uso oportunista –para algunos simplemente habilidoso– de las redes sociales e, incluso, de los *big data* de alguna de las compañías vinculadas a *Facebook (Cambridge Analytica)*].

⁴³ Esa función en su día, en relación con la *Sherman Act*, ya la cumplió la *Clayton Act* de 1914.

⁴⁴ En relación con este problema, que también admite un enfoque antitrust, véase Stucke, M.E./ Grunes, A. P. (2016): *Big Data and Competition Policy*. Oxford University Press. Oxford y, en nuestra doctrina, Herrero Suárez, C. (2018): “Big Data y Derecho de la competencia”. En De la Quadra Salcedo, T./ Piñar Mañas, J.L. (dirs.): *Sociedad Digital y Derecho*. Boletín Oficial del Estado. Madrid, pp. 659 y ss.

“[W]hile antitrust enforcement has a vital role to play in keeping markets competitive, antitrust law and antitrust institutions are ill suited to directly address concerns associated with the political power of large corporations or other public policy goals such as income inequality or job creation. Campaign finance reform, tax policy, labor, education, and other policies are far better suited to address those critical public policy goals”.⁴⁵

En esta línea de planteamientos, me parecen más sensatas y proporcionadas las propuestas de la Comisión Europea, arbitrando nuevos mecanismos de control de la actividad de estos operadores, más allá de las reglas tradicionales del Derecho de la competencia (en sus sectores antitrust y de competencia desleal) que, naturalmente, tendrán que seguir aplicándose en los mercados digitales respecto a las conductas prohibidas (desleales y/o anticompetitivas) y la concentración de empresas, pero en relación fundamentalmente con sus consecuencias económicas y no por sus eventuales repercusiones políticas⁴⁶.

4. Las soluciones apuntadas

4.1. El enfoque norteamericano

Como acaba de adelantarse, el enfoque en los EE.UU., que revela el informe del *Subcomité de Derecho Antitrust*⁴⁷, hace gravitar la respuesta a los problemas que generan los mercados digitales en el Derecho antitrust. Sus principales propuestas en este ámbito son⁴⁸:

(i) Medidas de *restablecimiento de la competencia en los mercados digitales*. Entre otras las siguientes: separación estructural y prohibición a los guardianes de acceso de actuar en mercados adyacentes; prohibición de la auto-preferencia;

⁴⁵ Shapiro, C. (2018): “Antitrust in a Time of Populism”. *International Journal of Industrial Organization*, 61, 2018, p. 714.

Sin embargo, hay otros autores que, como reacción a los excesos de la aplicación de los planteamientos de la *Escuela de Chicago*, consideran que habría que volver a los orígenes de la legislación antimonopolio rescatando sus finalidades de tipo político: Katz, A. (2020): “The Chicago School and the Forgotten Political Dimension of Antitrust Law”. *The University of Chicago Law Review*, vol. 87, pp. 413 y ss.

⁴⁶ En abril de 2021 se ha anunciado la multa de 18.0000 millones de yuanes (unos 2300 millones de euros) que la *State Administration for Market Regulation (SAMR)*, autoridad de la competencia china, ha impuesto a *Alibaba* (conocido como el *Amazon* chino) por abusar de su posición de dominio desde 2015, al prohibir a sus proveedores inscribirse en otras plataformas. El procedimiento se ha cerrado con extraordinaria rapidez, ya que las investigaciones se iniciaron apenas en el mes de diciembre de 2020 y la empresa ha indicado en un comunicado que “acepta la sanción con sinceridad y asegurará su cumplimiento con determinación” (https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/04/10/companias/1618042626_918389.html).

⁴⁷ La reciente presidencia del demócrata Biden permite augurar una mayor acogida de sus conclusiones.

⁴⁸ Las recientes propuestas se presentan en forma de recomendaciones, que se resumen en las pp. 19 y ss., y se desarrollan de forma más pormenorizada en la parte final del informe, pp. 379 y ss.

exigencia de la interoperatividad y portabilidad de datos entre plataformas; presunción de una prohibición de las operaciones de concentración de empresas y establecimiento de puertos seguros para publicadores de noticias.

(ii) *Fortalecimiento de las leyes sobre competencia*, con medidas como las siguientes: reafirmación de los objetivos del Derecho de la competencia para asegurar la salud y la vitalidad de la democracia; fortalecimiento de la aplicación de las sections 7 de la *Clayton Act* y 2 de la *Sherman Act*; protección de los nuevos competidores; control de las concentraciones verticales; clarificación de *conductas exclusión* como el apalancamiento monopolístico, los precios predatorios, la negativa a contratar, las infraestructuras esenciales, la vinculación y auto-preferencia y el diseño anticompetitivo de productos.

(iii) Revitalización de la *aplicación pública* del Derecho antitrust, mediante el refuerzo de las agencias federales, así como de su *aplicación privada* eliminando, entre otras medidas, obstáculos como las cláusulas de arbitraje o los límites a la formación de las acciones colectivas (*class actions*).

4.2. *El enfoque europeo*

En la UE se ha actuado con algo más de contundencia desde el Derecho de la competencia contra algunas de las empresas que actúan o están relacionadas con los mercados digitales. Estas actuaciones se remontan, al menos, a 1984 cuando la Comisión archivó una investigación por abuso de posición dominante contra *IBM*, al llegar a un acuerdo con esta empresa para que cesara en determinadas prácticas de vinculación en relación con su PC, concepto que esta firma había creado⁴⁹. Continuaron a partir de los años 2000 con el caso contra *Microsoft* y sus derivados, en relación con su sistema operativo *Windows*⁵⁰ y su negativa a contratar con elaboradores de otros programas para asegurar su plena compatibilidad con dicho sistema, y las prácticas de vinculación con su reproductor de videos *media player*⁵¹. A ello hay que añadir el relativo a *Intel*⁵², productor de microprocesadores en relación con sus prácticas de exclusión respecto al procesador competidor *AMD*. Ya más directamente con las GAFAs hay que reseñar los procedimientos seguidos a *Google*⁵³, relacionados con su buscador, y las investigaciones abiertas a *Apple*⁵⁴ y

⁴⁹ Véase *Décimo Informe sobre la Política de la Competencia*, 1985, aps. 94 y ss.

⁵⁰ Decisiones de la CE de 24.3.2004, de 10.11.2005, 12.7.2006, 27.2.2008 y 4.3.2009, en el asunto COMP/C-3/37.792 *Microsoft*; de 16.12.2008 y 6.3.2013, asunto COMP/C-3/39.530 *Microsoft (tying)*; de 29.1.2016, asunto AT.39784 – *Omnis/Microsoft*. Sentencias del TPI de 17.9.2007, asunto T-201/04 *Microsoft v. Commission* y del TG de 27.6.2012, asunto T-167/08 *Microsoft v. Commission*.

⁵¹ En los EE.UU. el caso se centró en la vinculación del sistema operativo con su navegador *Explorer*.

⁵² Decisión de la CE de 13.5.2009, asunto COMP/37.990 *Intel*. Sentencias del TG de 12.6.2014, asunto T-286/09 *Intel v. Commission* y del TJ de 6.9.2017, asunto C-413/14 P.

⁵³ Decisión de la CE de 27.6.2017, asunto AT.39740 – *Google Search (Shopping)*; de 18.7.2018, asunto AT.40099 – *Google Android*.

⁵⁴ El 16.6.2020 la CE ha anunciado la apertura de varios expedientes en relación con diversos aspectos de su *App Store*, así como sobre el pago por móviles.

Amazon⁵⁵, en relación con diversos aspectos de sus plataformas, que están sustanciándose en estos momentos.

Como ya he señalado, el problema de los mercados digitales se ha planteado con tintes menos dramáticos en Europa en las recientes propuestas de la Comisión Europea de sendos reglamentos sobre operadores (la llamada *Ley de servicios digitales*) y mercados digitales (la llamada *Ley de mercados digitales*).

Centrándonos en esta última propuesta –el *Reglamento sobre mercados digitales*–, que es la que más tiene que ver con el papel del Derecho de la competencia, hay que resaltar que la Comisión Europea parte de que este Derecho, con su característico control *ex post* (en relación con las conductas prohibidas), es insuficiente para atajar los problemas que se presentan en los mercados digitales. En este sentido se señalará lo siguiente:

“La propuesta complementa las normas de competencia de la UE (y nacionales) existentes y aborda las prácticas desleales de los guardianes de acceso que, o bien están fuera de las normas de competencia existentes en la UE, o bien no pueden ser abordadas con la misma eficacia por dichas normas, considerando que la aplicación de la normativa de defensa de la competencia afecta a la situación de mercados específicos, interviene inevitablemente después de que se haya producido la conducta restrictiva o abusiva e implica procedimientos de investigación para constatar la infracción que requieren tiempo. La propuesta actual minimiza los efectos estructurales perjudiciales de las prácticas desleales ex ante, sin limitar la capacidad de intervenir ex post en virtud de las normas de competencia nacionales y de la UE.”

Siguiendo este planteamiento se va a establecer un control *ex ante*, aplicable a las *plataformas de mayor tamaño* con gran incidencia en el *mercado interior* al considerar a las empresas que las gestionan como *guardianes de acceso* (sin decirlo expresamente, se está pensando básicamente en las GAFAs y algunas otras plataformas con una gran incidencia como pueden ser *Airbnb* o *Booking*, p. ej.). Como se señala en el art. 3.2 se presume⁵⁶ que tienen esta condición de guardián de acceso las empresas que cumplan los siguientes requisitos:

a) Un *volumen de negocios anual* en el *EEE* igual o superior a 6.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios, o cuando la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado equivalente de la empresa ascienda como mínimo

⁵⁵ Decisión de la CE de 4.5.2017, asunto AT.40153 – Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines. A esta compañía se le han abierto además sendos procedimientos anunciados por la CE el 17.7.2019 y el 10.11.2020.

⁵⁶ Aunque la propuesta de Reglamento no aclara qué tipo de presunción es esta –si *iuris et de iure* o solamente *iuris tantum*–, las consecuencias que se derivan de esta calificación conducen a considerarla *iuris et de iure*.

a 65.000 millones de euros en el último ejercicio, y preste un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros.

b) Cuando proporcione un *servicio básico de plataforma* que cuente con más de 45 millones de usuarios finales activos mensuales en la Unión y más de 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión en el último ejercicio económico

c) *Posición duradera*: cuando se hayan cumplido este último requisito en cada uno de los tres últimos ejercicios.

Las empresas en esa situación, están obligadas a notificárselo a la Comisión Europea en el plazo de tres meses desde el cumplimiento de los umbrales, sin perjuicio de la facultad de la Comisión de hacer directamente esta designación (art. 3.3. y 3.4). Asimismo, la Comisión bajo ciertas circunstancias puede designar como guardianes de acceso a empresas que no cumplan con todos los umbrales (véase los art. 6 y 15).

Los *guardianes de acceso* asumirán una *responsabilidad adicional*, con el planteamiento de garantizar un entorno en línea que sea justo y no discriminatorio para las empresas y los consumidores, que se concreta en diversas obligaciones que se les imponen en los arts. 5 a 7 de la propuesta de Reglamento. Como más significativas las siguientes: no podrán utilizar los datos de sus usuarios empresariales para competir con ellos (art. 6.1, a); no deberán impedir que los usuarios desinstalen programas o aplicaciones (art. 6.1, b); no podrán restringir el acceso de sus usuarios a otra plataformas (art. 6.1, e); tienen prohibida la auto-preferencia (art. 6.1, d); tienen que facilitar la interoperatividad y la transferencia de datos a otras plataformas (arts. 6.1, c y h); deben aplicar a los usuarios profesionales condiciones generales justas y no discriminatorias de acceso a su tienda de programas de aplicación (art. 6.1, k). En general estas obligaciones, en parte ya apuntadas en el informe del *Subcomité de Derecho Antitrust* norteamericano, me parecen razonables, proporcionadas y, aparentemente, bien diseñadas desde un punto de vista técnico.

La propuesta de Reglamento se basa en un sistema de *aplicación pública*, con competencia exclusiva de la Comisión Europea (sistema de *one-stop shop*), que recuerda al previsto para la concentración de empresas, y que permite imponer a los guardianes de acceso que incumplan sus obligaciones multas sancionadoras de hasta el 10 % de la cifra de negocios (véase el art. 26), coercitivas de hasta el 5 % (véase el art. 27) e, incluso, la imposición de *medidas estructurales* en caso de infracciones sistémicas de dichas obligaciones (véase el art. 16). Para ello se adopta un procedimiento garantista, claramente influenciado tanto por el previsto en el Reglamento 1/2003, de aplicación de los actuales arts. 101 y 102 del Tratado de funcionamiento de la UE, como en el Reglamento 129/2004, sobre concentración de empresas. Lo cual es adecuado dada la larga experiencia que se acumula en la aplicación de ambos instrumentos.

No aborda la propuesta de Reglamento las relaciones entre esta normativa y la relativa al Derecho de la competencia, y debiera haberlo hecho ante la posibilidad

de que determinadas infracciones de los guardianes de acceso puedan simultáneamente considerarse que vulneran este Reglamento y el Derecho de la competencia, situación que puede producirse principalmente en relación con el abuso de posición dominante prohibido por el art. 102 del Tratado de funcionamiento de la UE, habida cuenta de que estamos hablando de empresas que tienen un indudable poder de mercado (esto está implícito en el concepto de *guardián de acceso*). La competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el futuro Reglamento puede aliviar los problemas de coordinación, pero no los descarta desde el momento en que las autoridades nacionales de competencia tienen también la facultad de aplicar directamente el Derecho europeo de la competencia. Sería conveniente introducir mayor claridad en este punto.

Tampoco se dice nada en la propuesta de Reglamento respecto a la posible *aplicación privada* de esta normativa mediante el ejercicio de acciones por los perjudicados ante los tribunales de justicia, especialmente de daños. No obstante, la nota de prensa difundida por la Comisión Europea el 15 de diciembre de 2020⁵⁷ señala a este respecto lo siguiente:

“La norma sobre mercados digitales es un Reglamento que contiene obligaciones y prohibiciones precisas para los guardianes de acceso que entren en su ámbito de aplicación, que podrán invocarse directamente ante los tribunales nacionales. Esto facilitará la interposición de demandas directas por daños y perjuicios por parte de los perjudicados por la conducta de los guardianes de acceso incumplidores.”

Sin desconocer la valoración que sobre la cuestión se hace en esta nota, que me parece correcta⁵⁸, habría sido conveniente hacer una referencia expresa ella, máxime si se tiene en cuenta que en los ordenamientos que cuentan con legislación general sobre competencia desleal –como es el caso del español–, se puede producir un solapamiento con las disposiciones del futuro Reglamento, que dificulte su aplicación privada.

5. Conclusiones

Ya he ido adelantando mis opiniones sobre los principales puntos en debate y las soluciones que se apuntan a un lado y otro del Atlántico. En este sentido, ya he dicho que la consideración de que la actividad de las GAFAs son un grave peligro para la democracia y los derechos y libertades fundamentales, aun no estando

⁵⁷ Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349.

⁵⁸ Otra cosa afectaría al efecto directo de los reglamentos y al principio de efectividad del Derecho europeo que recordó, en el tema próximo de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, la sentencia del TJ de 20.9.2001, asunto C-453/99 *Courage y Crehan*, cuyas consideraciones considero aplicables *mutatis mutandis* al presente caso, si prosperase la actual propuesta de *Reglamento sobre mercados digitales*.

privada totalmente de fundamento, me parece una exageración. Opino lo mismo de la pretensión de devolver el Derecho de la competencia a los planteamientos en parte políticos que estuvieron en los orígenes de la *Sherman Act*. Nuestras democracias tienen muchos problemas, no sola ni primordialmente la actuación de las GAFAs, y estos problemas políticos deberán resolverse, junto con los demás, en otros ámbitos político-jurídicos más adecuados, comenzando por los de carácter constitucional. La clara conexión que tiene el Derecho de la competencia con la *libertad de empresa*, que es una libertad que tiene carácter constitucional (en España se reconoce en el art. 38 de la Constitución), no es un engarce suficiente a estos efectos.

Tampoco creo que el tradicional Derecho de la competencia, en cualquiera de los dos sectores que son relevantes –el antitrust y el de la competencia desleal–, sea suficiente, por mucho que se refuerce su aplicación, para resolver los problemas que plantean los nuevos mercados digitales. En este sentido, la propuesta de un *Reglamento sobre mercados digitales* me parece sensata al establecer determinadas medidas *ex ante* que deberán cumplir las empresas que merezcan, por su relevancia en dichos mercados digitales, ser calificados como guardianes de acceso o *gatekeepers*. La norma, sin embargo, considero que debería perfeccionarse durante su tramitación, particularmente en relación con las conexiones con la aplicación pública del Derecho de la competencia, y con la aplicación privada de las disposiciones del futuro Reglamento, mediante el ejercicio de acciones de daños por los perjudicados contra los *gatekeepers* por el incumplimiento de sus obligaciones. Veremos si esto es así, pues la experiencia indica que con frecuencia las propuestas de reglamentos y directivas durante su tramitación, lejos de mejorar empeoran en aras a conseguir el mayor consenso posible.