

Entrevista: Los desafíos de los mercados digitales para el Derecho de la Competencia*

— Dr. Eduardo Quintana** —

* Las preguntas realizadas en la presente entrevista fueron elaboradas por Jesús Eduardo Castañeda Velásquez, estudiante de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La edición de la entrevista fue realizada por Francisco Carruitero Solórzano y Andrea Sotelo Molero, miembros de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Socio de Bullard Falla Ezcurra+ . Máster en Regulación por el London School of Economics and Political Sciences, Reino Unido. Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene experiencia en las áreas de Derecho de la Competencia, Regulación Económica, industrias de Redes y Concesiones; relacionadas a sectores de Energía, Infraestructura de Transporte y Telecomunicaciones.

En la presente entrevista, el Dr. Eduardo Quintana conversó con el Equipo de Derecho Mercantil acerca de los mercados digitales para el Derecho de la Competencia

En ese sentido, el autor brinda una breve definición sobre los mercados digitales: características principales, relevancia jurídica en el Derecho de la Competencia y las nuevas conductas anticompetitivas que pueden surgir en este ámbito de los mercados digitales. Asimismo, se analiza si las concentraciones empresariales entre plataformas digitales podrían generar riesgos para los mercados digitales. Dentro del derecho peruano, se detalla cuáles son las limitantes para que se persigan todos los posibles comportamientos negativos en el campo de los mercados digitales, así como el mayor enforcement que podría realizar el Indecopi para atacar esos comportamientos; y se explica si correspondería o no modificar el marco legal peruano para abordar mejor tales comportamientos. Por otro lado, en el derecho internacional se analizó la idea sobre el planteamiento de iniciativas para establecer regulación ex ante adicional a la regulación del Derecho de la Competencia para los mercados digitales.

1. A modo de introducción, ¿qué son los mercados digitales y cuáles son sus principales características?

El término mercados digitales cubre diversas actividades económicas relacionadas con los servicios tecnológicos y productos digitales. Precisamente, se denominan digitales porque se presentan en formato digital y ello implica que en buena medida son bienes intangibles. Por ejemplo, un *e-book* es un producto digital y la reserva de una mesa online para un restaurante es un servicio digital.

Los mercados digitales más conocidos en la actualidad son los que están presentes en las redes de comunicación digital. Permiten compartir información o el acceso a proveedores de bienes y servicios, que pueden ser físicos o digitales. Nos referimos a las redes sociales como Facebook, Instagram, LinkedIn, Tinder u otras. Los *marketplace* que permiten acceder a proveedores de distintos productos como Amazon, los sitios web de reservas de hotel tipo Booking, Expedia, u otros, los aplicativos para contratar transporte privado como Cabify, Uber, etc., o los portales de búsqueda en internet como Google.

También son mercados de productos digitales los de videojuegos, *ebooks*, y contenidos de música. En estos casos, se trata de bienes o servicios que

pueden almacenarse y consumirse en formato electrónico. Algunos consideran inclusive que las redes de telecomunicaciones tradicionales, como las de comunicaciones móviles a través de teléfonos o tabletas, y sus sistemas operativos, también califican como mercados digitales.

Pasando a sus características, diría que son principalmente dos las más destacables:

En primer lugar, se trata de mercados que los economistas denominarían como de “dos o más lados”, porque se despliegan a través de plataformas digitales que permiten interactuar a dos o más grupos de actores que obtienen algún valor de estar conectados a la plataforma, usualmente en función de que tan grande es el grupo o grupos conectados al otro lado. Pensemos en un aplicativo de servicios de taxi a través del cual se interrelaciona el grupo de usuarios del servicio de transporte y el grupo de prestadores del servicio. Esta característica permite que surjan externalidades positivas de red, pues los usuarios considerarán más valiosa una plataforma según haya más transportistas disponibles conectados a la misma, pero también ocasiona lo inverso, es decir que se considere menos valiosa aquella plataforma que tenga menos transportistas conectados.

En segundo lugar, los mercados digitales permiten una gran acumulación de datos de los actores (sean personas, empresas, entidades, u otros) que se conectan a las plataformas o que utilizan o buscan los bienes que ofrecen. Tales datos permiten que los servicios funcionen adecuadamente para los dos o más grupos conectados, y además contribuyen a que el operador de la plataforma mejore la calidad de sus servicios, con lo que indirectamente contribuyen a atraer a más usuarios que también introducirán nuevos datos a la red. La infinidad de datos acumulados también puede ser utilizada para crear nuevos servicios o productos. Así, este ciclo de retroalimentación puede repetirse de modo exponencial.

2. ¿Por qué los mercados digitales tienen relevancia actual, cuales con los desafíos y oportunidades que representan para el Derecho de la Competencia?

Las dos características antes mencionadas impactan directamente en la actual relevancia de los mercados digitales para el Derecho de la Competencia.

Las externalidades positivas que generan las plataformas digitales pueden resultar muy grandes en términos de convertir a alguna de ellas en un



imán que atrae a grandes mayorías, logrando economías de escala muy difíciles de replicar por otras plataformas sustitutas, y que además ofrecen a esa plataforma la posibilidad de expandirse a nuevas actividades económicas. Entonces, entendemos que determinadas plataformas pueden convertirse en gigantes, que amplían de modo constante su presencia en diversos mercados relacionados, con la capacidad de anular el surgimiento de otros actores en esos mercados, al generarse un efecto en cadena, que atrae a la mayor parte de la demanda. Dependiendo del mercado, este efecto suele denominarse con distintos calificativos, como por ejemplo “el ganador se lleva todo” en plataformas digitales o “efecto bandwagon” en redes de telecomunicaciones.

El efecto anterior se complementa con la acumulación de datos personales de los usuarios, pues esto ofrece a las plataformas insumos para su crecimiento y, eventualmente, les permite impedir o dificultar que los usuarios cambien de plataforma por todo lo que obtienen o disfrutan en la primera que utilizaron (costos de cambio). Asimismo, los ingentes datos obtenidos les permiten conocer intereses y patrones de demanda de una inmensidad de usuarios, para crear nuevos servicios o productos, y tener una forma rápida y directa para ofrecerlos.

Con ello, ambas características permiten una importante concentración de los mercados y, a la vez, la potencialidad de que las redes o plataformas preponderantes impidan el surgimiento de rivales o tengan capacidad preferente para ingresar y surgir en nuevos mercados. Esto no significa que las grandes plataformas digitales siempre incurran en ese tipo de conductas, sino que las características de los mercados en que actúan crean incentivos para que ello ocurra. La gran cantidad de casos iniciados alrededor del mundo contra los denominados gigantes tecnológicos da cuenta de estas situaciones y de los retos que significan para las autoridades de competencia.

3. **¿Qué importancia tiene el acceso y uso de los datos de los usuarios de plataformas digitales para el Derecho de la Competencia?**

Como mencioné, es inherente a la forma de operar de las plataformas digitales que sus usuarios introduzcan de manera voluntaria datos personales o información privada, ya sea en forma de conversaciones en sistemas de comunicación, o de información, fotos y/o vídeos compartidos en redes sociales o profesionales. Asimismo, los usuarios también

dejan un rastro inconsciente en las plataformas que son del tipo *marketplace* sobre sus patrones de consumo o de búsqueda de sus intereses de compra. Esa información privada o datos personales, cuando es utilizada con perspicacia, puede constituirse en un activo invaluable para las empresas, ya que les ofrece la oportunidad de personalizar la publicidad de productos o servicios, casi de modo individual para cada usuario de una red. Tratándose de ingentes volúmenes de información, su almacenamiento, gestión y puesta en valor como activo a ser utilizado de manera concreta, era muy difícil sino imposible a través de medios físicos o materiales dirigidos por personas. Sin embargo, al surgir diversas herramientas de inteligencia artificial, la gestión efectiva de toda esa información se fue haciendo cada vez más viable, y en la actualidad es totalmente manejable para las plataformas digitales.

Entonces, el acceso y uso de esa información personal se convierte en los hechos en un activo muy valioso para las empresas que operan en el mercado. A las plataformas digitales les sirve para ofrecer medios de publicidad muy efectivos y personalizados para las empresas que ofrecen bienes o servicios, y a estas empresas les sirve para llegar directamente, a través de las plataformas, a consumidores reales o potenciales.

Siendo un activo de esas características, no es de extrañar que sacarle provecho sea una ventaja competitiva invaluable, pero también que sea un perjuicio evidente no poder acceder a esa información o a poner la publicidad que ella permite individualizar.

La concentración de esa información en una empresa o en pocas empresas les puede generar ventajas competitivas no replicables, que pueden permitir diversas conductas de preferencia frente a los competidores o de aprovechamiento de los consumidores. Asimismo, la posibilidad de bloquear el acceso a dicha información a competidores o a clientes, así como la posibilidad de dar el acceso en condiciones diferenciadas, o mediando la imposición de exigencias comerciales de adquisición de bienes no relacionados, también abre espacios para innumerables tipos de conductas anticompetitivas.

Por ello, el acceso y uso de la información personal por plataformas digitales se constituye en un nuevo gran campo para la supervisión a través de las normas de defensa de la competencia.

4. **¿Qué tipo de nuevas conductas anticompetitivas han surgido en el ámbito de los mercados digitales?**

Entre las más conocidas está el abuso de posición de dominio para excluir a competidores o para la monopolización de mercados.

Entre los más comúnmente sancionados se encuentran los casos de auto preferencia (o *self preferencing*). Se trata de casos en los que una plataforma dominante también participa en competencia en un mercado relacionado (integración vertical) y aprovecha las ventajas de tener la plataforma sobre la cual operan los rivales, para privilegiar su propia oferta de bienes en desmedro de la oferta de sus competidores. En particular, la plataforma integrada verticalmente tiene ventajas sobre los competidores por el acceso a información muy valiosa sobre los patrones de consumo de los compradores, y por controlar cómo se muestran las opciones de compra a los clientes a través de motores de búsqueda. Es decir, son casos de una plataforma que no actúa con neutralidad respecto de todas las empresas que operan a través de ella para acceder a los clientes, y benefician al competidor integrado verticalmente con ventajas que no son producto de su propia eficiencia.

Un ejemplo ahora famoso es el caso iniciado en la Comunidad Europea contra Amazon entre 2020 y 2021. Como se sabe, es una plataforma de venta de bienes muy diversos que corresponden a distintos proveedores. A su vez, Amazon también tiene marcas propias de esos bienes ofrecidos en competencia con los de otros proveedores. Al controlar la plataforma, Amazon tiene acceso prioritario a información muy relevante tanto de los proveedores rivales (precios, volúmenes de venta, etc.), como de toda la masa de clientes (patrones de consumo o de intereses de compra).

En este caso, la autoridad consideró que Amazon estaba utilizando la información que tenía disponible para mejorar la oferta de sus bienes y, además, para colocarlos con preferencia en la aparición en las búsquedas que realizaban los consumidores.

Quienes se han opuesto a la sanción de este tipo de conducta señalan que no existe una obligación de que el jugador más robusto (porque tiene la plataforma) deba compartir con los otros jugadores sus ventajas competitivas, sino que más bien es parte de las eficiencias que ha logrado en el mercado que pueda ofrecer sus bienes en mejores condiciones. Asimismo, señalan que de este modo se beneficia a los clientes o consumidores con una mejor oferta frente a los rivales, por ejemplo, por los menores precios ofrecidos por el proveedor integrado a la plataforma. Así, se mejoraría el bienestar del consu-

midor, aun cuando se perjudique a competidores. Siendo esto último un daño concurrencial legítimo.

Los que impulsan la sanción de este tipo de conductas han señalado que se trata de nuevas formas de perjudicar a la competencia, que combinan conductas tradicionales como discriminaciones, negativas de trato, estrechamiento de precios, y que buscan trasladar la posición de dominio de la plataforma en mercados relacionados, sin que ello sea producto de la propia eficiencia en estos mercados, sino consecuencia de aprovechar el control de la plataforma.

Otro tipo de abuso de posición de dominio exclusivo es la imposición de instalar ciertos aplicativos en equipos móviles inteligentes para tener acceso a softwares o sistemas operativos considerados dominantes. Esta se considera una forma de trasladar la posición de dominio de la plataforma a un mercado relacionado, que permite también mantener la dominancia en el mercado de la plataforma. Los usuarios de los equipos móviles se ven inclinados a utilizar el aplicativo preinstalado gratuitamente y no suelen incurrir en los costos de búsqueda de otros aplicativos sustitutos.

Un caso muy conocido de este tipo es el iniciado en 2015 contra Google, que además tiene el sistema operativo Android. En 2018 la Comisión Europea concluyó señalando que Google había incurrido en infracción y en septiembre de 2022 la infracción fue confirmada por la Corte General de la Comunidad Europea, con una multa de más de 4.1 billones de euros. Se encontró que Google requería a los fabricantes de teléfonos inteligentes y tabletas que deseaban utilizar el sistema Android que instalen necesariamente el buscador Google Chrome para tener acceso al App Store de Google. También les requería no modificar el código fuente del sistema de forma no autorizada por Google. Además, si bien no les impedía instalar buscadores rivales, les ofrecía una parte de los ingresos por publicidad de Google si dejaban de hacerlo.

Esta combinación de estrategias comerciales fue considerada anticompetitiva, aún cuando involucrara el ofrecimiento de bienes gratuitos (sistema Android y Chrome) a los usuarios de equipos inteligentes, y un ofrecimiento comercial (compartir ingresos de publicidad) a los fabricantes que no determinaba una prohibición para el acceso de competidores. Esto porque se consideró que los competidores no estaban en capacidad de replicar una combinación de exigencias/incentivos como los planteados por Google.



Los argumentos en contra de perseguir este tipo de conducta indican que la preinstalación permite impulsar el uso de los aplicativos del titular del sistema operativo y así financiarlo, de otro modo tendría que ofrecerse onerosamente. Siendo un beneficio para el usuario recibirlo de modo gratuito con el aparato móvil, no debería desincentivarse los acuerdos comerciales que incorporen ese tipo de bienes gratuitos. También se señala que, al no impedirse la preinstalación de otros buscadores, ni tampoco que los usuarios los instalen, si estos eligen Chrome es por sus propias ventajas, pues los costos de cambio no serían elevados.

Los argumentos a favor de sancionar señalan que al promover de esta forma el acceso a los aplicativos del titular de la plataforma, se reduce la innovación de los creadores de aplicativos distintos, en perjuicio de los usuarios que dejarían de tener alternativas. Asimismo, se indica que, si los buscadores compitieran por sus méritos, entonces Google no necesitaría recurrir a una exigencia como la establecida a los fabricantes para que instalen su buscador, sino que estos lo harían por la propia demanda de los usuarios.

Otro tipo de conducta sancionada en mercados digitales son los abusos de posición de dominio explotativos, que implican un aprovechamiento indebido del consumidor como conducta cuestionable. Los abusos explotativos más típicos son aquellos que implican precios excesivos aplicados por el dominante a los consumidores. Pero siendo usual que las plataformas digitales ofrezcan bienes gratuitos a los consumidores o usuarios, es difícil identificar ese tipo de efecto explotativo. Algunos han planteado que es una verdad a medias que las plataformas ofrezcan bienes gratuitos a los usuarios, porque estos sí hacen una suerte de pago en especie, con los datos personales que entregan a la plataforma y esta rentabiliza para vender publicidad, o incluso con la atención que prestan los usuarios a los bienes que se ofrecen en dicha plataforma. Sin embargo, valorizar este tipo de pago, para definir si resulta excesivo, resulta muy complejo.

Más bien, los casos de abuso explotativo en mercados digitales pueden referirse al exceso de información personal que puede obtener una plataforma digital, como condición impuesta al usuario si desea continuar gozando de los beneficios de la plataforma. Un caso de este tipo se inició en Alemania contra Facebook, acusándola de condicionar que los usuarios le permitan obtener su información no sólo de la red social sino también de otros sitios web, para continuar haciendo uso de la platafor-

ma. Luego Facebook rentabilizaba esa información personal en el campo de la publicidad que ofrece.

Quienes respaldan que se sancione este tipo de actos explotativos, plantean que el análisis de la autoridad de competencia no debe centrarse en el bienestar del consumidor como parámetro de evaluación de licitud, sino en los efectos más graves de la concentración del poder económico, que afecta a los competidores más pequeños, pero también a trabajadores que pierden sus trabajos e, incluso, a la larga perjudica las condiciones democráticas. Es decir, se trata de una visión que incluye aspectos no relacionados con la eficiencia económica como bienes jurídicamente tutelados por las normas de competencia, con lo cual se puede estar de acuerdo o no.

5. ¿Las concentraciones empresariales entre plataformas digitales podrían generar riesgos para los mercados digitales? Si es así, ¿cuáles serían estos?

Las concentraciones que involucran plataformas digitales suelen darse por la búsqueda de más información importante para las empresas, que es recopilada y almacenada por empresas de otros giros de negocio, pero también para controlar o evitar el surgimiento de rivales disruptivos e innovadores.

Un caso interesante fue la compra de WhatsApp por Facebook por 19 billones de dólares. Esta operación fue notificada en 2014 a la autoridad europea y aprobada en su oportunidad sin condiciones. Como parte del análisis se evaluó el mercado de redes sociales, en que participa Facebook, y en el que se permite a los usuarios compartir información, fotos y videos, y a la vez se ofrece también publicidad. Facebook también tiene Messenger para comunicaciones entre usuarios e Instagram para compartir fotos y videos. De otro lado, está WhatsApp como plataforma de comunicación entre usuarios sin contenidos publicitarios. En función de ello, se identificó 3 mercados que podrían verse impactados. El mercado de comunicaciones entre usuarios, el mercado de redes sociales, y el mercado de publicidad.

En cuanto al mercado de comunicaciones entre usuarios, se consideró que había dinamismo por la entrada y salida de actores debido a la constante innovación, y además que se daba la figura del *multi homing* por la que los usuarios utilizan varias plataformas a la vez sin dificultad o sin costos de cambio elevados. Asimismo, dado que los servicios eran de carácter gratuito, no se identificó

un impacto negativo en precios. De este modo se concluyó que no había un riesgo para la competencia en este ámbito.

Respecto del mercado de redes sociales, el análisis fue más limitado, en la medida que WhatsApp no participa del mismo, y se consideró que Facebook tenía funcionalidades específicas que WhatsApp no podría replicar, como la posibilidad de crear álbumes de fotos y compartirlos públicamente. Además, se evaluó la potencialidad de que se cree una sola plataforma integrando los servicios ofrecidos por las dos empresas y se concluyó que era poco probable por no aportar un crecimiento representativo al comprador, en la medida que los usuarios de WhatsApp ya utilizaban Facebook.

Finalmente, sobre el mercado de publicidad, se consideró que el acceso a la base de datos de WhatsApp sí podría ser muy valiosa para que Facebook impulse y personalice mejor sus actividades publicitarias, pero que esto sólo sería un riesgo para la competencia si no hubiera alternativas a Facebook para obtener dicha información, lo que se consideró que no ocurría. Adicionalmente, se consideró que la concentración de información personal de los usuarios era materia de competencia de la autoridad de protección de datos personales, por lo que no se indagó más al respecto.

Quienes cuestionan los riesgos de este tipo de concentraciones señalan que las autoridades de competencia pueden pasar por alto temas complejos y con impactos serios. Por ejemplo, se plantea que su análisis se enfoca en el posible impacto en incrementos de precios como consecuencia de las concentraciones, lo que no ocurre cuando los mercados involucran a plataformas digitales que ofrecen bienes gratuitos.

También se critica como insuficiente un análisis que se enfoque en las potenciales restricciones a la competencia, señalándose que es necesario ampliarlo a temas relativos a la protección del consumidor. Por ejemplo, evaluar si con la nueva información personal que se obtiene de empresas adquiridas se va a poder generar mayor publicidad individualizada no requerida por el consumidor pero que tiene gran capacidad de sesgar sus preferencias de consumo. Asimismo, en qué medida la plataforma puede degradar las prestaciones de la red en beneficio propio, por ejemplo, si sacrifica la posibilidad de que los usuarios se mantengan viendo la información que comparten sus contactos para privilegiar la publicidad de productos en venta en la red.

En sentido similar, se objeta que las autoridades de competencia no consideren la óptica de la protección de datos personales al evaluar las concentraciones, con el sustento de que se trata de materias que corresponde evaluar a otra autoridad, pues deberían considerar en qué medida la concentración implica afectar la protección de la privacidad.

Por otro lado, como mencioné al comienzo, las concentraciones de plataformas digitales pueden generar riesgos para el mercado en caso de las llamadas *killer acquisitions*. Las plataformas establecidas pueden hacer un rastreo sistemático de emprendimientos innovadores que pudieran ser la semilla de rivales futuros que tiendan a ofrecer bienes sustitutos, ya sea en el mismo mercado de una plataforma específica o en mercados distintos pero que puedan ampliar sus operaciones al mercado de la referida plataforma.

La idea es que, si la plataforma establecida puede identificar a esos emprendimientos, puede comprarlos mientras aún están en etapas de prueba o antes que amplíen sus giros de negocio. Así, se neutraliza a competidores potenciales o cuando aún son débiles.

Dado que se trata de emprendimientos con ingresos o participaciones de mercado muy menores o que recién están empezando a crecer, es bastante probable que su compra no supere los umbrales que exigen las normas de control de concentraciones para que haya obligación de notificar la operación a la autoridad de competencia.

Por ello, existe una corriente que propone reducir los umbrales para notificación obligatoria o permitir que las autoridades de competencia revisen concentraciones que estén por debajo del umbral, para que estas compras no pasen desapercibidas.

6. A nivel internacional, ¿por qué se están planteando iniciativas para establecer regulación ex ante adicional a la regulación del Derecho de la Competencia para los mercados digitales?

En simple, se plantea que la intervención ex post a través de las normas de defensa de la competencia es insuficiente para controlar a las plataformas digitales. Se señala que con esas normas no se ha controlado que surjan lo que algunos llaman los gigantes tecnológicos, o que no dejen surgir a los competidores. También se señala que la sanción de conductas anticompetitivas no logra ser suficiente, porque llega tarde, cuando ya se generó el daño al mercado.



Por eso, se viene imponiendo la tendencia a aprobar o proponer regulación ex ante que permita calificar a ciertas plataformas digitales como específicamente dominantes, o como se les ha empezado a denominar, como guardianes de acceso (*gatekeepers*), para que en base a ello queden sujetas a obligaciones específicas de comportamiento, es decir, a una regulación ad hoc para ellas, cuyo propósito es que no perjudiquen a los competidores, pero también que se protejan otros bienes jurídicos tutelados, como la privacidad y datos personales, que se proteja al consumidor directamente de comportamientos que se aprovechen de su dependencia de las plataformas digitales, entre otros.

El pionero en adoptar una regulación de este tipo fue Alemania, que en enero de 2021 aprobó la décima modificación a la Ley contra las Restricciones de la Competencia. Facultó a la autoridad de competencia a declarar que una empresa tiene importancia primordial para la competencia en varios mercados relacionados, en la medida que tenga posición de dominio por factores como estar integrada verticalmente, acceder a información relevante de sus competidores, y controlar el acceso de terceros a canales para llegar a sus respectivos mercados. Asimismo, la facultó para prohibir a esas empresas: (i) dar tratamiento preferente a su oferta comercial frente a la de los competidores a quienes provea acceso a mercados de venta; (ii) impedir que surjan competidores en mercados a los que pueda expandirse, incluso sin ser dominante en ellos; (iii) crear barreras de entrada a competidores valiéndose de información recolectada en el mercado.

Sin embargo, la calificación como empresa con importancia primordial tiene varias condiciones, con lo cual tampoco es un instrumento que pueda utilizarse en forma rápida. A inicios del 2022 todavía no se había calificado a ninguna empresa en dicha condición en Alemania.

Otra iniciativa reguladora en este sentido es la Ley de Mercado Digitales aprobada por el Parlamento Europeo en diciembre de 2021. Esta norma permite que se califique como guardián de acceso a ciertas plataformas, para imponerles obligaciones que preserven la competencia.

La designación como guardián de acceso aplica cuando se superen ciertos umbrales de volumen de negocio anual y cantidad de usuarios finales, predefinidas en la ley. Las obligaciones que se les imponen son, entre otras: (i) abstenerse de aplicar políticas comerciales de auto preferencia a través del uso de datos personales obtenidos en distintos

mercados; (ii) no impedir a los usuarios la desinstalación de programas o aplicaciones preinstalados en cualquier dispositivo electrónico, ni que se pongan en contacto con las empresas fuera de su plataforma; o (iii) notificar obligatoriamente a la autoridad cualquier operación de concentración que quieran realizar.

Sin embargo, la aplicación de esta norma tampoco es inmediata, pues aun cuando su vigencia se inició en octubre de 2022, recién se empezará a ser aplicada en abril de 2023, con un cronograma de actividades consecutivas como la posibilidad de auto calificación como guardián de acceso por las propias plataformas hasta junio de 2023, la designación por la Comisión Europea en agosto de 2023, y el inicio de las obligaciones a que están sujetas a partir de febrero de 2024.

En la misma línea de acción, en Estados Unidos se vienen discutiendo proyectos de ley con similares objetivos, en particular respecto de conductas de auto preferencia, así como de preinstalación de programas o aplicaciones, y para controlar más estrictamente la concentración de información personal de los usuarios de plataformas digitales.

Así, se observa una tendencia notoria a desconfiar de la efectividad de la regulación ex post de protección de la competencia. Se prefiere controlar con regulaciones ex ante a las grandes plataformas digitales, principalmente a través de prohibiciones de ciertos comportamientos específicos que ya se han identificado como anticompetitivos.

Tres comentarios finales sobre esta tendencia. El primero es que las experiencias hasta ahora existentes demuestran que las regulaciones ex ante tampoco operan de inmediato, es decir no protegen rápidamente al mercado. Su novedad y nivel de complejidad requieren un proceso largo y lento para que se pueda calificar a empresas como guardianes de acceso, con lo cual, aún está por verse su efectividad.

El segundo es que se debería tener cuidado con la confianza que se está poniendo en las regulaciones ex ante, porque en mercados altamente dinámicos como los de las plataformas digitales, esas regulaciones pueden quedar fácilmente retrasadas al no cubrir la diversidad de nuevos comportamientos nocivos que pueden surgir producto de la innovación y cambio constante.

El tercero es más una interrogante, si se aprueba regulación ex ante, ¿significa que la aplicación ex

post de las normas de defensa de la competencia no tendrá que teñirse con objetivos distintos a la lógica de la competencia por méritos y la eficiencia en los mercados? Me inclino a pensar que lo más probable es que la respuesta sea negativa, es decir, que la aplicación de las normas ex post igual se incline a incorporar otros bienes jurídicos tutelados.

7. En el Perú, ¿las normas vigentes de Derecho de la Competencia son adecuadas para regular los mercados digitales? ¿Qué debería hacer el Indecopi para estar más presente en este ámbito? ¿Qué resultaría necesario implementar o modificar?

La ley de represión de conductas anticompetitivas en Perú, el Decreto Legislativo 1034, sólo prohíbe los actos de abuso de posición de dominio exclusivo, no así los abusos explotativos.

Desde este punto de vista, el marco legal peruano tiene un alcance menor respecto de las posibles conductas que pueden surgir en mercados digitales, pues como ya hemos señalado, en otras jurisdicciones se han sancionado casos de abuso de posición de dominio explotativos contra plataformas digitales. Esto no significa que me incline a pensar que el marco legal peruano de competencia deba extenderse a este rubro, sólo estoy indicando el límite que existe con la norma actual.

En cuanto al abuso de posición de dominio exclusivo, la experiencia del INDECOPI en la investigación y sanción de este tipo de infracciones es bastante reducida, pues la autoridad ha concentrado sus esfuerzos y recursos en la persecución de carteles. Además, los casos de abuso de posición de dominio que ha conocido se refieren a mercados bastante tradicionales, como por ejemplo el suministro de gas natural, la distribución de productos de consumo masivo, la venta de cemento, o el suministro de electricidad. En el campo de plataformas digitales no tiene caso alguno.

Así, el marco legal ex post peruano no ha dado lugar a que haya una supervisión efectiva sobre el ámbito de los mercados digitales. Esto no es extraño si se compara al Perú con otros países de la región, que tampoco han tenido grandes casos de abuso de posición de dominio en estos mercados. Esto se debe a que los grandes casos contra plataformas digitales suelen iniciarse en otras latitudes donde autoridades más desarrolladas y sofisticadas tratan de remediar las conductas anticompetitivas de esos agentes cuando empiezan a conocer de su

existencia, de modo que cuando se conocen plenamente en nuestro ámbito son conductas ya no muy recientes.

En otras palabras, para que el marco legal peruano de abuso de posición de dominio se aplique antes que otras autoridades bastante más desarrolladas y sofisticadas apliquen sus respectivos marcos legales, tendría que tratarse de casos de abuso de plataformas digitales con efectos principalmente locales.

Siendo que el Indecopi no suele tomar la iniciativa contra actos de abuso de posición de dominio, los mercados digitales podrían ser uno ámbito en que convendría que trate de ejercer su facultad de investigación de oficio, dado que es un campo en el que ese tipo de conductas puede tener impacto muy relevante y notoria vigencia. Sería una forma importante de marcar su presencia como autoridad en esta materia.

En cuanto al control de concentraciones establecido según la Ley 31112, digamos que aún está en etapa escolar, hay mucho que caminar y aprender. Todavía no puede hacerse un juicio de valor justo.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar dos aspectos interesantes del marco legal de control de concentraciones peruano. El primero es que su objetivo tiene un marcado énfasis en la competencia y la eficiencia económica de los mercados, señalándose que en el análisis de los casos la autoridad no debe considerar otras racionalidades distintas a las que correspondan al objetivo de la ley. De este modo, la norma no permitiría considerar, por ejemplo, la concentración de datos personales de las plataformas digitales como un problema en sí mismo a ser evaluado, salvo que se demuestre que ello impacta negativamente en la competencia.

En segundo lugar, el marco legal faculta al Indecopi a someter a evaluación operaciones de concentración que se encuentren por debajo de los umbrales, señalándose específicamente las adquisiciones de competidores innovadores que recién han entrado al mercado (es decir, posibles *killer acquisitions*), como uno de los supuestos en que esta facultad puede ser ejercida. Así, el marco normativo abre la puerta para que Indecopi tenga presencia en el campo de los mercados digitales a través del control de concentraciones. Corresponderá estar atentos para ver cómo y cuánto ejerce esta facultad.

Cabe agregar que en los Lineamientos para el análisis de operaciones de concentración que ha publicado el Indecopi, hay referencia específica, aunque bien escueta, a las concentraciones en mer-



cados digitales señalando que uno de los retos más complejos en estos casos es la identificación de los distintos mercados relevantes que pueden verse impactados por la operación notificada.

Teniendo en cuenta que, en otros países de la región, como Chile o México, ya se han conocido casos de concentraciones que impactan en mercados digitales, como los de Walmart/Cornershop y Uber/Cornershop, es de esperar que el Indecopi también tenga oportunidad de conocer este tipo de casos en el corto plazo.

Por lo pronto, el Indecopi ha conocido en 2022 una operación de concentración en un mercado digital, específicamente en el mercado de medios de pago. La operación presentada como notificación simplificada se refiere al mercado de adquirentes de marcas de tarjetas de pago, o sea las empresas que tienen licencia de las marcas de tarjetas para contratar con los distintos comercios el procesamiento de las transacciones de venta que realizan con tarjetas de pago. El segundo adquirente del mercado, controlado en conjunto por dos empresas bancarias, pasaría a ser controlado individualmente por una sola de ellas, al comprar una la participación de la otra.

En su análisis, el Indecopi tuvo en cuenta que la empresa bancaria compradora es parte de un importante grupo empresarial que opera en distintos sectores económicos (mercado financiero, educativo, de medicamentos y farmacias, cadenas de supermercados, entre otros), y que dicho grupo empresarial también cuenta con una participación accionaria en el primer adquirente del mercado.

Sin perjuicio de ello, el Indecopi consideró que el mercado se ha comportado competitivamente hasta la actualidad y que los participantes han adoptado medidas de prevención contra comportamientos anticompetitivos, por lo cual decidió aprobar sin condiciones la operación. En ese sentido, el Indecopi ha sido bastante cauto en la toma de posición sobre los impactos de concentraciones en la competencia en este tipo de mercado digital.

En el contexto antes descrito, cabe la pregunta de si sería necesario implementar o modificar el marco normativo.

Como se puede deducir de lo que se viene diciendo en cuanto a las normas peruanas de defensa de la competencia y su aplicación, convendría que el Indecopi tenga mayor actividad de *enforcement* en los mercados digitales con las normas que ya tiene. Hasta ahora no se les ha dado mayor uso. Como ya mencioné, debería tratar de identificar casos que pueda iniciar de oficio por abuso exclusorio en estos mercados. De otro lado, puede ejercer de modo más decidido su función para someter a evaluación *killer acquisitions*.

En cuanto a aprobar regulación ex ante, la pensaría, de ser el caso, no como una norma para proteger la competencia, al estilo de la de guardianes de acceso de otras jurisdicciones, sino para proteger otros bienes jurídicos tutelados como la protección de consumidores o la privacidad y datos personales frente a la muy elevada concentración en el mercado. En simple, no confío mucho en las regulaciones ex ante para proteger la competencia en mercados hiper dinámicos. En todo caso, preferiría ver primero cómo funcionan en otras latitudes.