

e-book

Digital Markets Act | Nuevos horizontes para la regulación chilena

Julio 2022

Conectados
al ritmo de la
vida moderna
y en **constante**
evolución

”

Introducción

Los últimos años han estado marcados por una fuerte revolución tecnológica seguida de una transformación digital, lo que se ha acelerado y masificado a partir de la pandemia. Nuevas formas de trabajar, comprar productos, reservar alojamientos, encargar comida a domicilio, entre muchas otras, solo son posibles a partir de este proceso.

Esto se ha traducido en un aumento significativo en el uso de redes sociales, motores de búsqueda, tiendas de aplicaciones, comparadores de precios, y en general una amplia gama de servicios digitales.

El mercado digital se hace cada vez más grande, atrayendo todos los días a nuevas empresas y consumidores, pero al mismo tiempo que crece el mercado, también crecen los problemas: la concentración de este mercado es cada vez mayor. Por ejemplo, Google no solamente tiene un buscador (Google Chrome), sino que también ofrece servicios de correo electrónico (Gmail), de tienda online (Google Shopping), de consulta de mapas y geolocalización (Maps), de música y entretenimiento (YouTube), además de ser propietario del sistema operativo para smartphones más usado en todo el mundo (Android). Una situación similar ocurre con empresas como Apple y Microsoft, por nombrar algunas. Es por lo anterior que en 2021 el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo han aprobado la Digital Markets Act

(DMA), lo que ha permitido que se avance a la etapa final de negociaciones entre los Estados miembros, dando pie a su inminente aprobación y entrada en vigor para finales de este año o principios del próximo. Con esta ley, se pretende generar condiciones de mercado más justas que permitan mayores niveles de competencia en el contexto de un mercado caracterizado por sus altos niveles de concentración y prácticas desleales, lo que ha derivado en la apertura de procedimientos antimonopolio en contra de las empresas del talante de Amazon o Google.

La DMA pretende ser un complemento de los instrumentos regulatorios ya existentes en la Unión Europea, los que a menudo son criticados por su lentitud y falta de adecuación a las lógicas de la era digital. En ese sentido, no solo busca crear una regulación común para el continente europeo –aumentando los niveles de certeza jurídica–, sino que también imponer una serie de obligaciones y prohibiciones bien definidas a los agentes de mercado más poderosos con la finalidad de aumentar la competencia y la innovación entre los distintos agentes.

La nueva normativa europea busca cumplir todos estos objetivos en base a tres ejes: la regulación de los gatekeepers o guardianes, el establecimiento de obligaciones y prohibiciones para estos mismos, y los mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de esta normativa.

¿Quiénes son los Gatekeepers?

Los *gatekeepers* son agentes económicos que tienen –o se espera que tengan– una posición afianzada y duradera en el mercado, y que tienen un impacto significativo en el mismo en la medida que brindan servicios que sirven de enlace entre empresas y consumidores finales. Por ejemplo, Apple brinda un servicio de tienda de aplicaciones para smartphones (AppStore) a través del cual empresas como Activision o Supercell ofrecen distintos tipos de juegos (Call of Duty, Clash Royale, Brawl Stars, etc), que luego podrán ser descargados por los usuarios finales. En este caso, Apple ocuparía el rol de gatekeeper, teniendo la posibilidad de definir cuestiones como cuáles empresas pueden ofrecer sus aplicaciones en la AppStore y cuáles no. Como se aprecia, se trata de agentes con un alto poder de mercado, lo que les permite transformarse en verdaderos reguladores privados dentro de sus plataformas, profundizando en las barreras de entrada existentes.

La DMA establece distintos criterios para determinar qué empresas cumplirán el rol de gatekeepers. Estos criterios dicen relación con (i) el impacto de la empresa en el mercado interno, (ii) la clase de servicio que brinda, y; (iii) su posición en la actividad que realiza.

Respecto del primer criterio, la DMA establece un estándar cuantitativo para determinar su cumplimiento. En este sentido, los gatekeepers serán empresas que tienen una posición económica fuerte y un impacto significativo en el mercado interior y actividades en muchos países de la UE, lo que se mide en base a la capitalización de estas empresas. Esto se traduce en que las empresas deben tener un volumen de negocios de 7.500 millones de euros al año en la Unión Europea, o bien, tener un valor de mercado mayor a 75.000 millones de euros y prestar servicios en al menos 3 Estados.

A su turno, el segundo criterio es relativo al tipo de servicio ofrecido, lo que se traduce en que los gatekeepers deben brindar “servicios básicos de plataforma”, es decir, servicios tales como motores de búsqueda (como ocurre con Google), intermediación en línea (como Amazon o AliExpress), redes sociales (como Meta), o servicios en la nube (como Microsoft), entre otras. Pero no solo se trata de brindar estos servicios, sino que deben hacerlo en masa: la DMA establece que el servicio debe prestarse a más de 45 millones de usuarios en la Unión Europea. Como se aprecia, estas empresas tienen una sólida posición de intermediarias, lo que le permite poner en contacto a una amplia base de usuarios con un gran número de empresas.

El tercer criterio que debe cumplirse para que una empresa pueda ser considerada como gatekeeper es que debe tener –o estar a punto de tener– una posición

arraigada y duradera en el mercado, lo que significa que es estable a lo largo del tiempo. El cumplimiento de este criterio ocurre cuando los dos criterios anteriores se cumplen en los tres últimos años, es decir, cuando durante los tres años anteriores han ofrecido “servicios básicos de plataforma” y que además tengan un volumen de negocios igual o superior a 6.500 millones de euros al año en la Unión Europea, o bien, tener un valor de mercado mayor a 65.000 millones de euros y prestar servicios en al menos 3 Estados.

Muchas PYMES en el mundo utilizan los servicios que prestan estas empresas para vender sus productos y llegar a nuevos mercados, lo que se ve impedido cuando las empresas que prestan los servicios básicos de plataforma incurren en prácticas desleales que ponen barreras a los agentes de menor tamaño. Esto explica la importancia de determinar de antemano quiénes ocuparán el rol de gatekeepers, puesto que se les impondrá un conjunto de obligaciones y prohibiciones para balancear su poder de mercado.

¿Qué deberán hacer los Gatekeepers?

Dentro del conjunto de obligaciones que establece la DMA, existen algunas que imponen ciertos deberes a las empresas de mayor entidad. Analizaremos dos de ellas. En primer lugar, deberán permitir que sus empresas usuarias accedan a los datos que generan al utilizar la plataforma del gatekeeper. Por ejemplo, Amazon ha sido acusado de utilizar los datos generados por sus clientes comerciales para competir mejor con ellos, a través de la recopilación de tendencias de búsqueda e intereses de los consumidores. Con la entrada en vigor de la DMA, esta información ya no será de uso exclusivo de Amazon, sino que también deberá compartirla con las distintas empresas que usan su plataforma para comercializar sus productos, generando así un escenario mucho más competitivo.

Por otro lado, habrá situaciones concretas en que los guardianes de acceso deben permitir a terceros interactuar con sus propios servicios. En este contexto, se garantizará la interoperatividad entre los usuarios de distintos servicios, es decir, por ejemplo, usuarios de aplicaciones de mensajería como Signal o Telegram podrán comunicarse con otros usuarios vía Whatsapp (perteneciente a Meta). Del mismo modo, esta regulación también busca incluir la libre elección de tiendas de aplicaciones de software, lo que implicaría, por ejemplo, poder pasar por alto la AppStore o la PlayStore. Es decir, si compro un iPhone ya no voy a estar obligado a descargar mis aplicaciones a través de AppStore, así como tampoco estaré obligado a usar Safari como buscador general.

¿Qué prohibiciones afectan a los Gatekeepers?

La DMA no solo impone ciertos deberes, sino que también establece prohibiciones que buscan impedir la comisión de prácticas desleales. Por una parte, se prohíbe clasificar más favorablemente sus propios servicios y productos que productos o servicios similares ofrecidos por terceros a través de la plataforma del gatekeeper. Por ejemplo, cuando alguien entra a comprar algún producto a Amazon, los primeros resultados de búsqueda siempre serán los productos de marcas propias, en desmedro de otras marcas que solo utilizan la plataforma como intermediaria para llegar a sus clientes. Esta situación ya no será permitida, lo que tiene un impacto directo en la competitividad de otros agentes de menor tamaño respecto de las empresas más grandes del mercado.

Por otro lado, también se prohíbe impedir que los consumidores se pongan en contacto con las empresas fuera de la plataforma del guardián de acceso. Por ejemplo, si quiero comprar un libro a través de plataformas como Buscalibre, en la mayoría de las ocasiones en realidad están comprando a un tercero, como por ejemplo una editorial que vende sus productos en dicha plataforma. Con esta nueva ley, Buscalibre no podría impedir que el cliente final se pusiera en contacto con la editorial que vende el libro.

Finalmente, una de las medidas más innovadoras y controversiales de la DMA es prohibir que se impida que los usuarios desinstalen programas o aplicaciones preinstaladas en sus dispositivos. Si lees esto desde tu teléfono, probablemente sabrás que existen aplicaciones denominadas como "nativas", es decir, que es imposible eliminar de la memoria, como reproductores de música o navegadores (como ocurre con Safari en iOS). Con la nueva regulación, este impedimento ya no existirá, lo que no solo aumenta la libertad de los consumidores y maximiza su experiencia, sino que también aumenta la competitividad entre distintos prestadores de servicios digitales tales como aplicaciones móviles o software para computadores.

¿Cómo se garantiza el cumplimiento de esta normativa?

Para garantizar que las nuevas normas sobre los gatekeepers se adapten al rápido ritmo de los mercados digitales, la Comisión Europea llevará a cabo investigaciones de mercado, lo que le permitirá clasificar a una empresa como gatekeeper, en su caso, actualizar dinámicamente las obligaciones de los guardianes de acceso, y prever medidas correctoras para hacer frente a infracciones sistemáticas a las normas de la DMA.

En caso de incumplimiento de la normativa, se podrán

imponer dos tipos de multas. El primer tipo de multa puede ser de hasta el 10% del volumen de negocios total anual mundial de la empresa, o de hasta el 20 % en caso de infracciones reiteradas, y el segundo tipo de multas, llamadas multas coercitivas, podrán ser de hasta el 5% del volumen de negocios medio diario.

En caso de incumplimiento sistemático de las obligaciones contempladas en la DMA, y previa investigación de mercado, podrán imponerse a los gatekeepers medidas correctoras adicionales, las que deberán ser proporcionadas a la falta cometida. De ser necesario y como último recurso, pueden imponerse medidas correctoras no financieras, por ejemplo, medidas estructurales o de comportamiento, tales como la cesión de partes de una empresa.



El contenido fue elaborado en el contexto del programa **az Research** del **Grupo Derecho Público y Mercados Regulados | Libre Competencia:**



Fernando Contreras | az Research



Francisco Alarcón | Asociado | Grupo Derecho Público y Mercados Regulados



albagli
zaliasnik



AÑOS
Delivering
Legal Solutions