

Beatriz de Guindos Talavera\*  
Jordi Fornells de Frutos\*\*  
Francisco de Paula Roig Guerrero\*\*\*

# NOVEDADES EN LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN 2018

*Este artículo analiza las principales tendencias en la aplicación del derecho de la competencia en la Unión Europea en sus distintos ámbitos (expedientes sancionadores, control de concentraciones, control de ayudas públicas), dando especial énfasis a las novedades en relación con la economía digital. Asimismo, se estudia la reforma institucional prevista en el proyecto de Directiva ECN+.*

**Palabras clave:** competencia, políticas públicas, regulación, UE.

**Clasificación JEL:** K21, L40, L81, L86.

## 1. Introducción

La política de competencia europea no ha quedado al margen de los recientes aires de reforma que recorren la Unión Europea, ya que existe la convicción de que desde su ámbito de actuación esta política puede contribuir a responder a los actuales desafíos económicos que afronta el proyecto europeo.

Por un lado, la Unión Europea está tratando de adaptar sus instrumentos de análisis a los cambios

estructurales que están experimentando los mercados europeos a raíz de la digitalización, lo cual obliga a evaluar su impacto sobre la dinámica competitiva de los mercados y la aparición de operadores con elevado poder de mercado en entornos con fuertes efectos de red, lo cual a su vez hace recordar los problemas que se produjeron cuando hubo que analizar por primera vez los monopolios naturales en sectores de red.

Por otro lado, la política de competencia tiene la capacidad para responder, aunque solo sea parcialmente, a las inquietudes que la ciudadanía europea tiene a propósito del impacto de la globalización (y, de este modo, contrarrestar los movimientos populistas). Así, como primera reivindicación de las virtudes de la defensa de la competencia, es preciso recalcar cómo una mayor competencia en los mercados conduce a

---

\* Técnico Comercial y Economista del Estado. Asesora de Presidencia. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC.

\*\* Técnico Comercial y Economista del Estado. Subdirector de la Sociedad de la Información, CNMC.

\*\*\* Técnico Comercial y Economista del Estado. Inspector Jefe de Competencia, CNMC.

ganancias de productividad (Nickell, 1996), lo cual a su vez se traduce en un mayor crecimiento económico, que, como sabemos, es una de las formas más eficaces de mejora del bienestar. Asimismo, la política de competencia contribuye a la lucha contra la desigualdad, al tener como su objetivo primordial frenar las prácticas empresariales anticompetitivas y las pérdidas de bienestar que éstas conllevan: el sobreprecio en los bienes y servicios a que dan lugar afecta proporcionalmente más a las clases sociales más desfavorecidas, que son las que destinan una mayor parte de su renta al consumo de bienes y servicios.

Junto con lo anterior, no se debe olvidar que la política de competencia europea continúa sirviendo a un objetivo adicional que inspiró su inclusión en el Tratado de Roma: impedir que las empresas erijan barreras que impidan el funcionamiento del mercado común (hoy interior) europeo, de modo paralelo a los esfuerzos realizados por los Estados miembros de cara a derribar las barreras interiores entre ellos.

El objeto del presente artículo reside en ofrecer una panorámica del proceso de reforma que está atravesando la política de competencia europea con el fin de responder a los desafíos señalados.

Para ello, en primer lugar, se esbozará un estado de situación de la política de competencia europea a partir de la reciente práctica decisonal e iniciativas normativas de la Comisión Europea en materia de persecución de conductas anticompetitivas, control de concentraciones económicas y control de ayudas públicas. Ello permitirá destilar cuáles son, a juicio de los autores, las prioridades que están guiando la actuación de la Comisión Europea en materia de aplicación del derecho de la competencia de la Unión Europea.

A continuación, nos detendremos en los esfuerzos de reforma institucional que se están acometiendo a nivel europeo con el fin de lograr que la política de competencia sea más eficaz en el logro de sus objetivos. Este esfuerzo se ha centrado, de modo principal, en la gestación de una Directiva, todavía en fase de tramitación y conocida como ECN+, por la que se persigue

garantizar que las autoridades de competencia de los Estados miembros dispongan de una serie de instrumentos de ejecución adecuados para alcanzar una mejor aplicación común de la normativa europea de competencia. Al hilo de este análisis, se aprovechará para evaluar tentativamente el impacto potencial que tendrá esta directiva en la legislación española.

Finalmente, el presente artículo se detendrá en la repercusión que está teniendo la creciente digitalización de la economía en la aplicación del derecho de la competencia de la Unión Europea y se exploran las medidas que están adoptando tanto la Comisión Europea como las autoridades de competencia de los Estados miembros para responder a los retos de análisis que plantea.

## **2. Perspectivas de la aplicación del derecho de la competencia por parte de la Comisión Europea**

### **Perspectivas en el ámbito de los expedientes sancionadores**

En el marco de los expedientes sancionadores, en aplicación de los artículos 101 (conductas colusorias) y 102 (abuso de posición de dominio) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Comisión Europea tiene un margen de apreciación considerable a la hora de decidir sobre qué y cómo lleva a cabo sus investigaciones.

En primer lugar, la Comisión Europea goza de bastante discrecionalidad para decidir si investiga o no un determinado caso, sobre la base de si el mismo tiene o no interés comunitario<sup>1</sup>, o si el mismo debe ser examinado por las autoridades nacionales de competencia<sup>2</sup>.

En segundo lugar, los procedimientos de investigación de la Comisión Europea no están sometidos a un

---

<sup>1</sup> Párrafo 41 de la Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (2004/C 101/05).

<sup>2</sup> Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03).

plazo de tramitación tasado, por lo que, una vez iniciada formalmente una investigación, la Comisión Europea puede dedicar a la misma todo el tiempo y todos los recursos que estime necesarios. La contrapartida es que estas investigaciones tienen una duración muy elevada, que en muchas ocasiones supera los cinco años.

El anterior contexto permite a la Comisión Europea centrar sus esfuerzos en los casos que estima paradigmáticos, lo que a su vez permite intuir o deducir cuáles son y van a ser las prioridades de la Comisión Europea en los próximos años en este ámbito, por lo menos durante su actual mandato.

Del examen de los casos recientemente resueltos o pendientes de resolver por parte de la Comisión Europea en este ámbito, se pueden destacar las siguientes tendencias:

- Sostenido uso de la figura de los *settlements* (procedimiento transaccional) en los casos de cárteles.
- Importante utilización de los expedientes sancionadores para profundizar en el reforzamiento del mercado interior o de otros objetivos de la Comisión Europea.
- Priorización de los casos que afectan a la nueva economía y al sector de las tecnologías de la información, con teorías de daño novedosas o aplicadas en pocas ocasiones.

A continuación, se desarrollan en mayor profundidad cada una de estas tendencias.

### *Creciente utilización de los settlements*

Uno de los grandes éxitos del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), ha sido la lucha contra los cárteles, pues gran parte de los expedientes sancionadores de la Comisión Europea desde entonces han tenido lugar en este ámbito.

Este éxito en la lucha contra los cárteles ha estado ligado al buen funcionamiento del programa de

clemencia<sup>3</sup>, que ha fomentado la denuncia y aportación de pruebas por parte de los propios implicados en el cártel, facilitando su acreditación y desmantelamiento.

Los incentivos de las empresas para utilizar el programa de clemencia están ligados a múltiples factores, entre los que juega un papel importante el creciente importe de las multas, asociado al principio de disuasión<sup>4</sup>.

Sin embargo, otras iniciativas comunitarias, como la Directiva de daños<sup>5</sup>, que fomenta las reclamaciones de daños contra los responsables de infracciones del derecho de la competencia, especialmente en el ámbito de cárteles, reducen los incentivos a la utilización del programa de clemencia, pues los ahorros en la multa administrativa podrían no compensar los gastos y compensaciones asociados a las reclamaciones de daños de los perjudicados por el cártel.

En este contexto, la figura de los *settlements*, que se desarrolló en junio de 2008<sup>6</sup>, y que hasta febrero de 2018 ha sido utilizada en 28 expedientes diferentes<sup>7</sup>, ha permitido sostener el éxito del programa de clemencia y de la lucha contra los cárteles. A través de este instrumento, las empresas investigadas reconocen la existencia de la infracción y su responsabilidad frente a la misma, a cambio de una reducción del 10 por 100 en el importe de la multa.

De esta manera, los *settlements* permiten la minimización de los trámites administrativos y de la revisión

<sup>3</sup> El programa de clemencia exime o reduce la multa de las empresas que reconocen su participación en un cártel y aportan pruebas u otros elementos que facilitan su acreditación o investigación.

<sup>4</sup> Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) nº 1/2003 (2006/C 210/02).

<sup>5</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

<sup>6</sup> Comunicación de la Comisión Europea sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo en casos de cártel (2008/C 167/01).

<sup>7</sup> Nota de prensa de la Comisión Europea de 21 de febrero de 2018. Recuperado el 9 de abril de 2018, en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-962\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-962_en.htm)

jurisdiccional, con el consiguiente ahorro de costes para todas las partes del procedimiento.

Asimismo, la adopción de una Decisión sancionadora en el marco de los *settlements* permite que la misma sea mucho más sucinta, con lo que las evidencias recogidas en la investigación no se desarrollan de forma muy significativa, lo que limita la incidencia de las reclamaciones de daños contra los solicitantes de clemencia.

### *Complementariedad de las investigaciones con otros objetivos regulatorios*

En determinadas ocasiones, los instrumentos del derecho de la competencia son utilizados por la Comisión Europea para apoyar otros objetivos regulatorios. Este ha sido el caso de algunos expedientes sancionadores ya resueltos o pendientes de resolución.

Un ejemplo se percibe en el sector audiovisual. En particular, en el caso «televisión de pago» (40023)<sup>8</sup>, la Comisión Europea está investigando los acuerdos de los principales estudios cinematográficos de Estados Unidos con los principales operadores de televisión de pago de Europa para la licencia de contenidos audiovisuales, en particular las cláusulas de geobloqueo que impiden las ventas pasivas<sup>9</sup> a consumidores de otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo (EEE) distintos de los territorios de licencia.

En el marco de esta investigación, que se inició el 13 de enero de 2014, la Comisión Europea ha finalizado la misma respecto a un estudio (Paramount), a través de una Decisión de terminación convencional de 26 de julio de 2016<sup>10</sup>, en la que se hacen vincu-

lantes unos compromisos por los que, durante cinco años, este operador renuncia a hacer efectivas o a establecer cláusulas de geobloqueo en sus acuerdos de licencia con operadores de televisión de pago en el Espacio Económico Europeo. La investigación prosigue frente a otros estudios cinematográficos.

Estas cláusulas de geobloqueo constituyen un importante obstáculo al reforzamiento del mercado interior, aunque su incidencia práctica es limitada, dado que las barreras lingüísticas hacen que la demanda transnacional de contenidos de televisión de pago sea limitada.

Esta aproximación de la Comisión Europea complementa la recogida en el recientemente aprobado Reglamento (UE) n° 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado en el comercio electrónico en el mercado interior<sup>11</sup>, aunque conviene destacar que este Reglamento no es de aplicación a los contenidos audiovisuales.

Otro ejemplo de complementariedad entre un expediente sancionador y otros objetivos regulatorios de la Unión Europea se da en el caso Gazprom (39816)<sup>12</sup>, iniciado en septiembre de 2012, en el que la Comisión Europea está investigando los contratos de suministro mayorista de gas de este operador en Bulgaria, Estonia, República Checa, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Eslovaquia.

En particular, la Comisión Europea está analizando las posibles limitaciones injustificadas sobre el destino final del gas adquirido en estos contratos, lo que dificulta la creación de un mercado interior de gas en la Unión Europea, así como la posible existencia de precios mayoristas excesivos en determinados contratos.

<sup>8</sup> Véase la ficha del caso, recuperada el 9 de abril de 2018, en [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_40023](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40023)

<sup>9</sup> Las ventas pasivas son aquellas ventas que se producen a iniciativa propia del consumidor, sin que haya mediado una actividad previa (publicidad, ofertas personalizadas, etc.) del vendedor dirigida a la captación de dicho cliente.

<sup>10</sup> Véase el texto de la Decisión, recuperado el 9 de abril de 2018, en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40023/40023\\_5273\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40023/40023_5273_5.pdf)

<sup>11</sup> Reglamento (UE) n° 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE.

<sup>12</sup> Véase la ficha del caso, recuperada el 9 de abril de 2018, en [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39816](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39816)

De esta manera, los perjuicios para la competencia analizados por la Comisión Europea están directamente ligados con uno de los puntales principales de la política energética de la Unión Europea.

En el marco de este expediente, en marzo de 2017, la Comisión Europea ha llevado a cabo un test de mercado<sup>13</sup> de cara a la posible terminación convencional del mismo, en el que se buscaban opiniones sobre los compromisos presentados por Gazprom, dirigidos a flexibilizar la entrega y el destino de gas adquirido a este operador en Europa Central y Oriental, así como a aproximar sus precios de suministro mayorista a los prevalentes en el resto de Europa. En el momento de redacción de este artículo todavía estaba pendiente una decisión de la Comisión Europea sobre la adecuación de estos compromisos para posibilitar la terminación convencional de esta investigación.

Otro ejemplo de la conexión entre las investigaciones de la Comisión Europea y de sus objetivos regulatorios en otros ámbitos se da en el caso «redes móviles» checas (40305)<sup>14</sup>, abierto el 25 de octubre de 2016, en el que la Comisión Europea investiga los acuerdos de compartición de redes móviles entre los dos principales operadores en la República Checa (O2 CZ y T-Mobile CZ), que conjuntamente tienen el 75 por 100 de los clientes del mercado checo. Estos acuerdos cubren el 85 por 100 de la población y todas las tecnologías y dejan fuera al tercer operador con red propia, mucho más pequeño, Vodafone.

La Comisión Europea está investigando si estos acuerdos pueden producir distorsiones competitivas excesivas, limitando la introducción de mejoras de calidad o de nuevas tecnologías, especialmente en las zonas urbanas, que no se vean compensadas por los ahorros de costes que genera la compartición.

De esta manera, con esta investigación, la Comisión Europea lanza una señal al sector en Europa, indicando que los acuerdos de compartición no necesariamente están permitidos en todas las circunstancias, especialmente cuando limitan excesivamente la competencia en infraestructuras y la innovación, poniendo en riesgo uno de los objetivos de la agenda digital para Europa.

#### *Casos que afectan a la nueva economía digital*

Al amparo de su margen de apreciación sobre los casos que tienen interés comunitario, la Comisión Europea había sido bastante selectiva en los últimos años con los casos de abuso de posición de dominio (por infracción del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) que investigaba.

Esta Decisión se amparaba, entre otras razones, en la complejidad de estos casos, especialmente de cara a acreditar los potenciales efectos restrictivos de las conductas investigadas siguiendo los criterios económicos comúnmente aceptados por la literatura económica (especialmente el estándar de operador igualmente eficiente).

Por este motivo, la Comisión Europea publicó en febrero de 2009 una Comunicación<sup>15</sup> en la que se recogen las prioridades de control que regirán la acción de la Comisión Europea al aplicar el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a la conducta excluyente de las empresas dominantes.

En particular, en el párrafo 6 de esta Comunicación se señala: «En su actividad de control de las conductas excluyentes, la Comisión hace hincapié en la salvaguarda del juego de la competencia en el mercado interior y en garantizar que las empresas que disfrutan de una posición dominante no excluyan a sus competidores por otros medios que no sean la competencia basada en los méritos de los productos o servicios que

<sup>13</sup> Véase el texto de la Comunicación, recuperado el 9 de abril de 2018, en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC0316\(03\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC0316(03))

<sup>14</sup> Véase la ficha del caso, recuperada el 9 de abril de 2018, en [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_40305](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40305)

<sup>15</sup> Comunicación de la Comisión Europea: *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (2009/C 45/02).

ofrecen. Con ello, la Comisión tiene en cuenta que lo realmente importante es la protección de la eficacia del juego de la competencia y no simplemente la protección de los competidores. Esto bien puede dar lugar a que los competidores que beneficien menos a los consumidores en términos de precio, posibilidades de elección, calidad e innovación abandonen el mercado».

Sin embargo, con el desarrollo de la nueva economía digital y la aparición de grandes operadores en la misma (Google, Facebook, Amazon, etc.), la Comisión Europea se ha replanteado esta aproximación, teniendo en cuenta el peso de estos operadores en los mercados que dominan, gracias a los efectos de red y la incidencia que sus políticas comerciales tienen en el resto de empresas.

De esta manera, la Comisión Europea ha podido minimizar su énfasis en la competencia por los méritos y la protección de los consumidores, centrándose más en los efectos excluyentes sobre los competidores de las conductas investigadas.

Un ejemplo de este cambio de enfoque se puede ver en el caso Google Shopping (39740)<sup>16</sup>, en el que se ha sancionado a Google por conductas que excluían del mercado a terceros comparadores *online* de productos físicos, al potenciar al propio servicio de comparación de Google, aunque éste pudiese aportar mayor valor añadido a los usuarios finales.

En todo caso, en el ámbito del abuso de posición de dominio, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Intel<sup>17</sup> ha puesto de manifiesto que la verificación económica de los efectos

de esta discriminación y de las posibles eficiencias derivadas de las conductas analizadas va a jugar un papel central en futuras investigaciones.

### Perspectivas en el ámbito del control de concentraciones

En el marco de la aplicación del sistema de control de concentraciones previsto en el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, la Comisión Europea juega un papel esencial de cara al análisis de las principales concentraciones que pueden impactar de forma significativa en la competencia efectiva en los mercados europeos.

Un elemento fundamental de este sistema de control de concentraciones es que el mismo permita a la Comisión Europea, cuando esté mejor posicionada, analizar todas las operaciones de concentración que, por sus características, potencialmente pueden generar problemas de competencia en los mercados europeos.

Para ello, son fundamentales tanto el umbral de notificación de las operaciones de concentración a la Comisión Europea (actualmente basado en el volumen de negocios de las partes), como los mecanismos de reenvío de casos entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia nacionales de los Estados miembros.

En particular, del correcto diseño de estos mecanismos depende, por un lado, que el número de operaciones de concentración notificadas sin ser problemáticas no se dispare, lo que constituiría una barrera administrativa excesiva y consumiría en exceso recursos de la Comisión Europea. Pero, por otro lado, a su vez, también depende de que todas las operaciones potencialmente problemáticas para la competencia en los mercados europeos puedan ser efectivamente examinadas por la Comisión Europea.

De cara a alcanzar un mejor equilibrio en el sistema, la Comisión Europea se ha planteado reformar el mismo. Por ello, en julio de 2014, la Comisión Europea

<sup>16</sup> Esta investigación se inició el 30 de noviembre de 2011 y estuvo a punto de finalizar mediante terminación convencional en febrero de 2014. Sin embargo, tras la renovación de la Comisión Europea que tuvo lugar ese año, la investigación se volvió a relanzar y finalizó con una decisión sancionadora de 27 de junio de 2017. Véase el texto de la Decisión, recuperado el 9 de abril de 2018, en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_14996\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf)

<sup>17</sup> Sentencia de 6 de septiembre de 2017 en el caso C-413/14 P. Recuperado el 9 de abril de 2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd109375e41d374a40a31fbcd3e59f2bc4.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNb3v0?text=&docid=194082&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=392543>

publicó un Libro Blanco<sup>18</sup> de cara a un control más eficaz de las concentraciones de empresas de la Unión Europea, que se sometió a consulta pública.

Los tres elementos principales de esta consulta pública de 2014 eran:

— La posible ampliación del control de concentraciones comunitario a la adquisición de participaciones minoritarias, en línea con el sistema de control existente en países como Reino Unido o Alemania.

— La revisión de los mecanismos de reenvío de casos entre la Comisión Europea y los Estados miembros, de cara a agilizarlos y flexibilizarlos.

— La extensión del procedimiento simplificado a más supuestos, para dinamizar la tramitación de los casos no problemáticos, así como la posible exclusión del régimen de control de determinadas operaciones no problemáticas (creación de empresas en participación sin presencia en el Espacio Económico Europeo).

Posteriormente, en octubre de 2016, la Comisión Europea emitió una nueva consulta pública<sup>19</sup>, en la que se volvían a reiterar algunas cuestiones (reenvíos, procedimiento simplificado), no se mencionaban otras (participaciones minoritarias) y se planteaba una cuestión novedosa: la introducción de un nuevo umbral de notificación, alternativo al de volumen de negocios, basado en el valor de la transacción.

La justificación de la posible introducción de este nuevo umbral se basa en que muchas operaciones de concentración que tienen lugar en la nueva economía digital alcanzan valores de compraventa muy elevados, a pesar de que la adquirida suele tener un volumen de negocios muy reducido, en la medida en que, con la transacción, muchas veces se adquieren datos o economías de red pendientes de monetizar.

Uno de los ejemplos que se puso de manifiesto en esta consulta pública fue la operación de concentración M.7217 Facebook/WhatsApp, que finalmente fue analizada por la Comisión Europea gracias a la aplicación de los mecanismos de reenvío<sup>20</sup>.

De hecho, este umbral de valor de la transacción ha sido introducido recientemente (2017) en Alemania y Austria. Sin embargo, el mismo tiene problemas a la hora de establecer la vinculación entre el valor de la transacción y el territorio en el que la autoridad de competencia ejerce su jurisdicción. Esto obliga a introducir criterios cualitativos (afectación significativa a mercados nacionales o europeos) que generan mucha inseguridad jurídica.

Por ello, una alternativa puede ser la flexibilización de los mecanismos de reenvío, facilitando los reenvíos de casos a la Comisión Europea y su jurisdicción sobre todo el Espacio Económico Europeo si los Estados miembros no se oponen. De esta manera, la Comisión Europea se puede beneficiar de la existencia de los umbrales de valor de la transacción de Alemania y Austria, o de cuota de mercado de España, Portugal y Reino Unido, que pueden ser adecuados para hacer notificables este tipo de operaciones potencialmente problemáticas de la nueva economía digital, sin necesidad de introducir nuevos umbrales en el sistema europeo.

Por lo que respecta a las cuestiones sustantivas, de cara a los próximos años, conviene destacar la mayor importancia que la Comisión Europea está dando al análisis de los efectos que pueden tener las operaciones de concentración en cuestiones distintas de los precios, como la calidad o la innovación.

Este análisis es necesariamente más cualitativo que cuantitativo, y menos modelizable económicamente,

<sup>18</sup> Véase el texto del Libro Blanco, recuperado el 9 de abril de 2018, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0449>

<sup>19</sup> Véase la página web al efecto, recuperada el 9 de abril de 2018, en [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016\\_merger\\_control/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html)

<sup>20</sup> Disponible en [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_7217](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_7217). La operación de concentración era notificable en varios Estados miembros, entre ellos España. Facebook solicitó el reenvío de la operación de concentración a la Comisión Europea, en aplicación de lo previsto en el artículo 4.5 del Reglamento (CE) nº 139/2004 y ninguno de los Estados miembros afectados se opuso, de manera que fue finalmente la Comisión Europea quien analizó (y aprobó sin compromisos) la operación.

pero a su vez asegura que el mismo se acerca a la realidad de la dinámica competitiva de los mercados afectados.

Un ejemplo del mismo se ha dado en la concentración M.7932 Dow/Dupont, en la que el análisis de los efectos de la concentración sobre la dinámica innovadora en los mercados de pesticidas<sup>21</sup> ha ocupado un papel muy relevante en la Decisión de la Comisión Europea de 27 de marzo de 2017<sup>22</sup>, que finalmente autorizó la concentración en la segunda fase del análisis, subordinada al cumplimiento de determinados compromisos de desinversión de activos, entre otros, las unidades de I+D en pesticidas de Dupont.

En esta operación de concentración también se recoge otra cuestión novedosa: el análisis del efecto que puede tener sobre la dinámica competitiva en un mercado oligopolístico que los principales operadores del mismo compartan accionistas minoritarios (normalmente gestoras de fondos de inversión). En particular, la Comisión Europea hace un examen detallado de los efectos que pueden generar estos accionistas comunes en los incentivos de los principales operadores del mercado a competir de forma agresiva entre sí.

En un contexto en el que se están generalizando los fondos de inversión pasivos, que replican la composición de índices bursátiles, cada vez es más frecuente la existencia de accionistas minoritarios comunes en determinados mercados oligopolísticos, en los que los principales operadores cotizan en bolsa. Además, aunque los fondos de inversión sean «pasivos», esto no significa que sus gestoras renuncian a jugar un papel relevante en la gobernanza de las sociedades en las que participan.

Por último, conviene destacar que, en el ámbito de control de concentraciones de la Comisión Europea, el análisis económico también juega un papel cada vez más relevante, lo que a veces complica la gestión de un procedimiento con unos plazos de tramitación bastante reducidos. De hecho, las deficiencias en la gestión de este análisis económico para salvaguardar los derechos de defensa de las partes han llevado a que el Tribunal General de la Unión Europea<sup>23</sup> anulase la Decisión de la Comisión Europea de 30 de enero de 2013 en el caso M.6570 UPS/TNT, por la que se prohibía esta concentración.

### Perspectivas en el ámbito del control de ayudas públicas

La actividad de la Comisión Europea es muy variada en este ámbito, entre otras razones, porque es la única autoridad administrativa dentro de la Unión Europea competente para verificar que las ayudas públicas son compatibles con el artículo 107 del TFUE.

Adicionalmente, las actuaciones de la Comisión Europea están muy condicionadas por los proyectos de ayudas públicas que le comunican los Estados miembros, si bien la Comisión Europea puede actuar de oficio contra ayudas públicas no notificadas.

En todo caso, desde 2013 la Comisión Europea ha intensificado sus esfuerzos de detección de ayudas públicas injustificadas en el ámbito de los posibles tratamientos impositivos selectivos (*tax rulings*). Para ello, la Comisión Europea ha creado un grupo de

<sup>21</sup> La Comisión Europea verificó en su investigación que Dow y Dupont tenían una actividad innovadora muy relevante en el ámbito de los pesticidas, refinando e innovando frecuentemente de cara a sacar al mercado nuevos productos, que les permitiesen mantener o incrementar su cuota de mercado en las distintas tipologías de pesticidas, lo que generaba una competencia intensa entre ambos, sostenida en el tiempo. Con la concentración, estos incentivos a innovar de la entidad resultante se podían reducir considerablemente.

<sup>22</sup> Véase la ficha del expediente, recuperada el 9 de abril de 2018, en [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932\\_13668\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf)

<sup>23</sup> Mediante sentencia de 7 de marzo de 2017 en el asunto T-194/13. Recuperado el 9 de abril de 2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddba2a558020794847a3508f22dcc8e572.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNb3v0?text=&docid=188600&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=415733>. Esta sentencia ha sido objeto de recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de la Comisión Europea en el asunto C-265/17 P. Ante esta sentencia, UPS ha reclamado a la Comisión Europea una indemnización por daños y perjuicios de 1.742 millones de euros, más intereses e impuestos. Recuperado el 9 de abril de 2018, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199738&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=417298>

trabajo específico, que está analizando las prácticas impositivas de los Estados miembros.

Este enfoque de la Comisión Europea es complementario a su objetivo regulatorio de alcanzar una armonización mínima a nivel de la Unión Europea en el ámbito de los impuestos de sociedades, a fin de minimizar las prácticas de elusión fiscal que desarrollan muchas multinacionales, aprovechando las facilidades que genera la existencia del mercado único y la competencia fiscal que se produce entre los Estados miembros.

Entre otros objetivos, estas investigaciones de la Comisión Europea buscan asegurar la igualdad de oportunidades y de capacidad competitiva (*level playing field*) de las empresas dentro del mercado único, así como forzar a que todas las multinacionales contribuyan de forma equitativa al sostenimiento de las políticas públicas (*fairness*).

Como consecuencia de estas investigaciones, la Comisión Europea ha resuelto hasta la fecha cinco casos<sup>24</sup> que afectan a *tax rulings* o esquemas tributarios de Luxemburgo, Bélgica, Holanda e Irlanda, y que favorecen a varias multinacionales, entre las que destacan Apple (Irlanda), Amazon (Luxemburgo), Starbucks (Países Bajos) y Fiat (Luxemburgo).

Adicionalmente, la Comisión Europea tiene pendientes de resolver casos que afectan a Países Bajos, Luxemburgo y Reino Unido, y que favorecen a multinacionales como Ikea, McDonald's o GDF Suez.

### 3. Reforma institucional: la propuesta de Directiva ECN+

El año 2017 también ha sido un año de reflexión para la Comisión Europea en materia de reforma institucional, que ha culminado con una propuesta legislativa para capacitar a las Autoridades Nacionales de

Competencia (ANC) para ejecutar con más eficacia las normas de competencia de la Unión Europea.

El origen de la propuesta se remonta al año 2013 con las diversas evaluaciones y consultas llevadas a cabo por la Comisión Europea para analizar la aplicación paralela por parte de la Comisión Europea y de las ANC de los 27 Estados miembros del Reglamento (CE) n° 1/2003. Concretamente, en 2013 la Comisión Europea llevó a cabo una evaluación de los diez primeros años de funcionamiento del Reglamento (CE) n° 1/2003 que culminó con la Comunicación de la Comisión Europea de 2014<sup>25</sup>, en la que ya se anticipaba que existe margen de maniobra para mejorar la eficacia de las ANC. Dicha Comunicación ya apuntaba, entre otras mejoras, al refuerzo de la independencia y la suficiencia de recursos de las ANC, a la necesidad de contar con un conjunto eficaz de herramientas y a la posibilidad de imponer sanciones disuasorias y de tener programas de clemencia efectivos.

Tras la Comunicación, la Comisión Europea lanzó una consulta pública en noviembre de 2015 para identificar los ámbitos de actuación en los que debían impulsarse las facultades de las ANC para mejorar la aplicación uniforme de las normas comunitarias de competencia. Un 80 por 100 de los participantes de la consulta (entre los que se incluyen bufetes de abogados, empresas, asociaciones sectoriales y de consumidores, universidades y autoridades públicas, entre otros muchos) era favorable a la adopción de medidas para impulsar la eficacia de las ANC. Tras la consulta pública, se celebraron diversas reuniones (con la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, con los ministerios pertinentes y con las propias ANC), confirmándose el apoyo mayoritario a los objetivos de la iniciativa de la Comisión Europea.

Fue así como la Comisión Europea inició los trabajos de evaluación de impacto en 2016, examinando

<sup>24</sup> La lista de casos se puede consultar en la siguiente página web, recuperada el 9 de abril de 2018: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/tax\\_rulings/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html)

<sup>25</sup> Comunicación de la Comisión Europea: *Diez años de aplicación de la normativa de antimonopolio del Reglamento (CE) n° 1/2003: logros y perspectivas futuras COM (2014)*.

las distintas opciones estratégicas y llevando a cabo el análisis coste-beneficio de la opción que resultó ser la preferida: la adopción de una medida legislativa para dotar a las ANC de medios e instrumentos mínimos para hacer cumplir las normas comunitarias de competencia de manera eficaz y uniforme.

Por ello, el 22 de marzo de 2017 la Comisión Europea lanzó la propuesta de Directiva encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los EE MM para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, lo que ha venido a denominarse *Directiva ECN+* en alusión al claro objetivo de refuerzo de la Red Europea de Competencia (más conocida como ECN por sus siglas en inglés, European Competition Network).

### Justificación de la propuesta

El Reglamento (CE) nº 1/2003 supuso toda una revolución en materia de aplicación paralela de las normas de competencia por parte de la Comisión Europea y los Estados miembros. En efecto, desde 2004, las ANC de los Estados miembros están obligadas a aplicar las normas de competencia de la Unión Europea (recogidas esencialmente en los artículos 101 y 102 del TFUE y sus equivalentes nacionales) a los acuerdos o prácticas susceptibles de tener un efecto sobre el comercio entre Estados miembros. Para ello, en 2004 se creó la Red Europea de Competencia, a través de la cual se canaliza la cooperación entre autoridades nacionales y la Comisión Europea<sup>26</sup>.

Desde entonces, la Comisión Europea y las ANC han adoptado más de 1.000 Decisiones, siendo un 85 por 100 de ellas responsabilidad de las autoridades nacionales, que están mejor posicionadas cuando la conducta objeto de análisis afecta, principalmente, al territorio de su Estado miembro. Por el contrario, la

Comisión Europea suele actuar cuando la conducta investigada afecta a más de tres Estados miembros. Además, la evaluación de impacto llevada a cabo por la Comisión Europea ha puesto de manifiesto que las ANC están activas en sectores clave para el crecimiento y que la aplicación múltiple por parte de autoridades nacionales y comunitarias favorece una mayor disuasión en todo el territorio comunitario, lo que resulta crucial para la creación de un mercado interior competitivo.

Sin embargo, el Reglamento (CE) nº 1/2003 no reguló los medios y los instrumentos necesarios para que las autoridades nacionales llevaran a cabo dicha aplicación, lo que se ha traducido en que algunas autoridades nacionales no tienen garantizada su independencia; otras no cuentan con todos los instrumentos para detectar y perseguir las infracciones; no todas pueden imponer multas efectivas; y hay divergencias en cuestiones tan relevantes como los programas de clemencia o los poderes de inspección. Estas carencias y limitaciones perjudican la eficacia del sistema de competencias paralelas previsto en el Reglamento (CE) nº 1/2003 e impiden una aplicación uniforme de las normas de competencia en todo el territorio europeo.

Además, la falta de coherencia en la aplicación de las normas comunitarias de competencia puede conducir a una elevada inseguridad jurídica para las empresas, cuya actuación puede verse sometida a criterios divergentes dependiendo del Estado miembro en el que se juzgue su conducta. Más grave aún es el hecho de que una aplicación ineficaz que limite el funcionamiento competitivo de los mercados supone una merma de la innovación, la productividad, el crecimiento económico, el empleo, etc. tal y como demuestra la abundante literatura económica al respecto<sup>27</sup>. El informe de la Comisión Europea estima una pérdida de 180-320.000 millones de euros anuales (3 por 100

<sup>26</sup> Los principios básicos de funcionamiento de la ECN vienen recogidos en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03).

<sup>27</sup> Ver en particular la Guía de la OCDE (2014) para ayudar a las autoridades de competencia a evaluar el impacto esperado de sus actividades.

del PIB europeo) debido a los cárteles que operan a nivel comunitario.

Así, la propuesta de Directiva ECN+ surge a raíz de la identificación de algunos elementos problemáticos para la aplicación eficiente de los artículos 101 y 102 TFUE (y sus equivalentes nacionales) por parte de las autoridades nacionales de competencia, entre los que destacan temas relacionados con la fijación de multas, la interrelación entre los programas de clemencia, la asistencia mutua o la independencia de las autoridades.

### Objetivo, instrumento y contenido de la propuesta

La propuesta presentada por la Comisión Europea tiene por objeto capacitar aún más a las autoridades de competencia de los Estados miembros en el cumplimiento de sus obligaciones. Su objetivo es garantizar que, al aplicar la misma base jurídica, estas autoridades dispongan de instrumentos de ejecución adecuados, a fin de alcanzar una mejor aplicación común de la normativa de competencia. Con ello, se trata de asegurar que el lugar donde tenga la sede una empresa no importe a la hora de aplicar las normas de competencia europeas recogidas en los artículos 101 y 102 del TFUE sobre acuerdos anticompetitivos y abusos de posición de dominio, respectivamente.

La propuesta se alinea además con la Comunicación de la Comisión Europea de 2016 sobre el Derecho de la Unión Europea: mejores resultados gracias a una mejor aplicación<sup>28</sup>. En ella se recoge la importancia de contar con un sistema de aplicación estricto, eficiente y eficaz para garantizar que los Estados miembros apliquen, ejecuten y cumplan el Derecho de la Unión Europea.

Si bien inicialmente se valoraron las distintas opciones legislativas (reglamento, directiva, comunicación, directrices), la opción finalmente elegida para esa intervención ha sido la de una Directiva, pero que establezca únicamente los elementos mínimos que deben

contener las legislaciones nacionales en materia de instrumentos efectivos, procedimientos, multas, programas de clemencia y medios para asegurar la independencia. Se ha descartado, por tanto, la opción de una Directiva o incluso un Reglamento que regule excesivamente el funcionamiento de las autoridades nacionales, respetando con ello el principio de subsidiariedad. Es decir, la Comisión Europea ha optado, para este fin, por una armonización mínima en aquellos elementos que estima esenciales para asegurar una aplicación eficaz y uniforme de la normativa comunitaria de competencia que contribuya al funcionamiento competitivo del mercado interior. En definitiva, la figura de la Directiva garantiza un equilibrio entre la consecución de objetivos generales y específicos (a través de la armonización mínima de determinados instrumentos y medios) y el principio de subsidiariedad en aquellas cuestiones en las que procede respetar la autonomía de los Estados miembros.

En cuanto al contenido de la propuesta, ésta consta de 34 artículos repartidos en diez capítulos. Sin duda los artículos más relevantes se encuentran en el capítulo III (independencia y suficiencia de recursos), capítulo IV (poderes de investigación), capítulo V (multas), capítulo VI (clemencia) y capítulo VII (asistencia mutua); capítulos cuyo contenido se analiza sucintamente a continuación:

— *Independencia y suficiencia de recursos*: de acuerdo con la propuesta, las ANC deben poder actuar con independencia al hacer cumplir las normas de competencia de la Unión Europea y trabajar de forma totalmente imparcial, sin recibir instrucciones de entidades públicas o privadas, contando con los recursos financieros y humanos necesarios para realizar su trabajo. En la evaluación de impacto de la Comisión Europea se constata que algunas ANC están sujetas a las instrucciones de entidades públicas y/o privadas y otras no tienen recursos humanos y tecnológicos suficientes para poder llevar a cabo, por ejemplo, inspecciones sorpresivas simultáneas en la sede de varias empresas que formen parte de un cártel.

<sup>28</sup> Comunicación de la Comisión C/2016/8600 (DO C 18 de 19.1.2017).

Por ello, la independencia que se exige en la Directiva se refiere a diversas cuestiones como: la ausencia de injerencias; la inclusión de un régimen de incompatibilidades y conflictos de interés para la plantilla de trabajadores y los miembros de los órganos de decisión; la suficiencia de recursos humanos y financieros; y la puesta a disposición de las autoridades nacionales de los instrumentos necesarios para llevar a cabo su misión.

Resulta de especial interés la posibilidad recogida en el artículo 4.2 e) de priorización de recursos que permitirá que las autoridades de competencia no se vean obligadas a iniciar una investigación ante cualquier denuncia, sino que podrán desestimar las denuncias en caso de no considerarlas prioritarias, algo que sin embargo hasta ahora no estaba previsto en el marco normativo de algunos países como Francia o España, que deberán adaptarse para incorporar esta nueva posibilidad de priorización. En un entorno de recursos administrativos limitados, la posibilidad de priorizar las actuaciones de la autoridad de competencia contribuirá a reforzar su eficacia y la independencia de otros poderes públicos que pudieran tener interés en que se analizaran determinadas conductas limitando los recursos disponibles para otras áreas prioritarias.

— *Poderes de investigación*: la propuesta recoge las facultades de investigación que como mínimo debe tener una autoridad de competencia, incluyendo requerimientos de información, medidas cautelares, posibilidad de imponer condiciones estructurales y/o de comportamiento a las empresas sancionadas e inspecciones domiciliarias. Partiendo de la abundante jurisprudencia existente, la propuesta ahonda en las prerrogativas necesarias para recabar todas las pruebas pertinentes, también en soporte digital, algo que permitirá que autoridades que hasta ahora no disponían de esta facultad, como la portuguesa, puedan por fin acceder a este tipo de evidencias tan habituales en un mundo cada vez más digitalizado.

— *Sanciones y multas coercitivas*: de acuerdo con el informe de impacto de la Comisión, existe una

gran divergencia en la imposición de multas, que pueden llegar a ser hasta 25 veces superiores en unos Estados miembros frente a otros. A veces esta divergencia se debe a la metodología de cálculo y los reducidos límites a la sanción máxima. En otras ocasiones deriva de la naturaleza de las multas, observándose que en aquellas jurisdicciones con sanciones penales (como es el caso de Dinamarca y de Irlanda) existe una menor actividad sancionadora y las multas rara vez se imponen. Además, no todas las ANC están facultadas para sancionar a las matrices y en algunas jurisdicciones las empresas consiguen eludir las multas a través de la reestructuración empresarial.

Como resultado, la propuesta de Directiva establece que las autoridades nacionales deben disponer de instrumentos adecuados para imponer sanciones proporcionadas y disuasorias en caso de infracción de las normas de competencia de la UE. Se prevé que la multa máxima en todos los Estados miembros sea, al menos, del 10 por 100 del volumen de negocios mundial de la empresa infractora. La propuesta contiene también normas sobre la responsabilidad de las empresas matrices y la sucesión de empresas, de modo que las empresas no puedan eludir las multas amparándose en cambios societarios. Las autoridades nacionales de competencia podrán asimismo imponer el pago de multas a las empresas infractoras que no tengan una presencia legal en su territorio mediante la asistencia mutua entre ANC, una disposición importante ya que cada vez es mayor el número de empresas que operan a escala supranacional.

Con ello, la propuesta persigue reducir las divergencias que existen actualmente en los importes y la responsabilidad de las multas de competencia de las diferentes jurisdicciones.

— *Coordinación de los programas de clemencia*: como se ha explicado anteriormente, los programas de clemencia permiten otorgar inmunidad frente a la sanción al participante de un cártel secreto por colaborar con la autoridad de competencia en su detección e investigación. Estos programas han permitido

desmantelar multitud de cárteles en toda Europa. Solo en España, se han recibido más de 100 solicitudes desde su entrada en vigor en 2008 y el programa ha permitido detectar y sancionar con éxito 25 cárteles desde entonces.

Sin embargo, las divergencias en principios fundamentales de los programas de clemencia, como las condiciones para otorgar la exención o la reducción de la multa, tienen efectos sobre los posibles beneficiarios de la clemencia, limitando la eficacia de la lucha contra las prácticas más dañinas: los cárteles.

La propuesta de Directiva persigue que la concesión de inmunidad se produzca de manera similar en toda Europa, evitando no solo que las empresas estén condicionadas por la normativa del Estado miembro en cuestión sino sobre todo que la protección sea equiparable con el fin de hacer atractivo el programa de clemencia. La intervención desde Europa resulta oportuna, en particular, dada la interrelación de los sistemas de clemencia (*multi-filing*) que permiten que una misma solicitud de inmunidad se presente simultáneamente en varios Estados miembros afectados y ante la propia Comisión Europea.

En su propuesta, la Comisión Europea está teniendo en cuenta implícitamente los desincentivos que ya existen para solicitar clemencia. Por una parte, tal y como se ha tenido oportunidad de mencionar anteriormente, la Directiva de daños, recientemente traspuesta a los ordenamientos nacionales<sup>29</sup> para agilizar y mejorar la reclamación de una compensación a las víctimas de una infracción de competencia, reduce los incentivos a revelar la existencia de un cártel y solicitar clemencia para una multa administrativa cuando las indemnizaciones a las que pueda enfrentarse el clemente por reclamación de daños sean millonarias.

Por otra parte, la confluencia de los ilícitos de competencia con posibles tipos penales de contenido

similar (especialmente en los sistemas criminales) limita la protección que los programas de clemencia corporativos puedan otorgar individualmente a sus empleados y directivos.

Por ello, la propuesta de Directiva intenta mantener los incentivos a la clemencia mediante una mayor coordinación y eficacia de estos programas a nivel de toda la Unión Europea, armonizando elementos relativos, entre otros, a las aplicaciones abreviadas de un mismo cártel en diferentes jurisdicciones, los intercambios de información entre autoridades o la protección de las declaraciones de clemencia en las que se admite la participación en el cártel.

En definitiva, nos encontramos ante una propuesta con un doble objetivo: uno relativo a la aplicación efectiva de la política de competencia de la Unión Europea (plasmada en la aplicación paralela de los artículos 101 y 102 del TFUE y sus equivalentes nacionales) y otro al buen funcionamiento del mercado interior, todo ello a través de la aproximación de las legislaciones nacionales en materias de especial relevancia (independencia, instrumentos y poderes, multas y programas de clemencia).

Pero la propuesta contempla además el refuerzo de los mecanismos de asistencia mutua entre autoridades (lo que algunos han identificado como «el + de la ECN+»). Esta cooperación reforzada permitirá, por ejemplo, llevar a cabo medidas de investigación (requerimientos de información, inspecciones, etc.) en nombre de otra autoridad o imponer sanciones en nombre de la autoridad requirente cuando en su territorio no haya presencia legal de la empresa o ésta no cuente con activos suficientes.

Si bien el Reglamento (CE) nº 1/2003 ya introdujo un sistema de cooperación para que una autoridad pudiera solicitar ayuda a otra a la hora de recabar evidencias, no se previó cómo suplir la posible falta de poderes de la autoridad requerida. Permitiendo a todas las ANC disponer de los medios e instrumentos necesarios para una aplicación efectiva, la cooperación entre autoridades vuelve a cobrar especial interés para llegar,

<sup>29</sup> En España, la Directiva de daños se ha traspuesto a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto-ley 9/2017 que modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

de manera coordinada, a donde no podría llegar cada autoridad por sí sola. Y es en este contexto de refuerzo de la cooperación entre autoridades más independientes y mejor dotadas, donde algunos concluyen que se encuentra el plus de la propuesta ECN+.

### **Negociaciones en el seno del Consejo y del Parlamento Europeo**

En mayo de 2017 se iniciaron en paralelo las negociaciones de la propuesta en el seno del Consejo y del Parlamento Europeo.

En el Consejo, primero bajo la presidencia letona y posteriormente bajo la presidencia búlgara, se han hecho avances significativos para completar definiciones y recoger supuestos nacionales que podrían verse innecesaria y negativamente afectados por la Directiva. Desde el inicio, las discusiones han tenido en cuenta la necesidad de preservar aquello que ya funciona de manera eficaz en algunos sistemas nacionales, pero a la vez asegurando una armonización mínima de aquellos otros elementos que resultan imprescindibles para garantizar una aplicación homogénea en todo el territorio comunitario. Cuestiones como los requisitos para mejorar la coordinación entre la Comisión Europea y las ANC en investigaciones de cárteles con solicitudes de clemencia en varias jurisdicciones (artículo 21 de la propuesta) o la posible extensión de la inmunidad otorgada por los programas de clemencia a los procedimientos penales por infracciones similares (regulado en el artículo 22 de la propuesta) son, sin duda, cuestiones a las que las delegaciones han dedicado especial atención en las sucesivas rondas de negociaciones.

Por su parte, el Parlamento<sup>30</sup> ha puesto el énfasis en la independencia de las ANC (incluyendo la obligación de contar con códigos de conducta para regular los conflictos de intereses, la autonomía en la gestión

del presupuesto y obligaciones de información a nivel comunitario); ha introducido la necesidad de contar con plazos máximos de resolución, algo que hoy en día muy pocas autoridades, salvo la española o la británica, poseen; ha insistido en la protección no solo de los consumidores sino también de las empresas que operan en el mercado interior, con especial atención a las pymes, también en relación a la proporcionalidad de las multas.

En el mes de abril de 2018 se iniciarán las negociaciones entre el Consejo, la Comisión Europea y el Parlamento (los llamados trílogos) que se espera culminen con la aprobación de la Directiva antes del verano de 2018. A partir de ese momento, los Estados miembros tendrán un plazo máximo de dos años para trasponer la Directiva, algo que en el caso de España no debería ser especialmente complicado dado que nuestro marco jurídico ya incorpora muchos de los elementos sujetos a armonización en esta propuesta. Sin embargo, la trasposición de la Directiva permitirá avanzar en cuestiones como los criterios de fijación de multas, que han dado lugar a un intenso debate en nuestros tribunales en los últimos años<sup>31</sup> o la priorización de denuncias y la autonomía presupuestaria y de gestión de recursos humanos, que debería redundar en una aplicación más eficiente de la normativa de la competencia en nuestro país.

### **4. Mercados digitales**

Al hilo de la creciente digitalización y automatización que está experimentando la economía, las autoridades de competencia europeas, tanto la comunitaria como las nacionales, están realizando un notable esfuerzo para comprender mejor el cambio de paradigma competitivo que suponen estos cambios estructurales en los mercados. No solamente estamos asistiendo a una traslación de la actividad económica a la esfera

<sup>30</sup> Véase *Informe del Comité de Asuntos Económicos y Monetarios* del Parlamento Europeo de 7 de marzo de 2018 (COM(2017)0142 – C8-0119/2017 – 2017/0063(COD)).

<sup>31</sup> Véase, en particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (STS 112/2015).

digital (donde quizá el ejemplo más palmario es el auge del comercio electrónico), sino que las nuevas tecnologías están afectando profundamente la forma en que las empresas llevan a cabo su actividad y toman sus decisiones estratégicas, gracias a desarrollos como el despliegue de redes de internet ultrarrápido (tanto fijas como móviles), la geolocalización, la computación en la nube (*cloud computing*), las mayores posibilidades de almacenamiento de datos y su aprovechamiento (*big data*), el uso creciente de algoritmos y las mejoras en inteligencia artificial, entre otros aspectos.

Una primera conclusión que parece desprenderse casi de forma automática de este fenómeno para la política de competencia es que resulta deseable que las distintas ANC adopten un enfoque coherente a la hora de abordar las novedosas cuestiones que se plantean en el análisis de los mercados afectados, aunque solo sea por el hecho de garantizar la seguridad jurídica a empresas que a menudo llevan a cabo su actividad y siguen una misma política comercial en distintos Estados miembros.

Desafortunadamente este no siempre ha sido el caso en el pasado, como atestiguan las soluciones divergentes alcanzadas por varias ANC a la hora de enjuiciar las llamadas cláusulas de paridad de precios por parte de las plataformas de reservas hoteleras (como Booking.com o Expedia), cláusulas en las que tendremos oportunidad de detenernos más adelante<sup>32</sup>. La parte positiva de dicha experiencia pasada es que ha servido de acicate para que la Comisión Europea haya adoptado un papel más activo a la hora de realizar un seguimiento de los casos nacionales relativos a la economía digital, con el fin de detectar de modo temprano en qué medida los mismos problemas se pueden estar planteando simultáneamente en distintos

Estados miembros y, en dicho caso, contribuir a la adopción de soluciones comunes. En este sentido, debe tenerse presente la posibilidad de que la Comisión Europea reclame la competencia exclusiva de un caso en el que se apliquen los artículos 101 o 102 del TFUE<sup>33</sup>, lo cual suele ser la tónica general en los casos de economía digital, porque la práctica analizada suele afectar a más de un Estado miembro. Esta posibilidad de reclamar la competencia de un caso por parte de la Comisión Europea actúa en la práctica como un mecanismo que garantiza la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros.

Esta actitud más proactiva de la Comisión Europea a la hora de garantizar una respuesta común entre las autoridades de competencia de los Estados miembros se ha visto reflejada especialmente en la actividad del Grupo de Trabajo de la ECN dedicado a las restricciones verticales, habida cuenta de la notoriedad que han cobrado estas restricciones en el comercio electrónico. Con idéntico fin, se creó en 2017 un nuevo Grupo de Trabajo en el seno de la ECN dedicado específicamente a la economía digital, foro en el que las distintas autoridades ponen en conocimiento de sus pares los casos que van abriendo y donde se procura avanzar en la comprensión del impacto que tiene la digitalización de la economía sobre la competencia, desde la definición de los mercados hasta la lógica empresarial detrás de las nuevas prácticas empresariales que se observan.

Relacionado con esto último, cabe señalar que uno de los cambios más profundos que ha propiciado la digitalización de la economía es la proliferación de plataformas digitales, que han dado lugar a la transformación de múltiples actividades económicas tales como el alojamiento, el comercio y el transporte. Una

<sup>32</sup> Así como la autoridad alemana de competencia ha llegado a considerar prohibido el uso de estas cláusulas (caso HRS), las autoridades de competencia de Francia, Italia y Suecia consideraron válidas las mismas cláusulas cuando las plataformas las aplican en relación con la página web del hotel que emplea la plataforma, pero no así frente a otras plataformas que utilice el hotel (caso Booking.com).

<sup>33</sup> De acuerdo con el artículo 11.6 del Reglamento (CE) nº 1/2003. En particular, el párrafo 14 de la Comunicación de la CE sobre la cooperación en la ECN considera que la Comisión Europea es la autoridad mejor posicionada para examinar un caso cuando se vean afectados más de tres Estados miembros (ya sean mercados nacionales o supranacionales). Como se ha mencionado, este criterio se cumple en casi todos los casos del mundo *online*.

plataforma se distingue, frente a otros negocios, por el hecho de que ofrece distintos servicios a distintos tipos de usuarios (*i.e.*, satisface la demanda de más de un grupo distinto de consumidores), con la peculiaridad de que el atractivo de la plataforma para al menos un tipo de usuario depende del número de usuarios de otro tipo que también la estén utilizando (es decir, con arreglo a la ciencia económica, existen efectos de red indirectos en el seno de la plataforma, pues los servicios que ofrece son complementarios)<sup>34</sup>.

Como ejemplo inmediato de plataforma, cabe citar el caso de eBay (o su equivalente en Amazon, Amazon Marketplace), pues su función principal consiste en poner en contacto vendedores y compradores. También son ejemplos menos inmediatos servicios de Internet tan extendidos como el buscador de Google, Gmail o Facebook, que, a cambio de prestar un servicio gratuito al consumidor final<sup>35</sup>, ofrecen publicidad adaptada al consumidor que emplea dicho servicio.

A tenor de la caracterización de las plataformas *online* que se ha realizado, cabe destacar el papel fundamental que juegan los efectos de red de cara al éxito de una plataforma, lo cual conduce de modo indirecto a que los mercados con presencia de plataformas tiendan a la concentración, pues normalmente solo un número reducido de ellas alcanzarán la suficiente masa crítica como para ser competitivas. No obstante, la estructura del mercado variará de un caso a otro, pues influirán en ella de modo diferente la posibilidad de diferenciación de las plataformas, los costes de congestión que experimenten (es decir, la posibilidad de que la calidad del servicio decaiga a medida que aumente la base de usuarios),

las posibilidades de aprovechar los datos generados a medida que la plataforma crece, la posibilidad de *multihoming* por parte de los usuarios (esto es, la posibilidad de utilizar simultáneamente varias plataformas a la vez, sin costes de cambio significativos, como cuando un conductor emplea simultáneamente Uber y Cabify en España para anunciar sus servicios), etc.

A diferencia de los mercados más tradicionales, el análisis económico de las plataformas goza de menor recorrido en la literatura económica, habiendo cobrado fuerza a partir de la contribución pionera de Rochet y Tirole (2003). Por ello, todavía se dista de tener un conocimiento acabado de las implicaciones en términos de bienestar de la competencia entre plataformas, que además se demuestra muy sensible a los supuestos empleados. En este sentido, cabe recalcar que la concentración en un mercado donde estén presentes plataformas no equivale necesariamente a un resultado negativo en términos de bienestar, pues puede conducir a eficiencias o mejoras en la calidad del servicio que beneficien al consumidor.

A raíz de lo señalado, las autoridades de competencia carecen todavía de indicaciones teóricas claras a la hora de valorar si una determinada práctica empresarial por parte de una plataforma es nociva para la competencia, lo cual dificulta su trabajo y obliga a realizar un análisis caso por caso, tal y como se ha señalado.

Así, por ejemplo, a menudo resulta difícil enjuiciar si la prestación de un nuevo servicio por parte de una plataforma dominante es restrictiva de la competencia o resulta una evolución lícita del modelo de negocio de la plataforma que redunde en un servicio más completo al cliente, como ha puesto de manifiesto la complejidad y duración (cerca de seis años y medio) que ha tenido la investigación del caso Google Shopping llevada a cabo por la CE (donde se enjuició, como se ha señalado, la prominencia que Google otorgó a su servicio de comparación de productos en la página de su buscador general).

<sup>34</sup> Una plataforma se puede equiparar a lo que en la ciencia económica se considera como un mercado de dos (o varios) lados (*two-sided or multi-sided market*). Para una introducción a la literatura económica sobre las plataformas se puede consultar la entrada dedicada a «multi-sided platforms» en la edición *online* de *The New Palgrave Dictionary of Economics*.

<sup>35</sup> Si bien no hay un precio para el usuario del servicio, éste en realidad «paga» con los datos personales que cede a la plataforma o el tiempo o atención que presta a la página, lo cual hace más probable que la publicidad inserta sea efectiva.

Por todo ello, dada la naturaleza dinámica de los mercados digitales, resulta complejo deslindar el «daño» a competidores que se desprende de una normal competencia en el mercado del daño real producido a los consumidores como resultado de prácticas anti-competitivas genuinas.

En cualquier caso, sí que existe un cierto consenso entre las autoridades de competencia en la necesidad de salvaguardar la competencia entre plataformas. A título ilustrativo, esta preocupación estuvo muy presente en la terminación convencional, por parte de las autoridades de competencia francesa, italiana y sueca, de la investigación relativa a las cláusulas de paridad de precios que Booking.com establecía con los hoteles que utilizasen su plataforma de reserva (de modo que éstos no podían poner precios más bajos u ofrecer una mayor disponibilidad de habitaciones en plataformas rivales sin extender estas condiciones también a Booking.com). En este caso dichas autoridades de competencia cerraron el caso sin declaración de ilícito por parte de Booking.com, y a cambio: *i)* Booking.com se comprometió a dejar de aplicar dicha cláusula de paridad frente a otras plataformas (prohibición de una cláusula de paridad de precios «amplia»), *ii)* si bien se le permitió seguir aplicando la cláusula frente a la página web del hotel que utiliza la plataforma (autorización de la cláusula de precios «estrecha»), con el fin de preservar los incentivos de las plataformas a invertir en mejorar su servicio, evitando comportamientos parasitarios por parte de los que utilizan la plataforma (en este caso, los hoteles, que se benefician de la notoriedad en Internet que otorga aparecer en estas plataformas)<sup>36</sup>.

En general, como se ha adelantado, las restricciones verticales han cobrado una renovada relevancia en el ámbito del comercio electrónico a raíz de las

tensiones que se han producido en las relaciones entre proveedores y distribuidores: por una parte, los proveedores no quieren dejar de controlar la distribución de sus productos en el canal *online*, lo cual resulta más complejo que en el mundo físico; por otra parte, los distribuidores quieren sacar el máximo partido posible a las posibilidades de comercialización que permite Internet.

A este renovado interés que han cobrado las restricciones verticales en el ámbito del comercio electrónico, cabe sumar la Estrategia para el Mercado Único Digital propuesta por la Comisión Europea en mayo de 2015, que en el ámbito de la política de competencia se ha traducido en la realización de una investigación sectorial del comercio electrónico de bienes físicos y contenido digital en la Unión Europea, cuyo informe final se aprobó en mayo de 2017, y que a su vez ha dado lugar a la apertura de una batería de casos por parte de la Comisión Europea<sup>37</sup>.

Las vigentes Directrices relativas a las restricciones verticales (párrafo 52 y siguientes) también proporcionan orientaciones adicionales en materia de restricciones verticales *online*. Concretamente, la Comisión Europea considera como restricciones especialmente graves a la venta pasiva<sup>38</sup> y, por tanto, anticompetitivas:

<sup>37</sup> Estos casos se pueden agrupar en función del posible ilícito que investigan:

- i)* limitación de la libertad para fijar precios a minoristas *online*, que afectan a los fabricantes de electrónica de consumo Asus, Denon & Marantz, Philips y Pioneer;
- ii)* limitaciones al comercio intracomunitario presentes en:
  - acuerdos bilaterales concluidos entre Valve Corporation, propietaria de la plataforma de distribución de juegos Steam, y cinco editores de videojuegos para PC (Bandai Namco, Capcom, Focus Home, Koch Media y ZeniMax)
  - los acuerdos y prácticas de distribución del fabricante de ropa Guess, y
  - ciertas prácticas de distribución y para licenciar productos de *merchandising* por parte de Nike, Sanrio y Universal Studios;
- iii)* discriminación de precios en función de la nacionalidad, por parte de Meliá Hoteles en sus acuerdos con turoperadores europeos.

<sup>38</sup> La venta pasiva se define por oposición a la venta activa, pues no ha conllevado una aproximación comercial activa del distribuidor a los clientes que realizan la compra (párrafo 51 de las citadas Directrices).

<sup>36</sup> Como resultado de la terminación convencional, Booking.com decidió aplicar estas condiciones pactadas al conjunto del Espacio Económico Europeo de modo unilateral. Poco tiempo después, Expedia hizo lo mismo también para el EEE de modo unilateral (i.e., sin tercer acuerdo alguno con autoridades de competencia).

— obligar a los distribuidores a redirigir automáticamente a los clientes sitios fuera de su territorio a otra página web,

— no completar la transacción de un cliente por Internet si los datos de la tarjeta de crédito revelan una dirección fuera del territorio del distribuidor,

— limitar el número o proporción de unidades que pueden venderse en Internet, y

— cobrar mayores precios por unidades vendidas en línea (precios duales).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha contribuido a arrojar luz en relación con la aplicación del derecho de la competencia de la UE a las restricciones verticales que afectan al comercio electrónico. Así, el principal pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este campo, la sentencia Pierre Fabre de 2011, dejó establecido que una prohibición absoluta a la venta en Internet impuesta a un distribuidor autorizado constituye una restricción por objeto de la competencia contraria al artículo 101.1 del TFUE y no autorizable.

Asimismo, cabe recalcar que una de las cuestiones prejudiciales que mayor interés ha suscitado en fechas recientes, la sentencia en el asunto Coty, ha tenido su foco en las restricciones verticales *online* y, en particular, en la compatibilidad con el derecho de la Unión Europea de la prohibición del empleo de *marketplaces* (como los citados eBay o Amazon Marketplace) por parte de minoristas de productos de lujo en el marco de un modelo de distribución selectiva. La importancia de la cuestión no es menor, toda vez que las pymes minoristas dependen en gran medida de estos *marketplaces* para ganar notoriedad en Internet y atraer clientes. Esta sentencia dictaminó que dicha prohibición no es contraria al art. 101.1 del TFUE en el marco de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo, siempre que persiga preservar la imagen de lujo de esos productos, se establezca de modo uniforme, se aplique de forma no discriminatoria, y sea proporcionada al objetivo perseguido. Además, consideró que dicha prohibición no equivale a una

restricción especialmente grave de los tipos: *i*) restricción de la clientela de los distribuidores, o *ii*) restricción de las ventas pasivas de los distribuidores autorizados a los usuarios finales, por lo que dicha prohibición se puede beneficiar de la exención por categorías del Reglamento (UE) n° 330/2010 (Reglamento de Exención por Categorías)<sup>39</sup>.

No obstante, siguen existiendo numerosas zonas grises donde se cuestiona la licitud de distintas restricciones verticales *online*, por lo que sería deseable que la Comisión Europea proporcionase una mayor orientación en este campo aprovechando la próxima revisión del Reglamento de Exención por Categorías, así como de las Directrices relacionadas, que se espera para principios de la próxima década, teniendo en cuenta el conocimiento que ha ganado la Comisión Europea a raíz de la citada investigación sectorial del comercio electrónico en la Unión Europea.

Otra área que está atrayendo un creciente interés por parte de las autoridades de competencia es el potencial de la inteligencia artificial y los algoritmos para alcanzar equilibrios colusorios en los mercados, de forma mucho más sostenible, sin participación humana (más allá, claro está, de la decisión de empleo de este *software*). Existe un intenso debate académico sobre la existencia de responsabilidad de las empresas en este caso, habida cuenta de que el resultado colusorio es alcanzado de modo unilateral a partir de la tecnología disponible, sin que medie el acuerdo entre personas<sup>40</sup>. Sin embargo, por el momento, el debate está teniendo un marcado acento académico, ya que el único caso en que se ha sancionado una colusión de estas características se ha caracterizado por un acuerdo previo entre los ejecutivos de las empresas a la hora de diseñar sus

<sup>39</sup> Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión Europea, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

<sup>40</sup> Para una visión desde EE UU sobre esta cuestión, puede consultarse el discurso de la Presidenta en funciones de la Federal Trade Commission, Maureen K. Olhausen (2017).

respectivos algoritmos de precios, para implementar y vigilar un acuerdo de fijación de precios<sup>41</sup>. Con independencia del debate abierto y los progresos que es necesario realizar en esta cuestión, sí que parece que las autoridades de competencia pueden luchar contra este fenómeno persiguiendo aquellas medidas implementadas por las empresas con el fin de hacer más sostenible estos equilibrios colusorios vía algoritmos (por ejemplo, las empresas pueden tratar de implementar medidas *ad hoc* para facilitar la detección y castigo de un desvío con respecto al equilibrio colusorio).

También está cobrando importancia en los debates el acceso a datos (a raíz de las oportunidades comerciales que permite el *big data*) como factor necesario para competir eficazmente en determinados mercados<sup>42</sup>. En el ámbito europeo, la cuestión solo se ha planteado por el momento en algunas concentraciones comunitarias, sin que la acumulación de datos resultante de las concentraciones analizadas despertase inquietudes de competencia por parte de la Comisión Europea<sup>43,44</sup>. Con todo, no es inverosímil pensar en que el acceso a datos de una empresa pueda devenir imprescindible para el desarrollo de nuevos productos

o mejoras en la calidad de los existentes. En dicho caso, existe el riesgo de que la empresa que posee dichos datos, de modo injustificado, no permita el acceso a ellos por parte de un tercero, con el fin de frenar la competencia de estos terceros o ganar tiempo de forma que ofrezca ella misma esos servicios o productos novedosos.

Esta cuestión se plantea, por ejemplo, en el sector financiero, donde la irrupción del fenómeno *fin-tech*, con los nuevos servicios que ofrece, plantea el modo de acceder a los datos que atesora la banca tradicional. En este caso particular, la regulación que supone la nueva Directiva de Servicios de Pagos (conocida también como PSD2, por sus siglas en inglés)<sup>45</sup> ha permitido resolver este potencial problema, al ofrecer un marco previsible para que los datos financieros de los clientes puedan fluir en un entorno seguro, mediando siempre el consentimiento del titular de los datos<sup>46</sup>.

A nivel general, se confía en que la entrada en vigor del nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (también conocido como GDPR, por sus siglas en inglés), en mayo de 2018, contribuya a que los datos constituyan un menor impedimento para una competencia efectiva en el mercado como resultado del derecho de portabilidad de datos para usuarios individuales de servicios, que reconoce dicho Reglamento en su artículo 20.

Finalmente, un sector que está atrayendo un grado creciente de atención por parte de las autoridades de competencia europeas es el de la publicidad *online*, donde los dos principales operadores, con gran diferencia, son Google y Facebook, hasta el punto de

<sup>41</sup> Este caso ha sido objeto de una investigación conjunta por parte de las autoridades británica y estadounidense: i) en Reino Unido ha dado lugar al caso 50.223 *Online sales of posters and frames* de la autoridad de competencia británica y ii) en EE UU a los siguientes procedimientos judiciales: *United States v. David Topkins*, y *U.S. v. Daniel William Aston and Trod Limited*.

<sup>42</sup> El informe más completo hasta la fecha a la hora de explorar el impacto del *big data* en la economía, desde el punto de vista del derecho de la competencia, es el realizado conjuntamente por las autoridades de competencia francesa y alemana, publicado en mayo de 2016.

<sup>43</sup> Primordialmente, éstas han sido Google/DoubleClick (2008), Facebook/WhatsApp (2014), Microsoft/LinkedIn (2016) y Verizon/Yahoo (2016).

<sup>44</sup> A fecha de redacción del presente artículo, la autoridad de competencia alemana tiene abierta una investigación a Facebook por un supuesto uso abusivo de los datos personales de sus usuarios. Dado que no ha habido todavía resolución del caso y que presenta peculiaridades que responden exclusivamente al Derecho alemán, no se ha considerado ilustrativo de un enfoque paneuropeo de la cuestión analizada. En cualquier caso, para mayor información sobre el caso, se puede consultar la siguiente página web de la autoridad de competencia alemana, recuperada el 9 de abril de 2018, [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2017/19_12_2017_Facebook.html)

<sup>45</sup> Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

<sup>46</sup> Precisamente, con el fin de conocer mejor el impacto del *fin-tech* en el sector financiero y detectar posibles barreras a la competencia en el desarrollo de su actividad, la autoridad de competencia española ha iniciado un estudio sobre esta cuestión.

haberse convertido en imprescindibles para los anunciantes y ser foco de atención por sus prácticas comerciales. Así, la Comisión Europea ha abierto una investigación relativa a determinadas prácticas de Google, que habrían limitado la capacidad de páginas web de terceros a la hora de desplegar anuncios relacionados con búsquedas por parte de competidores de Google<sup>47</sup>. También cabe destacar que, dada la complejidad del sector, algunas autoridades de competencia nacionales han estimado necesario llevar a cabo estudios sectoriales, para ganar en conocimiento del sector, como es el caso de Francia, cuyo informe se hizo público en marzo de 2018, y el caso de Alemania, que se encuentra en curso a fecha de redacción del presente artículo.

## 5. Consideraciones finales

Para concluir esta breve exposición del impacto que ha tenido la digitalización de la economía en la política de competencia europea, nos gustaría resaltar la necesidad de adaptación de las autoridades ante los desafíos que plantea este fenómeno, siguiendo las líneas apuntadas anteriormente, en especial la necesidad de formarse para comprender mejor las repercusiones de la digitalización en el funcionamiento de los mercados (y que se ha traducido en los comentados estudios e investigaciones sectoriales emprendidos por las distintas autoridades de competencia europeas). Es en este contexto en el que se debe interpretar el reciente anuncio de la comisaria de competencia, Margrethe Vestager, del nombramiento de un panel compuesto por tres expertos independientes que le entregará, para marzo de 2019 como tarde, un informe sobre los retos que entraña la digitalización de la economía para la política de competencia. En este sentido, no se

debe olvidar que, en presencia de mercados dinámicos como los descritos, serán precisas grandes dosis de prudencia a la hora de intervenir, para no perjudicar la competencia dinámica tan propia de sectores caracterizados por una alta innovación (y de los que se desconoce su evolución futura). Asimismo, las autoridades de competencia deberán tener muy presente que no deberán intervenir cuando otras áreas del Derecho estén mejor posicionadas para abordar el problema en cuestión, como es el caso de la protección de datos o la protección del consumidor (por ejemplo, en casos de discriminación de precios entre consumidores)<sup>48</sup>.

## Referencias bibliográficas

[1] AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (2018). *Avis du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet*. Recuperado el 9 de abril de 2018, en <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/18a03.pdf>

[2] AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE y BUNDESKARTELLAMT (2016). *Competition Law and Data*. Recuperado el 9 de abril de 2018, de <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>

[3] EVANS, D.S. y SCHMALENSEE, R. (2017). «Multi-Sided Platforms». En *The New Palgrave Dictionary of Economics*. Macmillan Publishers Ltd.

[4] NICKELL, S.J. (1996). «Competition and Corporate Performance», *Journal of Political Economy*, vol. 104, nº 4, pp. 724-746.

[5] OLHAUSEN, M.K. (2017). *Should We Fear The Things That Go Beep In the Night? Some Initial Thoughts on the Intersection of Antitrust Law and Algorithmic Pricing*. Discurso pronunciado en la Conferencia «Antitrust in the Financial Sector» organizada por Concurrences en Nueva York. Recuperado el 9 de abril de 2018, de [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1220893/ohlhausen\\_-\\_concurrences\\_5-23-17.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1220893/ohlhausen_-_concurrences_5-23-17.pdf)

[6] ROCHET, J-C. y TIROLE, J. (2003). «Platform Competition in Two-Sided Markets», *Journal of the European Economic Association* vol. 1, nº 4, pp. 990-102.

<sup>47</sup> A fecha de redacción del presente artículo, esta investigación todavía no ha concluido, si bien la Comisión Europea ya ha remitido un pliego de cargos a Google. Para mayor información, se puede consultar la ficha del caso, recuperada el 9 de abril de 2018, en [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_40411](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411)

<sup>48</sup> A título de ejemplo, la Comisión Europea ha anunciado su propósito de regular las plataformas *online*, con el fin de combatir sus posibles prácticas desleales hacia las empresas que las emplean, si bien a fecha del presente artículo todavía está por dilucidar la medida legislativa y contenido exacto de dicha regulación.