

LA DESCONCENTRACIÓN COMO MEDIDA DE ACTUACIÓN CONTRA LOS GIGANTES TECNOLÓGICOS: RIESGOS Y EFICACIA

DECONCENTRATION AS A MEASURE OF ACTION AGAINST THE TECHNOLOGICAL GIANTS: RISKS AND EFFECTIVENESS

Aitor ZURIMENDI ISLA
*Catedrático de Derecho Mercantil (UPV/EHU)*¹.

Resumen: En USA se han interpuesto recientemente demandas contra gigantes tecnológicos en las que se solicita la desconcentración o separación de la empresa. Por otra parte, tanto en ese país como en Europa se habla de la necesidad de que las Autoridades cuenten con remedios más enérgicos para luchar contra los abusos de los grandes gigantes tecnológicos; entre ellos, la posibilidad de separarlos. En el presente trabajo se exponen los riesgos de esa medida y se plantean las distintas maneras de configurarla analizando en cada una si se materializan o si, por el contrario, hay una adecuada ponderación de los intereses en juego.

Palabras clave: separación de empresas, desconcentración, gigantes tecnológicos.

Abstract: In the USA, lawsuits have recently been filed against technological giants in which the demerger or break-up of the company is requested. On the other hand, both in that country and in Europe there is talk of the need for the Authorities to have stronger remedies to fight against the abuses of the big giants; between them, the possibility of breaking them up. In this paper, the risks of this measure are exposed and the different ways of configuring it, analyzing in each one if the risks materialize or not; or on the contrary, there is an adequate weighting of the interests at stake.

Keywords: demergers, break-up of companies, big giants.

Índice: 1. Planteamiento y riesgo a de la medida. 2. Posibilidades con el régimen vigente: la separación como consecuencia civil. 3. Previsiones de futuro inmediato: separación como sanción administrativa. 3.1. Modelo previsto en el Informe del Congreso de USA. 3.2. Modelo europeo previsto en la DMA. 4. Separación de actividades regulatoria. 5. Referencias bibliográficas.

1. planteamiento y riesgos de la medida

La FTC y las fiscalías de diferentes Estados de USA, tanto de gobiernos demócratas como republicanos, han interpuesto recientemente demandas contra los

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la Competencia», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Ref. RTI2018-094201-B-C21). Asimismo, los autores forman parte un grupo de investigación consolidado del Gobierno Vasco.



gigantes tecnológicos en las que se llega a solicitar incluso la desconcentración o separación estructural de varios de ellos. Asimismo, el Congreso de USA, ha aprobado un informe, sin los votos de los republicanos para la cuestión de la separación que se va a tratar en este artículo, en el que se recomienda apoyar la “cancelación” de concentraciones o la desinversión de líneas comerciales para restaurar la competencia y prevenir futuras violaciones antimonopolio². En idéntico sentido, cuando la Comisión ha presentado en distintos momentos su estrategia y su política para preservar unos mercados digitales eficientes, ha insistido en la necesidad de poder separar empresas cuya conducta suponga una amenaza para la competencia³. Son relevantes las propias afirmaciones de la vicepresidenta de la Comisión, Vestager, anunciando la aprobación en el futuro de una nueva medida o instrumento desconocido hasta ahora, que permita a la Comisión “*tener nuevos poderes para intervenir cuando veamos riesgo de que el mercado se inclina hacia el cuasimonopolio y hacer que siga dentro de los márgenes de la competencia*”, para evitar que los grandes gigantes tecnológicos se conviertan en los “*reguladores de facto de internet*”.

Resulta esencial ver cómo se adoptan estas medidas, en qué supuestos y con qué límites, para saber si realmente se pretende otorgar capacidad a la Administración para separar empresas por considerar que suponen una amenaza para la competencia y el consumidor. O si por el contrario, la medida se va a regular de un modo apenas invasivo o agresivo, y simplemente se ha destacado como titular periodístico “atractivo” que quiera transmitir la idea de que se va a empezar a actuar contra los abusos de estas empresas, lo que hasta ahora no se ha hecho con el suficiente vigor.

Efectivamente, si nos atenemos a la afirmación de la vicepresidenta, ésta parece alinearse con los postulados de la escuela neobrandesiana, otorgando a la Administración un papel de agente activo en el mercado, con sus propias estrategias, iniciativas y actuaciones no ya en los mercados, sino operando e interviniendo en las estrategias y decisiones de empresas que le son totalmente ajenas. Esto es, parece que la medida va más allá de otorgar a la Administración, en este caso a la Comisión, un rol de mero “legislador negativo” o delimitador de las reglas del juego que establecen qué se puede hacer y qué no, convirtiéndola en un agente activo en las decisiones de empresas que le son ajenas. Una cosa es impedir por ejemplo una concentración acordada por dos empresas por considerar que perjudicará al mercado y a los consumidores, frenando así la libre iniciativa empresarial de otros; y otra muy distinta es intervenir en una empresa totalmente privada y decidir qué debe hacer ésta solo porque observa riesgo de monopolio. Una medida así concebida y regulada incrementaría el riesgo de arbitrariedad y de errores gubernamentales, lo que se critica a los postulados neobrandesianos⁴. No hay que olvidar que “*una excesiva intervención por parte de las autoridades o un*

² Congreso USA. (2020), pp. 20 y 376 ss.

³ Por ejemplo, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/12/15/companias/1608033196_750744.html

⁴ Zurimendi Isla, A. (2020).

*enfoque extremadamente formalista puede llevar a comprometer la emergencia de estos nuevos modelos de negocio, y en consecuencia limitar el desarrollo económico de las empresas y los países*⁵. Y estos peligros se aprecian igualmente en las afirmaciones vertidas en el informe del Congreso de USA, teniendo este caso el riesgo adicional de estar en un documento aprobado por el Congreso de ese país, que si bien no tiene el rango de norma jurídica, expone formalmente la voluntad del legislador.

De ponerse en marcha medidas de separación de empresas o desconcentración de empresas ya consolidadas, se debe hilar muy fino para que dicha medida no suponga una actuación “proactiva” de las que preconiza la escuela neobrandesiana, hasta el punto de permitir que el Estado haga y deshaga operaciones interviniendo no solo en la economía sino en la vida o toma de decisiones de las empresas invocando objetivos sociales o económicos. Esto atenta contra la libertad de empresa y el principio de libre mercado establecidos tanto en nuestra Constitución como en la de los países de la UE y en la de la mayoría de los países del mundo. En realidad, esa actitud proactiva nada tiene que ver con el rol que se atribuye a la Administración en nuestro sistema, que se limita a vigilar (no a dirigir o promover) y en su caso impedir la puesta en práctica de ciertos actos, acuerdos o estrategias empresariales que dañen el progreso económico y a la persona consumidora. Incluso puede adoptar un rol activo pudiendo formar o participar como socio en empresas; o aprobando medidas que fomenten la actividad en determinados sectores. Pero en ningún caso se le permite dirigir las estrategias de empresas que no son suyas ni decirles qué tienen que hacer. Bajo este enfoque, el margen de actuación de las autoridades de la competencia es sustancialmente inferior al preconizado por los neobrandesianos, puesto que se ciñe a un papel de impedir comportamientos que excedan los límites, pero no a obligar a las empresas a actuar en un determinado sentido. Determina qué no se puede hacer pero no qué es lo que hay que hacer⁶.

El cómo se regule la separación o desconcentración, el cuándo pueda utilizarse y el por qué o en base a qué, son determinantes para concluir si la medida transgrede los límites que nuestro sistema otorga al papel de la Administración en la economía, y si es incompatible con la finalidad del derecho de la competencia.

2. Posibilidades con el régimen vigente: la separación como consecuencia civil

1. En nuestro derecho de obligaciones y contratos, todo negocio jurídico debe tener consentimiento, objeto y causa (art. 1.261 CC). Por causa se entiende la finalidad perseguida por las partes cuando se realiza el contrato. De esta manera, si la causa es ilícita o contraria a la moral, el negocio jurídico será nulo (art. 1.275 CC). Esto es, no producirá efectos; y si lo ha hecho, deberán y podrán deshacerse.

⁵ Díez Estella, F. (2019), punto 2.

⁶ Sobre la finalidad del derecho de la competencia y el papel de la Administración, Zurimendi Isla, A. (2020).



Es un defecto que no resulta subsanable, aunque el plazo para pedir que operen sus efectos es el general para las acciones personales, establecido en el art. 1.964 CC⁷. Por tanto, si un negocio jurídico incumple igualmente el derecho de la competencia, infringiendo los artículos 101 o 102 TFUE o los Reglamentos que los desarrollan, será nulo y no producirá efectos⁸. Y si los ha producido, podrá exigirse que se deshagan. Por ejemplo, si un gigante tecnológico realiza un acuerdo con otra empresa en la que se contraviene el art 101 TFUE porque pretende perjudicar a terceros y sacarlos del mercado, la finalidad de la operación no es lícita, por lo que es nula e ilegal, y sus efectos se pueden deshacer. O si impone cláusulas contractuales que suponen un abuso de su posición de dominio frente a la otra parte contractual⁹, estaremos en una situación idéntica y por tanto sus efectos podrán revertirse. A las mismas conclusiones puede llegarse en los países en que la causa no es un elemento esencial del contrato, porque existe siempre un precepto, similar a nuestro art. 1.255 CC, que establece que la ley o derecho imperativo, como lo es el derecho de la competencia, es un límite a la autonomía de la voluntad de las partes cuya contravención supone la nulidad del negocio jurídico¹⁰.

¿Podemos decir lo mismo con respecto a una concentración ya perfeccionada y ejecutada?. Las concentraciones son en todo caso negocios jurídicos porque implican acuerdos de voluntad (fusión; adquisición de la condición de socio; acuerdos *joint-venture*), y por tanto deben tener también una causa lícita. La causa o finalidad de las partes tiene un componente objetivo o estándar a ese tipo de operación. Pero también incorpora el componente subjetivo que impulsa a las partes a celebrar el negocio. Por ejemplo, en una fusión, adquisición de parte de socio o en una *joint-venture*, el componente objetivo de la causa es la búsqueda de cooperación y unificar esfuerzos para obtener una mayor rentabilidad, que en principio y *per se*, no es ilícito. Ahora bien, como esa finalidad objetiva puede en ocasiones perjudicar al consumidor por afectar sensiblemente a la competencia, deberá someterse al control previo de una Autoridad cuando se cumplan los requisitos previstos en la ley.

Junto al objetivo, hay un componente subjetivo de la causa, que será más específico, como puede ser contar con unos medios determinados o con una tecnología necesaria para iniciar un proyecto empresarial concreto, o presentarse de forma conjunta a un concurso público para tener más opciones, o adquirir unos datos sobre los usuarios proveedores o clientes de una empresa que pueden ser esenciales para ampliar mercado o para bloquearlo y conseguir que no entren competidores potenciales, o eliminar la empresa absorbida porque se teme que en un futuro puede ser un competidor potente, o cualquier otra. Tales cuestiones subjetivas forman parte de la finalidad del negocio o causa, y también podrán ser tenidas en cuenta por la Autoridad al evaluar la operación si ésta debe serle notificada; o por

⁷ Sobre la causa en el contrato, véase más ampliamente Zurimendi Isla, A. (2003), pp. 189 ss.

⁸ Entre muchos, Eizaguirre, J.M. (2008), pp. 391 y 402-403.

⁹ Sobre tales comportamientos, Zurimendi Isla, A. (2021), Gigantes tecnológicos distribución online y derecho de la competencia, Aranzadi, Navarra, 2021, capítulo Cuarto, II, 3.

¹⁰ Zurimendi Isla, A. (2003), pp. 192 ss.

los Tribunales, en su caso. El componente subjetivo puede incorporar ya intenciones que son *per se* ilegales, como bloquear el acceso a un mercado o terminar con la competencia potencial o residual, y por ello este componente subjetivo, en estos casos, resultará más difícil de detectar y probar. De ahí la necesidad de criterios de evaluación basados en la experiencia y circunstancias de mercado¹¹. Y en cualquier caso, a veces también pueden descubrirse o deducirse de distintas evidencias que deben interpretarse según ese mercado.

2. En este contexto, y en cuanto a consecuencias civiles se refiere, la pregunta es si cabe con el régimen vigente anular una concentración ya ejecutada y ordenar a la empresa o empresas que participaron que deshagan la operación. O más bien, dado que es materialmente imposible que se deshaga todo lo que la empresa concentrada ha realizado desde entonces porque además implica a multitud de terceros, que se le obligue a deshacerse de lo que adquirió ilegalmente (por causa ilícita), y abone además los daños y perjuicios que la operación ilegal, que le es imputable, ha producido. En definitiva, es por ejemplo lo que se está solicitando en USA en la demanda contra Facebook, en la que se pide que se obligue al gigante a deshacerse de Instagram y Whatsapp por haber sido operaciones con una motivación ilícita, realizadas con la finalidad de eliminar competidores (*Killer acquisitions*), lo que contraría el derecho de la competencia, que es imperativo y limita por tanto la autonomía de la voluntad de las partes.

En principio, la respuesta a la anterior pregunta debe ser afirmativa, aunque siempre teniendo en cuenta que debe probarse esa motivación, lo que no siempre es sencillo y ha propiciado que en la práctica este remedio o consecuencia civil vigente, nunca se ha llevado a la práctica. Probablemente tampoco ha sido así porque desde la desaparición de los grandes *trusts* de finales del s. XIX en USA y hasta la irrupción de los gigantes tecnológicos, el número de este tipo de operaciones con motivación claramente ilegal que “escapó” al control previo del control de concentraciones ha sido escaso y por ello no ha hecho falta recurrir a un remedio tan agresivo como el de la separación o desconcentración¹². Pero el *underenforcement* y fracaso de este control previo nos hace ahora replantearnos si al menos podemos remediar parcialmente la situación con este control *ex post*. Es más, muchas de las adquisiciones de *startups* realizadas por empresas digitales ni si quiera se llegaron a notificar a ninguna Autoridad, porque dado el régimen vigente, no era necesario. En estos casos, no ha habido si quiera un control formal sobre las motivaciones de la operación por parte de una Autoridad Administrativa. Y no parece que exista obstáculo legal alguno para que sean los Tribunales quienes a requerimiento de cualquier interesado, decreten la nulidad de la operación por falta de causa, al tener como único fin, si se demuestra, la eliminación de un competidor y de la competencia potencial y residual, lo que está prohibido por los artículos 101 y 102 TFUE. Una cosa es que no se haya incumplido ningún precepto procedimental administrativo porque no era necesaria la comunicación previa; y otra

¹¹ Sobre esta cuestión, Zurimendi Isla, A. (2021), capítulo Cuarto, I, 2, C.

¹² Al respecto, Zurimendi Isla, A. (2021), capítulo Cuarto, I.

muy diferente que ello suponga que automáticamente quede convalidada o legitimada o sancionada la legalidad de la operación. La ausencia de control previo o de obligatoriedad de sometimiento de la operación a un control previo no implica la legalidad sustancial de la misma. Lo mismo que no son lícitos los acuerdos restrictivos de la competencia o los abusos de posición de dominio que contravienen los artículos 101 y 102 del TFUE aunque tampoco éstos se sometan nunca a un control administrativo previo.

Pero en ocasiones estas operaciones sí han sido notificadas y se han autorizado, por más que el devenir ha demostrado que fue un error hacerlo. En este caso, el *underenforcement* en el control previo de concentraciones digitales se ha producido en parte por la falta de experiencia sobre los efectos de las mismas, y en parte por el exagerado temor a los falsos positivos infundado por la Escuela de Chicago¹³. Es por ejemplo el caso de la fusión entre Facebooky Whatsapp, al menos en Europa. En principio, tampoco en estos casos en los que se ha superado el control de una Autoridad Administrativa previa queda sanada la causa o finalidad ilícita de la operación, a saber, eliminar a un potencial fuerte competidor (*killer acquisition*). Los hechos o informaciones del expediente administrativo vincularán o deberán ser seguidos por los Tribunales, de un modo similar a como lo son en la reclamación de los daños y perjuicios. Esto es, vincularán los hechos aunque no su calificación jurídica¹⁴. Si la resolución ha sido favorable, será que no se ha detectado en el expediente ninguna evidencia que haya hecho sospechar o acreditar la finalidad ilícita. Pero si posteriormente ante los Tribunales se presentan nuevas y las considera suficientes, la juez o el juez puede determinar su nulidad y obligar a que la operación se deshaga. O lo mismo si califica o atribuye a las evidencias del expediente unas consecuencias jurídicas diferentes. No estará contradiciendo la resolución administrativa, sino apreciando nuevos hechos que no fueron detectados por la Autoridad.

Es más, a veces en el expediente administrativo se omiten datos relevantes a la Autoridad o ésta pide informaciones adicionales a las empresas afectadas que se dan de una manera equívoca o se le pide que realice determinados compromisos que pueden reconducir la operación a cauces razonables que eviten sospechas. Es el caso por ejemplo de Facebook y Whatsapp, en el que la Comisión pidió información y compromisos a Facebook. Ésta remitió la información parcialmente de forma interesada y asumió unos compromisos que luego no cumplió. En una segunda decisión, cuando se constató y descubrió, se le impuso una multa por hacerlo, pero en una afirmación que puede esconder falta de autocritica o de reconocimiento del error, la segunda Decisión de la Comisión consideró que en todo caso, de haberse conocido la realidad en el momento procesal oportuno, la decisión hubiera sido igualmente favorable a la concentración. Pues bien, en tales casos, en una reclamación civil de nulidad de la operación ante los Tribunales, éstos no pueden soslayar los hechos del expediente, la ocultación o tergiversación de la información

¹³ Zurimendi Isla, A. (2021), capítulo Cuarto, I, 1.

¹⁴ Al respecto, Zurimendi Isla, A. (2017), V.

ni el incumplimiento de los compromisos. Pero los podrá valorar o calificar jurídicamente de un modo distinto a la Comisión. Por ejemplo, podría entender que esa falta de cooperación y voluntad de engaño son indicios suficientes para acreditar la ilícita finalidad de la operación (cerrar mercados y eliminar competidores), y decretar la nulidad y ordenar la desconcentración. Todo ello, siempre que la demanda se interponga antes del transcurso del correspondiente plazo de prescripción.

3. En definitiva, en el derecho vigente existen vías para “deshacer” civilmente concentraciones que se consideran nulas por tener una finalidad contraria al derecho de la competencia, lo que priva a la operación de causa lícita en los países en los que la causa es un elemento esencial del contrato; o bien porque traspasa los límites de la autonomía de la voluntad por contravenir derecho imperativo en los países en los que la causa no es un elemento esencial del contrato. Parece que ésta es la vía de las demandas que se han interpuesto en USA en las que se pide separar Facebook de Instagram y Whatsapp, por ejemplo. De hecho, en el informe aprobado en el Congreso de USA se afirma que se han encontrado indicios suficientes para concluir que la finalidad de Facebook en estas dos adquisiciones era únicamente eliminar dos posibles potenciales duros competidores¹⁵.

Tales reclamaciones de separación de empresas por nulidad, se circunscriben a deshacer operaciones concretas por considerarse ilegales. Esto es, no se salen del marco del papel del Estado y de la Administración en la economía de vigilante y garante de las reglas del juego del mercado, y de establecer y reprimir conductas prohibidas, deshaciendo sus efectos. No se pretende invadir la esfera de decisión de una o varias empresas o decirle cómo se debe organizar. La razón de que se pudiera llegar a ordenar la separación de la empresa por los Tribunales civiles es que se ha cometido una conducta ilegal en lo que se refiere a una determinada operación, que es la que debe deshacerse (no otras). No que su tamaño se considera inconveniente o una “amenaza”.

3. Previsiones de futuro inmediato: separación como sanción administrativa

3.1. Modelo previsto en el informe del Congreso de USA

Más riesgos que la anterior, a efectos de constituir una potencial invasión no justificada de la libertad de empresa, presenta la separación de una empresa como un remedio- sanción que puede imponer un órgano administrativo. Que se materialicen o no esos riesgos dependerá en primer lugar de que el supuesto de hecho al que se asocia la sanción esté claramente delimitado. Esto es, de que sea fácilmente determinable y cognoscible por los interesados, en el sentido de claro y objetivo. Que no haya opción a la arbitrariedad y ni si quiera para la discrecionalidad técnico- subjetiva, puesto que está en juego el derecho a la libertad

¹⁵ Congreso USA. (2020), pp. 133 ss.



de empresa. Está claro que no resulta justificado por ejemplo, por infringir el contenido esencial a la libertad de empresa, otorgar a la Administración la posibilidad de ordenar la separación estructural o funcional de una empresa simplemente por considerar que su tamaño, o los datos de los que dispone, o su situación de dominio supone un peligro para la competencia, la persona consumidora y la sociedad. A esto apunta, en cambio, la recomendación del informe del Congreso de USA, que concibe la separación como una medida preventiva para prevenir futuras infracciones antimonopolio¹⁶. Esto es, admite la posibilidad de decretar la separación de una empresa simplemente porque la Administración considere, dentro de su ámbito de discrecionalidad técnica o incluso de su arbitrariedad, que resulta conveniente hacerlo por el bien de todos. Y hay que hacer notar que esa empresa ha llegado a la situación que tiene legalmente, puesto que de lo contrario podría haber cierto margen para anular operaciones de concentración vía civil (*supra* 2).

Hacerlo como propone el informe del Congreso de USA, supone contemplar la separación como una medida meramente “preventiva”, que resulta proactiva e invasiva (no solamente limitativa o delimitadora) de la libertad de empresa, casi expropiatoria, muy agresiva y difícilmente justificable desde el punto de vista de la proporcionalidad. Efectivamente, es muy posible que su mismo objetivo, el de impedir que una empresa privada se convierta *de facto* en un regulador de internet y abuse o expanda su dominio a otros mercados, se pueda conseguir a través precisamente de una eficiente regulación de derecho de la competencia. Es más, un control preventivo de las concentraciones más eficaz, y sobre todo, una reforma del abuso de posición de dominio estableciendo una presunción de abusividad, y por tanto de ilicitud, para ciertos comportamientos que hasta ahora han sido frecuentes en gigantes digitales y que les ha permitido bloquear el acceso a ciertos mercados y expandirse a otros, debería ser suficiente si se aplicara correctamente¹⁷. Además de una actualización de la regulación del uso y protección de datos y de las relaciones contractuales entre las empresas digitales y sus usuarios dependientes (tanto proveedores-empresas como destinatarios- usuarios finales)¹⁸. Por otra parte, no debe olvidarse que una sanción debe ser siempre proporcional a la gravedad de la infracción que se ha cometido. Y concebida así la separación, es posible que ni si quiera haya habido infracción alguna, por lo que la medida sería más bien expropiatoria.

¹⁶ Congreso USA. (2020), p. 376.

¹⁷ Véase, ampliamente, Zurimendi Isla, A. (2021), capítulo Cuarto, I y II.

¹⁸ Zurimendi Isla, A. (2021), capítulo Primero, III.

3.2. Modelo europeo previsto en la DMA

En términos sustancialmente diferentes a los anteriores parece plantearse la reforma de la DMA, en cuyo art. 16 se propone que la Comisión podrá decretar la separación funcional o estructural de un *gatekeeper*. En su apartado 1 comienza restringiendo la posibilidad de hacerlo a los casos en los que haya infringido de manera sistemática las obligaciones de los artículos 5 y 6, relativas a abusos de su posición de dominio, lo que le ha permitido fortalecer y/o expandir su condición de controlador del mercado. Esto es, al condicionar en todo caso la sanción a que haya habido un incumplimiento sistemático de los artículos 5 y 6, elimina la opción de la separación como mero instrumento preventivo, y lo circunscribe a que las empresas hayan cometido al menos más de un incumplimiento legal.

Es más, el apartado 3 del artículo delimita aún más el supuesto de hecho eliminado cualquier margen de discrecionalidad sobre lo que debe entenderse por “incumplimiento sistemático”, al considerar que lo es si durante los cinco años anteriores a la decisión de abrir expediente para esta sanción, la empresa en cuestión ha sido objeto de tres decisiones de condena por incumplir los artículos 5 o 6. Esto garantiza que si no hay tres condenas previas en los anteriores cinco años no se impondrá esta sanción, lo que es un referente seguro para los *gatekeepers*. Si son tres o más, podrá ya iniciarse el procedimiento, si bien no es imprescindible que se haga puesto que dichas infracciones deben haber contribuido a fortalecer o expandir la condición de controlador de mercado de esa empresa. En definitiva, el supuesto de hecho al que asocia la sanción de la separación está claramente delimitado, resulta fácilmente determinable y cognoscible por los interesados, y es claro y objetivo. No hay opción para arbitrariedad y para la discrecionalidad técnica. Al menos no para que exista la posibilidad de abrir el expediente que pueda terminar con esta sanción.

Puede que habiendo tres infracciones no se abra el procedimiento porque se considere que con ellas no se ha contribuido a fortalecer su posición de *gatekeeper*. O que no se imponga la sanción de separación funcional o estructural porque se considera que existe otro remedio igualmente eficaz, tal y como aclara el apartado 2 del art. 16. Esto es, para imponer la separación como sanción se debe superar el necesario test de la proporcionalidad y la eficacia, en el sentido de que no deberá imponerse si se puede conseguir el mismo resultado por otra vía; o si hay otra vía que es aún más eficaz y menos gravosa para la empresa a sancionar. Esto garantiza también que la sanción sea proporcional a la gravedad de la infracción que se ha cometido. Ciertamente, las conductas de las empresas digitales contempladas en los artículos 5 y 6 de la DMA, han supuesto graves daños para la competencia, los consumidores y la sociedad, por los efectos de bloqueo de mercados y expansión de la posición de dominio a otros que pueden generar¹⁹. Que en un periodo de cinco años haya habido al menos tres condenas, puede tener efectos muy graves. Y deja patente que la empresa sancionada y que incumple reiteradamente no ha mostrado

¹⁹ Zurimendi Isla, A. (2021), capítulo primero, III, 1, y capítulo Cuarto, I y II.

intención de reconducir su actitud y que las tres sanciones que se le han impuesto anteriormente no han sido eficaces. Por tanto, resulta necesario pensar ya en otro remedio o sanción que sí lo sea. La empresa ha tenido tiempo y oportunidades para volver a la legalidad.

En conclusión, la separación- sanción prevista en el art. 16 de la propuesta de DMA aprovecha al máximo los márgenes que deja el contenido esencial de la libertad de empresa y el derecho de la competencia, puesto que se concibe como una medida-sanción, en todo caso extraordinaria porque requiere el fracaso de otras previas, para reprimir y castigar que una empresa conculca reiteradamente la ley. Se impone como una medida extraordinaria, y que debe aplicarse proporcionalmente, para garantizar que las empresas cumplen las reglas de juego del mercado. Esto es, tal y como está concebida en la propuesta de DMA, no resulta una medida invasiva que pretenda decirle a la empresa qué debe hacer, sino que es un remedio- sanción extraordinario previsto para disuadir a las empresas de la tentación de no cumplir el derecho de la competencia o las leyes de mercado. Téngase en cuenta que hasta ahora la imposición multas, por muy elevadas que sean, en ocasiones, no son disuasorias porque los beneficios económicos derivados del incumplimiento son mayores para las empresas, lo que sucede especialmente en el caso de gigantes tecnológicos. Parece necesario que la Administración pueda disponer en estos casos de un instrumento que le permita cumplir y hacer cumplir la ley con eficacia, para lo que se necesita disponer de un remedio realmente disuasorio. Este remedio, así previsto, no altera por tanto el papel de la Administración en nuestro sistema como mero diseñador y vigilante de las reglas del juego del mercado, porque no se entromete en las decisiones empresariales, al no ser la separación una facultad que pueda aplicar arbitraria o discrecionalmente. No es en ningún caso una medida expropiatoria porque requiere para ponerla en marcha que al menos en los últimos cinco años la empresa haya sido sancionada tres veces por incumplimiento de las esenciales normas previstas en los artículos 5 y 6 de la propuesta DMA. No se materializaría por tanto el riesgo de caer en una política neobrandesiana con la propuesta del art. 16 DMA.

Cuando la vicepresidenta de la Comisión, Margrethe Vestager, anunció la aprobación en el futuro de una nueva medida o instrumento desconocido hasta ahora, que permita a la Comisión “*tener nuevos poderes para intervenir cuando veamos riesgo de que el mercado se inclina hacia el cuasimonopolio y hacer que siga dentro de los márgenes de la competencia*”, para evitar que los grandes gigantes tecnológicos se conviertan en los “*reguladores de facto de internet*”, nos podíamos temer que se siguiera una política neobrandesiana próxima a configurar la separación como instrumento preventivo, invasivo y expropiatorio, como parece recomendarse en el informe del Congreso de USA. Pero la traducción de sus palabras en un texto normativo nos hace concluir que no ha sido así. Parece que la intención era dar por un lado un mensaje de tranquilidad a la población y a las pequeñas empresas que se empezaban a sentir muy vulnerables y desprotegidas antes los excesos de los gigantes digitales. Y por otro, avisar a éstas de que la Comisión era consciente de que habían fallado algunos controles y no había actuado

ante ciertos comportamientos, lo que iba a cambiar. Pretendía avisar en todo caso que la Comisión se iba a fortalecer ante estas empresas y no iba a tolerar que se le echara un pulso o se le privara de su papel de ordenador y vigilante de los mercados. Estos mensajes políticos resultan adecuados, pero no conviene exagerar y concluir de ellos que se va a producir una revolución del sistema que permitirá a la Comisión, prácticamente, hacer lo que quiera.

De hecho, como se acaba de decir, la puesta en práctica del discurso en la propuesta de DMA es compatible y respetuosa con el sistema vigente. Es más, ni si quiera el remedio de la separación- sanción puede concebirse como novedoso del todo. Efectivamente, el art. 7.1 del Reglamento 1/2003 ya prevé que “*cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado, ...podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural*”. Como puede verse, la separación ya se contempla desde 2003 como una medida extraordinaria y a imponer de forma proporcionada cuando otras no sean efectivas. El art. 16 DMA parece una concreción de esta norma, tras adaptarla más específicamente a los mercados digitales y a las obligaciones que se contemplan en los artículos 5 y 6 DMA. En realidad, no me consta que el art. 7.1 del Reglamento 1/2003 se haya aplicado alguna vez. Su escaso o nulo uso se debe a que hasta la irrupción de los mercados digitales estas situaciones de incumplimientos graves y de llamativo y muy preocupante *underenforcement* apenas se han producido.

4. Separación de actividades regulatoria

Finalmente, en el informe del Congreso de USA se contempla la posibilidad de que sea la ley la que exija la separación de líneas o actividades de negocio en las que se aprecie que concurre un conflicto de interés. Se trataría de elaborar una regulación sectorial o normativa para los mercados digitales en la que se consolidara una separación de actividades prohibiendo a las plataformas dominantes que realicen actividades de intermediación, que se dediquen a ofertar bienes o servicios que proveen en su plataforma otras empresas. Se evitaría así el conflicto de interés derivado de ser a la vez distribuidor dominante y proveedor. Deja abierto que esta separación tenga que ser de propiedad, esto es, prohibiendo que se adquiera o se participe en esas otras empresas; o bien funcional, permitiendo esta participación pero articulando medidas organizativas que impidan que la plataforma influya en la toma de decisiones de la segunda, pretendiendo así evitar el riesgo de conflicto de interés. Señala el informe que tal tipo de regulación se ha realizado ya en otros

sectores, como en el ferroviario y las telecomunicaciones²⁰. Algo similar a lo que en Europa se hace en el sector eléctrico.

Sin embargo, antes de acometer cualquier regulación que suponga la fijación de una barrera de acceso al mercado o restricción en el ejercicio, los principios de buena regulación y la Directiva de Servicios imponen que éstas sean necesarias para satisfacer un interés general, y sean proporcionales y no discriminatorias. La prohibición podría estar justificada teóricamente para evitar la autopreferencia, que efectivamente tiene un alto impacto negativo en los mercados digitales tanto para el consumidor, como para los clientes proveedores, como para la competencia en general²¹. Sin embargo, difícilmente este tipo de regulación puede superar el test de la necesidad o proporcionalidad. En primer lugar, existen medidas menos nocivas para la competencia que pueden garantizar evitar los efectos nocivos de la autopreferencia. Como se ha expuesto, la mejor manera es exigir que estas plataformas apliquen en su funcionamiento criterios objetivos y públicos y que se les prohíba que se otorguen a sí mismas un trato especial o se beneficien de los datos que obtienen de sus competidores horizontales que utilizan su plataforma, tal y como se hace en los artículos 5 y 6 de la DMA. De esta manera se posibilita que las plataformas intermediarias puedan dedicarse si lo desean a otras actividades, aumentando la oferta de bienes o servicios para el consumidor, lo que resulta beneficioso si se cumple la obligación de prohibir la autopreferencia, que impide se materialice en la práctica el conflicto de interés. Recuérdese que si la plataforma intermediaria incumpliera sistemáticamente este mandato, la Comisión podría separar la empresa, por lo que hay incentivos y efectos disuasorios suficientes como para que las empresas cumplan estas obligaciones. Hay por tanto una alternativa menos nociva para la competencia que aprobar una regulación que decrete por sistema la separación de actividades y que además es más eficiente que esta última. Efectivamente, al menos el modelo de separación funcional de actividades es complejo de diseñar y muchas veces en la práctica es poco efectivo por ser más aparente que real, siendo elevados los costes de regulación y bajo su rendimiento²².

5. Referencias bibliográficas

- Congreso USA. (2020). *Investigation of Competition in Digital Markets*, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf
- Díez Estella, F. (2019). “La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos Google, Facebook, Apple/Shazaam, y el Informe de la Comisión Europa de Abril 2019)”, [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/mercados_digitales_comp_\(2019\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/mercados_digitales_comp_(2019).pdf)
- Eizaguirre Bermejo, J.M. (2008). *Derecho Mercantil*, 5ª edición.
- Zurimendi Isla, A. (2003). *Los fundamentos civiles del derecho cambiario*, Granada.

²⁰ Sobre la propuesta, Congreso USA. (2020), pp. 378 a 380.

²¹ Sobre la autopreferencia, Zurimendi Isla, A. (2021), capítulo Cuarto, II.

²² Así lo reconoce, Congreso USA. (2021), p. 380. Buen ejemplo de ello es el mercado eléctrico en España.

Aitor Zurimendi Isla: “La desconcentración como medida de actuación contra los gigantes tecnológicos: riesgos y eficacia”

Zurimendi Isla, A. (2017). “Las reclamaciones de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenciales”. *Revista de Derecho Mercantil*, n. 306.

Zurimendi Isla, A.. (2020). “¿Necesitamos otro derecho de la competencia?”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n. 26.

Zurimendi Isla, A. (2021). *Gigantes tecnológicos, distribución online y derecho de la competencia*. Aranzadi. Navarra.