

ANTONI FONT COMO PROFESOR UNIVERSITARIO Y SU ENFOQUE SOBRE LAS RELACIONES ENTRE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA *

ANTONI FONT AS A UNIVERSITY PROFESSOR AND HIS APPROACH ON THE RELATIONSHIPS BETWEEN COMMERCIAL DISTRIBUTION AND COMPETITION LAW

Luis Antonio Velasco San Pedro

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid

I. EL PROFESOR ANTONI FONT

Agradezco a los organizadores de *VII Jornada anual de la RADC* y del *Congreso Internacional* que la acompaña, en especial a la Profesora Silvia Gómez Trinidad de quien intuyo que partió la idea, su amable invitación para participar en esta *Mesa redonda en homenaje al Profesor Antoni Font*.

Al honor y al placer que representa poder honrar a tan estimado y distinguido compañero, se une el de volver a la *Facultat de Dret* de la *Universitat de Barcelona*, recordando las diversas veces que a lo largo de los años he tenido la suerte de poder estar en ella, y a la maravillosa ciudad de Barcelona, en la que pude vivir una buena parte del año 1980 y los comienzos de 1981.

Felicito a los autores de la iniciativa. La sociedad española, en general –y en esto me temo que no haya hecho diferencial catalán–, y la universidad, en particular, son muy poco dadas a reconocer y, no digamos, a homenajear a las personas que se lo merecen –

* El texto que sigue trata de recrear el tono y el contenido de la intervención oral del autor en la Mesa en homenaje al Profesor Antoni Font Ribas que se celebró el 25 de mayo de 2023 en la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, en el marco de la *VII Jornada anual de la RADC y Congreso Internacional “Entre jueces y autoridades: La aplicación privada y pública del Derecho de la Competencia”*, aunque con datos actualizados a la fecha de su posterior redacción formal.

yo suelo decir que la universidad es una *madrastra* con sus profesores—, salvo acaso, y no siempre, cuando fallecen —“en España se entierra muy bien”, decía Rubalcaba, que además de político fue profesor—. Afortunadamente el homenaje y reconocimiento que estamos haciendo al Profesor Font se produce cuando está plenamente en activo (un poco antes me ha comentado su actual actividad en una *clínica jurídica* dirigida a los futuros abogados) y solo se ha producido un cambio de situación administrativa con su jubilación formal.

En todo caso, es muy justo evocar a Antoni Font, que ha sido y seguirá siendo un relevante académico y un excelente jurista. En su haber figura su contribución a la formación de generaciones de juristas desde la Facultat de Dret de Barcelona —la *innovación docente* ha sido y es todavía una de sus preocupaciones centrales—, y la apertura a nuevas líneas de investigación, formando una escuela en el mejor sentido de la palabra, especialmente destacada en relación con el Derecho de la competencia que, tanto él como sus discípulos y discípulas, han cultivado con acierto, conformando uno de los grupos reconocidos en esta materia que existen entre nosotros.

Al Profesor Font lo conocí a mediados de los años 80 del pasado siglo (¡cuánto tiempo ha pasado ya!) cuando, recién adquirida por mí la condición de profesor titular de Derecho Mercantil, la *suerte* me deparó reiteradamente la de miembro de diversos tribunales de plazas de la Universitat de Barcelona (las designaciones se hacían por *sorteo informático*, con un procedimiento que incluía teóricamente un sesgo para evitar repeticiones, lo que obviamente no funcionó en mi caso), a la que posteriormente volvería siendo ya un joven catedrático para participar en algún seminario o jornada científica¹. Allí pude ya comprobar, con el trato personal, sus valores humanos, afabilidad y sensatez, así como la solidez de su formación académica. Años después (creo que corría el año 2000), reencontré al Profesor Font junto a su esposa la Profesora Gual, en el aeropuerto de Managua, de donde volvían de impartir docencia en la *Universidad de León* y, yo, que también estaba acompañado de mi esposa, de hacer lo propio en la *Universidad Americana de Managua*. Recuerdo que ambos hablamos de Nicaragua —en aquel momento en una situación de cierta bonanza por el cese de la lucha armada de la *Contra* y un régimen que, con todas sus imperfecciones, aspiraba a consolidarse como

¹ Recuerdo también de aquella época mis contactos, entre otros, con los profesores Eduardo Polo, Rafael Jiménez de Parga, María Teresa Gispert y Joaquim Bisbal (los tres primeros, quizá por reciprocidad del programa informático, formaron parte de mis dos tribunales de cátedra, de acceso en la Universidad de León, los profesores Polo y Jiménez de Parga, y de traslado a la de Valladolid, la Profesora Gispert).

democracia –, y nuestro escepticismo de que finalmente se asentase allí el progreso y el pluralismo político. El diagnóstico del Profesor Font, que tanto entonces como ahora estimé certero, es que difícilmente un país podría progresar si carecía de vertebración social y proliferaban las familias desestructuradas, como era el caso de Nicaragua. La actual y lamentable deriva de este querido país confirma plenamente aquellos augurios pesimistas.

Más adelante, ya en los años 2000, volví a coincidir con el profesor Font en relación con su ya mencionado activismo en materia de innovación docente, en la época en que fui Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Lo hicimos primero en un *Congreso nacional sobre innovación docente* que se celebró allí, y después en un Seminario sobre *el método del caso* que impartió para profesores de mi facultad (el caso propuesto, aunque interesante, era sumamente intrincado, incluso para profesores tan experimentados como, al menos, yo me creía).

II. MERCADO COMÚN Y DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Acompañando al conocimiento personal, vino mi conocimiento académico de la excelente obra del Profesor Font. En el año 1987, o no mucho después, pude leer su recién publicada monografía sobre *Mercado Común y distribución*². La obra, que ha marcado una época, llegaba a mis manos en un momento muy oportuno y me interesó vivamente. Cuando se publicó hacía apenas un año en que, tras ardua y larga negociación, se cumplía una aspiración que, en aquel momento, era muy generalizada en la sociedad española: la plena integración en las Comunidades Europeas –a las que en el lenguaje habitual se identificaba con el *Mercado Común*³, al que hacía honor el título del libro–, lo que suponía un esfuerzo considerable para los profesores de Derecho de asimilar todo el cuantioso acervo comunitario que no habíamos estudiado en nuestras licenciaturas, entre ellos los aspectos que contemplaba esta obra, a los que inmediatamente aludiré. Por otro lado,

² FONT RIBAS, A. *Mercado Común y distribución. La distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona 1987.

³ Aunque con el Acta Única Europea, primera modificación de calado de los tratados que entró en vigor a la vez que la incorporación de España y Portugal, se dio el salto cualitativo para sustituir, en el horizonte de 1992, el *mercado común* por el *mercado interior europeo*, con reglas de funcionamiento coincidentes con las de los mercados nacionales.

personalmente estaba en aquella época tratando de abrir mi actividad investigadora –hasta aquel momento prácticamente circunscrita al Derecho de sociedades y al Derecho cambiario– hacia el tema central de esta obra: el Derecho de la competencia comunitario. Ello coincidía, además, con la reciente incorporación a nuestro Departamento de la Profesora Marina Echebarría, procedente de la Universidad de Deusto, que había iniciado una tesis sobre el *contrato de franquicia*⁴ y de quien, sin perjuicio de la dirección de nuestro común maestro el Profesor Duque, acabé siendo una suerte de hermano mayor prestándole ayuda en la iniciación en sus tareas docentes e investigadoras. Ella fue, además, la que me adelantó un juicio muy positivo de la obra, que me recordó recientemente cuando le conté que tenía que intervenir en esta mesa redonda: “gracias a este libro –me dijo textualmente– por fin pude comprender las relaciones entre distribución y Derecho de la competencia”.

La obra fue pionera en su día porque prestaba atención a dos temáticas –la distribución comercial y el Derecho de la competencia– que, por separado y con algunas excepciones, apenas habían merecido atención monográfica en España, y en sus recíprocas relaciones –que es el territorio donde se adentra esta obra–, salvo que me equivoque, ninguna.

Por otro lado, la temática de la distribución comercial era en aquel momento de gran actualidad en la Europa comunitaria. En el aspecto contractual, esta actualidad estaba marcada por la recientísima Directiva 86/353 de 31.12.1986, sobre el contrato de agencia⁵. En relación con el Derecho de la competencia, que es de lo que trata la obra, por las diversas comunicaciones y reglamentos de exenciones por categorías ya

⁴ Cuando se culminó años después se acabó publicando: ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw Hill, Madrid 1995.

⁵ Cuya trasposición al Derecho español se hizo tardíamente por la Ley 12/1992 sobre contrato de agencia de 27.5.1992, que todavía hoy sigue siendo la única norma actualizada sobre distribución comercial que existe propiamente en España, a la que los tribunales, con buen criterio, recurren analógicamente para resolver los múltiples problemas que plantean estos contratos, a la espera de una muy anunciada pero nunca llegada (¿por qué será? Preguntaría un ingenuo) Ley de contratos de distribución (sola o integrada en un nuevo Código Mercantil).

Salvo que me haya pasado desapercibido, esta directiva no se mencionaba en el libro seguramente porque este ya estaba en prensa cuando se promulgó, aunque bien es cierto que su alcance queda fuera del ámbito del Derecho de la competencia.

publicados en la época⁶, a los que seguirían con posterioridad nuevas versiones⁷, y que trataban de clarificar el alcance de la sujeción de los acuerdos de distribución (restricciones verticales) a la regla prohibitiva de los acuerdos restrictivos de la competencia establecida por el art. 85 del TCEE (luego 81 del TCE y actualmente 101 del TFUE), que declaró la STJCE de 13.7.1966, asuntos acumulados 56/64 y 58/64 *Grundig-Consten*, y que, poco antes de la publicación de la obra, se había confirmado por la de 28.1.1986, asunto 161/84 *Pronuptia*, en relación específicamente con los acuerdos de franquicia⁸.

El libro ha envejecido bien, lo que cada vez es más difícil en el ámbito del Derecho, donde la volatilidad galopante de la legislación nos coloca frente a la terrible y conocida admonición de von Kirchmann⁹. Ya nos situaba y no sigue situando hoy en día en la *ambivalencia* de las relaciones entre distribución comercial y (Derecho de la) competencia, ya que si, por un lado, los diversos formatos de distribución comercial son un poderoso instrumento procompetitivo (*interbrand*), también se les achacan tradicionalmente restricciones competitivas (*intra-brand*) que a juicio de muchos no deberían ser admitidas (como las protecciones territoriales absolutas o las restricciones en materia de precios de reventa, que los reglamentos europeos nunca han tolerado, también con el planteamiento de evitar sus efectos antiintegracionistas de compartimentación y aislamiento de mercados nacionales).

En este punto, creo que sigue plenamente vigente su equilibrado planteamiento, dando cuenta de esta ambivalencia, y planteando que

“La valoración anticoncurrencial de las vinculaciones verticales se centra (...) en dos cuestiones principalmente, dejando de lado los argumentos basados en la existencia de un contrato de cártel: la existencia de vinculación entre dos mercados relativos a dos

⁶ Comunicación de la CE de 24.12.1962, sobre contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales, Reglamentos de la CE 1983/83 de 22.7.1983 sobre distribución exclusiva; 1984/83 de 22.7.1983 sobre compra en exclusiva, y 123/85 de 2.12.84 sobre venta y postventa de automóviles.

⁷ En la actualidad, el Reglamento de la CE 2022/720 de 10.5.2022 sobre acuerdos verticales y la Comunicación de la CE de 30.6.2022, sobre Directrices relativas a las restricciones verticales.

⁸ Que llegaron a tener un Reglamento de la CE propio: el 4087/88 de 30.11.1988, sobre acuerdos de franquicia.

⁹ “Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur” (tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se desperdician en maculatura).

productos o servicios diferentes (vinculación entre producción y distribución) y la discriminación de precios”¹⁰.

Con ello, además, descartaba una posición predeterminada, fuera esta contraria o favorable a la condena antitrust del fenómeno, cuestión que, a su juicio, solo puede resolverse en el caso concreto tras un análisis de su contexto económico. Como él mismo señala, tras criticar el automatismo del caso *Grundig*, que sometía a los acuerdos de distribución a la prohibición del art. 85 del TCEE,

“[E]sta manera de ver las cosas ignora ciertos hechos y circunstancias de la actuación de los operadores que no se pueden obviar fácilmente a la hora de asignar objetivos a la política de la competencia y se halla en fuerte contraste con la realidad. Antes de condenar la ilicitud anticoncurrencial de una práctica sería conveniente –como declaró el Tribunal americano que conoció del caso *White Motor* (372 US 253, 1963)– ahondar en las causas económicas del fenómeno, de las que, por cierto, bien poca cosa se sabe”¹¹.

En este punto consideraba necesario utilizar las herramientas del *análisis económico del Derecho*, tal y cómo se venía entendiendo en Europa (sic), instrumental en aquel momento novedoso y del que yo también opino que no se puede prescindir para interpretar correctamente este sector del ordenamiento económico¹², cuyo *Leitmotiv* es conjurar lo que los economistas llaman *fallos de mercado*, que impiden que este asigne eficientemente unos recursos que por definición son escasos. Y aquí, como acabo de decir, estamos todavía o deberíamos estar¹³.

¹⁰ FONT RIBAS, A., *Mercado... cit.*, pp. 30 y s.

¹¹ FONT RIBAS, A., *Mercado... cit.*, p. 7.

¹² Recuerdo aquí el magisterio del Profesor Antonio Polo en relación con el Derecho de la economía, en el *alma mater* barcelonesa, a la que se incorporó el Profesor Font estando aquel todavía en activo.

¹³ Por más que, en los últimos tiempos y como consecuencia del auge de la economía digital y la presencia de los *guardianes de acceso* de las grandes plataformas, de los que seguidamente hablaré, a los que se achacan innumerables abusos, también en relación con la democracia y las libertades fundamentales, se haya vuelto a debatir si la función de estas normas asimismo debe entenderse en clave política. Como trabajos de contraste en la literatura norteamericana, con posiciones divergentes en este punto, véanse entre otros muchos, KATZ, A., “The Chicago School and the Forgotten Political Dimension of Antitrust Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 87, 2020, pp. 413 y ss., y SHAPIRO, C., “Antitrust in a Time of Populism”, *International Journal of Industrial Organization*, 61, 2018, pp. 714 y ss.

En cualquier caso, la valoración anticompetitiva de los acuerdos de distribución comercial no ha dejado de evolucionar, como es lógico en un mundo tan cambiante, después de la publicación de la obra, tanto en el Derecho norteamericano –fuente de inspiración del Derecho antitrust, también del europeo–, como en el propio Derecho europeo¹⁴. Por poner un ejemplo que me parece relevante, en relación con la *discriminación de precios* –aspecto al que, como se ha visto, el Profesor Font concede gran importancia a la hora de analizar el carácter anticompetitivo de los acuerdos de distribución–, y, más específicamente, en relación con la *imposición de precios de reventa*, es bastante significativo de esta evolución que la consideración de estas conductas como parte del núcleo de la *per se rule*, donde las había colocado la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano a partir de la sentencia de 1911 en el asunto *Dr. Miles* (220 US 373, 1911), se haya abandonado por esta misma jurisprudencia para llegar a la zona seguramente más adecuada de la *rule of reason*, donde las sitúa la posterior de 2007 en el asunto *Leegin* (127 US 2705, 2017)¹⁵. En la UE, creo que algo de esto se ha comenzado a producir con la recientísima STJUE de 29.6.2023, asunto C-211/22 *Super Bock*, donde sin abandonar la consideración de la imposición de precios de reventa como una *restricción por el objeto* –categoría europea que recuerda, aunque no coincide plenamente, a la *per se rule* norteamericana–, se estima admisible una reconsideración judicial de si en el caso concreto esta conducta sería merecedora de tal calificación.

III. EL NUEVO MARCO DE LA ECONOMÍA DIGITAL

Donde no pudo llegar el libro del Profesor Font, porque cuando se publicó no había aparecido todavía ni Internet ni el comercio electrónico, es a la disrupción que han

¹⁴ Como ya se ha indicado, en la actual UE los reglamentos de exenciones por categoría en la materia son distintos de los que regían en la época en que se publicó el libro, y seguramente seguirán evolucionando en el futuro.

¹⁵ Lo que permitirá descartar su proscripción automática, de manera que para llegar a esta conclusión o excluirla deberá hacerse previamente un análisis cuidadoso de sus efectos sobre la competencia.

Véase sobre esta evolución de la jurisprudencia norteamericana y, en general, sobre los planteamientos que se han venido haciendo sobre la imposición de precios de reventa, el muy interesante trabajo de HERRERO SUÁREZ, C., “La fijación de precios de reventa: ¿nuevos vientos?”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 4, 2009, pp. 53 y ss.

provocado los nuevos *mercados digitales*, y que afectan, entre otros muchos aspectos, a lo que fue el objeto de su libro: la distribución comercial y el Derecho de la competencia.

Como ya he señalado en otro momento¹⁶ y es bien sabido, todo esto comenzó en la década de los 80 del siglo pasado –precisamente cuando el Profesor Font estaba investigando y redactando su obra– con la aparición de los primeros ordenadores personales (los PCs, originariamente concebidos por *IBM*), con sus sistemas operativos (desarrollados por *Microsoft*) y sus programas simplificados, que hicieron accesibles estas máquinas –hasta entonces reservadas a las grandes empresas e instituciones–, por coste y facilidad de manejo, a las PYMEs y demás profesionales y, poco después, a los simples ciudadanos, facilitando las tareas de todos ellos, incluido el entretenimiento. Continuó en los 90 con la generalización de la telefonía móvil, el correo electrónico y el nacimiento de Internet y las innovaciones en *hardware* –mejora de las prestaciones de los PCs, aparición de portátiles y, ya en el siglo XXI, con PDAs, *smartphones*, *tablets*, etc.– y *software* –desarrollo de nuevos y mejores sistemas operativos, programas y *apps*–, que favorecieron la conexión y comunicación interpersonal, y ha culminado –de momento– con la aparición de plataformas electrónicas controladas por empresas creadas *ad hoc* y que han tenido un desarrollo extraordinario. Por un lado, están las llamadas GAFAs (acrónimo de *Google*, *Apple*, *Facebook* y *Amazon*), con servicios de búsqueda (*Google*), de relaciones sociales (*Facebook/Meta*), tiendas de *apps* (*Apple*), suministro de productos y contenidos audiovisuales (*Amazon*). Por otro, las plataformas de intermediación, en el marco de lo que se ha venido llamando la *economía colaborativa*, que facilitan la consecución de bienes o servicios facilitados, aunque no siempre, por otros (empresas o simples particulares): alojamiento turístico (*Airbnb*), transporte (*Uber*, *Cabify*, *BlaBlacar*), venta de bienes de segunda mano (*eBay*, *Wallapop*), restauración a domicilio (*Uber Eats*, *Glovo*, *Deliveroo*), etc. Las nuevas tecnologías se han convertido asimismo en un cauce muy importante para recibir información –también de carácter publicitario– a través de los *influencers* y las redes sociales (*Facebook*, *Instagram*) y de plataformas de videos (*YouTube*, *TikTok*), leer prensa y obtener contenidos digitalizados, que en algunos sectores están desplazando a los soportes materiales hasta entonces tradicionales (prensa escrita, discos, libros, películas, etc.), así como para ejercitar derechos, realizar transacciones económicas y pagos (comercio y pago electrónicos).

¹⁶ En mi prólogo a la obra de TAMAYO VELASCO, B. J., *Los retos de la economía digital y la propuesta de “Ley de mercados digitales” de la Unión Europea*, Comares, Granada 2021, pp. XI y s.

La *pandemia del Covid-19* ha permitido valorar los aspectos sin duda positivos que presenta la que ya desde hace años se llama *sociedad de la información*, que han permitido paliar las restricciones a las relaciones interpersonales impuestas por la situación y las autoridades sanitarias, que en otros momentos históricos no habrían podido superarse: desde el teletrabajo hasta la enseñanza a distancia mediante plataformas de *streaming*, pasando por las relaciones sociales usando redes sociales (*WhatsApp, Facebook, Instagram, Tinder, etc.*) y la adquisición de bienes y servicios, mediante comercio electrónico y recurriendo frecuentemente a algunas de las plataformas electrónicas ya mencionadas¹⁷.

Estos aspectos positivos de la nueva socio-economía digital, que han llegado para quedarse, sin embargo, no ocultan otros bastante inquietantes, particularmente los abusos que con toda evidencia han y siguen protagonizando alguna de las empresas que controlan las nuevas plataformas electrónicas, a las que de manera muy gráfica se las denomina ya como *guardianes de acceso (gatekeepers)*, en relación con el uso indebido de *big data* o con determinadas *prácticas de exclusión*, como la *auto-preferencia (self-preferencing)*, entre otras conductas irregulares, o el galopante proceso de concentración que ha conocido el sector (muy frecuentemente “comprando” los operadores incumbentes a las *startups* más prometedoras, con lo que se eliminaba competencia potencial).

Esta situación, reiteradamente denunciada, ha venido originando en diversas jurisdicciones, generalmente utilizando las herramientas que proporcionaba el Derecho de la competencia (relativas al abuso de posición dominante), diversos procedimientos por las autoridades de este ámbito contra algunas de estas empresas, algunos ya culminados, pero otros pendientes de instrucción y, en todo caso, de lo que acaben finalmente señalando los tribunales¹⁸. A ello se ha unido en 2020, en la parte más cruda de la pandemia del Córdid-19, diversas iniciativas tendentes a conjurar estos aspectos mediante la implementación de nuevos instrumentos, entre los que sin duda destacan la habida en la Estados Unidos, en la *Subcomisión de Antitrust de la Cámara de*

¹⁷ A ello se añade la más reciente irrupción de la denominada *Inteligencia Artificial*, con aplicaciones como *ChatGPT*, cuyo alcance y consecuencias (beneficiosas y perjudiciales) son todavía difíciles de valorar en este momento tan inicial.

¹⁸ Por contraste, la normativa sobre concentración de empresas no ha logrado impedir el proceso de concentración en estos mercados.

*Representantes*¹⁹, y la propuesta de la Comisión Europea de sendas “leyes” (en realidad reglamentos) de servicios digitales y mercados digitales, que finalmente se convirtieron en textos legislativos en 2022²⁰.

Con todo, ambas vías de abordaje del problema divergen en cuanto a la metodología a utilizar. A continuación se examinan brevemente los caminos emprendidos o, al menos, apuntados para ello en ambas jurisdicciones²¹.

1. Estados Unidos

El enfoque en los EE.UU., que revela el citado informe del *Subcomité de Derecho Antitrust*, hace gravitar la respuesta a los problemas que generan los mercados digitales en la revitalización del Derecho antitrust. Sus principales propuestas en este ámbito son:

(i) Medidas de restablecimiento de la competencia en los mercados digitales. Entre otras las siguientes: separación estructural y prohibición a los guardianes de acceso de actuar en mercados adyacentes; prohibición de la auto-preferencia; exigencia de la interoperabilidad y portabilidad de datos entre plataformas; presunción de una prohibición de las operaciones de concentración de empresas y establecimiento de puertos seguros para publicadores de noticias.

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

¹⁹ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, *Investigation of Competition in Digital Markets, Majority Staff Report and Recommendations*. House of Representatives. United States, 2020.

²⁰ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19.10.2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales) y Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14.9.2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales)

²¹ En parte resumo aquí consideraciones adelantadas en VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del Derecho de la competencia en la era digital”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 78, julio-diciembre de 2021, pp. 93 y ss., debidamente actualizadas.

infraestructuras esenciales, la vinculación y auto-preferencia y el diseño anticompetitivo de productos.

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

Estos planteamientos de momento no han recibido un desarrollo efectivo, aunque se están tramitando en el Congreso varias iniciativas legislativas de sus miembros en sintonía con ellos, que se conocen como los *Big Tech Antitrust Bills*²², y, más concretamente, que pretenden imponer requerimientos de no discriminación a las plataformas digitales (*American Innovation and Choice Online Act*), medidas de separación estructural de estas plataformas (*Ending Platform Monopolies Act*), controlar sus fusiones y adquisiciones (*Platform Competition and Opportunity Act*) y establecer la interoperabilidad y la portabilidad de datos [*Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching (ACCESS) Act*].

Habrà que ver la suerte de estas iniciativas que, en todo caso, por su origen disperso y no coordinado, adolecen de sistemática, a diferencia de la respuesta europea que se examina seguidamente.

2. Unión Europea

En la UE se ha actuado hasta la fecha desde el Derecho de la competencia contra algunas de las empresas que actúan o están relacionadas con los mercados digitales con algo más de contundencia que en los Estados Unidos. Estas actuaciones se remontan, al menos, a 1984 cuando la Comisión archivó una investigación por abuso de posición dominante contra *IBM*, al llegar a un acuerdo con esta empresa para que cesara en determinadas prácticas de vinculación en relación con su PC, concepto que esta firma había creado. Continuaron a partir de los años 2000 con el caso contra *Microsoft* y sus derivados, en relación con su sistema operativo *Windows* y su negativa a contratar con

²² Sobre estas propuestas, véase el documento elaborado por SYKES, J. B., “Antitrust Reform and Big Tech Firms”, *Congressional Research Service*, 22.3.2023 (<https://sgp.fas.org/crs/misc/R46875.pdf>, consultada el 11.7.2023).

elaboradores de otros programas para asegurar su plena compatibilidad con dicho sistema, y las prácticas de vinculación con su reproductor de videos *Media Player*. A ello hay que añadir el relativo a *Intel*, productor de microprocesadores en relación con sus prácticas de exclusión respecto al procesador competidor *AMD*. Ya más directamente con las GAFA hay que reseñar los procedimientos seguidos a *Google*, relacionados con su buscador, y las investigaciones abiertas a *Apple* y *Amazon*, en relación con diversos aspectos de sus plataformas, que están sustanciándose en estos momentos.

Pero los problemas que plantean los mercados digitales y la actuación de los *guardianes de acceso*, se tratan de solucionar en Europa de manera más directa en los ya mencionados reglamentos sobre operadores y mercados digitales de 2022.

Centrándonos en esta última norma –el Reglamento de Mercados Digitales o *Digital Markets Act* (DMA)–, que es la que más tiene que ver con el papel del Derecho de la competencia, hay que resaltar que parte de que este Derecho, con su característico control *ex post* (en relación con las conductas prohibidas), es insuficiente para atajar los problemas que se presentan en los mercados digitales, al contrario que en los Estados Unidos, en los que se confía todavía en su papel, y en su revitalización a estos efectos.

Siguiendo este planteamiento se establece un control *ex ante*, aplicable a las plataformas de mayor tamaño con gran incidencia en el mercado interior al considerar a las empresas que las gestionan como *guardianes de acceso* (sin decirlo expresamente, se está pensando básicamente en las GAFA).

Como se señala en el art. 3.2 de la DMA se presume que tienen esta condición de *guardián de acceso* las empresas que cumplan los siguientes requisitos:

i) Un volumen de negocios anual en el EEE igual o superior a 7.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios, o cuando la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado equivalente de la empresa ascienda como mínimo a 75.000 millones de euros en el último ejercicio, y preste el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros.

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

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

Las empresas en esa situación, están obligadas a notificárselo a la Comisión Europea en el plazo de dos meses desde el cumplimiento de los umbrales, sin perjuicio de la facultad de la Comisión de hacer directamente esta designación (art. 3.3.2 de la DMA). Asimismo, la Comisión bajo ciertas circunstancias puede designar como *guardianes de acceso* a empresas que no cumplan con todos los umbrales (véanse los arts. 3.8, y 17 de la DMA).

Una vez concluido el plazo para esta notificación tras la entrada en vigor de la DMA, han notificado su condición de guardianes de acceso las compañías *Alphabet (Google), Amazon, Apple, ByteDance (TikTok), Meta (Facebook), Microsoft y Samsung*, y están, por tanto, todas las GAFA o GAFAM (si añadimos a *Microsoft*)²³.

Los *guardianes de acceso* asumirán una *responsabilidad adicional*, con el planteamiento de garantizar un entorno en línea que sea justo y no discriminatorio para las empresas y los consumidores, que se concreta en diversas *obligaciones* que se les imponen en los arts. 5 a 7 de la DMA. Como más significativas, las siguientes: no podrán utilizar los datos de sus usuarios empresariales que no sean públicamente accesibles para competir con ellos (art. 6.2); no deberán impedir que los usuarios desinstalen programas o aplicaciones (art. 6.3); no podrán restringir el acceso de sus usuarios a otra plataformas (art. 6.6); tienen prohibida la auto-preferencia (art. 6.5); tienen que facilitar la interoperabilidad y la transferencia de datos a otras plataformas (art. 6.7); deben aplicar a los usuarios profesionales condiciones generales justas y no discriminatorias de acceso a su tienda de programas de aplicación (art. 6.12).

En general estas obligaciones adicionales, como ya he señalado en otro momento, me parecen razonables, proporcionadas y, aparentemente, bien diseñadas desde un punto de vista técnico.

La DMA se basa en un sistema de aplicación pública, con competencia exclusiva de la Comisión Europea (sistema de *one-stop shop*), que recuerda al previsto para la concentración de empresas, y que permite imponer a los *guardianes de acceso* que incumplan sus obligaciones multas sancionadoras de hasta el 10 % de la cifra de negocios (véase el art. 30), coercitivas de hasta el 5 % (véase el art. 31) e, incluso, en el caso de *incumplimientos sistemáticos*, “la imposición de cualquier medida correctora del

²³ Como se informa en https://digital-markets-act.ec.europa.eu/potential-gatekeepers-notified-commission-and-provided-relevant-information-2023-07-04_en, consultada el 12.7.2023.

comportamiento o estructural que sea proporcionada y necesaria para garantizar el cumplimiento efectivo” de la DMA (véase el art. 18.1). Para ello se adopta un procedimiento garantista, claramente influenciado tanto por el previsto en el Reglamento 1/2003, de aplicación de los actuales arts. 101 y 102 del Tratado de funcionamiento de la UE, como en el Reglamento 129/2004, sobre concentración de empresas. Lo cual es adecuado dada la larga experiencia que se acumula en la aplicación de ambos instrumentos.

A partir de estos hilos habrá que seguir reflexionando y estudiando, como ya hacía la obra del Profesor Antoni Font, las relaciones entre distribución –ahora también en el nuevo marco de los *mercados digitales* y con la interposición de los *guardianes de acceso*– y el (viejo) Derecho de la competencia y el (nuevo) Derecho de regulación económica de estos mercados. Seguramente muchos de los planteamientos que entonces aportó el Profesor Font, nos seguirán siendo de utilidad y ello hará que aquella obra pionera –*Mercado Común y distribución*– siga perdurando a lo largo del tiempo. No hay mejor homenaje para un autor que este.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw Hill, Madrid 1995.

FONT RIBAS, A., *Mercado Común y distribución. La distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona 1987.

HERRERO SUÁREZ, C., “La fijación de precios de reventa: ¿nuevos vientos?”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 4, 2009, pp. 53 y ss.

KATZ, A., “The Chicago School and the Forgotten Political Dimension of Antitrust Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 87, 2020, pp. 413 y ss.

SHAPIRO, C., “Antitrust in a Time of Populism”, *International Journal of Industrial Organization*, 61, 2018, pp. 714 y ss.

SYKES, J. B., “Antitrust Reform and Big Tech Firms”, *Congressional Research Service*, 22.3.2023 (<https://sgp.fas.org/crs/misc/R46875.pdf>).

VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El papel del Derecho de la competencia en la era digital”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 78, julio-diciembre de 2021, pp. 93 y ss.

VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Prólogo”, en TAMAYO VELASCO, B. J., *Los retos de la economía digital y la propuesta de “Ley de mercados digitales” de la Unión Europea*, Comares, Granada 2021, pp. XI y ss.