



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
29 de julio de 2020
Español
Original: inglés

Octava Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas

Ginebra, 19 a 23 de octubre de 2020
Tema 7 del programa provisional

Fortalecimiento de la protección del consumidor y de la competencia en la economía digital

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

La economía digital está generando cambios significativos en todo el mundo. Cada vez es más importante e indispensable tanto para los consumidores como para las empresas, ya que ofrece oportunidades para los consumidores, como encontrar con mayor facilidad y comodidad los bienes y servicios que necesitan, y también brinda oportunidades a las empresas, como el acceso a los consumidores a través de Internet. Esas oportunidades deben aprovecharse para contribuir al desarrollo económico sostenible e inclusivo y, en este sentido, es cada vez más necesario fortalecer la protección del consumidor y la defensa de la competencia en la economía digital.

En la presente nota se presenta un panorama general de las tendencias actuales de la economía digital y sus consecuencias para la protección del consumidor y las políticas de defensa de la competencia. En ella se pasa revista a una serie de incipientes problemas relacionados con la protección del consumidor en el comercio electrónico, en particular con los marcos jurídicos y los marcos de las políticas, el empoderamiento de los consumidores y la orientación empresarial, la aplicación de la normativa y la solución de controversias y la compensación. En lo que respecta a la competencia, se focaliza en las plataformas digitales y examina las formas de restablecer la competencia en unos mercados tan concentrados como estos, para lo cual se lleva a cabo un análisis de los marcos jurídicos y los marcos de política, la aplicación de la normativa y la regulación. Por último, se destaca el papel de la UNCTAD en la promoción de la cooperación internacional y se formulan algunas recomendaciones en relación con las políticas.



I. Introducción

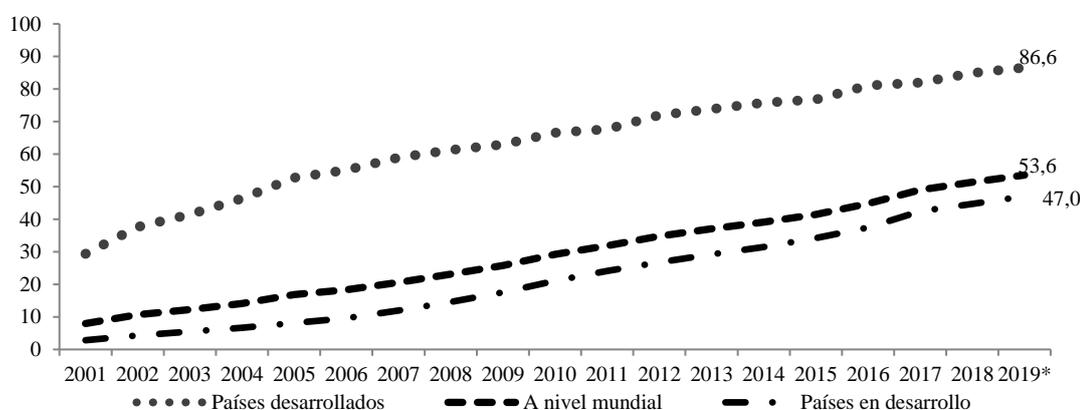
1. El Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Protección del Consumidor, en su cuarto período de sesiones, y el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, en su 18° período de sesiones, solicitaron a la secretaria de la UNCTAD que preparara informes y estudios para la Octava Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas sobre el fortalecimiento de la competencia y la protección del consumidor en la economía digital¹.

2. En la presente nota se presenta un panorama general de las tendencias actuales de la economía digital y sus consecuencias para la protección del consumidor y las políticas de defensa de la competencia. En ella se pasa revista a una serie de incipientes problemas relacionados con el comercio electrónico, en particular con los marcos jurídicos y los marcos de política, el empoderamiento de los consumidores y la orientación empresarial, la aplicación de la normativa y la solución de controversias y la compensación. En lo que respecta a la competencia, se focaliza en las plataformas digitales y examina las formas de restablecer la competencia en unos mercados tan concentrados como estos, para lo cual se lleva a cabo un análisis de los marcos jurídicos y los marcos de política, la aplicación de la normativa y la regulación. Por último, se destaca el papel de la UNCTAD en la promoción de la cooperación internacional y se formulan algunas recomendaciones en relación con las políticas.

II. El auge de la economía digital

3. Los países en desarrollo representan el 90 % del crecimiento mundial del uso de Internet, y la tasa de crecimiento más elevada corresponde a los países menos adelantados (véase el gráfico). En 2018, el 51,2 % de la población mundial era usuaria de Internet, cifra que en sí misma es un hito, y los consumidores en línea se estimaban en 3.900 millones. Sin embargo, la brecha digital entre países y dentro de ellos sigue siendo un desafío importante. Solo el 40 % de los países de ingreso bajo y medio proporcionan un acceso asequible a Internet. En el 50 % de los países, la proporción de mujeres que son usuarias de Internet es inferior a la de los varones y la brecha de género en Internet, es decir, la proporción de mujeres que utilizan Internet en comparación con la de los hombres, se sitúa en el 11,6 % a nivel mundial².

Usuarios de Internet por cada 100 habitantes



¹ TD/B/C.I/CPLP/20; TD/B/C.I/CLP/55.

² UNCTAD, 2019, *Informe sobre la Economía Digital 2019. Creación y captura de valor: repercusiones para los países en desarrollo* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.19.II.D.17, Ginebra).

Fuente: Unión Internacional de Telecomunicaciones, base de datos *World Telecommunication/ICT Indicators Database*.

Nota: La clasificación de los países se basa en la información de la División de Estadística de la Secretaría de las Naciones Unidas; disponible en <https://unstats.un.org/unsd/methodology/m49/>.

* Estimación.

4. La cantidad de datos generados en la economía digital está aumentando rápida y exponencialmente. El tráfico global a través del Protocolo de Internet (IP), que es un indicador de los flujos de datos, pasó de aproximadamente 100 gigabytes al día en 1992 a más de 100 gigabytes en 2020 y a 46.600 gigabytes por segundo en 2017. Estas cifras son indicativas de cómo los datos impulsan el crecimiento de la economía digital. La economía digital se basa en las cadenas de valor de los datos y en su monetización. Las cadenas de valor de los datos se dividen en recopilación, almacenamiento y análisis de datos y su ulterior transformación en inteligencia digital. El valor en la economía digital puede crearse una vez que los datos se transforman en inteligencia digital y se monetizan mediante su uso comercial a través de plataformas publicitarias, plataformas de comercio electrónico y plataformas que prestan servicios de computación en nube³.

5. Según el índice del comercio electrónico entre empresas y consumidores de la UNCTAD, que mide la preparación de 154 economías para apoyar las compras en línea, entre 2016 y 2017 se registró un aumento del 12 % en los consumidores digitales. En 2017, en seis países (Alemania, Dinamarca, Noruega, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suecia), más del 80 % de los usuarios de Internet realizaron compras en línea. En cambio, había más de 24 países de ingreso bajo y medio-bajo en los que menos del 10 % de los usuarios de Internet hacían compras en línea⁴.

6. Las novedades tecnológicas, la digitalización y la creación de plataformas han proporcionado a los consumidores nuevos productos y servicios, a menudo gratuitos, a cambio de sus datos personales. Las plataformas digitales se han convertido en poderosos protagonistas de la economía digital y han alterado las formas de hacer negocios en muchos sectores. Las plataformas digitales proporcionan una infraestructura digital para diversos servicios, como el comercio electrónico, los motores de búsqueda en Internet, las redes sociales y las tiendas de aplicaciones. Las plataformas digitales se han vuelto indispensables, no solo para los consumidores, sino también para las empresas. En el cuadro 1 puede observarse el impacto de la digitalización en el paisaje económico mundial. En lo que respecta a sectores específicos, Amazon detentaba, en el primer trimestre de 2018, una cuota de mercado superior al 90 % de cuota en cinco productos, mientras que Facebook era líder en sitios de web de redes sociales, ya que su cuota de mercado era del 68,95 % en febrero de 2019, mientras que Google es la empresa hegemónica en el mercado de buscadores, pues su cuota era del 89,95 % en enero de 2019⁵.

Cuadro 1

Las diez principales empresas cotizadas globales a 11 de diciembre de 2019

(En miles de millones de dólares EE.UU.)

<i>Posición</i>	<i>Empresa</i>	<i>Sector</i>	<i>Valor de mercado</i>
1	Saudi Aramco	Petróleo	1,88
2	Apple	Tecnología	1,18
3	Microsoft	Tecnología	1,15
4	Alfabet*	Tecnología	0,93
5	Amazon.com	Servicios al consumidor	0,87
6	Facebook	Tecnología	0,57
7	Berkshire Hathaway	Finanzas	0,54

³ *Ibid.*

⁴ Véase http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/tn_unctad_ict4d09_en.pdf. *Nota:* Todos los sitios web mencionados en las notas de pie de página se consultaron en julio de 2020.

⁵ TD/B/C.I/CLP/54.

Posición	Empresa	Sector	Valor de mercado
8	Alibaba	Servicios al consumidor	472
9	JPMorgan Chase	Finanzas	0,42
10	Tencent Holdings	Tecnología	0,41

Fuente: The Guardian, 2019, índice del comercio electrónico entre empresas y consumidores, 11 de diciembre; disponible en <https://www.theguardian.com/business/2019/dec/11/saudi-aramco-shares-soar-as-it-becomes-world-largest-listed-company>.

* Alphabet es la empresa matriz de Google desde 2015.

7. Siete de las 10 principales empresas del mundo por capitalización de mercado son plataformas digitales, de las cuales 5 tienen su sede en los Estados Unidos de América y 2 en China. China y los Estados Unidos representan el 75 % de todas las patentes relacionadas con las tecnologías de cadenas de bloques, el 50 % del gasto mundial en Internet de las cosas, al menos el 75 % del mercado mundial de la computación en nube y el 90 % del valor de capitalización del mercado de las 70 plataformas digitales más grandes del mundo⁶. El creciente poder de mercado de las plataformas digitales suscita preocupación entre los organismos garantes de la defensa de la competencia y de la protección del consumidor. Amazon, Apple, Facebook y Google han sido objeto de investigaciones relacionadas con la competencia o de investigaciones de mercado en varias jurisdicciones, entre ellas Alemania, Australia, India, el Japón, el Reino Unido y la Unión Europea. En materia de protección del consumidor en la economía digital suscitan preocupación cuestiones como las prácticas comerciales engañosas y desleales relacionadas con la publicidad y el suministro de información en línea, así como con el empoderamiento del consumidor, la orientación empresarial y la solución de controversias y la compensación.

III. Protección efectiva del consumidor en Internet

8. La Asamblea General, en su resolución 70/18, 22 de diciembre de 2015, consideró que el comercio electrónico “ha cobrado cada vez más importancia para los consumidores de todo el mundo y que las oportunidades que ofrece deben aprovecharse para contribuir a facilitar el desarrollo y el crecimiento económicos sobre la base de las nuevas tecnologías de red con computadoras, teléfonos móviles y dispositivos conectados que promueven el bienestar de los consumidores”. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, que fueron revisadas en 2015, tienen una sección específica sobre el comercio electrónico y establecen que los Estados Miembros “deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio”⁷.

9. Mientras el comercio electrónico entre empresas y consumidores continúa su expansión anual del 10 %⁸, el fortalecimiento de la protección del consumidor en la economía digital exige cada vez más que los encargados de formular y aplicar políticas se centren en cuatro ejes de la protección del consumidor, a saber, los marcos jurídicos y los marcos de política; el empoderamiento de los consumidores y la orientación empresarial; la aplicación de la normativa, incluso mediante la cooperación en las investigaciones transfronterizas; y la solución de controversias y la compensación.

10. El comercio electrónico ofrece comodidad y facilita las compras de los consumidores. Sin embargo, la experiencia de compra en un entorno digital plantea una serie de problemas. En 2017, la UNCTAD identificó los problemas que enfrentan los consumidores, en particular en los países en desarrollo, en relación con la información

⁶ UNCTAD, 2019.

⁷ A/RES/70/186.

⁸ Véase https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/tn_unctad_ict4d14_en.pdf.

sobre bienes, servicios e intermediarios comerciales; las devoluciones y los reembolsos de productos; la seguridad de los datos, los pagos, y las prácticas comerciales engañosas y desleales⁹. Para ayudar a hacer frente a esos desafíos, la UNCTAD en su *Manual sobre protección del consumidor* incluyó un capítulo sobre las mejores prácticas internacionales en materia de comercio electrónico. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y el Grupo de los 20 han preparado un conjunto de instrumentos para para la protección del consumidor digital (Toolkit for Protecting Digital Consumers), donde se enuncian principios generales, asesoramiento en materia de regulación y supervisión institucional para la protección de los consumidores en el entorno digital, y también han determinado los problemas que plantea la política de protección del consumidor en la era digital¹⁰.

A. Marco jurídico y marco de la política

11. En las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor se establece que los Estados Miembros deben examinar las políticas de protección del consumidor en vigor para dar cabida a las características especiales del comercio electrónico (directriz 64). Ello puede entrañar la revisión de las leyes de protección del consumidor para hacer frente a los incipientes desafíos o la modificación de las políticas y los procedimientos para adaptarse al nuevo entorno. El Mapa Mundial de Protección al Consumidor de la UNCTAD pone de manifiesto que el 97 % de los 63 Estados Miembros que respondieron al correspondiente cuestionario de la UNCTAD cuentan con legislación en materia de protección al consumidor, de los cuales el 62 % abordan actualmente cuestiones relacionadas con el comercio electrónico¹¹.

12. La legislación de protección del consumidor debe aspirar a ser neutral desde el punto de vista de la tecnología, es decir, sus disposiciones deben ser eficaces independientemente de los medios en los que se desarrolle la actividad comercial. Una de las cuestiones clave que está evolucionando rápidamente es la responsabilidad de las plataformas digitales en la protección del consumidor, es decir, el nivel de responsabilidad jurídica de las plataformas en los casos de infracción de la legislación de consumo por parte de los intermediarios comerciales. El enfoque tradicional seguido por los Estados Unidos consiste en aplicar normas exoneradoras (cláusulas de “refugio seguro”) que circunscriben la responsabilidad de las plataformas únicamente a los servicios que prestan directamente¹². Parece ser la modalidad más apropiada cuando el modelo de negocio de una plataforma consiste en albergar una lista de proveedores y servir únicamente como centro comercial digital (*marketplace*) y cuando por sí mismas no generan ningún valor agregado en los productos de los vendedores (por ejemplo, proporcionando, entre otras cosas, financiación, logística o servicios a los clientes). Sin embargo, las plataformas están asumiendo cada vez más un papel central en el comercio electrónico, en particular en el contexto de los mercados entre particulares¹³, y pueden ejercer un control efectivo en la mayoría de las operaciones entre proveedores y consumidores.

13. Esta cuestión ya se ha abordado en varias resoluciones judiciales en países de todo el mundo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado que “en circunstancias como las del procedimiento principal, donde, habida cuenta del contexto en el que se efectúa la compraventa, el consumidor puede ser fácilmente inducido a error, debe atribuírsele un grado de protección reforzado. Por lo tanto, [...] la responsabilidad del vendedor debe poder ser exigible al intermediario que crea un riesgo de confusión al

⁹ TD/B/C.I/CPLP/7.

¹⁰ Organization for Economic Cooperation and Development, 2019, Challenges to consumer policy in the digital age: Background report – Group of 20 international conference on consumer policy.

¹¹ Véase <https://unctadwcpm.org/map.html> y <https://unctadwcpm.org/answers.html>.

¹² MW Carroll, 2016, Safe harbours from intermediary liability and social media, edición a cargo de JA Rothchild, Research Handbook on Electronic Commerce Law (Edward Elgar Publishing, Camberley, Reino Unido: 168-184).

¹³ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2017, Trust in peer platform markets; disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/trust-in-peer-platform-markets_1a893b58-en.

dirigirse al consumidor, haciéndole creer que actúa en calidad de propietario del bien objeto de la compraventa¹⁴. Este razonamiento se reforzó aún más cuando el tribunal dictaminó que había que considerar a Uber como una empresa de transporte y no un mero intermediario¹⁵. En un asunto posterior, el Tribunal dictaminó que Airbnb debía considerarse un servicio de la sociedad de la información y no una empresa inmobiliaria, ya que no se podía demostrar que hubiera ejercido una influencia decisiva sobre los servicios de alojamiento¹⁶. En la Argentina y el Brasil, sendas cortes de justicia han dictaminado que la plataforma digital Mercado Libre debe considerarse un intermediario y que, por lo tanto, tiene obligaciones en materia de protección del consumidor sobre la relación subyacente entre proveedores y consumidores¹⁷. Es importante que las leyes y políticas de protección del consumidor atiendan a los diferentes niveles de participación de la plataforma y atribuyan las consiguientes obligaciones de protección del consumidor, a fin de proteger los intereses económicos de los consumidores y, al mismo tiempo, salvaguardar la seguridad jurídica de las empresas.

14. Otro aspecto fundamental que debe considerarse al evaluar la idoneidad de la legislación de protección del consumidor para hacer frente a los desafíos de la economía digital es la protección de los datos del consumidor. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor declaran que las empresas deben proteger la privacidad de los consumidores mediante una combinación de mecanismos adecuados de control, seguridad, transparencia y consentimiento en lo relativo a la recopilación y utilización de sus datos personales (directriz 11). Los consumidores están cada vez más preocupados por su privacidad en Internet. Según una encuesta realizada en 2019 sobre la seguridad y la confianza en Internet, el 78 % de los encuestados se mostraron preocupados por la privacidad en línea: más de la mitad (53 %) se sintieron más preocupados que un año antes y, en las economías de África y el Oriente Medio, fue donde la desconfianza con respecto a las plataformas de comercio electrónico fue la que más aumentó en el transcurso de un año (+9 puntos)¹⁸. La Unión Europea ha instaurado un sistema completo con el Reglamento General de Protección de Datos, que regula la reunión, el tratamiento y la utilización de los datos de los consumidores de la Unión Europea y es vinculante para todos los intermediarios comerciales que operan en Internet cuando venden en línea en el mercado de la Unión Europea¹⁹. Con arreglo al Reglamento General de Protección de Datos, los intermediarios comerciales que operan en Internet deben facilitar a los consumidores la siguiente información:

- a) Los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales;
- b) La base jurídica del tratamiento;
- c) El plazo durante el cual se conservarán los datos;
- d) La identidad y los datos de contacto del responsable con el que se compartirán los datos;
- e) Sus derechos básicos en materia de protección de datos;
- f) Información sobre si los datos serán transferidos fuera de la Unión Europea;

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2016, *Sabrina Wathelet c. Garage Bietheres et Fils*, asunto C-149/15.

¹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems España*, asunto C-434/15.

¹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2019, procedimiento penal incoado contra X (petición de decisión prejudicial), asunto C-390/18.

¹⁷ *Mercado Libre c. la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor*, Número: EXP J-01-00002957-9/2017-0; disponible en <https://ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2018/06/Mercado-Libre-SRL-c-Direcci%C3%B3n-General-de-Defensa-y-Protecci%C3%B3n-al-Consumidor-s-Recurso-Directo-sobre-Resoluciones-de-Defensa-al-Consumidor.pdf>; *Mercado Libre contra Ministério Público do Estado de São Paulo*, procedimiento núm. 2014.0000254029; disponible en <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140508-06.pdf>.

¹⁸ Véase <https://www.cigionline.org/internet-survey-2016>.

¹⁹ Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

- g) El derecho a presentar una reclamación;
- h) Información sobre la existencia del derecho a retirar el consentimiento, si se dio;
- i) Los datos de contacto de la organización responsable del tratamiento de los datos y, en su caso, los datos de contacto del delegado de protección de datos.

15. El Reglamento General de Protección de Datos también reconoce el derecho a optar o no por recibir publicidad o dejar de recibirla, el derecho a la portabilidad de los datos, es decir, la transferencia de datos a otro proveedor, incluso si es un competidor, y el derecho a eliminar la información que posee el proveedor. Hasta la fecha, el Reglamento de la Unión Europea es el marco de protección de datos de los consumidores más desarrollado y está erigiéndose cada vez más en la norma de referencia para los proveedores de servicios en Internet de todo el mundo. Según el rastreador de derecho cibernético (*cyberlaw tracker*) de la UNCTAD, solo el 58 % de los países tienen leyes de privacidad que se aplican en el contexto de Internet²⁰.

16. Otro elemento importante en la protección del consumidor en Internet es la seguridad de los productos de consumo. Como señaló la UNCTAD en 2018, se plantean nuevos desafíos en esta esfera debido al carácter transfronterizo del comercio electrónico. Las diferencias entre normas nacionales pueden suponer un problema en lo referente a la seguridad de los productos de consumo en aquellos casos en que los productos fabricados en un país se venden en línea en mercados donde no se satisfacen normas de seguridad obligatorias o voluntarias. Los minoristas a menudo desconocen la regulación en materia de seguridad aplicable en los mercados de exportación y no siempre prestan la debida atención a la del país donde se encuentra el consumidor. También podría ocurrir que no tomasen en consideración las dificultades que afrontan las autoridades nacionales para lidiar con los problemas transfronterizos relacionados con la seguridad del consumidor. Los riesgos de seguridad de los productos de consumo en un mundo globalizado y digitalizado son una forma de presión sobre los marcos nacionales vigentes para que se encuentren fórmulas comunes para abordar los principales problemas²¹.

17. Existen diversas iniciativas transfronterizas y regionales para intercambiar información entre los países para la retirada de productos, como el sistema de alerta rápida para los productos no alimentarios de la Unión Europea, el sistema interamericano de alerta temprana sobre seguridad de los productos de la Organización de los Estados Americanos y el portal global de alertas de retirada de productos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, cuyo objetivo es intercambiar información a nivel mundial. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos también está elaborando análisis sobre los comportamientos para mejorar la eficacia de las alertas de retiradas de productos entre los consumidores, en particular en lo que respecta a inducir a los consumidores a reaccionar a las alertas²². En el cuadro 2 se recogen una serie de ejemplos de cómo las nuevas aplicaciones tecnológicas pueden mejorar el sistema de alertas de retirada de productos.

Cuadro 2

Ventajas de las nuevas aplicaciones tecnológicas para mejorar el sistema de alertas de retirada de productos

<i>Ventajas</i>	
Rastreo y localización	Gracias a la capacidad de rastrear y localizar el paradero de un producto, se pueden identificar los posibles peligros en cualquier punto de la cadena de suministro.

²⁰ Véase https://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Global-Legislation.aspx.

²¹ TD/B/C.I/CPLP/12.

²² Véase https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/enhancing-product-recall-effectiveness-globally_ef71935c-en.

<i>Ventajas</i>	
Monitorizar y reparar	Mediante el monitoreo a distancia del uso de los productos, las empresas pueden determinar la necesidad de una retirada o la reparación de un producto defectuoso a través de parches de <i>software</i> .
Alertas dirigidas a los consumidores	Si un producto defectuoso no puede repararse a distancia, un dispositivo conectado puede proporcionar a las empresas un punto de comunicación directa para informar de manera oportuna y eficaz a los consumidores afectados.
Desactivación de los dispositivos	Si los consumidores siguen utilizando un producto inseguro, a pesar de haber sido alertados de los riesgos, las empresas pueden desactivar a distancia parte de un producto o desconectarlo completamente.

Fuente: Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2019.

B. Empoderamiento del consumidor y orientación empresarial

18. Es fundamental que los consumidores y las empresas comprendan sus derechos y obligaciones, sobre todo en la economía digital, en la que las operaciones de compra se realizan solo a través de unos pocos pasos. Para ello es necesario que los organismos de protección del consumidor adopten un enfoque proactivo en su labor de asegurar la alfabetización digital de los consumidores, de modo que éstos, por una parte, conozcan sus derechos y la forma de ejercerlos y, por otra, las empresas reciban orientación sobre cómo cumplir la legislación de protección del consumidor.

19. En lo que respecta al empoderamiento de los consumidores, las directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor hacen hincapié en la divulgación en línea de la identidad de una empresa y en la información sobre los bienes y servicios ofertados (directriz 14). Este enfoque presupone que los consumidores son capaces de entender la información y tomar decisiones informadas y racionales en base a ella. Sin embargo, la sobrecarga de información puede dar lugar a una falta de comprensión por parte de los consumidores. Para lograr un equilibrio adecuado es necesario comprender el comportamiento de los consumidores y actuar en consecuencia para adaptar los requisitos de divulgación. Sin embargo, las plataformas digitales podrían diseñar sus comunicaciones para inducir a los consumidores a limitar involuntariamente su derecho a la privacidad²³. Además, como los mercados digitales más importantes están muy concentrados, ni siquiera la plena divulgación y comprensión por parte de los consumidores puede propiciar una mayor competencia. De hecho, los consumidores tienen pocas o nulas posibilidades de escoger: solo “marcar, clicar y esperar que la suerte les acompañe”²⁴.

20. La orientación empresarial para la protección del consumidor en la economía digital ha sido un tema prioritario en muchos países, pues es una forma rentable de fortalecer la protección del consumidor en Internet. Así, por ejemplo, la Red Internacional de Protección del Consumidor y Aplicación de la Ley ha publicado orientaciones sobre términos y condiciones normalizadas que están dirigidas a los consumidores en la economía digital, a fin de que las empresas sean justas y transparentes con ellos y no escondan asuntos importantes en términos y condiciones largas y complicadas²⁵. En 2016, la Red publicó documentos de orientación relacionados con los análisis y aprobaciones de productos en línea dirigidos a los encargados de realizar esos análisis, los intermediarios comerciales y los profesionales en mercadotecnia, así como a los influenciadores en el mundo digital.

²³ Forbrukerrådet, 2018, Deceived by design; disponible en <https://www.forbrukerradet.no/undersokelse/no-undersokelsekategori/deceived-by-design/>.

²⁴ Véase <https://www.consumersinternational.org/news-resources/blog/posts/privacy-challenges-in-the-iot/>.

²⁵ Véase <https://www.icpen.org/news/902>.

21. Las autoridades garantes del cumplimiento de la normativa de protección del consumidor suelen tratar de combinar la orientación empresarial con compromisos voluntariamente asumidos para mejorar el cumplimiento. Por ejemplo, en 2016, bajo los auspicios de la Comisión Europea, varias plataformas, entre ellas Alibaba, Amazon y Ebay, acordaron voluntariamente adoptar medidas concretas con respecto a la seguridad de los productos de consumo no alimentarios vendidos en línea por terceros en sus centros comerciales digitales²⁶.

C. Aplicación de la normativa

22. A medida que crece el comercio electrónico entre empresas y consumidores, resulta cada vez más necesario garantizar en la economía digital la normativa legal en materia de protección del consumidor. Las facultades de aplicación de las normas de protección del consumidor pueden otorgarse a un solo organismo público o compartirse entre varios entes públicos competentes, como el organismo de protección del consumidor, la autoridad de servicios financieros y el regulador de las telecomunicaciones. En la actualidad, no hay evidencia de que un modelo concreto sea más eficaz que los demás, ya que cada uno responde a las circunstancias jurídicas, económicas, sociales y políticas específicas de un país²⁷. Sea como fuere, la colaboración entre los distintos organismos es fundamental. En 2018, el 87 % de los que respondieron a una encuesta de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos tenían implantados mecanismos para la cooperación interna y estaban haciendo importantes esfuerzos por estrechar y ampliar la cooperación con otros organismos públicos con competencias en el ámbito de la política de protección del consumidor²⁸.

23. Se realizan esfuerzos considerables para adaptar los instrumentos de aplicación de la normativa al contexto de la economía digital, como los “barridos” en Internet, las investigaciones y las sanciones, y se observa una tendencia creciente a crear unidades especializadas en comercio electrónico en los organismos garantes de la aplicación de la normativa de protección del consumidor²⁹. Los barridos en Internet son un conjunto de comprobaciones que se realizan simultáneamente en los sitios web para identificar las vulneraciones del derecho de protección del consumidor en un sector determinado. Los barridos comportan un proceso en dos etapas en el que los garantes del cumplimiento de la normativa examinan los sitios web para detectar infracciones y utilizar esta información para imponer medidas sancionadoras o pedir a los comerciantes que adopten medidas correctivas. Este instrumento es particularmente eficaz cuando es utilizado de manera coordinada por diversos organismos de protección del consumidor en todo el mundo. La Comisión Europea y la Red Internacional de Protección del Consumidor y Aplicación de la Ley organizan periódicamente jornadas internacionales de barridos en Internet para fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, al dedicar un día a la realización de búsquedas intensivas en sitios web sospechosos, que podrían dar lugar a la adopción de medidas sancionadoras por conductas fraudulentas y engañosas en Internet y en otras formas de comunicaciones electrónicas³⁰. Según la Red Internacional de Protección del Consumidor y Aplicación de la Ley, los barridos son eficaces en lo siguiente: “mejoran la conducta del mercado demostrando una presencia de los garantes de la aplicación de la normativa en Internet”; aumentan el protagonismo de cada organismo participante mediante la promoción de su implicación en un evento significativo con organismos de más de 30 economías; facilitan la adopción de nuevas medidas por parte de cada organismo en

²⁶ Véase https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/product-safety/product-safety-rules_en.

²⁷ UNCTAD, 2017, *Manual sobre protección del consumidor* (publicación de las Naciones Unidas, Ginebra).

²⁸ Véase https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/consumer-protection-enforcement-in-a-global-digital-marketplace_f041eead-en.

²⁹ UNCTAD, 2018, Capacitación de formadores en el módulo de protección del consumidor sobre comercio electrónico, programa de la UNCTAD sobre la integración económica regional mediante la adopción de políticas de competencia y protección del consumidor en el Oriente Medio y el África Septentrional.

³⁰ Véase <https://www.icpen.org/news/902>.

materia de educación, aplicación de la normativa y la puesta en conocimiento a nivel internacional de la información descubierta mediante un barrido; y mejoran la consciencia de los usuarios de Internet mediante la difusión de información a través de los medios de comunicación³¹.

24. En 2018, la Comisión Europea realizó un barrido relacionado con la transparencia de los precios y la fijación de precios por goteo en 560 sitios web de comercio electrónico y descubrió que el 60 % de esos sitios se observaban irregularidades en cuanto al respeto de las normas de la Unión Europea en materia de consumo, principalmente en lo tocante a la forma en que se presentaban los precios y las ofertas especiales, y que en casi el 40 % de los casos el precio final era más alto que el anunciado inicialmente³².

25. Los organismos garantes en materia de protección del consumidor pueden ejercer facultades de carácter civil, penal y administrativo; estas últimas son las más comunes. El régimen sancionador de la legislación de protección del consumidor puede consistir en la imposición de multas, sanciones civiles, cartas de advertencia, intimaciones a cesar en una conducta que haya sido declarada prohibida, resoluciones pactadas, incoación de procedimiento penal, procedimientos de ejecución ante un órganos jurisdiccionales o tribunal administrativo y prohibición y suspensión de licencia, así como la publicidad de la infracción³³.

26. Las investigaciones pueden iniciarse por una reclamación de los consumidores, la información remitida por organizaciones de consumidores, reclamaciones presentadas por empresas, información publicada en medios de comunicación o la experiencia de los funcionarios de una agencia garante³⁴. Varios países han creado unidades especializadas en el organigrama de sus agencias de protección del consumidor para realizar investigaciones en línea, como el centro de vigilancia del comercio electrónico de la Dirección General de Política de la Competencia, Asuntos del Consumidor y Represión del Fraude de Francia. Se debería otorgar a esas unidades facultades jurídicas para exigir que las plataformas y los intermediarios comerciales en línea proporcionen información a las autoridades garantes del cumplimiento de la normativa, aunque puede ser difícil de llevarlo a la práctica si esas empresas no tienen una presencia física o jurídica en el país.

27. A fin de disuadir las conductas infractoras, los organismos garantes del cumplimiento normativa de protección del consumidor a menudo están facultados para imponer sanciones. Una de las sanciones más eficaces es la imposición de multas por infringir la normativa legal de protección del consumidor, aunque la existencia de topes máximos puede obstaculizar la eficacia. Por ejemplo, en 2019 la Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido impuso a Facebook la máxima sanción económica (500.000 libras esterlinas) por infringir las normas legales de protección de datos y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos le impuso una multa de 5.000 millones de dólares en un caso similar³⁵. Otra facultad importante con respecto a las empresas digitales es la competencia para clausurar sitios web. Por ejemplo, en Colombia se puede bloquear temporalmente el acceso al medio de comercio electrónico, como medida cautelar, en caso de infracción grave de la legislación de protección del consumidor³⁶.

28. En 2018, la plataforma mundial de denuncias patrocinada por la Red Internacional de Protección del Consumidor y Aplicación de la Ley recibió más de 29.000 reclamaciones internacionales, lo que demuestra la necesidad de reforzar la cooperación transfronteriza en materia de aplicación de la normativa en lo que respecta a la economía digital³⁷. En las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor se incluye un capítulo sobre la cooperación internacional, que se basa en la asistencia voluntaria entre los

³¹ Véase <https://icpen.org/international-internet-sweep-day>.

³² Véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1333.

³³ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2018, Consumer protection enforcement in a global digital marketplace, Digital Economy Papers N° 266.

³⁴ UNCTAD, 2018.

³⁵ Véase <https://ico.org.uk/facebook-fine-20181025>.

³⁶ Colombia, 2012, Ley por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, artículo 54; disponible en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co103es.pdf>.

³⁷ Véase <https://www.econsumer.gov/en/News/ComplaintTrend/3#crnt>.

Estados Miembros. El Mapa Mundial de Protección del Consumidor muestra que esa cooperación suele basarse en memorandos de entendimiento, es decir, acuerdos officiosos entre las autoridades estatales que no entrañan obligaciones o responsabilidades internacionales (43,5 %), y no en acuerdos oficiales, es decir, tratados entre Estados, que entrañan obligaciones y responsabilidades internacionales (33 %). Sin embargo, cunde el interés entre las organizaciones regionales por crear estructuras de cooperación para garantizar el cumplimiento de la normativa, por ejemplo, en el marco de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental, la Comunidad Económica y Monetaria del África Central, la Comunidad Económica de Eurasia, la Unión Europea y la Organización de los Estados Americanos.

29. Además de hacer cumplir las normas de protección del consumidor, los Estados Miembros han tratado de mejorar el bienestar de los consumidores fortaleciendo el acceso de éstos a la solución de controversias y a la compensación, lo que debería considerarse en el contexto más amplio del derecho de los consumidores a acceder a la justicia.

D. Solución de controversias y compensación

30. Si se pretende que los derechos del consumidor sean eficaces, estos deben ser ejecutables, por lo que cabe esperar que por todo daño experimentado el consumidor reciba una compensación adecuada. Los consumidores también deberían tener la posibilidad de solucionar las controversias con las empresas de una manera ecuánime, asequible y ágil. En este sentido, son cada vez más los Estados Miembros que proporcionan o fomentan la solución extrajudicial o una resolución alternativa de las controversias, en particular la solución de controversias en línea, ya que es menos costosa, presenta menores retrasos o cargas indebidas en relación con el valor económico en cuestión o para la sociedad y las empresas. Se trata de un aspecto muy importante en los casos transfronterizos, en los que el acceso al sistema local de solución de controversias y compensación puede ser menos eficaz. Sin embargo, la solución de controversias en línea es un sistema que aún no está muy extendido. Según Consumers International, el 56 % de sus organizaciones miembros afirman que los proveedores de servicios digitales de su país no disponen de un sistema de solución de controversias en línea ni están obligados a tenerlo³⁸. En el Mapa Mundial de Protección del Consumidor se observa que el 60 % de los 63 Estados miembros que respondieron al cuestionario de la UNCTAD no ofrecen mecanismos transfronterizos de solución de controversias.

31. Los mecanismos privados de solución de controversias en línea suelen ser objeto de supervisión pública, ya que los consumidores pueden ser engañados con mayor facilidad en lo que respecta a sus derechos procesales y sustantivos, lo que es indicativo de que los organismos garantes están obligados a implicarse hasta un cierto punto³⁹. Sin embargo, sigue sin estar claro el grado en que se debería exigir legalmente a las plataformas que desempeñen un papel en la solución de las controversias por operaciones realizadas a través de sus canales⁴⁰. La ejecutabilidad de las decisiones que emanan de un mecanismo de solución de controversias en línea, en particular de las controversias transfronterizas, sigue siendo un problema en todas las jurisdicciones y depende principalmente de la buena voluntad de las empresas. Los mecanismos de devolución de cargos y de contrato de depósito de las plataformas de servicios financieros podrían ser muy eficaces si se extendieran a los resultados de la solución de controversias⁴¹. En la actualidad, se dispone de escasa información sobre el nivel de participación del sector privado en la solución de controversias en línea y sobre la eficacia de esos mecanismos⁴².

³⁸ Consumers International, 2017, World Consumer Rights Day briefing: Redress – building a digital world consumers can trust.

³⁹ TD/B/C.I/CPLP/11.

⁴⁰ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2019.

⁴¹ Y Yu y M Shen, 2015, Consumer protection as the ‘open sesame’ that allows Alibaba to crush the forty thieves, *Journal of Antitrust Enforcement*, 3(supplement 1):228–241.

⁴² Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2017.

32. Para hacer frente a los retos que plantea la economía digital a los consumidores es esencial complementar un marco jurídico e institucional sólido incorporando el empoderamiento de los consumidores, la orientación empresarial y la solución de controversias y la compensación con una aplicación efectiva de la normativa. Otra esfera de política igualmente importante es la del derecho y la política de defensa de la competencia.

IV. Competencia efectiva en los mercados digitales

33. Los mercados digitales son mercados multilaterales que se caracterizan por las economías de escala y de alcance, unos niveles ingentes de reunión, almacenamiento, procesamiento y utilización de datos y los efectos de red impulsados por los datos⁴³. Las principales plataformas en línea ofrecen una variedad de servicios, que van desde los servicios de correo electrónico hasta el intercambio de vídeos. Estos mercados, junto con la inercia de los consumidores y los costos que supone el cambio a otro mercado, pueden surtir el efecto de que consumidor se convierta en un cliente cautivo. El resultado es que crean grandes barreras de entrada en el mercado que afectan a la dinámica de la competencia en la economía digital. Los mercados digitales están actualmente muy concentrados y la promoción de la competencia supone todo un reto para las autoridades de defensa de la competencia. No obstante, es posible conseguirlo, pero para ello se requiere que las autoridades competentes en primer lugar reconozcan que las plataformas digitales plantean problemas de competencia y luego utilicen los medios adecuados para solventarlos.

34. Las plataformas dominantes se han convertido en los agentes que deciden quien puede o no puede acceder a ciertos mercados digitales (*gatekeepers*). Las plataformas que se comportan como *gatekeepers* son las que establecen las reglas del juego para el acceso al mercado o las que regulan las interacciones entre los consumidores, los usuarios comerciales y los prestatarios de servicios⁴⁴. El hecho de ser una plataforma de este tipo les confiere un poder de mercado especial. Por ejemplo, Amazon, en cuanto centro comercial digital que establece las normas para los comerciantes que venden en su plataforma y que proporciona un canal para que los consumidores puedan adquirir los productos que buscan, se ha convertido en indispensable para muchas pequeñas y medianas empresas si su objetivo es mantenerse en el comercio electrónico. Amazon posee una gran cantidad de datos, incluida información de ventas, sobre los comerciantes de su plataforma y, con el tiempo, comenzó a utilizar esta información comercial para desarrollar sus propios productos, convirtiéndose así tanto en el explotante de la plataforma como en un competidor de las empresas que utilizan su plataforma⁴⁵. Esas actividades han suscitado motivos de preocupación por la situación de la competencia en los mercados digitales.

35. El poder de mercado de las principales plataformas digitales afecta a la estructura del mercado en la economía digital. Las pequeñas empresas innovadoras luchan por acceder y sobrevivir en los mercados digitales dominados por las grandes empresas tecnológicas. Incluso si llegan al mercado, las jóvenes empresas innovadoras enseguida deben afrontar la presión de la competencia y pueden acabar siendo compradas por las plataformas dominantes. Así, por ejemplo, hasta enero de 2020, Google ha adquirido 212 sociedades mercantiles, operaciones que han tenido un valor superior a los 19.000 millones de dólares⁴⁶.

A. Marco jurídico y marco de política

36. Las características de los nuevos modelos de negocio de las plataformas digitales y la forma de operar de esas empresas han trastocado muchos conceptos básicos del derecho de la competencia, por lo que la legislación en esta materia ha tenido que adaptarse a estos

⁴³ TD/B/C.I/CLP/54.

⁴⁴ Véase <https://www.debrauw.com/wp-content/uploads/2019/07/CompNewsletter10-2019-new-vs02-002.pdf>.

⁴⁵ L. Khan, 2017, Amazon's antitrust paradox, *The Yale Law Journal*, vol. 126, núm. 3, págs. 564 a 907.

⁴⁶ Véase <https://acquiredby.co/google-acquisitions/>.

nuevos modelos. Por ejemplo, Alemania reformó su ley de defensa de la competencia en 2018 para incorporar las nuevas características de los mercados digitales e introdujo una nueva disposición en la que se reconoce que los productos o servicios gratuitos brindados por las plataformas forman parte del mercado⁴⁷. Algunas jurisdicciones han optado por adoptar directrices. Así, por ejemplo, en 2019 la Comisión de Comercio y Competencia del Japón publicó unas directrices sobre el uso abusivo de una capacidad de posición negociadora superior en las operaciones entre explotantes de plataformas digitales y los consumidores que proporcionan información personal, en las que se define los tipos de conducta de un explotante de una plataforma digital, en relación con la adquisición de información personal o el uso de la información personal adquirida, que constituyen el abuso de un poder de negociación superior que se contempla en la Ley Antimonopolio⁴⁸. El organismo de defensa de la competencia de Kenya ha revisado sus directrices sobre la definición del mercado relevante a fin de incluir definiciones para los mercados multilaterales, donde la competencia no guarda relación con los precios y digitales⁴⁹.

37. Cada vez es más extenso el reconocimiento de que la adquisición de *startups* prometedoras por alguna de las plataformas digitales dominantes puede contribuir a la eliminación de una futura competencia. Por ello, es importante facultar a las autoridades de defensa de la competencia para que fiscalicen esas adquisiciones mediante la reforma de los regímenes de control de las fusiones. El objeto de esas transacciones suele ser acceder a más datos para reforzar la posición de mercado de la plataforma dominante y eliminar a los posibles rivales, además de tener repercusiones en la privacidad de los datos. Así, por ejemplo, tras la adquisición de Instagram en 2012 y de Whatsapp en 2014, es posible que Facebook tenga previsto integrar la infraestructura técnica que utilizan ambas aplicaciones con la de su servicio de mensajería, a fin de crear una plataforma de mensajería única y unificada. Esto no solo eliminaría la competencia entre las tres plataformas, sino que además permitiría a Facebook desbloquear cantidades significativas de datos de usuarios almacenados en cada plataforma⁵⁰.

38. El análisis de las fusiones debe tener en cuenta aspectos específicos de las plataformas digitales, como el acceso y el control de los datos y la medida en que los activos de datos confieren poder de mercado a las plataformas digitales, establecen barreras a la entrada de nuevas empresas y afectan a la estructura del mercado, al futuro de la competencia y la innovación. Al realizar un examen de las fusiones, las autoridades regionales de la competencia son las que están en mejores condiciones de examinar las fusiones digitales que afectan a mercados más extensos. Los acuerdos comerciales o marcos de cooperación regionales pueden utilizarse para elaborar normas regionales de competencia y establecer una autoridad regional de la competencia, cuya primera labor podría ser el control de las fusiones a nivel regional, como hace, por ejemplo, la Comisión de la Competencia del Mercado Común del África Oriental y Meridional. Esta podría ser una forma más eficaz de hacer frente a las fusiones digitales, en particular en los países en desarrollo, en los que la mayoría de las plataformas no tienen presencia física.

B. Aplicación de la normativa

39. Los instrumentos de aplicación del derecho de la competencia existentes deben adaptarse a las nuevas realidades comerciales de las plataformas digitales. Las plataformas digitales ofrecen mercados de precio cero en un lado de la plataforma, que se financian con los ingresos por publicidad generados en el otro lado. El mercado relevante ya no puede determinarse en función de los precios o de los productos y servicios sustitutos. Además, las plataformas digitales tienen nuevas formas de ejercer su poder de mercado, como el poder de permitir el acceso al mercado, el poder de intermediación y el de provocar cuellos de botella. El abuso en los mercados “vecinos” o “conexos” es otra práctica común en los mercados digitales, en virtud de la cual una plataforma digital que es dominante en una

⁴⁷ Véase https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0024, art. 18, párr. 2a.

⁴⁸ Véase <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/December/191217DPconsumerGL.pdf>.

⁴⁹ Véase [https://cak.go.ke/sites/default/files/Guidelines %20on %20Relevant %20Market %20Definition %20\(1\).pdf](https://cak.go.ke/sites/default/files/Guidelines%20on%20Relevant%20Market%20Definition%20(1).pdf).

⁵⁰ Véase <https://www.wired.co.uk/article/facebook-whatsapp-merger>.

actividad comercial utiliza, en otro segmento, el poder de mercado que ejerce en el primero. Por ejemplo, la Comisión Europea, en una investigación antimonopolio, llegó a la conclusión de que Google había aprovechado su dominio en el mercado de motores de búsqueda en Internet en el mercado de comparación de compras al dar a un producto distinto de Google una ventaja ilícita en el segundo mercado, abusando así de su dominio en el primero⁵¹. Los garantes de la competencia deben tener en cuenta esos aspectos de los mercados digitales en su análisis del abuso de la posición dominante, centrándose más en las relaciones competitivas y las estrategias comerciales en esos mercados que solamente en las definiciones y las cuotas de mercado.

40. Los mercados digitales evolucionan rápidamente y, por lo tanto, la aplicación del derecho de la competencia debe ser más audaz y ágil. Sin embargo, para ello se requieren algunos cambios en la situación actual. En primer lugar, es necesario reducir el nivel de la carga de la prueba y revertir la carga de la prueba en las investigaciones relacionadas con la competencia. Por ejemplo, en los mercados digitales altamente concentrados con fuertes efectos de red y elevadas barreras de entrada, puede ser preferible no permitir tipos de conducta o fusiones propuestas que sean potencialmente anticompetitivas e imponer la carga de la prueba para demostrar que la plataforma dominante observa la competencia⁵². En segundo lugar, las eficiencias de las fusiones no deben presuponerse sino demostrarse mediante pruebas justificativas sólidas que demuestren la especificidad y verificabilidad de la fusión por las partes, que tienen un mayor conocimiento y un mejor acceso a la información pertinente⁵³. En lo que respecta a los mercados de precio cero, la evaluación de los efectos de la competencia debe incorporar factores dinámicos distintos del precio, como la calidad, las posibilidades de elección, la privacidad, la innovación y la competencia futura. En tercer lugar, es necesario utilizar con mayor frecuencia las medidas provisionales para paliar los daños resultantes de la práctica anticompetitiva objeto de la investigación.

41. Es necesario que en las prácticas de las plataformas digitales figuren tanto la competencia como la protección del consumidor, porque los consumidores y su comportamiento y datos tienen consecuencias para esas empresas. Las prácticas de las plataformas, a su vez, afectan el comportamiento y el bienestar de los consumidores. Por consiguiente, la aplicación del derecho de la competencia en los mercados digitales impulsados por datos debe tener en cuenta la inquietud que suscita la conducta de las plataformas en cuanto a la protección del consumidor y la protección de datos⁵⁴. Por ejemplo, en una decisión adoptada por la Oficina Federal de Cárteles de Alemania en febrero de 2019 quedó demostrado el vínculo entre las infracciones de las normas de defensa de la competencia y la protección de datos; la Oficina decidió restringir la recopilación y el procesamiento de datos de los usuarios que llevaba a cabo Facebook y prohibió a la empresa combinar datos de los usuarios procedentes de diferentes fuentes. Una de las teorías en relación con el daño en este caso era el daño vertical resultante de una conducta que imponía condiciones comerciales injustas a los usuarios, que perdían el control de sus datos y no podían decidir libremente cómo utilizarlos, es decir, la recopilación y el procesamiento de los datos de los usuarios sin su consentimiento. La Oficina categorizó el caso como uno donde concurrían condiciones comerciales abusivas y fundamentó su decisión en los principios de protección de datos enunciados, no solo en la legislación de Alemania, sino también en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. La Oficina aplicó los principios de protección de datos en su evaluación de los términos y condiciones de Facebook. De conformidad con la legislación de protección de datos de Alemania, los usuarios deben poder decidir libremente y sin coacción cómo se utilizan sus datos personales. La decisión fue anulada por un tribunal

⁵¹ Véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_1785.

⁵² J Crémer, Y-A de Montjoye y H Schweitzer, 2019, *Competition Policy for the Digital Era* (Unión Europea, Luxemburgo).

⁵³ Stigler Centre Committee on Digital Platforms, 2019, Final report; disponible en <https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single-events/antitrust-competition-conference/digital-platforms-committee>.

⁵⁴ E Gökçe Dessemond, 2019, Restoring competition in “winner-took-all” digital platform markets, Research Paper No. 40, UNCTAD.

superior regional⁵⁵. Sin embargo, el Tribunal Federal de Justicia confirmó la decisión tomada por la Oficina Federal de Cárteles⁵⁶.

C. Regulación

42. En octubre de 2019, la Comisión de Comercio y Competencia del Japón publicó un informe sobre las plataformas digitales basado en una encuesta de investigación realizada en febrero-marzo de 2019, en el que se examina la naturaleza de las transacciones de empresa a empresa (B2B) entre centros comerciales digitales y vendedores y entre las tiendas de aplicaciones y los desarrolladores de aplicaciones (véase el recuadro).

Informe de la Comisión de Comercio y Competencia del Japón: Prácticas anticompetitivas de las plataformas en línea

El informe se centra en cuestiones relacionadas con la competencia, en concreto en lo referente a las prácticas comerciales de las principales plataformas con los vendedores que utilizan sus plataformas y pone en punto de mira en una serie de ellas que podrían infringir la Ley de Defensa de la Competencia, como las siguientes:

a) Las plataformas digitales con una posición negociadora superior colocan injustificadamente en una situación de desventaja a las empresas usuarias con arreglo a las prácticas comerciales normales (por ejemplo, una revisión unilateral de los contratos con los vendedores en el centro comercial digital): este hecho puede constituir un abuso de una posición negociadora superior;

b) Las plataformas digitales se injieren injustamente en las transacciones entre otras plataformas digitales y los vendedores y/o consumidores (por ejemplo, las tiendas de aplicaciones que impiden que los consumidores descarguen aplicaciones de sus competidores): esto puede considerarse una injerencia en las transacciones de un competidor;

c) Las plataformas digitales que tienen la doble función de explotar el centro comercial digital y de vender sus propias marcas en él, compitiendo así con los vendedores independientes, utilizan los datos de las transacciones de estos últimos o manipulan arbitrariamente los algoritmos de búsqueda: esta conducta puede considerarse una injerencia en las transacciones de un competidor;

d) Las tiendas de aplicaciones obligan injustificadamente a los desarrolladores de aplicaciones a adoptar un método de pago incorporado dentro de la propia aplicación y no aceptan ninguna otra opción de pago para poder cobrar las comisiones de tramitación a los desarrolladores: esta conducta puede considerarse que impone condiciones restrictivas al comercio.

Fuente: Comisión de Comercio y Competencia del Japón, 2019, Report regarding trade practices on digital platforms, Press release, 31 de octubre; disponible en <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/October/191031.html>.

43. Esas constataciones son indicativas de la necesidad de regular las conductas de las plataformas digitales que puedan calificarse de práctica comercial desleal o de abuso de una posición negociadora superior⁵⁷. Las leyes de defensa de la competencia del Japón y la República de Corea incluyen disposiciones de ese tipo, que sirven para proteger los intereses de las empresas más pequeñas en sus relaciones contractuales con las grandes⁵⁸. Esas disposiciones pueden corregir los desequilibrios de poder en la relación comercial

⁵⁵ Véase <https://techcrunch.com/2019/08/26/facebook-succeeds-in-blocking-german-fcos-privacy-minded-order-against-combining-user-data/>.

⁵⁶ Véase <https://www.nytimes.com/2020/06/23/technology/facebook-antitrust-germany.html>.

⁵⁷ Gökçe Dessemond, 2019.

⁵⁸ TD/RBP/CONF.8/6.

entre las grandes plataformas y los comerciantes que utilizan esas plataformas, contribuyendo así a lograr que impere la igualdad de condiciones en los mercados digitales.

44. La aplicación del derecho de la competencia no puede abordar todas las cuestiones problemáticas ocasionadas por las prácticas de las plataformas digitales y, por tanto, debe complementarse con una adecuada regulación *ex ante*. En dos informes se sugiere que únicamente de centrarse en la aplicación y el cumplimiento del derecho de la competencia no es suficiente para solventar los problemas que plantean las plataformas digitales para la defensa de la competencia⁵⁹. El estudio más reciente en el que se destaca la necesidad de regular es un estudio de mercado que llevó a cabo la Autoridad de la Competencia y de los Mercados del Reino Unido al objeto de comprender cómo funcionaban las principales plataformas, los factores que impulsaban su dominio del mercado y sus consecuencias para la competencia, los consumidores y las empresas que utilizan sus servicios. En un informe provisional, la Autoridad declaró que “había argumentos solventes para elaborar un régimen regulador favorable a la competencia para regular las actividades de las plataformas digitales financiadas con publicidad digital”⁶⁰.

45. El debate mundial sobre la forma de abordar los problemas relacionados con la competencia y la protección del consumidor que plantean las plataformas digitales parece estar haciendo hincapié en la adopción de una regulación *ex ante* para restaurar la competencia y proteger a la competencia y a los consumidores. Algunas de esas regulaciones que favorecen la competencia incluyen normas que obligan a las plataformas digitales a garantizar a los consumidores la interoperabilidad, un acceso y unos estándares abiertos y la portabilidad de sus datos. Exigir a las plataformas dominantes que proporcionen acceso a los datos no personales de los usuarios podría ser una medida útil para facilitar nuevas entradas de empresas y restaurar la competencia en los mercados digitales. Aquellas regulaciones que contemplan la interoperabilidad y la portabilidad de los datos podrían facilitar las posibilidades de que los usuarios puedan cambiar de plataforma (*switching*) y de que también puedan utilizar simultáneamente más de una plataforma (*multihoming*). Por último, si se aplicasen normas y regulaciones particulares a las plataformas digitales con una situación de mercado estratégica⁶¹ se contribuiría a fortalecer la competencia en los mercados digitales.

V. El papel de la UNCTAD

46. La digitalización está permeando todos los sectores y en todo el mundo y no se detendrá. Por ello, las cuestiones problemáticas que plantean la economía digital necesitan ser abordadas con un enfoque global. Es posible que las iniciativas nacionales resulten insuficientes para abordar muchos de los aspectos preocupantes que presentan los mercados digitales, por lo que resulta necesario adoptar medidas a nivel internacional. Tanto el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas de las Naciones Unidas como las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor contienen disposiciones sobre la cooperación internacional. La UNCTAD, en su calidad de custodio de los dos documentos acordados internacionalmente, está bien situada para tomar la iniciativa en este debate. La UNCTAD brinda la mayor plataforma internacional para debatir cuestiones relativas a la defensa de la competencia y la protección del consumidor y para fomentar el consenso, por cuanto es la organizadora de los períodos de sesiones anuales del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia y del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la

⁵⁹ Stigler Centre Committee on Digital Platforms, 2019; Reino Unido, 2019, *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*; disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>.

⁶⁰ Véase <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>.

⁶¹ Reino Unido, 2019. Las plataformas digitales con un posicionamiento estratégico de mercado son plataformas dominantes con un alto grado de poder sobre la forma en que sus usuarios acceden a un mercado y con una posición de control sobre el acceso al mercado por parte de otras partes, por lo que muchas empresas pequeñas e independientes dependen de una plataforma de ese tipo para sobrevivir.

Protección del Consumidor, en cuyo seno se examinan los problemas y se buscan soluciones en sus respectivas esferas. La UNCTAD se esfuerza por promover la cooperación internacional tanto en materia de competencia como de protección del consumidor y lo hace en el marco de su amplio mandato en materia de comercio y desarrollo, lo que le permite formular a los Estados miembros recomendaciones bien fundamentadas y apoyar un enfoque holístico en la formulación de políticas. Además, la UNCTAD acoge en su seno a un grupo de debate sobre la cooperación internacional en materia de aplicación del derecho de la competencia y dos grupos de trabajo, uno sobre la protección del consumidor en el comercio electrónico y otro sobre la seguridad de los productos de consumo. El objetivo que los grupos tienen es apoyar las consultas internacionales y prestar asistencia a los organismos de defensa de la competencia y de protección del consumidor, en particular en los países en desarrollo. La UNCTAD también desarrolla actividades de cooperación técnica en los ámbitos de la competencia y la protección del consumidor en países en desarrollo y economías en transición⁶².

VI. Conclusión y recomendaciones de política

47. A fin de reforzar la protección del consumidor en Internet, es necesario revisar y ajustar la legislación vigente de protección del consumidor a los nuevos modelos de negocio de la economía digital, siempre y cuando sea necesario. A tal fin, los organismos de protección del consumidor deben conjugar las revisiones de la legislación con esfuerzos por empoderar a los consumidores, aumentar la consciencia de sus derechos y obligaciones y mejorar la alfabetización digital. Los organismos de protección del consumidor deben orientar a las empresas para garantizar que sus prácticas sean leales y transparentes y reforzar la capacidad sancionadora en los mercados digitales. Dado que las plataformas digitales operan de manera global, cada vez es más imperiosa la necesidad de profundizar en la cooperación internacional en el ámbito del comercio electrónico.

48. A fin de fortalecer la competencia en los mercados digitales, se necesitan marcos jurídicos que permitan adaptar los instrumentos de aplicación de la legislación de defensa de la competencia, a fin de hacer frente con eficacia a los monopolios digitales. Es crucial que la aplicación de la normativa contra las prácticas anticompetitivas en la economía digital sea rigurosa, a fin de garantizar la apertura de los mercados y que sean realmente mercado disputados. La regulación *ex ante* favorecedora de la competencia en el caso de las plataformas digitales dominantes puede considerarse una forma más eficaz de proteger la competencia en los mercados digitales. La cooperación entre los organismos de defensa de la competencia y protección del consumidor y los reguladores sectoriales es esencial para responder a los retos que plantea la economía digital mediante la adopción de un enfoque holístico. Es necesario que los regímenes de control de las fusiones faculten a las autoridades de defensa de la competencia para fiscalizar la adquisición por alguna plataforma dominante de empresas digitales más pequeñas y prometedoras. Las autoridades regionales de la competencia existentes son las que están en mejores condiciones de analizar las fusiones digitales que afectan a sus regiones.

49. Es necesario que en los mercados digitales reine una competencia libre, aunque leal, en particular cuando las pequeñas empresas tienen problemas en sus relaciones contractuales con las grandes plataformas. Las disposiciones del derecho de la competencia relativas a las prácticas comerciales desleales y al abuso de una posición negociadora superior podrían facultar a los organismos nacionales de defensa de la competencia para actuar contra esas prácticas. Este tipo de legislación sobre competencia leal podría ser más sencilla, práctica y eficaz para poder hacer frente a las prácticas comerciales abusivas que adoptan las grandes plataformas. Este aspecto reviste una importancia especial en el caso de los países en desarrollo, donde resulta difícil investigar las prácticas anticompetitivas de las grandes plataformas debido a la falta de una presencia física en esos países. Esa legislación también podría facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas locales a los mercados digitales tanto locales como mundiales y mejorar sus posibilidades de permanecer activas comercialmente.

⁶² TD/RBP/CONF.9/6.

50. A este respecto, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Protección del Consumidor constituye un foro internacional para el intercambio de experiencias y prácticas óptimas, en particular gracias a grupos de trabajo como el de protección del consumidor en el comercio electrónico y el de seguridad de los productos de consumo. En el marco del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, la UNCTAD constituyó un grupo de debate sobre la cooperación internacional para examinar las modalidades de facilitación de la cooperación internacional de conformidad con lo dispuesto en la sección F del Conjunto de las Naciones Unidas, y los Estados Miembros refrendaron las políticas y los procedimientos rectores resultantes en la aplicación de las medidas internacionales previstas en la sección F en su 18º período de sesiones.

51. Las recomendaciones de política para la protección efectiva del consumidor en Internet son las siguientes:

a) Asegurar que las leyes y políticas de protección al consumidor observen el principio de neutralidad tecnológica para permitir futuros avances tecnológicos;

b) Hacer cumplir los regímenes de responsabilidad jurídica y de obligaciones de las plataformas en caso de infracción de la legislación de protección del consumidor en función de su nivel de implicación en el suministro de bienes o prestación de servicios;

c) Proteger la privacidad de los consumidores conjugando mecanismos adecuados de control, seguridad, transparencia y consentimiento en lo relativo a la recopilación y utilización de datos personales;

d) Explotar las nuevas tecnologías para maximizar el impacto de los sistemas de alertas de retiradas de productos y abordar la cuestión de la distribución de productos peligrosos e inseguros, en particular si han sido retirados en otras jurisdicciones;

e) Diseñar campañas de educación e información para aumentar el grado de alfabetización digital entre los consumidores, integrando análisis sobre conductas para maximizar su impacto;

f) Otorgar a los organismos de protección del consumidor facultades de aplicación de la normativa que les permitan iniciar investigaciones en línea, imponer sanciones y cooperar en investigaciones transfronterizas;

g) Posibilitar que se dediquen los recursos necesarios para solventar las dificultades transfronterizas que plantea la protección del consumidor en la economía digital;

h) Seguir orientando a las empresas y fomentar los compromisos voluntarios para mejorar las prácticas comerciales y posibilitar un mayor nivel de bienestar de los consumidores digitales;

i) Alentar a las empresas a que creen un mecanismo de solución de controversias en línea para los consumidores, en particular las plataformas digitales.

52. Las recomendaciones de política para una protección efectiva del consumidor en Internet son las siguientes:

a) Adaptar los instrumentos de aplicación del derecho de la competencia a las plataformas digitales y sus modelos de negocio mediante la reforma de su legislación y regulación o la adopción de directrices que reconozcan como mercados los servicios y productos ofrecidos en Internet a precio cero, así como ciertas características de las plataformas digitales, como la multilateralidad, los efectos de red, las economías de escala, la función de los marco datos en el mantenimiento del poder de mercado y la explotación del poder de mercado en un segmento en otro segmento;

b) Reformar los regímenes de control de las fusiones para que las autoridades de defensa de la competencia puedan examinar la adquisición de nuevas empresas por plataformas dominantes, ya sea revisando los umbrales de notificación de las fusiones o atribuyendo la condición de mercado estratégico a las plataformas digitales dominantes y exigiéndoles que notifiquen a la autoridad de defensa de la competencia toda fusión o adquisición;

c) Adoptar nuevos reglamentos y/o directrices o utilizar la legislación vigente para actuar contra las prácticas comerciales desleales y los abusos de las posiciones superiores de negociación por parte de las grandes plataformas, a fin de promover la igualdad de condiciones y la competencia leal entre las grandes plataformas y las empresas más pequeñas que utilizan dichas plataformas;

d) Adoptar una regulación favorable a la competencia que exija que las plataformas, en particular las que tienen una condición estratégica en el mercado, contemplen la interoperabilidad, el acceso y estándares abiertos y la portabilidad de datos de los consumidores, a fin de facilitar que estos puedan cambiar de plataforma o utilizar simultáneamente varias y el acceso al mercado de nuevas empresas;

e) Adoptar normas para la neutralidad de las plataformas, exigiendo a las grandes plataformas que también oferten sus propios productos o servicios en sus plataformas para tratar a todas las empresas, incluidas las suyas, de manera neutral⁶³.

53. Tal vez podrían considerarse para su examen las siguientes cuestiones:

a) ¿Qué tipo de medidas legislativas, regulatorias y de política se necesitan para reforzar la competencia y la protección del consumidor en la economía digital?

b) ¿Qué se necesita para fortalecer las capacidades humanas en materia de aplicación del derecho de la competencia y protección del consumidor?

c) ¿Cómo puede contribuir la cooperación internacional a la superación de los desafíos que plantea la economía digital y cómo puede contribuir la UNCTAD a facilitar esa cooperación?

⁶³ EM Fox, 2019, Platforms, power and the antitrust challenge: A modest proposal to narrow the United States-Europe divide, *Nebraska Law Review*, 98(2):297-318.