

“China: Avances en

la regulación de plataformas digitales”

por Juan Martín Salvadores de Arzuaga¹

Resumen:

En el último tiempo, las plataformas digitales han sido objeto de estudio en el derecho antitrust comparado, y en particular objeto de investigación en varias jurisdicciones del mundo a raíz de determinadas prácticas abusivas que motivan la necesidad instrumentar nuevas normas y herramientas de control. El poder consolidado de estas plataformas, y su expansión hacia negocios complementarios o verticalmente integrados resulta en potenciales problemas competitivos, que se acrecientan a raíz del riesgo de colusión que nace de los intercambios de información sensible entre los principales actores de la cadena de valor. Este trabajo analiza la reciente regulación de la República Popular China para reducir los riesgos de la economía de plataformas con el objeto de salvaguardar los intereses legítimos de todas las partes involucradas en su cadena de valor y la necesidad de adaptar las regulaciones a nivel global para establecer normas que se ajusten a las necesidades actuales.

DECONOMI

Estos últimos años se ha visto la proliferación de las plataformas digitales de la mano del desarrollo de las tecnologías digitales. La pandemia de Covid-19 ha impulsado aún más el crecimiento de la economía digital, provocando un cambio en los hábitos de consumo y la migración masiva hacia

¹ Abogado Universidad del Salvador (2011), Magíster (LLM) en Derecho de los Negocios, Université Paris 1 – Pantheon Sorbone (2012, Máster (LLM) en Derecho Corporativo, Universidad de Maastricht Países Bajos. Agradezco la colaboración del colega Federico A. Volujewicz en la elaboración del presente artículo.

el consumo de servicios por internet y la compra remota de productos de todo tipo².

Es difícil, si no es tarea imposible, encontrar hoy en día una empresa que no haya transitado una transformación digital o que no se encuentre planificando una transformación o expansión hacia el mercado digital alimentando aún más la oferta o demanda del mercado digital. Esta transformación, no sólo produce eficiencias operativas, sino que también reduce costos de transacción al facilitar la interacción y eliminar intermediarios.

Estas plataformas se consideran de dos-lados o multi-lados en el sentido que permiten la interacción entre usuarios ubicados en diferentes extremos de una transacción determinada. Este proceso de intermediación sin duda que puede reducir los costos de búsqueda para ambas partes y mejorar la coincidencia facilitando el intercambio de bienes y servicios³. En principio, debido a los efectos de red directos⁴ e indirectos⁵, más usuarios estarán dispuestos a participar y se promoverá la entrada de jugadores, estimulando la innovación y generando oportunidades de negocio para las pymes. Sin embargo, en la mayoría de los segmentos de la economía digital, un número limitado de empresas exitosas ha crecido a un tamaño considerable y ha podido consolidar su participación en el mercado, dejando solo un espacio limitado para pequeños jugadores⁶.

DECONOMI

² Distintos reportes ubican el aumento global del tráfico de internet en el año 2020 por encima del 50% respecto del año anterior y el año 2021 aún experimenta un crecimiento explosivo. Argentina no es la excepción, información provista por CABASE revela que la entidad registró una suba del 50% en el uso de datos en internet hogareña, 70% en servicios móviles de voz y 30% en datos móviles durante el año 2020.

³ Rysman Marc, “The Economics of Two-Sided Markets, Journal of Economic Perspectives” – V.23, N. 3, 2009, p. 125-143; OECD, “Two sided-markets” (2009); DOJ, “Roundtable on Two-Sided Markets” (2009); OECD, “The Digital Economy” (2012); OECD, “Competition and the Digital Economy” (2019).

⁴ Un caso típico de efecto de red en este contexto es el de las redes sociales, como Facebook o Instagram, que se vuelven más atractivas en la medida que más usuarios las utilizan.

⁵ Estos efectos aparecen cuando distintas categorías de usuarios conviven en una misma plataforma, por ejemplo, un grupo de vendedores y un grupo de compradores. La utilidad de la red para los usuarios de un lado del mercado aumenta con el número de usuarios del otro lado, como es el caso de Mercado Libre, Uber o Airbnb.

⁶ Ciertas características de los mercados digitales, como los efectos de red, los costos de sustitución, las ventajas auto-reforzadas de los datos y las economías de escala, los hacen propensos a una economía para los ganadores (winner-takes-all), migrando del modelo donde el proceso competitivo se desarrolla en el mercado, hacia una competencia por el mercado en si mismo. Investigation of Competition in Digital Markets, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, Majority Staff Report, p. 37-38 (USA 2020).

Durante los últimos años, la doctrina ha advertido sobre los riesgos asociados al poder consolidado de este tipo de plataformas y la necesidad de instrumentar nuevas normas y herramientas de control⁷. Dicho riesgo se ha venido exacerbando como resultado de la expansión de las plataformas hacia negocios complementarios o verticalmente integrados. Tal es así, que las plataformas digitales se han salido de su rol de intermediación tradicional, para ofrecer servicios de medios de pago, financiación, entrega, llegando incluso a comercializar en competencia los mismos productos ofrecidos por sus propios usuarios⁸.

La competencia del titular de la plataforma con otros vendedores dentro de la propia plataforma es un problema cada vez más recurrente, debido a que se confunden los límites de la relación vertical con la competencia natural que existe entre proveedores de productos involucrados y sustitutos. El intercambio y acceso a información sensible del competidor, el condicionamiento de ventas y otras cuestiones comerciales dentro de la plataforma, y la aplicación de comisiones por ventas o servicios complementarios podría resultar en desequilibrios competitivos⁹.

En efecto, si bien el acceso a los datos del vendedor y/o consumidor puede ayudar a la plataforma a mejorar la calidad de los servicios y alinear la oferta de productos con las necesidades del consumidor, también puede utilizarse para favorecer productos de la propia plataforma, reconocer con más precisión los gustos y preferencias del consumidor utilizando información de ventas de terceros o visitas de usuario para adecuar la oferta propia o dirigirla a clientes determinados.

⁷ OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms” (2018); EU Commission, “Competition Policy for the Digital Era Report” (2019); Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, “Investigation of Competition in Digital Markets”, Majority Staff Report (USA 2020).

⁸ Este es el caso de Amazon y Mercado Libre.

⁹ En un comunicado reciente, la Comisión Europea anunció que “los consumidores europeos compran cada vez más en línea. El comercio electrónico ha impulsado la competencia minorista y ha brindado más opciones y mejores precios. Necesitamos asegurarnos de que las grandes plataformas en línea no eliminen estos beneficios mediante un comportamiento anticompetitivo. Por lo tanto, se ha decidido analizar muy de cerca las prácticas comerciales de Amazon y su doble función como mercado y minorista, para evaluar su cumplimiento de la regla de competencia de la UE.” (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_19_4291). El uso de datos de Amazon ya ha sido objeto de una multa por €887 millones (2021).

Los cambios en los patrones de compra y visita de productos, las modificaciones en el precio o la oferta de competidores, la disponibilidad o falta de stock y otra información sensible se hace conocida para el operador de la plataforma de manera inmediata, permitiendo adecuar su conducta según las necesidades a fin de maximizar sus propias ventas. También la preferencia en el sistema de búsquedas, las limitaciones en la publicación por parte de los competidores, la manipulación del sistema de información, imposición de servicios complementarios, cobro de comisiones excesivas, retención de lo abonado por el consumidor, y otras prácticas de la plataforma puede resultar perjudiciales para la competencia.

Sin embargo, los problemas competitivos no terminan aquí. La creciente interdependencia de plataformas y la presencia recíproca de usuarios en plataformas de terceros y viceversa acrecienta también los riesgos de coordinación como resultado del intercambio recíproco de información.

Todos estos problemas demuestran que no es casual el estallido de investigaciones antitrust contra los principales gigantes tecnológicos en todo el mundo¹⁰.

I. LAS DIRECTRICES ANTIMONOPOLIO PARA LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

Es paradójico que a pesar de los diversos riesgos asociados a la tecnología y la economía de plataformas no haya hasta el momento normas y regulaciones específicas para tratar esta problemática¹¹.

¹⁰ Entre ellas, la investigación llevada a cabo en USA y EU contra Google por el abuso en la comparación de precios de productos, que resultó en una multa impuesta por la Comisión Europea por €2.42 billones (2017), además Google ha sido objeto de investigación en varias jurisdicciones en relación a su política de exclusividad, uso de cookies, Google Ads, uso de datos de usuarios y publicidad. Alibaba también fue recientemente objeto de una multa por la imposición de condiciones de exclusividad sobre su sitio que ascendió a u\$d 2.8 billones. Amazon también ha sido objeto de diversas investigaciones, una de ellas recientemente cerrada tras llegar aun acuerdo con la Agencia Alemana por el uso de información de terceros y la imposición de condiciones abusivas en su sitio de ventas (2019); Apple, Microsoft y Facebook también forman parte de la larga lista de empresas de tecnología penalizadas y bajo continua investigación por conductas anticompetitivas.

¹¹ Mucho ha escrito la doctrina sobre los problemas asociados a la economía de plataformas y los riesgos vinculados al uso e intercambio de información sensible. También son muchos los talleres, audiencias e informes sobre esto. Sin embargo, hasta el momento no hay normas de relevancia en el derecho argentino ni en el derecho comparado que aporten respuestas sólidas. La UE publicó el pasado diciembre de 2020 la propuesta de un paquete legislativo vinculados a mercados digitales que aún no se encuentra aprobado. Lo mismo en el caso de USA a pesar de diversos reportes del Congreso, DOJ y FTC. Cabe notar, sin embargo,

En este contexto, la República Popular de China se convirtió en una de las primeras en fijar normas específicas en materia de defensa de la competencia para reducir los riesgos de la economía de plataformas, publicando las Directrices Antimonopolio para la Economía de Plataformas el pasado 7 de febrero de 2021 (las “Directrices”), como parte de un proceso gradual de regulación del sector, que comenzó con la Ley de Comercio Electrónico (2019), la modificación a la Ley de Competencia Desleal (2019) y las Medidas para la Supervisión y Administración de Transacciones en Línea (2021).

Sin ánimo de entrar en polémicas sobre las motivaciones políticas del lanzamiento de las Directrices¹², todo parece sugerir que la autoridad de competencia de China, es decir, la Administración Estatal de Regulación del Mercado (SAMR por su acrónimo en inglés), está decidida a adoptar una postura más dura en relación con la economía digital.

Entre los principios rectores de las Directrices, se destaca salvaguardar los intereses legítimos de todas las partes involucradas en el mercado de plataformas: preservar la competencia, haciendo un uso completo de la economía de plataforma para promover la optimización de la asignación de recursos, el progreso tecnológico y el alcance de eficiencias; compartir los logros de la tecnología de plataforma y propender al crecimiento económico, realizando una simbiosis armoniosa hacia el desarrollo saludable de las economías vinculadas a las plataformas en su conjunto.

II. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LAS DIRECTRICES

las regulaciones implementadas por Alemania y el Reino Unido. Donde este último, lanzó una Unidad de Mercados Digitales dentro de la propia agencia. En la región los avances también son pocos, pudiendo sólo mencionar el caso de Brasil, donde CADE lanzó a finales de 2020 un estudio general sobre mercados digitales; y Chile con la modificación de 2021 a la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, introducida por la FNE y sometida recientemente a consulta pública, y el Instructivo sobre Pre-Notificaciones de Operaciones de Concentración, que trata en forma individual las plataformas y mercados digitales.

¹² Algunos destacan que el paquete de medidas es parte de la ofensiva del Estado Chino por controlar sectores considerados críticos como el Comercio Digital, Telecomunicaciones y Redes Sociales, Propiedad Intelectual y la Educación. Como es el caso de empresas como AntGroup (Alibaba), Tencent (Apps, Media, Gaming, Banking, WeChat), Didi (Transporte Privado de Pasajeros), Sina (Weibo), Byte Dance (Tik-Tok), TAL Education y New Oriental Education. Estas últimas experimentaron una caída de sus acciones del 70% y 54% con el crack de la bolsa China el pasado julio 2021 como resultado de las nuevas medidas sobre plataformas digitales de educación.

1. DEFINICIÓN DE MERCADO

Las Directrices definen a las plataformas de internet como la forma de organización empresarial que utiliza tecnología de la información de red para permitir que entidades bilaterales o multilaterales mutuamente dependientes interactúen según las reglas proporcionadas por un operador específico para crear valor. Reconoce además que mientras operan la plataforma, sus titulares también pueden ofrecer bienes directamente a través de la misma.

A diferencia de su borrador inicial, el cual sugería que la definición de mercado podría mantenerse abierta para ciertas conductas anticompetitivas y el control de concentraciones; el texto definitivo de las Directrices mantiene una posición más conservadora al requerir una definición de mercado de acuerdo a los principios generales de defensa de la competencia, haciendo hincapié en las características del producto y los gustos y preferencias de los consumidores. Además, proporciona algunos indicadores para determinar la cuota de mercado de las plataformas, como la facturación de la plataforma, el número de transacciones, tipo de las ventas, el número de usuarios activos, los clics realizados por usuarios, la duración del uso o permanencia en la plataforma, etc.

En consecuencia, el ensayo del monopolista hipotético (SSNIP test)¹³ continuará siendo una herramienta fundamental a la hora de definir el mercado relevante. La cuestión de cómo aplicar la prueba del monopolista hipotético en un mercado de dos lados surgió por primera vez en Estados Unidos v. First Data Corp¹⁴, donde el DOJ impugnó la adquisición de Concord EFS por parte de First Data al considerar que resultaría en la combinación de las dos principales redes de débito con PIN (STAR y NYCE). El DOK entendió que el débito con PIN es un método de pago electrónico en el que el titular de una tarjeta de débito ingresa un número de identificación personal (PIN) para autorizar a su banco emisor a

¹³ El “Small But Significant Non Transitory Increase in Price” (SSNIP) test, se pregunta si un monopolista hipotético en búsqueda de maximización de ganancias, y no sujeto a la regulación de precios específica, podría imponer al menos un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en sus precios, sin perder utilidades a costa de un sustituto cercano, en un área geográfica determinada. Comisión Europea (1992) Nestlé/Perrier, 92/ 553 /CEE.

¹⁴ United States v. First Data Corp. and Concord EFS, Inc., No. 03-CV-02169 (D.D.C.2003), disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/cases/firsto.htm>

debitar fondos de la cuenta bancaria del titular de la tarjeta para completar una compra. Como el mercado de las tarjetas de crédito, este es un mercado de dos lados, donde los comerciantes valoran más una marca de débito, cuanto más llevan los titulares de tarjetas la tarjeta; y los titulares de tarjetas de débito valoran más una marca de débito cuanto más la aceptan los comerciantes.

A fin de analizar la sustitución de la demanda las Directrices resaltan la función de la plataforma, los modelos comerciales, los escenarios de aplicación, los grupos de usuarios, los agentes que intervienen a nivel bilateral o multilateral, entre otros factores. Respecto de la sustitución de la oferta, resalta factores como la factibilidad de la entrada al mercado, las barreras técnicas, los efectos de red, los efectos de bloqueo, los costos de transferencia y la competencia transfronteriza.

Finalmente, las Directrices reconocen que mercados separados dentro una plataforma pueden identificarse teniendo en cuenta la relación que existe dentro de la plataforma (por ejemplo, un mercado de publicidad en línea en un lado de la plataforma y un mercado de servicios de redes sociales en el otro), pero cuando los efectos de red cruzados son suficientemente fuertes para ejercer restricciones competitivas en ambos extremos de la plataforma, un mercado general puede definirse (por ejemplo, una plataforma de compras en línea). Este último enfoque se hace eco de la decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso Amex, que sostuvo que, al analizar las plataformas de transacciones bilaterales, era importante tener en cuenta los efectos en ambos lados de la plataforma (es decir, para la plataforma en general)¹⁵.

2. ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS Y CONDUCTAS CONCERTADAS

Las Directrices reconocen un problema de antaño, que además de los acuerdos expresos o tácitos que pudieran existir entre competidores, los mercados de tecnología pueden conducir hacia comportamientos coordinados a través del intercambio de datos, uso de algoritmos, reglas y condiciones de plataforma que exceden el mero comportamiento paralelo como el seguimiento

¹⁵ Supreme Court of the United States, “Ohio et al. v. American Express Co. et al.”, FTC-2018-0050 disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf.

de precios por parte de los operadores relevantes basados en expresiones independientes de intención¹⁶.

Entre los distintos tipos de acuerdo, las Directrices distinguen entre acuerdos horizontales cuyo objeto podría ser de fijar precios, segmentar el mercado, restringir la producción (ventas), restringir el desarrollo de nuevas tecnologías (productos) y boicotear las transacciones de terceros; y los acuerdos verticales, como el caso de la fijación de precios mínimos o precios de reventa.

A su vez, las Directrices reconocen entre otras cuestiones el riesgo de la plataforma de convertirse en instrumental para un cartel de tipo “hub-and-spoke” mediante el uso de métodos tecnológicos, reglas de plataforma, datos o algoritmos. Si bien las Directrices no especifican si las plataformas pueden ser consideradas responsables como facilitadoras de un cártel de este tipo, las enmiendas propuestas a la Ley Anti-Monopolio (LAM) responsabilizan explícitamente a los facilitadores de los acuerdos anticompetitivos con el objeto de eliminar y restringir la competencia relevante del mercado¹⁷.

3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

A fin de determinar la posición dominante de un operador de plataformas, las Directrices reconocen algunos factores relevantes, como el estado de desarrollo del mercado de la plataforma, el número y la participación de mercado de los competidores existentes, las características de la competencia de la plataforma, el grado de diferenciación, las economías de

¹⁶ En este punto, la Directriz es consistente con el derecho comparado al sostener que el seguimiento de precios y otros tipos de conductas paralelas no constituyen actos competitivos en sí mismos, aunque podría constituir prueba de otro tipo de conductas concertadas. Así fue el caso “Trodat Limited /GB Eye Limited” (2018), No. 50223, donde la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido descubrió que se utilizó software de algoritmos paralelos para facilitar un acuerdo colusorio previo, ya que habría sido logísticamente inviable que las partes involucradas siguieran a diario manualmente los precios de su rival de manera efectiva. Disponible en <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf>.

¹⁷ Global Competition Review (2021), Asia-Pacific column. Disponible en <https://globalcompetitionreview.com/review/the-asia-pacific-antitrust-review/2021/article/china-overview>; ver también “Proposed Amendments to China’s Anti-Monopoly Law: What are the Changes and What to Expect?” Fay Zhou, Arthur Peng, Vivian Cao, Xi Liao (2020). Disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/proposed-amendments-to-chinas-anti-monopoly-law-what-are-the-changes-and-what-to-expect/>

escala, la situación de los competidores potenciales, grado de dificultad para ingresar al mercado, la innovación, los cambios tecnológicos, etc.

Otro punto relevante es el tamaño de los activos con que cuenta la plataforma, la fuente de capital, la rentabilidad, la capacidad de financiación, la innovación tecnológica, las capacidades de la aplicación, los derechos de propiedad intelectual, la capacidad para dominar y procesar datos relevantes, las condiciones financieras y técnicas, y el nivel de expansión del negocio.

Si bien el borrador establecía la controvertida figura de la “facilidad esencial”¹⁸, basada en el nivel de sustituibilidad de la plataforma y la posibilidad de desarrollar plataformas alternativas, considerando las inversiones y recursos necesarios, compilación de información, derechos de propiedad intelectual, cantidad de usuarios mínimos requeridos, economías de escala, etc., el texto definitivo de las Directrices no realiza mención alguna a las facilidades esenciales.

4. CONTROL DE CONCENTRACIONES

En lo que respecta al control de concentraciones económicas¹⁹, las Directrices aportan claridad sobre tres puntos interesantes:

1. Estructuras VIE

En primer lugar, declara expresamente que las operaciones que involucran entidades de interés variable (“VIE” por su acrónimo en inglés) están sujetas al control de concentraciones a pesar que tradicionalmente se las ha ubicado en una zona gris.

Las VIE son vehículos a través de los cuales una empresa extranjera, puede ejercer control o influencia significativa sobre una entidad operativa

¹⁸ Término acuñado por la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en el célebre caso “U.S. vs. Terminal Railroad Association of St. Louis”, 224 U.S. 383 (1912), al considerar la conducta excluyente mediante la cual la empresa controlaba las condiciones de acceso a un activo, que constituía un cuello de botella para que los rivales pudieran competir efectivamente en el mercado.

¹⁹ Al igual que el derecho comparado, la Ley Anti-Monopolio estimula que una operación debe notificarse cuando se produce un cambio de control sobre una empresa y al mismo tiempo se cumplen los umbrales de facturación correspondientes. Si bien la Ley Anti-Monopolio no define expresamente el término “control”, generalmente se interpreta como la capacidad de ejercer el poder de toma de decisiones económicas e incluiría el control a través de la propiedad de capital, acuerdos contractuales u otros medios.

nacional china a través de una serie de acuerdos contractuales. Este tipo de estructuras facilita la obtención de financiación extranjera para sociedades domésticas chinas, pero también permite a inversores extranjeros circunvalar las restricciones impuestas por China contra la inversión extranjera. Desde el lanzamiento exitoso de Sina en NASDAQ en el año 2000 a través de una estructura VIE²⁰, este mecanismo se ha vuelto más habitual para distintos negocios, incluido internet, educación, telecomunicaciones, media y otros mercados sujetos a restricciones de inversión extranjera por el gobierno chino.

Nunca se había declarado explícitamente que las operaciones estructuras a través de una VIE estuviera fuera del alcance del deber de notificar, y la legislación china no tiene ningún fundamento para afirmar que una concentración empresarial que implica una estructura de VIE esté exenta de un examen de control previo a la fusión. Sin embargo, debido a los riesgos involucrados a las estructuras VIE y la baja probabilidad de aprobación por parte del MOFCOM²¹ es que tradicionalmente se optó por no notificarlas.

Se ha especulado ampliamente que la principal preocupación del MOFCOM era que, en su doble función de regulador de la inversión extranjera y regulador antimonopolio, cualquier aprobación de una presentación de una operación que involucrara una estructura VIE podría considerarse un respaldo a este tipo de estructuras a pesar de su potencial para circunvalar las normas sobre inversiones extranjeras de China. Sin embargo, con la creación del SAMR²² en 2018, agencia antimonopolios se trasladó del MOFCOM al SAMR, y al SAMR se le dio la responsabilidad de hacer cumplir la Ley Anti-Monopolio desde una perspectiva de regulación del mercado. Esta reorganización pudo haber tenido "manos desatadas" y, por lo tanto, permitió que SAMR se concentrara en cualquier transacción puramente desde una perspectiva de la ley de competencia y de conformidad con la Ley Anti-Monopolio, sin tener en cuenta las implicaciones de la ley de inversión extranjera.

²⁰ Otros casos reconocidos son Alibaba y Tencent.

²¹ Ministerio de Comercio de la República Popular China

²² Por su acrónimo en inglés "State Administration for Market Regulation", o "Administración Estatal de Regulación del Mercado"

Durante años, las incertidumbres han empañado la posibilidad de registrar y compensar una transacción estructurada VIE. Aunque no existen bases legales para eximir tal transacción en la práctica, las partes a menudo adoptan varias tácticas para mantener una transacción de notificación obligatoria que involucra una estructura VIE fuera del radar de revisión de fusiones de China por el riesgo vinculado a infracción de la Ley de Inversiones Extranjeras²³.

En efecto, SAMR ha tomado medidas de acción en el último tiempo contra las operaciones de este tipo y anunció en el primer trimestre de 2021 la identificación de al menos 19 infracciones al deber de notificar²⁴.

2. Operaciones Debajo del Umbral

Las Directrices confirman que SAMR puede realizar una investigación de oficio sobre acuerdos tecnológicos por debajo de los umbrales de ingresos por ventas, en particular transacciones que involucren empresas emergentes o plataformas emergentes, así como también aquellas que monetizan sus servicios a través de otras prestaciones, y en consecuencia ofrecen los servicios de manera “gratuita”.

Esto nuevamente no ha cambiado desde el borrador y refleja un debate global sobre hasta qué punto los regímenes de control de fusiones están bien posicionados para revisar adecuadamente las adquisiciones de empresas competitivamente significativas cuyo volumen de negocios cae por debajo de los umbrales convencionales para la notificación obligatoria. Algunas jurisdicciones

²³ El borrador de 2015 de la Ley de Inversión Extranjera de China buscaba abordar este problema responsabilizando a aquellos que eludirían las restricciones a la inversión extranjera invirtiendo en industrias prohibidas o restringidas a través de una estructura VIE. Sin embargo, estas disposiciones fueron omitidas en el borrador de 2019 del proyecto de ley que se convirtió en ley el 1 de enero de 2020. Cabe señalar que el Tribunal Supremo Popular de la República Popular China emitió una interpretación judicial, con vigencia a partir del 1 de enero de 2020, en la que indica que se puede impugnar la validez del arreglo contractual subyacente de una estructura de VIE cuando se ha eludido las restricciones de inversión extranjera de China.

²⁴ Entre ellos, el caso de Alibaba Investment, (un vehículo de inversión de Alibaba), por no notificar su adquisición de Yintai Retails (Group) Co., Ltd. activa en grandes almacenes y minoristas; China Literature, una empresa que cotiza en la bolsa de Hong Kong controlada en última instancia por Tencent, por no notificar su adquisición de New Classics Media, una empresa constituida en las Islas Caimán, que controla una empresa nacional a través de una estructura VIE que es principalmente activa en la producción y distribución de series de televisión, películas y series web; y Shenzhen Hive Box Network Technology Co., Ltd. (Hive Box), una filial de SF Express, que opera instalaciones de servicio de terminal inteligente a través de una subsidiaria controlada a través de una estructura VIE, por no notificar su adquisición de China Post Smart Express Technology Co., Ltd. activa en el mismo sector que Hive Box. Al respecto ver <https://www.klgates.com/Rising-Antitrust-Enforcement-Activities-in-Chinas-Internet-Sector-7-15-2021>.

han respondido introduciendo nuevos umbrales de valor de transacción²⁵, mientras que otras parecen inclinarse por el control ex -post.

3. Cálculo de Ingresos

Las Directrices también reconocen que, de acuerdo con las prácticas de la industria, los métodos de cobro, los modelos comerciales, el rol de los operadores de plataformas, y otras cuestiones pueden incidir en el cálculo de ingresos por parte de los operadores de plataformas y marca lineamiento sobre como deben contabilizarse los ingresos en cada caso según las características de la plataforma y los productos y servicios involucrados.

CONCLUSIÓN

Si bien las Directrices sólo ofrecen guías y lineamientos sobre el mercado de plataformas y su estudio, al mismo tiempo responden a preguntas de larga data y constituyen un primer paso hacia la construcción de una regulación moderna sobre las plataformas digitales, que no son una industria del futuro, sino de la actualidad.

Hace tiempo que la tecnología llegó para quedarse. Se ha vuelto parte inescindible de la vida del consumidor y es tiempo que las regulaciones del mundo se anticipen y vayan por delante de los avances tecnológicos. Permitted establecer normas precisas, ajustadas a las necesidades de la actualidad.

Sólo así se podrá converger hacia una competencia vigorosa, que promueva el desarrollo saludable de la tecnología, promoviendo la innovación a la vez que proteja los intereses del público consumidor.

²⁵ Ver por ejemplo el caso de Alemania con las modificaciones introducidas en la Décima Enmienda de la Ley de Competencia el pasado 19 de enero de 2021.