



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Barreras de acceso al mercado único digital

En Valladolid, a 28 de junio de 2021

Alumno/a: **Sara Ortega Frutos**

Tutor/a: **Marina Echebarría Sáenz**

A mi abuelo Esteban y mi abuela Consuelo,
por ser siempre fuente de inspiración y por no
haber dejado nunca de creer en mí.

Gracias.

RESUMEN

Los Gigantes de Internet ocupan una posición preponderante en el mercado digital, lo que les permite imponer barreras de acceso que obstaculicen la entrada a sus potenciales competidores. El objeto de este trabajo es precisamente el estudio de tales barreras, cuando obedezcan a causas estratégicas, teniendo siempre en cuenta las especialidades propias del ámbito digital para valorar sus implicaciones en el Derecho de la competencia.

Así, se analizan las principales actuaciones que crean barreras de entrada al mercado digital, como serían la compra sistemática de startups por los Gigantes de Internet; las relacionadas con los efectos de red; el almacén masivo de datos y la imposición de condiciones generales abusivas a las “empresas afiliadas”.

Para concluir, se comenta la respuesta normativa que se habría dado en la Unión Europea y EEUU a este tipo de actuaciones.

Palabras clave: barreras de acceso, mercado digital, Gigantes de Internet, *gatekeepers*, *e-marketplaces*.

ABSTRACT

Internet Giants hold a principal position in digital markets that allows them to impose barriers to entry, which may complicate the entrance to the market to their potential competitors. The purpose of this paper is to study these barriers, when they obey to strategic causes, always taking into account the particularities of the digital area in order to value their implications in Competition Law.

Therefore, the main practices which create barriers to entry to the digital market are analysed, as it is the systematic acquisition of startups by Internet Giants; the ones related to network effects; the massive collection of data and the imposition of abusive general terms and conditions to “member companies”.

To conclude, we have to mention the legal response to these practices which has been given by the European Union and the USA.

Key words: barriers to entry, digital market, Internet Giants, gatekeepers, e-marketplaces.

Índice

1. Introducción.....	Pág. 6
2. Aproximación al estudio de las barreras de acceso al mercado digital.....	Pág. 8
2.1. Concepto de “barrera de acceso”.....	Pág.8
2.2. Tipología de operadores que actúan en el ámbito digital.....	Pág. 15
3. Estudio específico de las barreras de acceso al mercado digital impuestas por los Gigantes de Internet a potenciales competidores.....	Pág. 23
3.1. Posibles implicaciones del Derecho de la competencia.....	Pág. 25
3.2. Problemática general al identificar el mercado relevante en que operan los Gigantes de Internet y parámetros concretos para acotarlo.....	Pág. 28
4. Tipos de barreras de acceso impuestas por los Gigantes de Internet a potenciales empresas competidoras.....	Pág. 34
4.1. Compra sistemática de startups.....	Pág. 34
4.1.1. Análisis de la práctica.....	Pág. 34
4.1.2. Estudio del caso de Facebook.....	Pág. 40
4.1.3. Implicaciones de la práctica en el Derecho de la competencia.....	Pág. 44
4.2. Efectos de red directos e indirectos. El problema del “cliente cautivo”.....	Pág. 54
4.2.1. Análisis de la práctica.....	Pág. 54
4.2.2. Estudio del caso de Google Shopping.....	Pág. 60
4.2.3. Implicaciones de la práctica en el Derecho de la competencia.....	Pág. 65
4.3. Almacén masivo de datos de sus clientes por los Gigantes de Internet (remisión).....	Pág. 71

4.4.	Condiciones generales abusivas impuestas a las “empresas afiliadas”.....	Pág. 72
4.4.1.	Análisis de la práctica.....	Pág. 72
4.4.2.	Implicaciones de la práctica en el Derecho de la competencia.....	Pág. 77
4.4.3.	Estudio del caso de Amazon y sus posibles implicaciones en el Derecho de la competencia.....	Pág. 86
5.	Análisis de la respuesta normativa a la existencia de barreras de acceso impuestas por los Gigantes de Internet.....	Pág. 96
5.1.	Estudio de la normativa europea.....	Pág. 96
5.1.1.	Digital Services Act.....	Pág. 96
5.1.2.	Digital Markets Act.....	Pág. 102
5.2.	Estudio de la normativa norteamericana. “ <i>Competition and Anti-trust Law Enforcement Reform Act of 2021</i> ”.....	Pág. 107
6.	Conclusiones.....	Pág. 111
7.	Bibliografía.....	Pág. 115
8.	Legislación.....	Pág. 123
	Anexo.....	Pág. 126

1. INTRODUCCIÓN.

La existencia de Gigantes de Internet como operadores económicos condiciona en gran medida la evolución de los mercados digitales. Como podremos comprobar a lo largo de nuestro estudio, estos actores se encontrarían en una posición privilegiada que les permitiría, entre otras cosas, imponer barreras de acceso al mercado.

A lo largo de este trabajo, analizaremos las implicaciones en el Derecho de la competencia que podrían tener las actuaciones de estos Gigantes en el mercado digital. Asimismo, comentaremos la respuesta normativa que se estaría gestando al respecto, tanto en el marco de la Unión Europea, como de EEUU.

El objetivo que perseguimos con nuestra exposición es abordar el estudio de las barreras de acceso estratégicas impuestas por los Gigantes de Internet a sus competidores. Para realizar nuestro cometido de la forma más completa posible, primero analizaremos la cuestión de forma general, planteando las principales problemáticas que se presentan, para después proceder al análisis pormenorizado de algunas de estas prácticas en concreto.

Además, abordamos nuestro estudio no solo desde una perspectiva puramente teórica, sino también práctica, en la medida que complementamos nuestras explicaciones con el análisis de actuaciones que se habrían dado en la práctica por parte de algunos de estos Gigantes, conectando así nuestro trabajo con la realidad social.

Señalar también que, para poder realizar nuestro análisis jurídico, habría sido necesario partir de conceptos económicos, además de explicar algunos tecnicismos propios del ámbito digital. También habría sido preciso, en algunas ocasiones, hacer referencia a la evolución histórica o a la problemática social de algunas cuestiones, para poder entenderlas mejor. De esta manera, veríamos cómo se relacionaría nuestra disciplina con estas otras áreas del conocimiento.

Comentando ya la estructuración del trabajo, decir que el mismo comenzaría con un planteamiento general, delimitando el concepto de “barreras de acceso”, y haciendo referencia a los principales operadores que actuarían en los mercados digitales (capítulo 2).

Posteriormente, en el capítulo 3, partiendo de los aspectos teóricos ya expuestos, se plantearían las cuestiones jurídicas más relevantes. Así, se enuncian los distintos aspectos del Derecho de la competencia que se podrían ver afectados como consecuencia de la creación de barreras de acceso al mercado por los Gigantes de Internet. También se aborda

la cuestión del mercado relevante y las especialidades que tendría su delimitación en el contexto de los mercados digitales.

A continuación, estaría el capítulo 4, que tendría un papel central en nuestro trabajo, y que se dividiría en cuatro epígrafes principales, cada uno de los cuales se dedicaría al estudio específico de una de las barreras de acceso impuestas por los Gigantes de Internet. Concretamente, se haría referencia a la adquisición sistemática de startups, a la cuestión de los efectos de red, al almacén masivo de datos (que habríamos remitido) y a las condiciones generales impuestas a las “empresas afiliadas”.

En la exposición de cada una de estas barreras, comenzamos analizando en qué consiste la práctica a que nos referimos, para después complementar esto con el estudio de un supuesto práctico real. Planteada la actuación desde el punto de vista teórico y práctico, procedemos a comentar las que, a nuestro juicio, serían las implicaciones que la misma tendría en el Derecho de la competencia.

Señalar que, en lo que respecta a la cuarta barrera de entrada, referida a las condiciones generales, habríamos invertido el orden de nuestra explicación, abordando el estudio del caso práctico en último lugar. Este cambio se debe a que el análisis del supuesto serviría como colofón al estudio de las distintas barreras de acceso, por tener relación con otras cuestiones ya tratadas. Además, en este caso, nuestro examen sería más exhaustivo, entrando también a realizar una posible valoración jurídica de sus implicaciones en el Derecho de la competencia.

Finalmente, en el capítulo 5 realizaríamos un comentario a los aspectos jurídicos más relevantes de las propuestas normativas que vendrían a completar y reforzar la regulación de la competencia en los mercados digitales, tanto en el ámbito de la Unión Europea, como de EEUU.

Nuestro trabajo culminaría con la exposición ordenada de las conclusiones a que habríamos llegado tras la realización del mismo.

2. APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LAS BARRERAS DE ACCESO AL MERCADO DIGITAL.

2.1. Concepto de “barrera de acceso”

Para aproximarnos al estudio de las barreras de acceso existentes en el mercado único digital es preciso determinar el concepto de “barrera de acceso”, que no tendría por qué ser exclusivo del ámbito digital.

El origen del concepto de barreras de entrada lo encontramos en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, a raíz de la investigación de los economistas que estudiaban la organización industrial. Buscaban explicaciones a las conductas monopolísticas, y la percepción constante de mayores tasas de retorno por estos indicaba la presencia de barreras de entrada. Se observó que esto sucedía especialmente en aquellas industrias o mercados en que existían altos niveles de concentración estructural.¹

Lo cierto es que desde la perspectiva económica habría resultado bastante complejo determinar el concepto de barreras de acceso, debatiéndose los autores históricamente entre las concepciones más amplias y las estrictas.

Entre los defensores de las teorías amplias estaría Joe S. Bain, que en su obra de 1956 decía que *“las condiciones de entrada pueden ser evaluadas según el grado en que los vendedores establecidos podrían subir persistentemente los precios sobre el nivel competitivo sin atraer a nuevas firmas a entrar al mercado”*².

Esta concepción habría sido criticada porque incluiría también aquellos casos en que una empresa fuese capaz de elevar sus precios por el único hecho de ser mejores que los de sus rivales; conducta que, por otra parte, no podría reprocharse desde el punto de vista competitivo³.

¹ DEMSETZ, H., “*Barriers to Entry*” en *The American Economic Review*, vol. 72, nº1, 1982. Pág. 47
Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/4900738_Barriers_To_Entry

² BAIN, J. S., “*Barriers to New Competition, their character and consequences in manufacturing industries*”, Mass., Harvard University Press, 1956 en VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “*Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia*”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº6, 2010. Pág.17

³ VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “*Las barreras de entrada y su relevancia...*”, cit., pág.17

Desde la perspectiva más estricta, por el contrario, las barreras de entrada eran definidas como el “*coste de producción (...) que tiene que soportar una firma que intente entrar en una industria, pero que no es soportado por las ya establecidas*”⁴.

Las críticas que habría recibido esta concepción radicarían en su carácter excesivamente estricto, en la medida que dejaría fuera de la definición posibles barreras de entrada que tuvieran que ser soportadas por todos los operadores que quisieran actuar en un mercado, incluyendo a los ya establecidos⁵. La clave estaría en que, como consecuencia de tales barreras, una parte de esos operadores no llegase a actuar en el mercado.

Hoy la realidad nos muestra que en todo mercado pueden existir barreras de entrada, que vendrían a ser aquellas circunstancias o costes que tuvieran el efecto de impedir o dificultar el acceso al mercado de nuevos operadores que potencialmente pudieran competir con aquellos que ya existiesen en dicho mercado.

A continuación estudiaremos los tres tipos de causas que pueden originar barreras de entrada⁶.

En primer lugar, encontraríamos las causas legales, siendo estas las establecidas por uno o varios estados u organizaciones supranacionales mediante regulaciones normativas que tengan por objeto controlar, de alguna manera, la competencia.

En segundo lugar, debemos hablar de las causas estructurales, que serían aquellas particularidades del sector o del mercado que provocan asimetrías que beneficiarían a las empresas que ya estuviesen operando en el mercado, respecto de las que quisieran entrar a competir. El ejemplo más claro de causas estructurales serían los llamados “monopolios naturales”, que se dan, por ejemplo, en aquellas industrias en que es necesario invertir una ingente cantidad de dinero en infraestructuras adecuadas para poder competir.

⁴ STIGLER, G.J.: “*The Organization of Industry*”, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1983. Pág. 67.

⁵ VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “*Las barreras de entrada...*” cit., pág. 18.

⁶ WOLTERS KLUWER: “*Barreras de entrada*”.

Disponible en:

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAASmYxNDtbLUouLM_DxbIwMDS0NDA1OQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAtXAfDUAAAA=WKE

Por último, encontraríamos las causas estratégicas, que obedecerían a comportamientos distintos de las empresas que ya estuviesen actuando en un mercado, dirigidos a impedir o dificultar la entrada de nuevos competidores. Las barreras de acceso ocasionadas por este tipo de causas serán en las que centraremos nuestro estudio.

Basándonos en las distintas causas que pueden originar barreras de entrada al mercado, podemos distinguir las que llamaríamos “barreras legales”, que serían consecuencia de las causas legales y consistirían en todas las restricciones normativas que encontrasen las empresas que quisieran entrar a competir en el mercado.

Por otra parte, deberíamos hablar de las que serían barreras económicas, agrupándose bajo este concepto aquellas barreras que trajesen causa directa en motivos, tanto estructurales, como estratégicos.

De esta manera, si bien es cierto que el mercado digital, por sus características propias, tiene una serie de particularidades frente a los mercados tradicionales, también lo es el hecho de que las cuestiones estudiadas respecto de las barreras de entrada en general, serían extrapolables al ámbito del comercio electrónico (*e-commerce*).

Sin embargo, esto no es óbice para que tengamos en cuenta que, por su especial naturaleza, el mercado digital es propenso a que aparezcan con mayor asiduidad determinadas barreras de acceso, siendo algunas de ellas únicamente concebibles en el contexto de dicho mercado.

Es por ello que comentaremos, a modo enunciativo, algunas de las prácticas más habituales en el ámbito digital que supondrían barreras de acceso al mercado en general, para posteriormente centrarnos en el estudio detallado de las barreras con causa en motivos estratégicos que consideremos más relevantes para el Derecho de la competencia.

(1) Así, en primer lugar, podemos referirnos a los algoritmos, definidos por la RAE como “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”⁷.

Nos quedaremos con este concepto básico, aplicándolo al ámbito informático, en que son frecuentemente utilizados.

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea].

Disponible en: <https://dle.rae.es/algoritmo?m=form>

Los algoritmos deben entenderse como una herramienta para, como hemos indicado, resolver problemas. Decidir cuáles habrán de ser estos problemas determinará si los algoritmos se convierten o no en una barrera de acceso al mercado.

De esta manera, si bien es cierto que podrían utilizarse para, por ejemplo, mejorar la experiencia de los usuarios de un servicio, también lo es que el uso de determinados algoritmos puede facilitar la comisión de conductas colusorias, que serían, según el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), cualquier *“acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”*.

Explicaremos brevemente cómo algunas prácticas realizadas mediante algoritmos pueden suponer una barrera de entrada, desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, en lo que respecta a las situaciones en que se falsea directamente la competencia por la comisión de conductas colusorias. Por otra parte, estaría la posible afección de la capacidad de los consumidores de tomar decisiones de forma libre e informada, lo cual, por el contrario, no tendría por qué tener implicaciones en el Derecho de la competencia.

Lo cierto es que el impacto del uso de algoritmos en la comisión de conductas colusorias no es del todo claro. Decir que su uso permite y favorece la recolección y almacenamiento de datos en tiempo real, lo que provoca una mayor transparencia del mercado. Dicha transparencia, unida a la mayor frecuencia de interacción que se da en el mercado digital, permite el diseño de algoritmos que prevean y se anticipen a las posibles acciones o movimientos de los competidores, antes de que siquiera lleguen a tener lugar⁸.

Sin embargo, si bien esto es cierto, también lo es el hecho de que esto se contrarresta con que los algoritmos también pueden ser usados por los consumidores, de modo que les permita tomar decisiones más eficientes, en línea con lo que habríamos comentado anteriormente. Además, a esto se le une el hecho de que la propia naturaleza del mercado digital es propicia a la innovación, lo que minimiza el valor que un acuerdo colusorio podría tener⁹.

⁸ OECD: *“Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age”*, 2017. Pág. 22.

Disponible en: www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm

⁹ OECD: *“Algorithms and Collusion...”* cit., pág. 23.

De todo lo anterior, nos centraremos en la posibilidad de emplear estos algoritmos para facilitar la llevanza de una política económica común entre competidores, al abrirse la opción de monitorizar las actuaciones de otras empresas, así como de prever sus futuros movimientos. La importancia que esto tiene para el Derecho de la competencia radicaría en el hecho de que ya no sería necesario llegar a un acuerdo de forma personal para realizar una conducta que pudiera falsear la competencia.

El problema estaría, bajo mi punto de vista, en que las conductas colusorias, según el art. 101. 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se enuncian como los *“acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas”*, pero un algoritmo precisamente lo que posibilita es realizar conductas con esos mismos efectos sin que puedan, en ciertas ocasiones, encuadrarse como tal en esa definición, por no ser un acuerdo como tal.

Desde mi perspectiva, este tipo de prácticas a que nos referimos encajarían, más bien, como aquellas conductas *“conscientemente paralelas”* del art. 1 LDC. Precisamente por ello nos deberíamos de plantear si sería necesaria una adaptación del concepto de “acuerdo” o de la propia definición de “conducta colusoria” del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, para abarcar este tipo de actuaciones que se darían en el ámbito digital.

En lo que a los consumidores y usuarios respecta, el uso de algoritmos puede suponer también algún impedimento a que puedan tomar sus decisiones con información plena y libre. Este sería el caso, entre otros, de las “burbujas de filtro” o *“filter bubbles”*, que serían el resultado de introducir, por ejemplo, algoritmos que filtren las búsquedas online según las preferencias del usuario. Esto provocaría que el usuario recibiese información sesgada, lo que limitaría, en última instancia, sus posibilidades de decidir libremente.

Vemos cómo en este caso, cuando las burbujas de filtro obedezcan a parámetros objetivos, no tendrán por qué afectar al Derecho de la competencia. Sin embargo, esto no impide su consideración como barrera de acceso, en la medida que estos buscadores pueden llegar a hacer que competir sea verdaderamente complicado para aquellas empresas que se vieran perjudicadas por el algoritmo.

Sin embargo, mencionar, a modo indicativo, que los algoritmos también pueden utilizarse en detrimento de los intereses de los consumidores, como sucedería a través de las posibles discriminaciones que estos permitirían realizar. Así, existe el riesgo de discriminar en el

precio a los usuarios en función de sus características sociales y demográficas¹⁰, aunque este tema no es objeto de nuestro estudio.

(2) Un segundo aspecto del mercado digital en que podemos observar que se habrían venido dando barreras de acceso sería el relativo a la localización geográfica, a través de lo que se conoce como geobloqueo o “*geoblocking*”.

El bloqueo geográfico es una “*práctica discriminatoria que impide a los clientes en línea acceder a los productos y servicios y adquirirlos desde un sitio web alojado en otro Estado*”¹¹, o bien permite ofrecer a los clientes condiciones comerciales distintas en función del Estado desde el que se conecten.

Se trata de una práctica que puede darse respecto de cualquier país del mundo, pero centrándonos en el ámbito de la Unión Europea, señalar que se adoptó el Reglamento (UE) 2018/302 sobre “bloqueo geográfico”¹², como parte de la estrategia del mercado único digital de la Unión, con la finalidad de acabar con estas actuaciones.

Con este Reglamento, lo que se pretendió fue poder aplicar las normas de Derecho de la competencia de la Unión Europea a estos casos, pues la redacción de los artículos 101 y 102 del TFUE proporcionaba una “*solución incompleta al bloqueo y al filtrado geográficos, en la medida en que requieren que se produzcan, respectivamente, en el marco de un acuerdo o práctica concertada o en explotación de una posición de dominio*”¹³. Esta conclusión podríamos conectarla

¹⁰ OECD: “*Algorithms and Collusion...*” cit., pág. 44.

¹¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: “*Bloqueo geográfico: liberar el comercio electrónico en la UE*”, a 21-09-2020.

Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/geo-blocking/>

¹² Unión Europea. Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE; en Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), L 60 I/1, a 2 de marzo de 2018. Págs. 1-15.

¹³ URÍA MENÉNDEZ: “*El nuevo Reglamento (UE) 2018/302 sobre “bloqueo geográfico”*”. Diciembre de 2018. Pág. 2.

Disponible en:

https://www.uria.com/documentos/circulares/1028/documento/8324/nota_bloqueo_geolocalizacion.pdf

perfectamente con lo anteriormente comentado en relación a los algoritmos y el problema que suponía la interpretación del concepto de “acuerdo” que proporcionaba el art. 101 TFUE.

(3) Continuando con el estudio general de algunas de las barreras de acceso que con más frecuencia se dan en el mercado digital, debemos hacer una mención a una práctica que se viene realizando en torno a los derechos de autor.

Bien es sabido que Internet permite acceder fácilmente a multitud de contenido. A diario, millones de personas descargan videos, copian textos y guardan fotografías que encuentran en la web. Sin embargo, el problema vendría cuando un tercero consiguiera un contenido sobre el que alguien tuviera derechos de autor y lo utilizase para explotarlo en su propio beneficio y sin consentimiento de dicho autor. Es a este tipo de actuación a la que nos referimos.

La relativa facilidad y rapidez con que se pueden copiar los contenidos ajenos en la web permite que se den este tipo de actuaciones, lo cual desincentiva en muchos casos a los autores que quieran publicar o vender su obra de forma online. Es por ello que esto supondría, también, una barrera de acceso al mercado para tales autores.

(4) Finalmente, podemos hablar de la dificultad de captar la atención de los consumidores, entendida en sí misma como una barrera de acceso. Si bien esta dificultad ya se da en los mercados tradicionales, lo cierto es que en el *e-commerce* su importancia se multiplica. El tiempo de los usuarios frente a la pantalla es limitado, y existen multitud de aplicaciones, anuncios y webs ofreciendo productos o servicios similares y compitiendo por atraer la atención de los usuarios. Esta situación, por sí sola, no resultaría en una barrera de entrada, sino que se circunscribiría en la propia necesidad de competir de los distintos agentes económicos.

Sin embargo, todo cambia cuando esto se enmarca en el contexto de las redes de distribución de lo que llamaríamos Gigantes de Internet. Si bien es cierto que toda empresa puede vender sus productos directamente, creando su propia página web, y distribuir por sí misma o por medio de terceros especializados tales productos, también lo es el hecho de que muchas optan por “afiliarse” a plataformas como Amazon, que parecen ofrecer un mayor alcance de clientela.

Es esa necesidad de captar usuarios o clientes la que impulsa a muchas empresas a vender u ofrecer sus servicios a través de plataformas de terceros que, por su poder de mercado, atraen a un mayor número de clientes. Muchas de estas empresas, dado el gran número de oferentes en Internet y la consecuente dificultad de captar atención, no tienen otra alternativa viable. Sin embargo, lo cierto es que acudir a estas plataformas tiene un coste, no solo económico, que analizaremos en profundidad más adelante, y que, desde luego, sería una importante barrera de acceso al mercado digital.

Por todo lo anterior, podemos concluir que en el mercado digital existen numerosas barreras de entrada que afectan, tanto a las empresas, como a los consumidores, y que suponen un reto, en muchas ocasiones, al efectivo mantenimiento de una competencia practicable.

2.2. Tipología de operadores que actúan en el mercado digital

Aproximándonos al estudio del mercado digital, veremos los operadores que intervienen en el mismo. Internet es, en definitiva, un mercado; un espacio en que confluyen oferentes y demandantes. Lo que se demanda son productos o servicios que, en muchas ocasiones, no se diferencian de los ofertados en el mercado tradicional. Sin embargo, también existen servicios o productos que solo tienen sentido en el mundo digital, como sería el caso, por ejemplo, de las redes sociales.

En cualquier caso, podemos distinguir, de forma general, las empresas oferentes, de los consumidores demandantes, y partiendo de esta distinción, analizar el papel y posición en que estos operadores se encuentran en el mercado digital.

En primer lugar, hablaremos sobre las empresas que ofrecen productos y servicios a través de Internet. De entre estas empresas, es preciso diferenciar a los que llamaremos “Gigantes de Internet”.

Bajo este término agrupamos a aquellas empresas que puede decirse que dominan el mercado digital, ostentando una posición dominante en sus respectivos mercados. Principalmente, estamos hablando del grupo “GAFA” (Google, Apple, Facebook y Amazon), pero también tienen cada vez más importancia las alternativas asiáticas del llamado grupo BATX (Baidu, Alibaba, Tencent y Xiaomi).

En los últimos años hemos observado que se ha venido dando una fuerte concentración del mercado en estos Gigantes, en parte gracias a las plataformas digitales, que serían mercados duales o multilaterales en que se conectan empresas que ofrecen una serie de servicios o productos determinados con clientes que los demandan (esto lo explicaremos con más detalle en el **epígrafe 4.3**).

La circunstancia especial que se da en estas plataformas es que, cuanto mayor es su tamaño, mayor será su valor y, por lo tanto, mayor coste es probable que tenga (normalmente para las empresas) formar parte de la plataforma. Esto es lo que se conocería como “externalidad de red”, y se traduciría en que, a mayor número de clientes o empresas en una plataforma, mayor probabilidad habrá de que los primeros obtengan el servicio que demandan o de que los segundos realicen una actividad remunerada. Esta circunstancia la desarrollaremos en el **epígrafe 4.2** pero, de momento, partiremos de la idea expuesta. Dicha especialidad se da en plataformas como YouTube o Instagram, en que cuantos más usuarios haya y más contenido se suba, más se atraerá a potenciales usuarios y más empresas querrán publicitarse en ellas, siendo un fuerte incentivo a la concentración empresarial.

Otro factor a tener en cuenta para explicar la concentración que se viene dando en los Gigantes de Internet, serían los costes marginales hundidos, lo que hace que el coste de las plataformas por expandirse sea prácticamente cero¹⁴.

En estos mercados es habitual que se produzcan rendimientos crecientes de escala, que supondría en términos generales que, a medida que aumentan las ventas, el coste por unidad producida disminuye. Esto les permite además, extender su actuación a mercados adyacentes, con la ventaja de seguir beneficiándose de tales economías de escala, por lo que accederían a competir en otros mercados partiendo de una posición privilegiada.

En concreto, recientes estudios económicos indican que las economías de escala conseguidas a través de la recopilación de datos (lo cual es lo más frecuente entre los

¹⁴ HIDALGO, M. A.: “*Los gigantes de internet*”, en Revista Letras Libres, 2018.

Disponible en: <https://www.letraslibres.com/mexico/revista/los-gigantes-internet>

Gigantes de Internet) permiten a las plataformas obtener más de los consumidores, y a los consumidores, más de las plataformas¹⁵.

Finalmente, podría decirse que otro factor que potenciaría la concentración y el monopolio en estos mercados serían las importantes barreras de entrada que la propia existencia de estos Gigantes ya supone para cualquier potencial competidor, y que estudiaremos más adelante. Básicamente, nos referimos a que las nuevas empresas que quisieran entrar a competir en el mercado tendrían que hacer frente a la posición privilegiada en que los Gigantes de Internet se encontrarían, lo cual no será sencillo.

Por otra parte, encontraríamos al resto de empresarios que competirían en los distintos mercados del mundo digital, sin ser Gigantes de Internet.

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha cambiado por completo la dinámica en que en la actualidad compiten las empresas. El mercado tradicional sigue existiendo, y no parece que a corto o medio plazo vaya a desaparecer. Sin embargo, cada vez más empresas dan el salto a la digitalización de una u otra forma.

En la actualidad es prácticamente impensable la existencia de una empresa de dimensiones considerables que no disponga de página web propia. Asimismo, es frecuente que las empresas se sumen a la tendencia de venta online, ya sea mediante su propio sistema logístico, subcontratando a una empresa especializada, o bien a través de plataformas de distribución, como ya explicamos.

En cualquiera de los casos, el *e-commerce* es una realidad, y las empresas han de adaptarse a la misma si quieren prosperar y seguir compitiendo en un mercado cada vez más concurrido.

La particularidad del mercado digital lleva a la circunstancia de que, como mencionamos, es frecuente que empresas cuyo modelo estaba asentado sobre una base tradicional, se vean avocadas, por ejemplo, a la venta online. La realidad es que gran parte de los potenciales clientes que estas empresas podrían conseguir actúan electrónicamente, por lo que en muchas ocasiones renunciar a tales clientes no es una opción factible. Esto puede llevar a la dependencia de las grandes plataformas, bien sea para publicitar sus productos o servicios; para que estos sean incluidos en una gran plataforma de venta, como sería el caso de

¹⁵ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets: majority staff report and recommendations*”, 2020. Pág. 45.

Amazon; o para que tengan la opción de llegar a los consumidores. En cuanto a esto último, nos estaríamos refiriendo especialmente a todas las plataformas de búsqueda, en tanto en cuanto muestran sus miles de resultados en un orden determinado, y aparecer o no entre los primeros determinará que la venta sea o no un éxito.

Respecto de los empresarios que actúan en el mercado digital, también hemos de mencionar a aquellos que prestan sus servicios exclusivamente en la web. Lo cierto es que con la llegada de Internet, han aparecido nuevos productos o servicios. Desde plataformas dedicadas al “cine desde casa” como Netflix o HBO, hasta “*influencers*” que son aquellas personas que viven de su imagen o del contenido que crean en las distintas plataformas y cuya recomendación de determinados productos puede tener un mayor impacto en los consumidores que la más excelente campaña publicitaria de televisión.

También es necesario destacar el hecho de que la emergencia de ciertas empresas o plataformas online ha acabado o está acabando con algunas profesiones que tradicionalmente existían. Tal sería el caso, por ejemplo, de los buscadores especializados de hoteles o vuelos, que estarían, cada vez más, mermando la clientela de las agencias de viajes.

De esta manera, finalizamos el estudio de los empresarios como operadores del mercado digital para enfocarnos, a continuación, en lo relativo a los consumidores.

Bien es sabido que en las relaciones contractuales entre empresario y consumidor suele haber un desequilibrio de poder contractual que se pretende paliar a través de la ley, protegiendo especialmente a la parte débil de la relación; esto es, al consumidor. Ya nuestra propia Constitución recoge la necesaria defensa de los consumidores y usuarios en su artículo 51.

Concretamente, debemos destacar el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, así como la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993¹⁶, transpuesta al ordenamiento español por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Sin embargo, en el comercio electrónico la necesidad de protección del consumidor se acentuaría aún más por las especialidades que este tiene.

¹⁶ Unión Europea. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; en Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) núm. 95, a 21 de abril de 1993. Págs. 29-34.

Así, el *e-commerce* ofrece ventajas, como la mayor competitividad, la reducción de costes y la mayor rapidez con que se desarrollan las relaciones comerciales. Sin embargo, también plantea problemas como la posible inseguridad jurídica e insuficiente regulación legal en algunos aspectos. Además, existe un mayor riesgo de invadir la intimidad de los consumidores o conculcar alguno de sus derechos individuales básicos¹⁷.

Por ello, en materia de comercio electrónico se han dictado disposiciones muy variadas para cumplir con tales exigencias de protección. Así, destacar la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000¹⁸, que aborda el problema del *spam*, o la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997,¹⁹ que vendría a incluir disposiciones para proteger la intimidad de los consumidores. Indicar que la misma fue derogada por la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio²⁰, y esta, a su vez, por la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo²¹. Esta última directiva fue, sin embargo, anulada por el TJUE el 8 de abril de 2014, por considerar que la misma se inmiscuía en exceso en los derechos fundamentales al respeto a la vida privada y

¹⁷VEGA VEGA J. A.: “*Mercado digital único y consumidores*”, en Revista de Estudios Económicos y Empresariales, Núm. 27, 2015. Pág. 89.

Disponible en:

http://dehesa.unex.es/flexpaper/template.html?path=/bitstream/10662/4149/1/0212-7237_27_87.pdf#page=2

¹⁸ Unión Europea. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); en DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000. Págs. 1-16.

¹⁹Unión Europea. Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; en DOCE núm. 24, de 30 de enero de 1998. Págs. 1-8.

²⁰ Unión Europea. Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas); en DOCE núm. 201, de 31 de julio de 2002. Págs. 37-47.

²¹ Unión Europea. Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE; en DOUE núm. 105, a 13 de abril de 2006. Págs. 54–63.

protección de datos personales. También destacar el Reglamento 2016/679 de 27 de abril de 2016²², en materia de tratamiento y circulación de datos personales en general.

Como vemos, la tutela de los derechos de los consumidores es constantemente revisada, lo cual les ofrece unas mayores garantías, pero aún no son suficientes. La línea seguida por la Unión Europea ha sido la de las “cláusulas de mínimos”, permitiendo a los Estados Miembros adoptar normas específicas, siempre que fueran más estrictas que las comunitarias. Esto ha generado mayores divergencias entre las legislaciones nacionales²³.

En lo relativo a los consumidores como operadores del mercado digital, nos centraremos, brevemente, en los dos aspectos más relevantes.

Por una parte, señalar que el propio comportamiento de los consumidores crea barreras de entrada al mercado. *“El poder de mercado es, irónicamente, generado por los mismos consumidores a los que daña”*²⁴. Aunque este tipo de barreras no son objeto de nuestro trabajo, en la medida que no obedecen a causas estratégicas, comentaremos algunas de estas actuaciones, por su trascendencia para la competencia en el mercado digital.

Así, el comportamiento del consumidor en muchas ocasiones no es eficiente y no potencia la competencia. Parece que los consumidores tienen un comportamiento más bien optimista y muchas veces no pueden acceder fácilmente a la correcta información. Podría decirse que los consumidores suelen “dejarse llevar” al tomar sus decisiones, de modo que acceden rápidamente a aceptar las condiciones de uso de aplicaciones sin leerlas, cuando utilizan un buscador no exploran más allá de los primeros diez resultados, etc. Suelen

²² Unión Europea. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos); DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016. Págs. 1-88.

²³ VEGA VEGA, J. A.: *“Mercado digital único y consumidores”*, cit., pág. 113.

²⁴ MARKET STRUCTURE AND ANTITRUST SUBCOMMITTEE OF THE COMMITTEE FOR THE STUDY OF DIGITAL PLATFORMS: *“Report about the economy and market structure”*, en 2019 Antitrust and Competition Conference, organizada por George J. Stigler Center for the Economy and the State y The University of Chicago Booth School of Business. Pág. 19.

Disponible en: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf>

priorizar el bienestar inmediato frente a lo que podría ser la decisión más inteligente u óptima a largo plazo.

Otro comportamiento de los consumidores que puede crear barreras de entrada sería la tendencia general a decantarse por una única opción, en lugar de utilizar varias alternativas, lo cual permitiría comparar los productos o servicios. Es habitual que los consumidores solo utilicen un navegador, o una sola plataforma de mensajería o de reproducción de música. Si esto es así es porque utilizar varias aplicaciones que presten un mismo servicio también tiene un coste para los consumidores, pero conseguir esta “multi-conexión” podría facilitar la competencia en el mercado.

Por otra parte, y para finalizar el análisis de los operadores del mercado digital, destacaremos un segundo aspecto relativo a los consumidores y usuarios, como sería el valor que tienen sus datos.

Los datos sobre el comportamiento online de los consumidores tienen un gran valor para quienes, al proporcionar un servicio, los recopilan. Por una parte, podrán utilizar tales datos para realizar actuaciones económicas en un futuro de un modo más preciso o cercano al comportamiento real de los consumidores, mejorando también los servicios que prestan. Por otra parte, podrán vender estos datos a terceros, valiéndose en la mayoría de casos de la aceptación de los usuarios de cláusulas que posibilitan compartir sus datos²⁵.

Resulta interesante la clasificación de los datos personales que hace el Vestager Report y el Furman Report, distinguiendo los datos voluntarios, que serían aquellos que los consumidores acceden a proporcionar; los observados, que serían los que se recopilan de manera automática, normalmente de forma indirecta y desde una perspectiva general; y, por último, los datos inferidos, que serían aquellos que se extraen como conclusiones del resto de datos obtenidos²⁶.

Los datos de la identidad de una persona, los productos que más ha buscado, la geolocalización de su dispositivo... Como hemos podido comprobar, esta información

²⁵ BAGLEY, A. W., y BROWN, J. S.: “*Consumer legal protections under the layers of big data*”, 2014. Pág.1.

Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2418805>

²⁶ MARKET STRUCTURE AND ANTITRUST SUBCOMMITTEE: “*Report about the economy...*” cit., pág. 26.

tiene un gran valor para las empresas y en última instancia, podrá servir de base para crear importantes barreras de entrada al mercado digital.

3. ESTUDIO ESPECÍFICO DE LAS BARRERAS DE ACCESO AL MERCADO DIGITAL IMPUESTAS POR LOS GIGANTES DE INTERNET A POTENCIALES COMPETIDORES.

Tras haber estudiado qué son las barreras de acceso y los operadores que actúan en el mercado digital, nos centraremos en abordar el análisis de aquellas barreras impuestas por los Gigantes de Internet que dificultan la entrada al mercado de otras empresas competidoras; esto es, en las barreras que obedecen a causas estratégicas.

Si los Gigantes de Internet son capaces de imponer estas barreras, es precisamente porque se encuentran en una situación de superioridad, que se debe al gran poder de mercado que ostentan en sus respectivos sectores. Esta superioridad se manifiesta en distintos aspectos, que analizaremos a continuación.

En primer lugar, decir que el mercado digital es propenso a ser del tipo “*winner-takes-all*” (“el ganador se lleva todo”). Esto se traduce en que se pasaría de competir *en* el mercado, a competir *por* el mercado²⁷. Como hemos visto ya, hay una tendencia marcada a la concentración y monopolio en los mercados digitales, lo que propicia la aparición y consolidación de los operadores que venimos llamando “Gigantes de Internet”.

Ya explicamos anteriormente lo frecuente que es que en estos mercados se produzcan rendimientos crecientes de escala, con lo cual a medida que aumentan las ventas, el coste de producción se reduce, lo que incentivaría la concentración.

Además, teniendo en cuenta el gran valor de los datos de los consumidores, parece claro que estos Gigantes, por tener una gran cuota del mercado, tendrán acceso a ingentes cantidades de datos que los permitirían, a su vez, mejorar sus servicios o productos, a diferencia de lo que les ocurriría a los nuevos competidores.

También ponemos los mercados *winner-takes-all* en relación con el hecho de que es frecuente que los consumidores, como dijimos, se dejen llevar y no tomen la decisión de consumo más eficiente a largo plazo.

²⁷ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 38.

Por consiguiente, el resultado suele ser que una o dos grandes empresas en los mercados digitales acaban ostentando un nivel bastante alto de control e influencia sobre los compradores y vendedores, o sobre el impacto de los anuncios en los potenciales clientes²⁸. En definitiva, puede decirse que los Gigantes de Internet terminan por actuar como “*gatekeepers*” (guardianes), entre las empresas y sus potenciales clientes; funcionarían como un “cuello de botella” (tendrían lo que se conoce como “*bottleneck power*”). De esta manera, controlarían la entrada a las plataformas, pudiendo imponer las condiciones de acceso a las mismas, así como obtener rentas o provocar cambios de comportamiento generalizados²⁹.

Sin embargo, este poder para actuar como *gatekeepers* se ha de poner en relación con otros dos poderes que suelen ostentar estos Gigantes, en la medida que la mayoría de ellos funcionan como plataformas de información. Estaríamos hablando del poder para controlar los rankings o clasificaciones en que se basan las decisiones de los clientes, y de la capacidad para influir y manipular las fuentes de información que ellos mismos proporcionan³⁰.

Estas tres formas de poder, en cualquier caso, se combinan entre sí, y de esta manera podemos entender cómo estos Gigantes de Internet han tomado el control de los principales canales de distribución, llegando a funcionar como “guardianes” del acceso a estos mercados y, por ende, a los consumidores que actúan en ellos³¹.

Es desde esta posición privilegiada desde la que pueden imponer barreras de entrada a los potenciales competidores, las cuales analizaremos desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

²⁸DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL OF UK: “*Unlocking digital competition*”, marzo de 2019. Pág. 47. Par. 1.117.

Disponible en:

<https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>

²⁹ RAHMAN, K.S., “*Regulating Informational Infrastructure: Internet Platforms as the New Public Utilities*”, en *Georgetown Law Technology Review*, 2018. Pág. 242.

Disponible en: [GLTR 2.2 MASTER PDF.PDF \(georgetownlawtechreview.org\)](#)

³⁰ RAHMAN, K.S., “*Regulating Informational...*”, cit., págs. 242-245.

³¹ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 11.

3.1. Posibles implicaciones del Derecho de la competencia

Vemos que los Gigantes de Internet suelen realizar ciertas conductas que pueden suponer barreras de entrada a posibles competidores. Cierto es que son empresas que suelen tener una cuota muy alta de mercado, y por ello será necesario analizar cada una de sus actuaciones con especial precaución, por las posibles implicaciones en el Derecho de la competencia que estas pudieran tener.

Nos centraremos concretamente en las implicaciones que las actuaciones más frecuentes de estas potentes empresas pudieran tener en cuanto a ser consideradas conductas colusorias o actos de abuso de posición dominante, dejando a un lado las posibles conductas desleales. Asimismo, tendremos en cuenta, cuando sea preciso, las previsiones normativas existentes sobre el control de las concentraciones.

Así, aunque ya hicimos referencia al mismo, el art. 101 TFUE se refiere a los *“acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas”* para establecer que se prohíben cuando *“tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia”*.

Como ya vimos al hablar del posible uso que se le podía dar a los algoritmos por parte de las empresas, las nuevas tecnologías han posibilitado avances que deberían hacernos replantear el concepto que manejamos de *“acuerdo entre empresas”*.

El art. 101 TFUE se refiere a prácticas necesariamente bilaterales, al requerir la voluntad de todas las empresas intervinientes. Sin embargo, ha quedado probado cómo es posible programar algoritmos de forma que una empresa prevea con gran exactitud la posible actuación de otra empresa competidora, de modo que actúe en consonancia. Asimismo, podrá programar que se realicen determinadas operaciones (como bajada o subida de precios) de forma automática al detectar según qué actuaciones de otra empresa competidora.

Estas prácticas no entrarían estrictamente en el marco regulatorio del art. 101 TFUE y, sin embargo, podrían tener los mismos efectos en la competencia.

Si bien debemos diferenciar los acuerdos capaces de restringir la competencia de aquellas actuaciones que son en realidad una respuesta natural al propio funcionamiento del mercado, considero que estas conductas se incardinarían más bien en el concepto de *“acuerdos entre empresas”* que hemos visto. Concretamente, como ya indiqué, creo que

estas actuaciones se ajustarían a lo que el art. 1 LDC considera conductas “conscientemente paralelas”.

Finalmente, destacar que este artículo no prohíbe los acuerdos de mínimos, que serían aquellos que no afectan a la competencia por incidir sobre una cuota de mercado insignificante. Sin embargo, esto tendrá especial relevancia en el mercado digital, pues en este ámbito se hace especialmente difícil definir el mercado relevante y esto será clave para determinar si la competencia efectiva se pone en peligro o no.

Más trascendencia tiene analizar el art. 102 TFUE en relación con las prácticas de los Gigantes de Internet que supongan barreras de acceso. Este artículo se refiere a la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, quedando prohibida la misma “*en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros*”. Esto es, no se prohíbe el hecho en sí de ostentar una posición de dominio, sino el abusar de tal posición.

En el mismo artículo se recogen unas conductas que por sí mismas se entienden que son un acto de explotación abusiva de la posición de dominio, pero no entraremos ahora en su análisis.

Nos centraremos en qué se entiende por “explotación abusiva” y en qué medida hemos de interpretar este concepto en el comercio electrónico. Para ello, acudiremos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, el TJCE en la Sentencia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffman La Roche establece que el abuso es un “*concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado (...) y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia*”³².

Destacaríamos en especial la mención que se hace a que se recurra “*a métodos diferentes de los que rigen una competencia normal*”. De esto podríamos inferir que habría abuso cuando se

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979. Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 85/76. EU:C:1979:36 Punto 91.

Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0085&from=ES>

actuara desde una posición de dominio de una forma distinta a la que sería la competencia normal, siempre que el comercio se viera afectado por ello.

En esta línea, el TJUE en el Caso Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB, en la sentencia de 17 febrero 2011 se pronuncia en el mismo sentido, precisando que el acto de abuso sería el que se realizase “*por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos*”³³.

Como hemos visto, la explotación abusiva solo tiene sentido y está prohibida cuando es realizada por aquellas empresas que están en posición dominante. A este respecto, precisaremos el concepto de posición dominante.

Así, en la citada sentencia del Caso Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB, el TJUE expresa al respecto que “*la posición dominante (...) atañe a la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores.*”³⁴ En esta línea se ha pronunciado el TJUE en las sentencias de 13 de febrero de 1979, punto 38 (sentencia ya comentada) y de 14 de octubre de 2010³⁵, punto 170.

Como vemos, una empresa se encontrará en una posición de dominio cuando tenga una cierta independencia en su actuación económica, pero para poder determinar esta circunstancia, hemos de valorar diversos factores como el mercado relevante en que actúa,

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de febrero de 2011. Caso Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB. Asunto C-52/09. EU:C:2011:83 Punto 27.

Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0052&from=DA>

³⁴ STJUE, de 17 de febrero de 2011, cit. Punto 23.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de octubre de 2010. Caso Deutsche Telekom contra Comisión. Asunto C-280/08 P. Punto 170.

Disponible en:

https://laleydigital-laleynext-es.ponton.uva.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAD3Iuw6DMAxA0a8hC4sjEFIHLxUTU4fS3ThWZakE5Dy-H8rAdK9OpiUhOOJc6DdujP7_WuVNY-kaAk4zAHSPofcDuCqWdIv40a_ELI53RV1f5puOrp4SbnmWxGStxHYqpmm3EiSy0gEX3EXJdgAAAA==WKE

la cuota de mercado que tiene, las barreras de entrada y de salida existentes, así como lo concentrado que estuviese el mercado y los competidores efectivos que existiesen.

De esta manera, analizaremos distintas conductas concretas llevadas a cabo por estos Gigantes de Internet y que supongan una barrera de entrada a nuevos competidores para finalmente determinar si podrían considerarse “explotaciones abusivas” según lo previsto en el art. 102 TFUE, o si podrían tener otra consideración relevante desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

Para ello, además de estudiar objetivamente las propias conductas en sí mismas consideradas, haremos referencia al mercado relevante en cada caso, pudiendo hacer mención a la cuota de mercado, y partiendo de la base de que en el mercado digital es habitual la concentración.

Es importante tener en cuenta que, por las especialidades que tiene, es particularmente complejo determinar el mercado relevante en el ámbito del *e-commerce*. Por ello, identificaremos los problemas más comunes que se plantean al tratar de identificarlo y propondremos ciertas pautas a tener en cuenta para facilitar la labor.

Finalmente, hacer una referencia al control de las concentraciones, que tendría bastante trascendencia en el mercado digital, en la medida que, como habríamos visto, existe una tendencia a la concentración empresarial, siendo los mercados normalmente del tipo *winner-takes-all* y dándose en muchos casos efectos de red, que precisamente potencian esta circunstancia. A este respecto, también tendrá especial importancia la adecuada determinación del mercado relevante, para poder valorar las implicaciones de las fusiones y adquisiciones de empresas, no solo actuales, sino también potenciales, en el Derecho de la competencia.

3.2. Problemática general al identificar el mercado relevante en que operan los Gigantes de Internet y parámetros concretos para acotarlo

Una vez que apreciamos si una conducta en sí misma considerada podría afectar negativamente a la competencia, y estar por ello prohibida, hemos de valorar dicha actuación en el marco concreto del mercado en que esta se produce; esto es, debemos acotar el mercado relevante en que actúa la empresa.

De forma general, el análisis del mercado relevante se ha de abordar desde distintas perspectivas. Así, en primer lugar se ha de evaluar el mercado de productos, que abarcaría aquellos bienes o servicios que el consumidor considerase intercambiables, ya sea atendiendo a sus particularidades, a su precio, o a la necesidad que cubran.

En segundo lugar, se ha de atender al mercado geográfico de referencia, que comprendería el área en que la empresa operase, que se distinguiría por detentar características competenciales homogéneas y diferenciables de las que existirían en otras áreas geográficas vecinas³⁶.

Por último, en determinados casos, podría tenerse en cuenta el mercado atendiendo a la temporalidad, en el sentido de que pueden existir productos o servicios que solo se demanden u oferten en una época del año determinada.

Sin embargo, el mercado digital tiene algunas particularidades que sería recomendable tener en consideración y que podrían plantear problemas al método tradicional de determinar el mercado relevante.

Así, en primer lugar, en lo que respecta al mercado de productos, tener en cuenta que en el mundo digital es especialmente sencillo introducir ciertas modificaciones a un producto o servicio original para transformarlo en otro diferente que, por consiguiente, competiría en un mercado relevante distinto. Las economías de escala que, como vimos, se suelen dar en estos mercados potencian la facilidad con que los Gigantes de Internet pueden entrar a competir en mercados adyacentes a aquellos en que comenzaron compitiendo.

Así, Instagram, empezó siendo una aplicación y red social para compartir fotografías y vídeos en Internet, pero en un lapso relativamente corto de tiempo, introdujo modificaciones, como la posibilidad de enviar “mensajes directos” a otros usuarios. Lo que originalmente era una aplicación orientada a la fotografía, terminó por actuar también como plataforma de mensajería, lo que sin duda afectaría a su mercado relevante.

Además, la inclusión de otras modificaciones posteriores ha permitido a la plataforma competir con otras redes sociales que se habrían diferenciado y que, originalmente, podría haberse entendido que no competían con Instagram.

³⁶ CREUS CARRERAS, A.: “Exenciones por categorías (acuerdos verticales)”, en CREUS, A. (Dir.), “Código de Derecho de la Competencia”, Wolters Kluwer España, Madrid, 2006, Pág. 686.

Así, se introdujo la función “*Instagram stories*”, que permite compartir fotografías y vídeos que desaparecen transcurridas 24 horas desde su publicación. Esta era la función principal que cumplía la plataforma Snapchat y que, tras aquella actualización de Instagram, pasó a ser su competidor directo.

De la misma manera, surgieron plataformas como Meerkat o Periscope, dedicadas a la retransmisión de vídeos en directo, que actualmente ya no existen. Especialmente tras la popularidad de Periscope, Instagram introdujo la función “*Instagram live*”, que básicamente posibilitaba las retransmisiones en directo, pasando a competir también en el mercado de estas plataformas.

Lo mismo sucedió con 21Buttons, que surgió como una red social de moda que permitía publicar fotografías, referenciando los artículos de moda que aparecían en las mismas con un enlace a las tiendas en que se podían adquirir tales productos. Si bien originalmente no se habría podido imaginar que Instagram compitiera en el mercado de las aplicaciones de moda, lo cierto es que tras introducir la novedad “*Instagram shopping*”, que básicamente permitía la mismas funciones que diferenciaron a 21Buttons, pasó a competir también en este mercado.

Esta ejemplificación demuestra lo que antes señalábamos respecto a identificar el mercado de productos en que una empresa compite en el mercado digital. Es por ello que considero preciso adaptar el método tradicional empleado para concretar el mercado de productos o servicios en que una empresa compite al ámbito digital, en que es común pasar a competir en mercados adyacentes.

Creo que, cuando se estudien los productos o servicios que ofrezca una empresa en el mercado digital, además de atenderse a aquellos competidores directos que proporcionen servicios o productos equivalentes o sustitutivos, se ha de observar el grado de facilidad que tendría dicha empresa de entrar a competir en mercados adyacentes, y si lo hiciera, cómo afectaría esto a su cuota de mercado. No planteo acotar el mercado relevante de forma ficticia, pues que exista la posibilidad de que una empresa entre a competir en mercados adyacentes no determina que esto sea lo que necesariamente vaya a hacer. Tampoco considero que se puedan emplear fórmulas excesivamente expansivas para definirlo, pues esto podría desdibujar la cuota de mercado real que la empresa tuviera.

Sin embargo, sí creo que, una vez definido el mercado relevante real, según los productos y servicios que la empresa oferta en el momento del análisis, se podría entrar a valorar un

“mercado relevante ficticio”, en que se plantearía la posición que la empresa presumiblemente ostentaría si decidiese competir en los mercados adyacentes más importantes o próximos.

Esto podría ser un parámetro que permitiría un control más efectivo de la competencia en el mercado digital que tan rápido evoluciona y que posibilitaría adelantarse a la eventual “mutación de la posición de dominio” de un mercado a otro por un Gigante de Internet, y adoptar las cautelas que fueran precisas al respecto.

Tener en cuenta que en el ámbito digital se hace especialmente importante el recurso a técnicas de diferenciación múltiple de mercados, pues en muchas ocasiones los operadores económicos actúan en más de un mercado relevante. Estos mecanismos permiten valorar aquellas prácticas de las empresas que no tengan trascendencia para la competencia en algunos mercados, pero sí en otros. Precisamente porque reconozco la utilidad de este tipo de técnicas, no pretendo, con mi propuesta, sustituirlas, sino más bien complementarlas.

Desde mi punto de vista, en el ámbito digital se haría necesaria una valoración, aunque hipotética, de los mercados adyacentes en que las empresas pudieran entrar a competir, por la facilidad con que en estos casos podría darse un traslado de la posición de dominio de un mercado a otro.

En segundo lugar, respecto al mercado geográfico de referencia, también es preciso destacar que Internet es global, y permite que se ofrezcan productos y servicios en todo el mundo. Sin embargo, esto no puede servir de pretexto para que siempre que se oferte un producto o servicio por Internet consideremos que el mercado geográfico es el mundial. Hasta este punto, no habría importantes modificaciones de los criterios que a este respecto se seguirían en el mercado tradicional.

En cualquier caso, me gustaría destacar que el mercado digital posibilita la existencia de empresas que operen meramente a través de Internet, sin una infraestructura física relevante, lo cual hace especialmente sencillo la prestación de sus servicios en todo el mundo.

Sin embargo, es posible que esto permita a una empresa que preste la práctica totalidad de sus servicios en un territorio concreto, por ejemplo, un país, llegar a clientes de otros estados, aunque los ingresos que la empresa obtenga de tales clientes sean insignificantes. Considero que esto ha de tenerse en cuenta al identificar el mercado geográfico de

referencia, ya que podría servir de base para entender que dicha empresa opera en un marco geográfico mucho mayor de aquel en que realmente actúa, lo cual sería un error y un fraude de facto, a mi parecer, de las normas de competencia.

Asimismo, considero importante, respecto del aspecto temporal, el hecho de que es frecuente que muchas empresas del mercado digital se desarrollen y crezcan en lapsos de tiempo muy breves, a diferencia de lo que suele ocurrir en el mercado tradicional, en que el crecimiento de las empresas suele ser más progresivo. Es por ello que me parecería especialmente recomendable, al analizar el mercado relevante de una de estas empresas, atender también a su potencial; a su índice de crecimiento.

Podría ocurrir que una startup con un elevado índice de crecimiento realizase una conducta sustantivamente perjudicial para la competencia y que, sin embargo, no se considerase como tal por no ostentar una cuota de mercado suficientemente importante en el momento de la comisión. Creo que en ese caso se podría valorar la conducta en cuanto a su potencial lesivo futuro en un periodo de, por ejemplo, tres años.

Desde mi punto de vista, esto podría suceder tanto en el caso de los acuerdos de minimis, como en el abuso de posición dominante, y debería ser tomado en cuenta también en el control de concentraciones.

En todos estos supuestos considero fundamental valorar el potencial lesivo de la actuación teniendo en cuenta el índice de crecimiento de la empresa correspondiente. Esta sería una forma de flexibilizar la interpretación, para poder sancionar conductas que, de otro modo, quedarían fuera del alcance de las normas del Derecho de la competencia.

Así, desde mi perspectiva, incluso podría llegar a apreciarse un abuso de posición dominante por parte de una empresa que no ostentase una posición de dominio en el sentido más estricto del término. Esto podría considerarse cuando una startup tuviera un índice de crecimiento mucho mayor que otra empresa competidora, aunque ninguna tuviera una posición dominante en el mercado, siempre que la conducta de la primera pudiera calificarse de “abuso”.

Finalmente, tras haber definido el mercado relevante en que actúa una empresa, se procede a calcular la cuota de mercado que ostenta, que sería el porcentaje de ventas que la empresa tendría en el mercado en que opera.

Señalar que, aunque se tienen en cuenta diversos aspectos, una cuota de mercado alta es un importante indicador de que una empresa ostenta una posición dominante en el mercado.

De esta manera, en el ámbito de la Unión Europea, para analizar si una empresa ostenta o no posición de dominio se suele hacer una diferenciación por umbrales³⁷ en el siguiente sentido:

- Las cuotas inferiores al 25% del mercado relevante indican que no existiría posición de dominio, siendo consideradas como cuotas de minimis.
- Una cuota inferior al 40 o 45%, en principio, no sería motivo para considerar que una empresa tuviera poder de mercado significativo.
- Las cuotas superiores al 40-45% ya denotarían la necesidad de un análisis exhaustivo para determinar la existencia o no de una posición de dominio, aunque la mayoría de veces que dicha cuota supera el 50% del mercado relevante, así será.
- Asimismo, señalar que, cuando la cuota fuese superior al 70%, podemos concluir la existencia de una posición dominante. Una cuota de entre el 80 y el 90% del mercado sería indicativa de una situación cuasi-monopolística, mientras que a partir del 90% el TJUE habría venido considerando que la empresa estaría en monopolio³⁸.

En cualquier caso, si bien estos parámetros pueden resultar de utilidad para concretar la posición que una empresa ocupa en un mercado, no serán el único factor a tener en cuenta. Así, será importante también analizar la elasticidad de la oferta y la demanda³⁹; esto es, la respuesta del mercado ante variaciones en el precio del producto o servicio ofertado. Sin embargo, solo dejamos estas cuestiones apuntadas sin entrar en su análisis detallado, precisamente porque las peculiaridades del mercado digital hacen que estos criterios interpretativos deban ser matizados atendiendo especialmente a cada caso.

³⁷ GUTIÉRREZ, I, y PADILLA, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en Seminario de la Fundación Rafael del Pino: *El abuso de la posición de dominio*. Pág. 20.

Disponible en: <https://frdelpino.es/investigacion/el-abuso-de-posicion-de-dominio/>

³⁸ Apuntes de clase de la profesora Marina Echebarría Sáenz, 2019.

³⁹ GUTIÉRREZ, I, y PADILLA, J., “Una racionalización...”. Pág. 21-23.

4. TIPOS DE BARRERAS DE ACCESO IMPUESTAS POR LOS GIGANTES DE INTERNET A POTENCIALES EMPRESAS COMPETIDORAS.

4.1. Compra sistemática de startups.

4.1.1. *Análisis de la práctica*

Las fusiones y adquisiciones de empresas son una práctica habitual y consustancial al propio funcionamiento del mercado. Sin embargo, en este epígrafe, lo que vamos a analizar es la actuación tan habitual por parte de los Gigantes de Internet dirigida de forma sistemática a la compra de startups del mundo digital.

Pero, exactamente, ¿qué es una startup?

Las startups son empresas de nueva creación, que comienzan teniendo un pequeño tamaño, pero que se caracterizan por su potencial para crecer rápidamente, normalmente beneficiándose de modelos de negocios que se sustentan en economías de escala. Aunque no siempre es así, lo más habitual es que estas empresas tengan un importante componente tecnológico, de manera que no requieran una gran inversión inicial y, además, suelen acudir a fuentes de financiación no tradicionales, como sería la aportación de capital por inversores a cambio de un porcentaje de las acciones de la startup⁴⁰.

En muchas ocasiones estas startups serían nuevos competidores potenciales de las compañías que las adquieren, pero también es frecuente que se trate de empresas que operan en mercados adyacentes a los que los Gigantes de Internet se quieran expandir.

Esta práctica se ha visto favorecida por el hecho de que los mercados digitales suelen ser del tipo “*winner-takes-all*”, de manera que es frecuente la concentración empresarial. En parte, como dejamos apuntado anteriormente y desarrollaremos más adelante, esto se debe a la existencia de potentes “*network effects*” o efectos de red, tanto directos, como indirectos.

⁴⁰ARZA, J.: “¿Qué hace falta para poner en marcha una ‘startup’?”, en Revista Escritura Pública, núm. septiembre-octubre de 2017. Págs. 48-51.

Disponible en:

http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-262051.pdf

En los mercados en que “el ganador se lleva todo”, las compañías compiten, en definitiva, por alcanzar la posición de dominio; por ser “el ganador”. Como ya comentamos, en lugar de competirse *en* el mercado, se compite *por* el mercado.

En los mercados con estructura de este tipo, un producto o servicio que sea ligeramente superior al de sus competidores se queda con prácticamente la totalidad de la cuota de mercado.

Como vemos, es frecuente que en los mercados digitales se den condiciones, como los efectos de red, que favorecen la concentración empresarial. Sin embargo, cabe preguntarse si en todo caso, puede decirse que los mercados digitales son del tipo *winner-takes-all* y si, de ser así, debiera resignarse el Derecho de la competencia a intervenir en las adquisiciones de startups, por ser esta “la tendencia natural del mercado”.

En lo que respecta a la primera cuestión, parece precipitado mantener de forma tajante que todos los mercados digitales sean necesariamente de este tipo.

Por ello, en primer lugar, nos resultará de utilidad hacer una distinción en lo que respecta a las empresas que operan en el mercado digital.

Por una parte, podemos distinguir aquellas empresas que se valen del mercado digital como medio o herramienta para dar salida a productos físicos o servicios que ofrecen presencialmente. Se trataría de aquellas empresas que tendrían necesariamente una infraestructura dedicada a la producción o a la venta al público. Si bien serían operadores del mercado digital, podría decirse que su naturaleza sería “híbrida”.

Por otra parte, estarían aquellas compañías que encontrarían en el mercado digital su propia razón de ser. Nos referimos así a aquellas empresas que exclusivamente actúan a través de Internet. Si bien es cierto que tendrán infraestructuras físicas, de mayores o menores dimensiones, estas no se dedicarán a fabricar un producto o proporcionar un servicio que se entregue o preste de forma presencial, sino más bien a cuestiones organizativas o de coordinación de la empresa, pero teniendo siempre esa orientación dirigida a lo esencialmente digital.

Desde este punto de partida, podemos decir que el primer tipo de empresas de que hemos hablado no tendría por qué actuar en un mercado de tipo *winner-takes-all*, por lo menos en la medida que pudieran captar clientela a través de su propia presencia física o prescindiendo de operar en el mercado digital.

Concluimos que esto es así, por un elemento importante: la atención del consumidor. En todos los mercados las empresas compiten por atraer a los consumidores. Precisamente por ello existen profesionales dedicados al marketing y a la publicidad que prestan sus servicios a la mayoría de empresas.

Sin embargo, no puede decirse que siempre que se compita por llamar la atención de los potenciales clientes se vaya a producir un contexto económico del tipo “*winner-takes-all*”, pues tratar de atraer clientes es consustancial a la propia actividad económica y los mercados del tipo “*winner-takes-all*” no lo son.

En ese caso ¿por qué consideramos tan relevante la atención del consumidor en el mercado digital?

La respuesta a esta pregunta pasaría por remarcar lo que, a priori, parecería una obviedad: el tiempo de los usuarios ante la pantalla es limitado.

Sin embargo, lo cierto es que el tiempo que los potenciales clientes, en cualquier caso, dedican a ver anuncios o atender estrategias de marketing de las empresas también es limitado fuera del mercado digital. Entonces ¿a qué nos referimos exactamente?

Propiamente, habría una diferencia entre el tiempo que los usuarios dedican a estar conectados a Internet como finalidad en sí misma, y el tiempo en que, por el hecho de realizar una determinada acción, la atención del consumidor pueda ser susceptible de ser captada.

En el primer caso, el usuario estaría realizando una actividad concreta en la red. En el segundo, nos referiríamos al hecho de que son las actividades que realizan los potenciales consumidores las que determinan, en última instancia, las posibilidades que las empresas tendrán de llamar su atención en cada caso. Así, si un potencial consumidor dedicase una hora al día a ver la televisión y cinco a navegar por Internet, parece lógico que aquellas empresas que traten de captar la atención de este cliente mediante Internet, tendrán un mayor margen para hacerlo que aquellas que utilicen anuncios televisivos, sin entrar en vicisitudes sobre qué estrategias de marketing son más efectivas.

Por ello nos estaríamos refiriendo a situaciones comprendidas en el primer caso; el problema no radicaría en llamar la atención del consumidor mientras realiza una actividad cualquiera, pues esto no es lo que determinará que un mercado sea del tipo *winner-takes-all*,

sino en captar la atención del potencial usuario en lo que respecta a la elección de la actividad a la que va a dedicar su tiempo en Internet; en ser “la actividad elegida”.

Dado que, como hemos dicho, el tiempo que los usuarios invierten en realizar actividades en Internet es limitado, la regla general es que “se dejen llevar” y cubran sus necesidades de una única forma, aunque en ocasiones esta no sea la más eficiente. Existe una tendencia en el mercado digital a decantarse por una única opción, pero será precisamente cuando a esta predisposición de los usuarios se le una la existencia de fuertes “*network effects*” o efectos de red, cuando de verdad nos encontraremos ante un mercado de tipo “*winner-takes-all*”, con independencia de que existan otros factores que también fomenten la concentración empresarial en el mercado.

Me atrevería a decir que siempre que se consigan fuertes efectos de red en el mercado digital y exista la tendencia del consumidor a elegir una única opción con que cubrir su necesidad, podrá decirse que este mercado será del tipo “*winner-takes-all*”. Respecto a los efectos de red, solo decir que su análisis lo realizaremos más adelante.

Por todo lo anterior podemos concluir que no siempre que se opere en el mercado digital se va a estar en un contexto económico de tipo *winner-takes-all*. Sin embargo, existe una tendencia en el mundo digital a que se creen efectos de red, ya sea de forma directa o indirecta, y a corto o largo plazo, más especialmente aún entre aquellas empresas que actúan únicamente de forma online. Si a esto se le suma ese comportamiento habitual de los usuarios dirigido a concentrar su demanda lo máximo posible, llegamos a la conclusión de que, en la inmensa mayoría de casos, los mercados digitales serán del tipo *winner-takes-all*.

Continuando con el análisis de la adquisición sistemática por los Gigantes de Internet de las startups, y ya habiendo observado que en la mayoría de casos la tendencia natural de estos mercados puede ser la de que “el ganador se lo lleve todo”, veremos en qué consiste exactamente esta práctica.

Así, podría decirse que, en líneas generales, el proceso de adquisición tendría tres fases: identificación de startups, análisis de su potencial y su eventual adquisición.

En lo que respecta a la identificación, decir que es habitual que los Gigantes de Internet dediquen parte de sus esfuerzos a estudiar a sus competidores e identificar empresas que puedan llegar a suponer una amenaza para su posición en el mercado o que, por su potencial, puedan ser adquisiciones estratégicas para expandir su posición de dominio a

mercados adyacentes en que estas empresas operen. También puede resultar conveniente, en ciertas ocasiones, adquirir una startup únicamente porque la misma tenga acceso a multiplicidad de datos respecto de algún parámetro que a la gran empresa le interese.

Una vez que identificadas estas startups, el siguiente paso que se suele dar sería el de su análisis. Internet facilita mucho la creación de empresas y sin embargo no todas las que, en origen, pudieran llamar la atención de los Gigantes de Internet van a ser adquiridas por estos. Las adquisiciones que, en su caso, se hagan, han de ser estratégicas. Es por ello que también se invertirán esfuerzos en estudiar la posible rentabilidad de la adquisición y los índices de crecimiento de la startup, así como los riesgos que pudiera conllevar, tanto la adquisición, como la no adquisición de la misma. En definitiva, se analizarán todas las circunstancias que tuvieran alguna trascendencia y finalmente se tomará una decisión económica.

En el caso de que la decisión fuese la eventual compra de una startup, nos encontraríamos ante el supuesto de hecho que estamos tratando de analizar.

Antes de entrar a estudiar las implicaciones que esta práctica podría tener en el Derecho de la Competencia, veremos qué supone exactamente la adquisición de la empresa, tanto para el Gigante que la adquiera, como para el desarrollo futuro de la misma. Asimismo, estudiaremos el caso real de Facebook para reforzar el análisis de la práctica que estamos realizando.

De esta manera, en lo que a la gran empresa que pretende adquirir la startup respecta, la cuestión económica es probable que no plantee problemas, por lo que no entraremos en ella. Más bien, lo que debemos resaltar es su interés en la adquisición.

Como bien hemos señalado, se trata de un proceso al que se destinan importantes recursos por parte de la mayoría de Gigantes de Internet. Además, es una práctica habitual. Por ello parece lógico entender que la actuación reportará algún tipo de beneficio (no necesariamente económico). Al hablar sobre el proceso de identificación de empresas ya mencionamos los posibles motivos por los que puede interesar a estos Gigantes adquirir startups. Sin embargo, las implicaciones de la práctica, así entendidas, apenas se diferenciarían de una adquisición al uso por parte de una empresa, de otra mucho más pequeña. Por ello, lo verdaderamente relevante para entender esta actuación será analizar qué supone esta práctica para la startup.

Así, comentar en primer lugar que el mercado digital evoluciona especialmente rápido, lo que hace que muchos de los Gigantes de Internet sean empresas nuevas, teniendo muchas de ellas menos de 25 años, como sería el caso de Alibaba Group, que se creó en 1999, o de Facebook, que fue fundada en 2004.

Con estos datos de la mano, podemos entender la capacidad para crecer exponencialmente que tienen muchas de estas empresas del mercado digital. Es por ello que los Gigantes de Internet estudian los índices de crecimiento de las startups antes de adquirirlas, lo que nos lleva a la siguiente pregunta: si una startup está creciendo exponencialmente y teniendo éxito (probablemente) en un lapso breve de tiempo ¿por qué acceder a ser adquirida por uno de estos Gigantes?

Si el mercado digital es tan cambiante, parecería factible la opción de seguir creciendo hasta convertirse en uno de estos Gigantes. Sin embargo, la realidad muestra que son muchas las startups que renuncian a esta posibilidad y acceden a ser adquiridas.

Estudiando las consecuencias que la adquisición supondría para la startup, diríamos que la misma podría integrarse en el Gigante que la adquiera o bien mantenerse en su forma autónoma original. Esta será una decisión empresarial a tomar tras su adquisición, pero lo cierto es que en cualquier caso la empresa adquirente va a ver reforzado su poder de mercado. La startup continuará existiendo, bien en su forma original, bien como parte de otra empresa mucho más grande, pero en cualquier caso puede decirse que “sobrevivirá”.

Sin embargo, en el caso de que la startup no accediese a la adquisición, significaría que estaría, de alguna manera, declarando su intención de competir con el Gigante. Si nos encontramos ante un mercado de tipo *winner-takes-all*, la gran empresa reaccionará para asegurarse de seguir resultando ganadora.

Esto puede desencadenar distintas conductas anticompetitivas, de ahogamiento y copia de las estrategias de la startup, hasta que la misma ya no sea capaz de seguir compitiendo y termine por desaparecer o por acceder a ser adquirida. Aunque existe la posibilidad de que esto no suceda, la realidad muestra que es lo que ocurre la mayoría de veces.

A continuación, ilustraremos esta práctica con el estudio del caso de las adquisiciones de startups por Facebook, para, finalmente, analizar las implicaciones que este tipo de prácticas tienen en el Derecho de la Competencia y por qué supondrían una barrera de entrada al mercado digital.

4.1.2. Estudio del caso de Facebook

Facebook es una compañía que se fundó en 2004 por Mark Zuckerberg, Eduardo Saverin, Chris Hughes y Dustin Moskowitz y es la mayor plataforma de redes sociales del mundo. Según un informe de Facebook de julio de 2020, la plataforma tenía 1,79 miles de millones de usuarios activos diariamente y 2,7 miles de millones activos mensualmente. Su negocio gira en torno a, fundamentalmente, cinco productos:⁴¹

1. Facebook, como red social.
2. Instagram, como red social especializada en fotos y vídeos.
3. Messenger, como plataforma de mensajería.
4. WhatsApp, como plataforma de mensajería.
5. Oculus, como sistema de videojuegos que utiliza la realidad virtual.

A continuación, vamos a estudiar las adquisiciones más relevantes de Facebook, basándonos en el Informe de investigación del Subcomité de Derecho de la Competencia, Comercial y Administrativo, del Comité del Poder Judicial de EEUU, de 2020.

Desde su fundación, Facebook habría adquirido más de 63 empresas, dedicándose la mayoría al desarrollo de software, como Instagram o Atlas.

Los documentos internos de Facebook que se analizan en la investigación mostrarían que la estrategia de la compañía en lo que a la adquisición de startups respecta se basaría en la adquisición de todas aquellas amenazas a su dominio en el mercado de las redes sociales⁴².

Comentaremos brevemente las adquisiciones de Instagram y de WhatsApp, pues este informe nos permite observar las intenciones y objetivos de Facebook al adquirir estas empresas.

⁴¹ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 132.

⁴² SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 149.

Así, respecto de Instagram, decir que fue fundada en 2010 y adquirida por Facebook en 2012 y que, como hemos mencionado anteriormente, es una red social dedicada a compartir principalmente fotos y videos. Inicialmente, fue concebida solo para los iPhones de Apple, pero ya en 2012 estaría disponible para Android a través de Google Play Store.

Del análisis del Subcomité de los documentos internos de Facebook se desprende que su adquisición se realizó principalmente para neutralizar a Instagram como competidor y para integrar su producto en la red de Facebook, de modo que esta pudiera mejorar también el servicio que ofrecía.

Según Mark Zuckerberg, *“existirían efectos de red en torno a las redes sociales y un número de productos a inventar finito. Cuando alguien gana en un área concreta, es difícil para el resto sustituirlos sin hacer algo diferente”*⁴³.

Los documentos internos de la investigación muestran la preocupación existente en Facebook sobre la competencia que podría llegar a hacerles Instagram, así como mensajes en que Mark Zuckerberg venía a decir que *“Facebook puede casi siempre comprar cualquier startup competitiva”*⁴⁴ y que esto sería lo bueno de las startups.

Además, en este caso, se observa que la startup estaba creciendo exponencialmente antes de su adquisición y que los datos apuntan a que habría podido llegar a convertirse en lo que es hoy aún sin la adquisición de Facebook. Más aún teniendo en cuenta que la startup continuó actuando de forma relativamente independiente.

Señalar que la Federal Trade Commission (FTC) es una agencia independiente del gobierno de EEUU que tiene por objetivo la protección de los consumidores y de la existencia de una competencia practicable en el mercado.

De esta manera, la FTC habría abierto una investigación con motivo de la adquisición de Instagram por Facebook. Sin embargo, solo unos meses más tarde, en agosto de 2012, la cerró, aclarando que ello no significaba que no hubiera podido ocurrir alguna violación de

⁴³ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: *“Investigation of competition in digital markets...”* cit., pág. 152.

⁴⁴ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: *“Investigation of competition in digital markets...”* cit., pág. 153.

las normas de competencia. En todo caso, la FTC se reservaba el derecho a abrir futuras investigaciones en el caso de que el interés público lo exigiera.

En lo que respecta a la adquisición de WhatsApp, señalar en primer lugar que WhatsApp fue fundada en 2009 y adquirida en 2014 por Facebook.

Se trata de una plataforma de mensajería cruzada y servicio de llamadas que, a diferencia de los servicios tradicionales de telefonía móvil, utiliza Internet para realizar sus comunicaciones.

Además, hasta 2016, WhatsApp monetizaba su servicio mediante el cobro de una cantidad anual a sus usuarios una vez transcurrido el primer año de uso, rechazando así que su modelo de negocio se basara en la publicidad.

En febrero de 2014 Facebook anunció su compra de WhatsApp, dejando claro que la compañía continuaría realizando su actividad de forma autónoma, pese a la adquisición.

De esta manera, la FTC abrió una investigación en marzo de 2014, que cerró un mes después, aunque el Director del departamento de protección del consumidor advirtió que si WhatsApp no mantuviera sus políticas sobre la protección de datos y de la privacidad de los usuarios podría esto constituir una vulneración de la sección 5 de la FTC Act, que sería una ley dirigida a la protección de la competencia⁴⁵.

En septiembre de 2014 la Comisión Europea inició una revisión sobre la adquisición que estamos comentando, llegando a aprobarla en octubre de ese mismo año, concluyendo que Facebook y WhatsApp no eran competidores directos, y que los consumidores continuarían teniendo alternativas suficientes a los servicios que estas compañías ofrecían.

Sin embargo, en 2016, la Comisión Europea multó a Facebook por entender que habría aportado información incorrecta cuando se hizo la revisión de la adquisición en 2014, habiendo omitido la posibilidad que existiría de que Facebook uniera la información de sus usuarios con los usuarios de WhatsApp, que sería precisamente lo que habría venido a hacer la compañía en 2016. De esta manera, se habría abierto la posibilidad de conectar los usuarios de Facebook con sus números de teléfono.

⁴⁵ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 157.

Es precisamente de esta manera como se aprecia que Facebook habría adquirido WhatsApp con la finalidad de expandirse, pudiendo aprovecharse especialmente de los mercados geográficos que le habría abierto WhatsApp en aquellos lugares en que su presencia era mayor que la de Facebook, como sucedía, precisamente, en el caso de España.

Para finalizar este análisis, comentar que el informe de investigación termina por llegar a unas conclusiones relevantes sobre la conducta de Facebook, determinando que la misma habría supuesto un abuso de su posición dominante en el mercado para así falsear la competencia en el mercado de las redes sociales⁴⁶.

De esta manera, se prueba que Facebook habría utilizado sus datos internos para estudiar el crecimiento de Instagram, así como de otras plataformas digitales. De hecho, habrían invertido esfuerzos importantes en mejorar la búsqueda de potenciales competidores. Así, Facebook habría adquirido Onavo, por ser una aplicación que proporcionaba datos en tiempo real sobre aspectos importantes de empresas competidoras (como el número de usuarios o el tiempo que los usuarios dedicaban a las mismas de media) o Giphy, que sería una aplicación para enviar GIFs y que, por tanto, proporcionaba acceso a los mensajes enviados.

Así, observaríamos las distintas finalidades con que los Gigantes de Internet adquirirían startups, como habíamos mencionado anteriormente.

Según los datos que se muestran en el informe en que estamos basando el análisis del caso, Facebook habría llevado a cabo una estrategia para “*adquirir, copiar o acabar con la competencia*”⁴⁷.

Este caso sería la perfecta ejemplificación de la estrategia que, según lo que comentamos al analizar la práctica de la adquisición sistemática de startups, llevarían a cabo muchos de los Gigantes de Internet.

⁴⁶ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 160.

⁴⁷ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 163.

Así, se prueba cómo Facebook una vez que identificaba posibles competidores que supusieran una amenaza para su empresa, los adquiría si era posible y, si no, acababa con ellos fundamentalmente copiando sus productos.

La práctica de copiar a los competidores puede llegar a ser agresiva y, en definitiva, tendría por efecto evitar que las otras empresas pudieran llegar a mejorar su cuota de mercado a través de la diferenciación.

De hecho, los documentos internos de Facebook que se analizan en el informe de la investigación que estamos comentando, muestran claramente cómo Facebook habría mostrado su prototipo de aplicación similar a Instagram para presionar a la startup a aceptar la adquisición que Facebook proponía. Parecía claro que la consecuencia de no acceder, sería posiblemente que Facebook hubiera conseguido acabar con Instagram valiéndose de su estrategia de imitación.

Una prueba más la encontraríamos con el caso de Snapchat, que se trataba de una plataforma dedicada principalmente a la publicación de fotografías y vídeos de forma temporal. Dado que la startup fue identificada por Facebook como una posible amenaza a su posición en el mercado, habría tratado de adquirirla.

Sin embargo, en este caso Snapchat habría tomado la decisión opuesta que Instagram, al rechazar la oferta y decidir continuar de forma independiente su negocio. La respuesta de Facebook vino dada a través de Instagram, introduciendo (como comentamos inicialmente) la función “*Instagram Stories*”, que venía a permitir la función de publicar fotografías y vídeos en Instagram que estuvieran disponibles solamente 24 horas; esto es, la función principal que Snapchat cumplía.

Podríamos concluir así, que la actuación que se habría constatado en el caso de Facebook permitiría acercar a la realidad el análisis que habríamos realizado sobre esta práctica.

4.1.3. Implicaciones de la práctica en el Derecho de la competencia.

Tras analizar en qué consiste la compra sistemática de startups por los Gigantes de Internet, tanto desde un punto de vista teórico, como práctico, nos centraremos en las consideraciones legales de esta práctica.

Estudiar la tendencia natural que en muchos casos tienen los mercados digitales a ser del tipo “*winner-takes-all*”, nos lleva a una segunda cuestión ya planteada: si la tendencia natural del mercado conduce a la concentración empresarial, ¿deberá o no intervenir el Derecho de la competencia en las adquisiciones de startups?

Para responder esta pregunta, en primer lugar debemos explicar por qué esta conducta supondría una barrera de acceso al mercado digital.

Ya vimos que las barreras de acceso eran aquellas conductas u obstáculos que tenían el efecto de dificultar o impedir la entrada de nuevos competidores al mercado. Sin embargo, la compra sistemática de startups tendría una naturaleza peculiar, en la medida que no dificulta la entrada al mercado digital, sino la permanencia.

Esto sería así porque el presupuesto de hecho del que esta práctica partiría sería precisamente la entrada de nuevos potenciales competidores en el mercado. Sin embargo, que no se dificulte directamente la entrada de nuevas empresas al mercado no obsta, paradójicamente, para que se considere a la práctica una barrera de acceso.

Lo cierto es que en este caso, lo que se tendría en cuenta sería que la actuación impediría o dificultaría gravemente la posibilidad de las startup emergentes de continuar creciendo y compitiendo en el mercado de forma independiente; esto es, su permanencia en calidad de competidores. Esto acabaría por tener en la práctica el mismo efecto que si desde un primer momento se hubiera impedido la entrada de estas nuevas empresas, por lo que podemos concluir que efectivamente se trata de una barrera de acceso al mercado digital.

Así, debemos hacer referencia a las implicaciones que pudiera tener esta práctica en el Derecho de la competencia.

Para ello será necesario estudiar el control de las concentraciones empresariales desde la perspectiva del mercado digital.

Como ya hemos visto, los mercados digitales, por sus especialidades, tienen una fuerte tendencia a la concentración empresarial. El Derecho de la competencia ya se habría encargado de proporcionar una regulación de las mismas, pues, si bien es cierto que pueden tener efectos beneficiosos, como el fortalecimiento y mejora de la competitividad de las empresas, también lo es que pueden suponer una amenaza para el mantenimiento de la libre competencia.

Si bien la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia dedica todo su Capítulo II del Título I a regular lo relativo a las concentraciones económicas a nivel nacional, nos centraremos en comentar lo relativo a la regulación de esta cuestión que realiza la Unión Europea.

La regulación autónoma de las concentraciones en el ámbito europeo se materializó por primera vez en el Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

Con anterioridad, solo el Tratado de París por el que se creaba la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1952 hacía alguna mención al control de las concentraciones. De hecho, se venían aplicando los arts. 85 y 86 del Tratado CEE⁴⁸ a los casos de concentración empresarial, pese a que los mismos no hacían referencia expresa a esta cuestión, precisamente porque la regulación de las concentraciones era insuficiente.

El Reglamento 4064/89 fue ligeramente modificado por el Reglamento 1310/97, de 30 de junio⁴⁹. Sin embargo, la entrada de nuevos Estados a la Unión Europea, así como la proliferación de concentraciones globales motivó una segunda reforma⁵⁰, que se llevó a cabo con la creación del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

Así expuesto el marco normativo en que se circunscriben las concentraciones empresariales en la Unión Europea, nos centraremos en analizar en qué consisten exactamente y cuáles de estas actuaciones han de ser objeto de control por las autoridades de la competencia.

Sobre el concepto de “concentración”, decir que se define en el art. 3 del Reglamento 139/2004, como el “*cambio duradero de control*”, cuando sea consecuencia, bien de la “*fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes*”, bien de “*la adquisición (...) del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas*”.

⁴⁸ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957.

⁴⁹ Unión Europea. Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997 por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas; en DOCE, L 180, a 9 de julio de 1997. Págs. 1-6.

⁵⁰ EDÚ MBANG, E. O. y HERRERO SUÁREZ, C., “*El control de concentraciones de empresas en Europa: noción de concentración*”, Trabajo Fin de Grado, 2014. Pág. 53.

Disponible en:

<http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/8008/TFG-N.169.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Así definido el concepto, se podría afirmar que la adquisición de startups por los Gigantes de Internet sería un supuesto de concentración.

Sin embargo, es necesario precisar que la aplicación del presente Reglamento se condiciona a que la concentración supere los límites establecidos en el art. 1 sobre el volumen de negocios que se requiere en cada caso. Aunque no entraremos a analizar el aspecto cuantitativo de la regulación, lo cierto es que, por la parte de los Gigantes de Internet, dado el volumen de negocios en que se mueven, resultaría prácticamente impensable que estos no superasen los umbrales establecidos por el Reglamento.

Pese a esto, debido a que las startups que se adquieren en muchas ocasiones son empresas pequeñas (aunque con mucho potencial de crecimiento), no es infrecuente que no lleguen al volumen de negocios exigido por el art.1 del Reglamento. Sin embargo, a esta cuestión haremos referencia más adelante, centrándonos, por ahora, en los supuestos de concentración de empresas en que es de aplicación lo previsto en el Reglamento.

Por ello, cuando se esté ante uno de los casos de concentraciones regulados, será necesario realizar una notificación a la Comisión de forma previa a la efectiva concentración, en virtud del art. 4 del Reglamento.

A continuación, procederá el examen de la notificación por parte de la Comisión, y en el caso de que la concentración entrase en el ámbito de regulación del Reglamento a que nos estamos refiriendo, decidirá si la misma plantea o no serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común (art. 6).

Además, en virtud del art. 7, la concentración quedará suspendida hasta que la Comisión resuelva favorablemente sobre la compatibilidad de la concentración con el mercado común.

Señalar también la posibilidad de que la Comisión exija a las empresas la disolución de la concentración o realice cualquier otra medida dirigida a conseguir tal disolución, en los casos del art. 8.4 (fundamentalmente son casos en que se habría producido la ejecución cuando no debiera).

En principio, este sería el mecanismo de control que correspondería activar en los casos de adquisiciones de startups por parte de los Gigantes de Internet. Sin embargo, si bien este sería el procedimiento general a seguir, la cuestión que más relevancia podría tener para

nuestro análisis sería la relativa a los criterios que se tendrían en cuenta para valorar las concentraciones.

Realmente, lo que debemos determinar es si los parámetros que la regulación existente tiene en cuenta son adecuados para analizar la práctica que vendrían realizando estos Gigantes de Internet.

Así, los criterios que la Comisión tendrá en cuenta para valorar las concentraciones serán los previstos en el art. 2.1 del Reglamento.

En primer lugar se habla de *“la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común”*. También se tiene en cuenta la estructura de los mercados, así como la competencia de las empresas tanto real como potencial.

También son factores a valorar la posición, económica y en el mercado, de las empresas afectadas, así como la existencia de barreras de acceso al mercado. Además, se tendrá en cuenta la evolución de la oferta y la demanda y el desarrollo del progreso técnico o económico cuando beneficie a los consumidores sin perjudicar la competencia.

Señalar también que, en virtud del art. 2.3, serán incompatibles con el mercado común aquellas concentraciones *“que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante”*.

Lo cierto es que la adquisición sistemática de startups por los Gigantes de Internet no es irrelevante, pese a que los mercados digitales tienden de forma natural a la concentración. Podemos concluir que el control de estas prácticas es necesario y esto es así porque, siendo “concentraciones empresariales” según los criterios del Reglamento, podrían ser susceptibles de obstaculizar significativamente la competencia, a tenor del citado art. 2.3.

Procederemos a analizar el control que se ha venido realizando de estas adquisiciones por las autoridades de la competencia, valorando si ha sido o no suficiente y si las disposiciones del Reglamento permiten realizar un control efectivo que se ajuste a las especialidades del mercado digital.

Lo cierto es que, en muchas ocasiones, las autoridades de la competencia estarían concentrándose en analizar el volumen de negocio de las empresas adquiridas, en lugar de su potencial. Así, en muchos casos se obvia que el modelo de negocio de las startups

tecnológicas suele fundamentarse en la adquisición de importantes bases de datos y en el desarrollo de su plataforma antes de llegar a monetizar sus servicios o generar grandes beneficios⁵¹.

En los últimos diez años, Amazon, Apple, Facebook, Google y Microsoft habrían llevado a cabo de forma global alrededor de 400 adquisiciones. Algunas con un valor especialmente elevado⁵².

De todas estas adquisiciones, muy pocas fueron examinadas por la Comisión Europea, y la misma práctica se daría respecto de las autoridades nacionales de la competencia, como habría sucedido en el caso del Reino Unido y su Competition and Markets Authority⁵³.

En esta década habrían crecido las operaciones de concentración relevantes hasta un 40% en la Unión Europea, habiendo quedado patente la especial dificultad para aplicar las normas de competencia en los mercados digitales⁵⁴.

Comentaremos, con base en el informe especial nº 24, 2020 del Tribunal del Cuentas Europeo, la actuación de control que habría llevado a cabo la Comisión en materia de concentraciones empresariales.

Para que una autoridad de competencia pueda ser eficaz, deberá no solo reaccionar a las denuncias que se le notifiquen, sino también fomentar la notificación de las concentraciones e identificar las prácticas de este tipo más trascendentes. Si bien es cierto que la Dirección General de Competencia de la Comisión tiene la obligación de examinar todas las concentraciones que se le notifiquen, los recursos con que cuenta serían limitados. Por ello, en muchas ocasiones es preciso elegir aquellas conductas que se van a investigar de forma prioritaria⁵⁵.

⁵¹OECD: “*Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*”, junio 2020. Pág. 8.

Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/en/pdf)

⁵²DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL OF UK: “*Unlocking digital competition*”, cit., pág. 91. Par.3.44.

⁵³OECD: “*Start-ups, Killer Acquisitions...*” cit., pág. 9.

⁵⁴TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: “*Procedimientos aplicados por la Comisión para el control de las concentraciones y la defensa de la competencia en la UE: es necesario mejorar la supervisión del mercado*”, en Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Informe Especial 24/2020. Pág. 16. Par. 19.

Disponible en: <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/eu-competition-24-2020/es/>

⁵⁵TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: “*Procedimientos aplicados...*” cit., pág. 18. Par. 24 y 25.

Según lo previsto en el Reglamento 139/2004, como hemos visto, el control de las concentraciones por la Comisión se llevaría a cabo en dos fases. En la primera habría de resolverse, generalmente, en veinticinco días laborables sobre si se admite la concentración o si se debe iniciar la segunda fase, de investigación exhaustiva⁵⁶. Sería precisamente al finalizar la primera fase, cuando se decidiera si se le daría o no prioridad al asunto.

Pese al aumento significativo de las concentraciones en los últimos años (ver **gráfico I** del Anexo), la Comisión, al valorar dichas prácticas, habría considerado en el periodo 2010-2017 que el 94% de las mismas eran compatibles con el mercado interior, sin detectar problemas de afección a la competencia⁵⁷.

Que la línea de actuación que han seguido las autoridades de la competencia respecto al control de las concentraciones haya sido la expuesta, no significa que por ello las adquisiciones de startups digitales no tengan significación en la competencia. De hecho, en el informe especial del TCE que hemos analizado, se incluye como importante recomendación la de abordar los retos de los mercados digitales.

Retomando el asunto de los parámetros de valoración de las concentraciones contenidos en el Reglamento 139/2004, hemos de decir que lo que parece que en principio habría dificultado el control de estas prácticas por parte de la Comisión habría sido la escasez de recursos combinada con el aumento exponencial de las concentraciones. El problema, en este sentido, no habría estado en las previsiones normativas o en su inadaptabilidad a las concentraciones del mercado digital.

Lo cierto es que los parámetros que se proponen en el art. 2 del Reglamento serían suficientes, a mi modo de ver, para llevar a cabo un control efectivo de estas prácticas.

Donde podría estar el problema sería en que, si bien estos parámetros enunciados serían a priori adecuados, deberían adaptarse a las especialidades del mercado digital para poder valorar, en base a ellos, las adquisiciones de startups por los Gigantes de Internet.

En concreto, una cuestión que suele suscitar especiales dudas sería la delimitación del mercado relevante, para poder valorar la estructura de los mercados, así como la competencia entre las empresas, tanto real como potencial, según los parámetros del art. 2.1 Reglamento 139/2004.

⁵⁶TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: “*Procedimientos aplicados...*” cit., pág. 24. Par. 40.

⁵⁷TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: “*Procedimientos aplicados...*” cit., pág. 26. Par. 43.

A este respecto, solo decir que sería conveniente tomar en consideración las cuestiones planteadas, para delimitar el mercado relevante en el ámbito digital, en el **epígrafe 3.2**, al cual nos remitimos.

Sin embargo, sí sería necesario destacar una cuestión, relativa a la Propuesta de Reglamento conocida como Digital Markets Act (DMA)⁵⁸, que analizaremos en el **subepígrafe 5.1.2**. Como habríamos visto ya, a algunas adquisiciones de startups no les sería de aplicación el Reglamento 139/2004 que estamos comentando, al no superar los umbrales de volumen de negocio establecidos en el mismo.

El DMA vendría a solucionar este problema para el caso de los guardianes de acceso de plataformas digitales que adquieran cualquier otra empresa prestadora de servicios digitales. En estos supuestos, se exigiría siempre la comunicación a la Comisión de dichas concentraciones, aun cuando las mismas no superasen los umbrales del Reglamento 139/2004 a que nos habríamos referido, en virtud del art. 12 DMA.

Esta propuesta normativa obedecería a la especial naturaleza del mercado digital y, concretamente, de las plataformas que actúan en él, las cuales, como explicaremos más adelante, pueden llegar a ser consideradas como un mercado relevante en sí mismo. Es por ello que se haría necesario un control reforzado de las concentraciones que se produzcan en este ámbito. Se trataría de una forma de extender el control de las fusiones y adquisiciones a algunos supuestos que, pese a no llegar a los umbrales estipulados, se presuma que tengan trascendencia para la competencia.

Tras haber estudiado las implicaciones en la competencia que tendrían las adquisiciones de startups por los Gigantes de Internet como supuestos de concentración empresarial, analizaremos otra posible afección de estas prácticas al Derecho de la competencia.

Así, debemos hablar de las conocidas como “*killer acquisitions*”, que sería el concepto empleado para referirnos a un tipo concreto de adquisiciones de startups. Como habíamos comentado anteriormente, la gran empresa puede adoptar distintas posiciones tras adquirir una startup. Principalmente, suele optar, bien por integrar la nueva empresa en su actividad empresarial, o bien por conservar la startup de forma autónoma. Sin embargo, es preciso matizar esta idea, añadiendo una tercera posibilidad de actuación, como sería la de acabar

⁵⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), de 15 de diciembre de 2020.

con el producto o servicio que prestase la startup adquirida. En ese caso, estaríamos ante una *killer acquisition*, en que la compra se habría hecho únicamente con la finalidad de anular la competencia que suponía la actividad económica de la startup para el Gigante de Internet.

En una adquisición de startups en que se conserva la empresa adquirida, su producto o servicio podría convertirse en un rival del producto o servicio que oferta el Gigante que adquiere la empresa. La gran empresa controlaría el producto de la startup y de esta manera eliminaría su potencial riesgo como competidor. Sin embargo, lo que sucede en las *killer acquisitions* es que lo que se elimina no solo es la competencia, sino también el producto en sí mismo⁵⁹.

Precisar que, si bien el concepto de *killer acquisition* en sentido estricto se referiría a estas prácticas, en muchas ocasiones se emplea para referirse de forma global a todas aquellas adquisiciones que tuvieran por efecto acabar con la competencia o reducirla; es decir, para referirse al tipo de prácticas que estaríamos estudiando.

Desde esta óptica, valoraremos si esta actuación podría ser considerada como un abuso de la posición dominante de los Gigantes de Internet, partiendo de la noción de “abuso de la posición dominante” que habríamos estudiado anteriormente con base en el art. 102 TFUE, para lo que nos remitimos a lo previsto en el **epígrafe 3.1.**

Creo que sería un error considerar que todas las adquisiciones de startups por Gigantes de Internet son actos de abuso de la posición dominante, aunque como consecuencia de la adquisición se mermase la competencia (y por tanto se tratase de una *killer acquisition*, en sentido amplio).

Ya vimos que con “explotación abusiva” el art. 102 TFUE se refería a aquellas prácticas que no fuesen propias de una competencia normal. Sin embargo, la adquisición por una gran empresa de otra más pequeña, aunque esta pudiera llegar a suponer una amenaza como competidor, en principio creo que entraría dentro de los actos económicos ordinarios y frecuentes. Los problemas que la aglutinación de estas empresas pudiera generar en la competencia serán objeto del control de concentraciones que anteriormente analizamos.

⁵⁹OECD: “*Start-ups, Killer Acquisitions...*” cit., pág. 7. Par. 17.

Sin embargo, también sería un error sostener que todas las adquisiciones de startups, por el hecho de ser las adquisiciones de empresas una práctica habitual en el mercado, están libres de ser consideradas actos de abuso de la posición de dominio. Por ello, será preciso realizar un análisis casuístico de las circunstancias que se dieran en cada situación.

Será especialmente interesante, para poder concretar si se ha dado o no una explotación abusiva, analizar las actuaciones de la Gigante de Internet antes de la adquisición, pues podría aportar información sobre si la misma fue fruto de un acto económico libre o de la presión que pudiera haber ejercido la gran empresa desde su posición de dominio para forzar la adquisición. Un ejemplo de esto último sería la actuación de Facebook comentada anteriormente, cuando mostró a Instagram un prototipo de aplicación similar con el objetivo de que esta aceptase la adquisición.

Asimismo, será conveniente estudiar la actuación del Gigante de Internet al producirse la adquisición, pues la eliminación del producto ofertado por la startup adquirida, esto es, una *killer acquisition* en sentido estricto, no podría entenderse como una actuación propia de una competencia normal. Podríamos decir que, cuando se diera una de estas situaciones, aunque se tratase de una práctica aislada, al ser una conducta tan impropia de la competencia ordinaria, estaríamos ante un acto de abuso de la posición de dominio.

También sería interesante, en los casos en que se hubiera intentado, sin éxito, la adquisición de una startup por parte de uno de estos Gigantes, controlar la actuación posterior al rechazo de la oferta. Se podría realizar un acto de abuso de posición dominante en los términos del art. 102 TFUE o un acto desleal que afectase a la competencia (aunque, como ya dijimos, no entraremos a analizar las conductas desleales). En definitiva, la negativa de una startup a ser adquirida podría generar una “respuesta” del Gigante de Internet que en muchos casos podría ser agresiva, para intentar ahogar a la startup.

Señalar que, si bien hemos mantenido que la mera adquisición de una startup por un Gigante de Internet no tendría por qué ser un acto de abuso en sí mismo, la consideración podría ser diferente si se observase que dicha adquisición fuese sistemática. De hecho, en la mayoría de casos esto es lo que sucede en la práctica.

Si se observase que un Gigante de Internet adquiriese de forma constante y metódica todas aquellas startups que surgieran, especialmente en el mercado en que operase, podría concluirse que esta no sería una actuación económica “normal” u “ordinaria”, y con ella se conseguiría influir en el mercado. Por ello en estos casos podría decirse, de forma general,

que estaríamos ante actos de abuso de la posición dominante, aunque recalcamos que sería preciso analizar detalladamente cada situación.

4.2. Efectos de red directos e indirectos. El problema del “cliente cautivo”.

4.2.1. *Análisis de la práctica*

A continuación, procederemos a estudiar los “*network effects*”, efectos de red o externalidades de red. Con anterioridad ya habríamos mencionado y comentado brevemente este concepto, pero debido a su papel tan trascendente en la mayoría de mercados digitales, será necesario realizar un análisis del término con mayor detalle.

Es conveniente realizar la apreciación de que los términos “efectos de red” y “externalidades de red”, en realidad no son equivalentes. Existiría una diferencia en función de si los participantes en el mercado fuesen o no capaces de internalizar el beneficio que genera la entrada de un nuevo actor⁶⁰. Sin embargo, lo cierto es que esta distinción solo tendría importancia en el ámbito económico, por lo que, hecha esta precisión, emplearemos ambos términos indistintamente en nuestro análisis.

Así, de forma general, podríamos definir los efectos de red como aquellos en que “*el valor de un producto o servicio para un usuario dependa no sólo del producto en sí mismo sino del número de usuarios que utilicen dicho producto o servicio*”⁶¹.

Lo cierto es que los efectos de red hacen que se produzca una dinámica en los mercados “*que hace a los fuertes más fuertes (círculo virtuoso) y los débiles más débiles (círculo vicioso)*”⁶². Esto llevaría al mercado, en muchos casos, a ser del tipo “*winner-takes-all*”, tal como habríamos explicado en el **epígrafe 4.1 A).**

⁶⁰ LÓPEZ-SÁNCHEZ, J. y ARROYO-BARRIGÜETE, J.: “*Externalidades de red en la economía digital: una revisión teórica*”, en *Economía Industrial*, nº 361, 2006. Pág. 22.

Disponible en:

https://www.researchgate.net/publication/28256078_Externalidades_de_red_en_la_economia_digital_una_revision_teorica

⁶¹ FUENTELES, L., MAICAS, J. P., POLO, Y.: “La generación de valor en la economía digital”, en *Revista de Economía Aplicada. V Encuentro de Economía Aplicada*, 2002. Pág. 10.

Disponible en: <https://archivo.alde.es/encuentros.alde.es/anteriores/veea/trabajos1.html>

⁶² LÓPEZ-SÁNCHEZ, J. y ARROYO-BARRIGÜETE, J.: “*Externalidades de red...*” cit., pág. 22.

La peculiaridad que tienen los mercados digitales en que se dan efectos de red radica en que, la propia mecánica de funcionamiento de los mismos, determina que mínimas diferencias en las cuotas de mercado de los competidores iniciales acaben teniendo una gran importancia, dada la tendencia a la concentración y a la existencia de un “ganador”. Esto provoca, y no en pocos casos, que la empresa que resulte “ganadora” no ofrezca el producto o servicio más eficiente para los consumidores o usuarios⁶³.

Los efectos de red hacen que aquellas empresas que primero entran al mercado partan de una situación ventajosa respecto de los nuevos competidores, pues estos tendrán, no solo que competir con su producto o servicio, sino también con lo que supone que las empresas que ya operan en el mercado se beneficien de sus propios efectos de red.

Es preciso estudiar los tipos de efectos de red que existen; principalmente, los efectos directos y los indirectos:

- Así, los efectos directos se dan cuando el valor de un producto o servicio aumenta a medida que lo hace el número de personas que lo adquiere o utiliza⁶⁴. Sin embargo, cuando los consumidores se decantan por un producto o servicio con efectos de red directos, lo hacen pensando en su propio interés; no tienen en cuenta que el resto de usuarios se verán beneficiados por su incorporación a la red⁶⁵. Dado que el beneficio que estos efectos directos producirían se proyecta sobre los consumidores, estaríamos hablando de externalidades que se situarían en el lado de la demanda.

Para entender mejor en qué consisten las externalidades de red directas, pondremos el ejemplo de WhatsApp que, como ya comentamos, es una plataforma de mensajería y llamadas. El valor que tiene para un usuario utilizar WhatsApp será mucho mayor ahora, que es una aplicación globalmente utilizada, que en el año de su creación. Dado que su finalidad es comunicativa, la entrada de usuarios como potenciales

⁶³ LÓPEZ-SÁNCHEZ, J. y ARROYO-BARRIGÜETE, J.: “*Externalidades de red...*” cit., pág. 23.

⁶⁴ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 40.

⁶⁵ CHURCH, J., GANDAL, N., y KRAUSE, D. P.: “*Indirect Network Effects and Adoption Externalities*”, en Foerder Institute for Economic Research Working Paper No. 02-30. 19-12-2002. Pág. 2.

Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=369120>

personas con que comunicarse vía WhatsApp produciría externalidades de red. Podemos ilustrar esto por reducción al absurdo: si un usuario no tuviese absolutamente ninguna persona con quien comunicarse, ni siquiera tendría oportunidad de utilizar la aplicación. En sentido inverso, si todos los amigos, familiares o contactos de esta misma persona utilizasen WhatsApp, la utilidad que tendría la aplicación para esta persona se dispararía.

- Por otra parte, estarían los efectos de red indirectos, que se situarían en el lado de la oferta. Estas externalidades se darían cuando el aumento del número de consumidores o usuarios de un producto o servicio ofertado provocase una bajada en los precios debido a la existencia de economías de escala, con el consiguiente incremento de la inversión y desarrollo de tecnologías compatibles y productos complementarios por parte de terceros⁶⁶. La bajada de precios de que hablamos se produciría como consecuencia de la existencia de economías de escala que, como explicamos inicialmente, harían que a medida que aumentase el número de consumidores o usuarios, disminuyese el coste de producir una nueva unidad o de ofertar el servicio a un nuevo usuario. Al disminuir los costes, será posible bajar los precios, haciéndolos más competitivos.

Por otra parte, si hay un mayor número de consumidores o usuarios, habrá una mayor demanda de productos o servicios complementarios. Esto hará que aumente la oferta de los mismos, lo que a su vez redundará en beneficio de los consumidores.

- En último lugar, algunos autores consideran que existiría un tercer tipo de externalidades de red, que serían las externalidades de aprendizaje⁶⁷. Este tipo de efectos hacen alusión al hecho de que, cuando aumenta el número de consumidores o usuarios lo que está aumentando, en última instancia, es el número de “expertos” o conocedores de esa tecnología, lo cual se manifestaría especialmente en el ámbito

⁶⁶ ARROYO BARRIGÜETE J. L.: “*Externalidades de red e la economía digital. Introducción a la modelización de mercados de redes mediante la teoría de sistemas dinámicos*”, en Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007. Pág. 39.

Disponible en:

<https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2020/02/EC013->

[00_Externalidades de red en la economía digital-Jose Luis Arroyo Barriguete-COMPLETO.pdf](#)

⁶⁷ ARROYO BARRIGÜETE J. L.: “*Externalidades de red...*”, cit., pág. 39.

digital en que es muy frecuente que haya productos o servicios complejos de utilizar. Realmente las externalidades se concretarían, por una parte, en que estos “expertos” podrían ayudar o aconsejar en el uso de las tecnologías a los nuevos usuarios.

Por otra parte, estas externalidades se plasmarían en el hecho de que, al haber invertido los consumidores un esfuerzo en aprender a usar la tecnología, cambiar de producto o de servicio tendría un coste extra asociado al esfuerzo que requeriría el nuevo aprendizaje. Esto será lo que se conoce como “*switching costs*” o costes de cambio.

Hecha esta triple clasificación, decir que solo tendremos en consideración los dos primeros tipos de efectos de red estudiados (directos e indirectos), pues, si bien podemos apreciar que los efectos de aprendizaje se producen en muchos casos, su trascendencia (en lo que respecta a la existencia de “expertos” que asesoren a los nuevos clientes o usuarios) no sería comparable a la que tendrían los efectos directos e indirectos. Más importancia tendrán los *switching costs*, que por su entidad pueden llegar a ser estudiados como un tipo de barrera de acceso al mercado digital en sí mismo considerado⁶⁸. Sin embargo, por la relación tan estrecha que este concepto tiene con los efectos de red, lo estudiaremos a continuación.

En primer lugar, señalar que fue a partir de la década de los años '80 cuando distintos autores se encargaron de analizar los “costes de cambio” y de tratar de definir este concepto. Así, Barbara B. Jackson ya se refería a los mismos en 1985 como “*los costes psicológicos, físicos y económicos a los que un consumidor se enfrenta cuando cambia de proveedor*”.⁶⁹

Otros autores también los habrían definido como “*los costes a los que se enfrenta un consumidor al cambiar de una marca a otra, o de un servicio a otro*”⁷⁰

⁶⁸ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 41.

⁶⁹ BARROSO CASTRO, C. y PICÓN BERYOJO, A.: “*La importancia de los costes de cambio en el comportamiento del cliente*”, en Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa Vol. 10, N° 3, 2004. Pág. 210.

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1096706.pdf>

⁷⁰ BERNÉ, C., MÚGICA, I.M. y YAGÜE, M.J. “*La gestión estratégica y los conceptos de calidad percibida, satisfacción del cliente y lealtad*”, en Economía Industrial, No. 307, 1996. Pág. 69.

En definitiva, podemos concluir que este concepto se refiere a los costes en que incurre el consumidor o usuario al “cambiarse” del producto o servicio ofertado por una empresa, al que ofrece otra diferente.

Particularmente, pese a que nos hayamos referido a los *switching costs* al estudiar las externalidades de aprendizaje, considero relevante destacar el hecho de que estos costes de cambio no solo se manifiestan en el esfuerzo que implica aprender a usar la tecnología de un producto o servicio diferente, sino más bien en todo aquello que supusiese una pérdida o un esfuerzo extra (de cualquier tipo) a realizar por el consumidor o usuario.

Entre esta diversidad de pérdidas o esfuerzos en sentido amplio, se encuentran las inversiones que el cliente hubiera efectuado ya en un producto o servicio, los propios hábitos de consumo creados, las eventuales inversiones que sea necesario realizar en el nuevo producto o servicio, o las propias molestias de tiempo, entre otros. Considero especialmente ilustrativa la **tabla clasificatoria de los costes de cambio**, incorporada en el Anexo, que muestra los principales tipos de costes de cambio que pueden afectar a los consumidores.

Complementaremos esta clasificación general con la mención de algún caso específico de costes de cambio que se dan en la práctica.

Como un primer ejemplo bastante clarificador, hablaremos de la complejidad en la portabilidad de datos de los clientes.

Concretamente, vemos cómo los usuarios de Facebook podrán subir multitud de fotos, vídeos e información personal a la plataforma, pero no tendrán fácil descargar todos esos datos para introducirlos en otra red social. Podría entenderse esto como una pérdida del tiempo invertido en introducir todos esos datos. Si quisieran “trasladarse” a otra red social, tendrían que empezar desde cero su perfil, introduciendo de nuevo toda la información. En esto se concretaría el esfuerzo extra de que hablábamos.

También considero que supondría un coste de cambio la auto-preferencia que realizan muchas de las grandes empresas (generalmente en actividades de búsqueda, pero no necesariamente) de sus productos o servicios frente a otros, por el único motivo de ser suyos.

No nos estaríamos refiriendo a la actividad normal de una empresa por la que trata de impulsar sus productos y servicios por encima de los de sus competidores, porque esta

actuación entraría dentro del funcionamiento habitual de la competencia. Estaríamos aludiendo a los casos en que esa auto-preferencia no cabría ser esperada. Estas conductas principalmente tendrían lugar entre Gigantes de Internet que, a la vez que sirven de plataforma para que otras empresas compitan, ofrecen sus propios productos o servicios, compitiendo así con los ofertados por el resto de empresas.

Pese a que no se trata de un caso típico de costes de cambio, creo que estas actuaciones pueden ser consideradas como tal, en la medida que apartarse de los productos y servicios que ofrecen estas empresas supondría un esfuerzo para los consumidores que, en muchas ocasiones, no están dispuestos a realizar. No obstante, debido a su complejidad y a que no es el supuesto más evidente en que existirían *switching costs*, más adelante analizaremos detalladamente esta práctica, a través del caso de Google Shopping.

Así definidos, los costes de cambio permiten a las grandes empresas mantener su cuota de mercado, al no ser sencillo para los usuarios cambiar sus productos o servicios por los que ofertan otras empresas y que a lo mejor preferirían⁷¹. Lo que esto provocaría sería el problema del llamado “cliente cautivo”. Nos estaríamos refiriendo con este concepto a aquellos clientes que, como consecuencia de la existencia de costes de cambio, optasen por no reemplazar al oferente. Es por ello que, en muchas ocasiones, son las empresas las que tratan de crear costes de cambio, con las implicaciones en el Derecho de la competencia que esto pudiera tener y que más adelante estudiaremos.

Concluir señalando que los efectos de red no pueden ser considerados *stricto sensu* como una práctica empresarial, sino más bien como una consecuencia natural de la propia estructura de ciertos modelos de negocio. Como ya hemos visto, la mayoría de empresas que operan en mercados digitales se benefician de efectos de red. Además, que las externalidades de red dependan de la forma en que se organice un negocio no obsta para que pueda haber prácticas empresariales dirigidas a potenciarlas.

Será en este punto en que se conecten los efectos de red directos e indirectos con los costes de cambio que hemos estudiado. Así, habríamos visto cómo el mayor número de consumidores y usuarios es lo que hace que aumenten estas externalidades, tanto por el lado de la demanda, como por el de la oferta. Por lo tanto, las prácticas empresariales que

⁷¹ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 42.

influyan en esta variable, consiguiendo aumentar el número de clientes, tendrán como consecuencia el incremento de los efectos de red, siempre que el modelo de negocio de que se trate los genere naturalmente.

Es por ello que, si bien las conductas empresariales dirigidas a crear costes de cambio van a tener importancia siempre, su impacto será mucho mayor en aquellos casos en que se den efectos de red. Esto es así porque la retención de clientela implicaría también el beneficio, por parte de la empresa, de los efectos de red vinculados a los clientes cautivos.

4.2.2. *Estudio del caso de Google Shopping*

A continuación procederemos a estudiar el caso de Google Shopping, en que detallaremos la conducta que habría llevado a cabo Google respecto de su propio servicio de compra comparativa. A través del estudio de esta actuación, explicaré cómo entiendo que el concepto de costes de cambio se puede aplicar a este caso, así como su relación con posibles efectos de red directos e indirectos.

En primer lugar, señalar que Google es un Gigante de Internet, que fue creado en 1998 como motor de búsqueda online, por Larry Page y Sergey Brin. Este buscador venía a ofrecer a los usuarios resultados en la web que se ajustasen a sus peticiones. Su principal novedad era el algoritmo de PageRank, que clasificaba los resultados de búsqueda en función de su relevancia. Además, este algoritmo permitía que Google fuese mejorando constantemente la calidad de sus resultados de búsqueda, lo que le posicionó ya en el año 2000 como el mayor buscador online del mundo⁷².

En lo que respecta a Google Shopping, se trata de un servicio especializado de compra comparada. Es uno de los servicios de búsqueda especializados de Google, que permite a los usuarios buscar productos (disponibles en distintas páginas web) comparando sus precios.

La primera versión de Google Shopping fue lanzada en 2002 en EEUU, bajo el nombre de “Froogle”, cuyo modelo de negocio giraba en torno a los anuncios, de modo que los oferentes no tenían que pagar para aparecer entre los resultados de búsqueda. En 2007,

⁷² SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 174.

Google renombró Froogle como “Google Product Search”, si introducir cambios significativos⁷³.

Sin embargo, en 2012 este servicio fue renombrado como “Google Shopping”, al tiempo que se cambiaba el modelo de negocio, al conocido como “coste por clic”, en que los oferentes pagaban a Google cada vez que un usuario clicaba en su web a través de Google Shopping⁷⁴.

Visto en qué consisten los servicios que presta tanto Google como buscador general, como Google Shopping, analizaremos la conducta que este Gigante habría estado llevando a cabo. Tomaremos como referencia para nuestro estudio la decisión de la Comisión de la UE de 27 de junio de 2017.

Así, la práctica que Google habría estado realizando consistiría en el posicionamiento y exposición más favorable en su página general de búsqueda, de su servicio de Google Shopping frente a otros servicios de búsqueda comparativa para la compra⁷⁵.

Google aplicaría su algoritmo y parámetros de búsqueda para clasificar sus resultados, incluyendo los servicios de compra online por comparación. La Comisión observa cómo la aplicación de los distintos algoritmos (incluyendo el de PageRank) puede hacer que la posición de estas compañías en los resultados generales varíe. Sin embargo, se constata que estos algoritmos no afectan de la misma manera al servicio de Google Shopping que a sus competidores, quedando el primero siempre posicionado de manera más favorable.⁷⁶

De hecho, queda patente que Google Shopping estaría, tanto posicionado, como expuesto (en los resultados generales de Google), de un modo diferente al del resto de servicios de compra online por comparación, pese a que tuviera características similares a las de sus competidores⁷⁷.

Distintos estudios e investigaciones en que se habría basado la Comisión habrían puesto de manifiesto el hecho de que esta exposición de Google Shopping de forma diferente

⁷³ CASE AT.39740, Google Search (Shopping), Comisión. Pág. 11. Par. 28 y 29.

⁷⁴ Google Shopping... cit., pág. 11, par, 31.

⁷⁵ Google Shopping... cit., pág. 77 par. 342.

⁷⁶ Google Shopping... cit., pág. 77 par. 344.

⁷⁷ Google Shopping... cit., pág. 103, par 378.

(incluyendo, junto al link de acceso, una foto del producto buscado), hace que el número de clics que el link recibe se multiplique por un número entre un 2.2 y 3.7⁷⁸.

Además, en lo que al posicionamiento se refiere, si Google siempre colocaba a Google Shopping en la primera posición o entre los primeros tres o cuatro links, es porque justo ese es el número de páginas web a que el usuario puede acceder sin tener que deslizar hacia abajo el puntero, para ver los demás resultados.

La acción de deslizar hacia abajo la página de Google que contiene los resultados de la búsqueda se tarda en realizar solo unas fracciones de segundo. Sin embargo, como ya hemos mencionado en varias ocasiones, el tiempo que los usuarios dedican a Internet es limitado. Por ello es frecuente que los usuarios tomen decisiones rápidas en la red, dejándose llevar, aunque estas no sean las más eficientes o las que mejor les convengan.

Cuando definíamos el concepto de costes de cambio, nos referíamos a aquellos costes que implicaría, para un consumidor o usuario, el reemplazar un producto o servicio por el de otro oferente. Es por ello por lo que, de entrada, al no haber adquirido los usuarios, en este caso, ningún producto o servicio aún, podría parecernos que no existirían *switching costs*.

Sin embargo, considero apropiado decantarnos por una interpretación más flexible del término, dejando cabida a este tipo de conductas que, dicho sea de paso, no son infrecuentes en el ámbito digital. Desde mi punto de vista, el tener que desplazarse hacia abajo en la página web sería un coste de cambio en aquellos casos en que, por defecto, el usuario se viera dirigido siempre a una misma web o servicio (en este caso, Google Shopping).

Lo cierto es que la gran mayoría de usuarios, cuando utilizan el buscador de Google, no hacen el esfuerzo de deslizar hacia abajo la página (del mismo modo que aún una mayor cantidad de usuarios no buscan en las siguientes páginas de resultados), sino que se dejan llevar y acceden a alguno de las tres o cuatro primeros links. Dada la rapidez con que los usuarios actúan en la red, un coste de tiempo o esfuerzo que podría, en principio, parecer insignificante, termina por no ser asumido por los usuarios. En la medida que ese pequeño esfuerzo determina la opción por la que se decanta gran parte de los usuarios, deberá, a mi parecer, ser tenido en cuenta como coste de cambio.

⁷⁸ Google Shopping... cit., pág. 103, par 376.

En cualquier caso, es necesario recalcar que, dado que en estos casos no se partiría de la elección previa de un servicio por los usuarios que pudiera ser reemplazado, sino que cada búsqueda implicaría una acción individual de elección, la decisión de deslizar hacia abajo la página no será un coste de cambio cuando el orden de los resultados se establezca objetivamente, respetando unos mismos parámetros (incluso aunque en el posicionamiento influya lo que los oferentes estuvieren dispuestos a pagar). Esto es así porque, si la posición de los resultados va variando con cada búsqueda, no podrá decirse que haya un traslado de una página o servicio habitual a otro diferente. No habrá costes de cambio porque no habrá cambio que hacer.

Sin embargo, cuando tal posicionamiento no varía, quedando siempre en primer lugar la misma página web, podemos entender que esto equivaldría a la elección previa de dicha página (o su visita habitual), dado que se partiría de que muchos usuarios se decantarán por la primera opción, dejándose llevar. Por ello, en este caso sí podríamos hablar de un cambio. El coste que conllevaría dicho cambio, podría decirse que sería el esfuerzo que debiera haber realizado el algoritmo de Google, que se habría visto trasladado así al usuario.

Tras haber justificado por qué entendemos que la conducta de Google habría tenido como consecuencia la imposición de unos costes de cambio a los usuarios, comentar lo relativo a los efectos de red.

Así, en este caso podríamos hablar de “usuarios cautivos”, en la medida que gran parte de ellos se verían conducidos a elegir una y otra vez los servicios de Google Shopping. Como habríamos visto, cuando por la estructura del negocio se produzcan de forma natural efectos de red, el aumento en el número de usuarios hará que tales efectos se incrementen. Entonces, en el caso de Google Shopping, ¿existirían externalidades de red de forma natural?

La respuesta a esta pregunta es afirmativa, dado que, como habríamos comentado, su modelo de negocio se sustenta en las aportaciones económicas de empresas para que sus productos estén mejor posicionados en los resultados que ofrece Google Shopping. Como el algoritmo de comparación de precios de Google Shopping no solo tiene en cuenta las cantidades pagadas por las empresas, sino también el criterio de relevancia de los resultados, se darán efectos de red, tanto directos como indirectos.

En lo que respecta a los efectos de red directos, los mismos existirán gracias al criterio de relevancia que utilizaría Google Shopping, en la medida que un mayor número de clientes

proporcionará una mayor información a la plataforma, de modo que esta preste un mejor servicio al cliente. Como la entrada de nuevos usuarios beneficiaría a los ya existentes, en la medida que permitiría la mejora del servicio, podemos concluir que se darían efectos de red directos.

Sobre los efectos de red indirectos, señalar que los mismos también se producirían de forma natural en el modelo de negocio de Google Shopping, debido a que la existencia de usuarios que utilicen la plataforma es precisamente lo que incentiva a las distintas empresas a invertir en conseguir una mejor posición en los resultados de búsqueda. Por ello, cuanto mayor sea el número de usuarios y el éxito de Google Shopping, más importancia tendrá que los productos de las empresas ocupen los primeros puestos (y mayor incentivo tendrán las mismas para invertir en la plataforma).

Tras estudiar los efectos de red que se producirían naturalmente en el modelo de negocio de Google Shopping, relacionaremos esto con la práctica que Google habría realizado, consiguiendo que muchos usuarios se decantasen habitualmente por los servicios de Google Shopping por el único motivo de su constante posicionamiento superior en los resultados del buscador de Google.

La existencia de “usuarios cautivos”, que se dejan llevar en sus decisiones de consumo y actúan de forma irreflexiva (muchas veces automática) en Internet, tiene como consecuencia que el número de usuarios que utilizan Google Shopping sea mayor.

De esta manera, observamos cómo los efectos de la obtención de Google Shopping de un mayor número de usuarios se multiplican como consecuencia de las externalidades de red directas e indirectas que dicho aumento, como ya explicamos, crea. De esta manera veríamos cómo se conecta en la práctica el problema del cliente cautivo con la existencia de fuertes efectos de red.

En último lugar, para concluir el estudio del presente caso, señalar que la Comisión resolvió que la actuación de Google habría supuesto un acto de abuso de su posición de dominio en el mercado, infringiendo el art. 102 TFUE y el art. 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE). De esta manera se impuso a Google una multa de más de 2.400 millones de euros⁷⁹. Indicar que no entraremos en el análisis jurídico del caso, pues

⁷⁹ Google Shopping... cit., pág.213, article 1.

las implicaciones de este tipo de prácticas las estudiaremos, de forma general, en el siguiente epígrafe del trabajo.

4.2.3. *Implicaciones de la práctica en el Derecho de la competencia*

Ya habríamos estudiado qué son los efectos de red desde el punto de vista teórico, así como la principal clasificación de los mismos, con especial análisis de la cuestión del cliente cautivo. Además, habríamos comentado también por qué las externalidades de red conducen a la concentración empresarial, favoreciendo los mercados de tipo *winner-takes-all*.

Tras completar nuestro análisis teórico con el planteamiento del caso de Google Shopping, obteniendo una perspectiva más amplia de la práctica que estamos estudiando, comentaremos las principales implicaciones que este tipo de actuaciones pueden tener en el Derecho de la competencia.

Así, en primer lugar explicaremos por qué los efectos de red y su manifestación como consecuencia de la imposición de fuertes costes de cambio a los clientes, suponen una barrera de acceso al mercado único digital.

Partiendo de que las barreras de acceso son aquellas circunstancias que impiden o dificultan el acceso al mercado a potenciales competidores, veremos por qué las externalidades de red tendrían este efecto.

Como vimos, se producen efectos de red cuando el valor de un producto o servicio se hace depender del número de personas que lo consuman. Lo que esto determina, en última instancia, es que aquellas empresas cuyos productos sean más consumidos, se beneficien de unos mayores efectos de red.

Aunque no entraremos a detallar los aspectos económicos de los efectos de red, el hecho de que el valor del producto aumente al incrementarse el número de consumidores del mismo, se traduciría en que el beneficio obtenido por cada unidad de producto (utilidad marginal) sería mayor. De esta manera, el precio que los consumidores y usuarios estuvieran dispuestos a pagar también aumentaría.

Se pueden plantear los efectos de red como una suerte de “multiplicador” que, en resumidas cuentas, haría crecer a las empresas en mayor proporción cuanto mayor fuese su cuota de mercado. Por ello, como ya habríamos indicado, pequeñas diferencias que

inicialmente tuvieran empresas competidoras en su cuota de mercado podrían determinar que una de ellas, como consecuencia de los efectos de red, se consolidase como empresa dominante en el mercado.

Si las externalidades de red pueden tener esta consecuencia con la mera existencia de pequeñas diferencias en la cuota de mercado que tuvieran las empresas competidoras, no es difícil imaginar qué supondría que esta diferencia en la cuota fuese mayor; incluso abismal. Esta sería, precisamente, la situación a la que se enfrentarían las nuevas empresas que quisieran entrar a competir en uno de estos mercados, cuando ya existiera una empresa consolidada como “gigante” en el mismo. De esta manera, podemos concluir que, efectivamente, esto supondría un obstáculo a la entrada de nuevos competidores y por tanto sería una barrera de acceso al mercado.

Sin embargo, como ya señalamos al inicio del trabajo, no serán objeto de nuestro análisis todos los tipos de barreras de acceso al mercado digital, sino solo aquellas que trajesen causa en motivos estratégicos; esto es, las que se deban a comportamientos de las empresas que actúen en un mercado y que tengan como finalidad dificultar o impedir la entrada de nuevos competidores.

En este caso, las externalidades de red ¿obedecen a causas estratégicas?

La pregunta podría parecer sencilla, pero lo cierto es que no podemos responder categóricamente.

Primero de todo, señalar que el hecho de que se produzcan o no efectos de red se deberá a causas estructurales derivadas de la propia organización del mercado, o del modelo de negocio en que se base la empresa. Como habríamos comentado anteriormente, la actuación de las empresas, salvo aquella que cambie la estructura del modelo de negocio, no podrá crear efectos de red si estos no se produjesen ya de forma natural con anterioridad.

Es decir, en lo que respecta a la propia existencia de las externalidades de red, debemos responder negativamente a la pregunta, pues esta se deberá a causas estructurales.

Sin embargo, de existir causas estructurales que hagan que se produzcan efectos de red, las actuaciones de las empresas sí podrán hacer que se acentúen los mismos. Ese aumento de los efectos de red que se produzca como consecuencia de prácticas empresariales, obedecería a causas estratégicas. Es por ello que centraremos nuestro estudio en este tipo

de prácticas y sus implicaciones en el Derecho de la competencia. Concretamente, pese a que habría gran variedad de supuestos que harían variar la incidencia que tuvieran los efectos de red, nos centramos en el supuesto de los clientes cautivos; en los casos en que esa variación fuese consecuencia de una práctica empresarial tendente a la producción de fuertes costes de cambio.

Antes de comenzar el estudio de las posibles implicaciones en el Derecho de la competencia que podrían tener estas prácticas, debemos hacer una precisión más respecto de los efectos de red.

Así, las externalidades de red son muy frecuentes en los mercados digitales, puesto que la mayoría de modelos de negocio de estos mercados suelen hacer que estas se produzcan.

Sin embargo, es necesario diferenciar aquellos casos en que los efectos de red deriven de la propia estructura de un mercado concreto, de aquellos en que la estructura del mercado permita la existencia de empresas con distintos modelos de negocio, en que unas puedan beneficiarse de estos efectos de red mientras que otras no. Debido a que la existencia de externalidades de red potencia la tendencia de los mercados digitales a ser del tipo *winner-takes-all*, considero que ahí donde compitan empresas con modelos de negocio que creen efectos de red con otras, cuyos modelos de negocio no los produzcan, terminará siempre con las primeras como “ganadoras”, o bien con las segundas convirtiendo su modelo de negocio a uno que pueda beneficiarse de las externalidades de red. Es por ello que esta distinción no tendría, en la práctica, mayor relevancia, pudiendo centrarnos en la producción de efectos de red en los mercados digitales en general.

Ya enfocándonos en el estudio de los costes de cambio, es necesario realizar una consideración previa. Como ya vimos con anterioridad, estos costes pueden ser de muchos tipos, y pueden producirse por distintas causas. Algunas de ellas serán totalmente ajenas a las actuaciones de las empresas (como por ejemplo, el caso de los hábitos de consumo que se hayan generado con el tiempo en los clientes). Haciendo un paralelismo con lo expresado respecto de los efectos de red en general, indicar que no todos los costes de cambio obedecerán a causas estratégicas, porque no todos se derivarán de actuaciones empresariales, sino que algunos se producirán de forma natural o inevitable. Sin embargo, recalcar nuevamente que el tipo de prácticas de que vamos a analizar las implicaciones en el Derecho de la competencia serán solo las que traigan causa en motivos estratégicos.

Así, en primer lugar debemos tratar la cuestión de si podemos hacer un análisis genérico de las implicaciones en el Derecho de la competencia que sirva para todos los tipos de costes de cambio que sean consecuencia de la actuación empresarial; esto es, que obedezcan a motivos estratégicos.

Me atrevería a responder afirmativamente, en la medida que, si bien es preciso hacer un estudio caso por caso, ponderando las circunstancias que se den en cada momento, la actuación que tomaríamos de base siempre es la misma: la realización de una práctica que no se pueda considerar “cambio del modelo de negocio” y que busque asegurar que los clientes, a través de la imposición de costes, continúen consumiendo un producto o utilizando un servicio.

Cierto es que la diferencia que podría conllevar que la creación de costes de cambio se realizase de una u otra manera no sería, en absoluto, irrelevante para el Derecho de la competencia. Esto es, siempre que se produzcan costes de cambio de forma estratégica será necesario observar el modo en que estos se hayan generado, pues esto podría ser constitutivo de una conducta desleal que, eventualmente, afectase a la competencia. Sin embargo, no entraremos en esta cuestión, pues el análisis de las conductas desleales no será objeto de nuestro trabajo.

De esta manera, aglutinando los distintos costes de cambio como si de una única práctica se tratase, procederemos a analizar si esta conducta podría incluirse en el marco normativo del abuso de la posición dominante del art. 102 TFUE.

Podríamos decir que el aspecto clave a valorar sería si la imposición de fuertes costes de cambio puede considerarse como un uso de “*métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales*”, partiendo de lo expuesto en el **epígrafe 3.1**.

En este sentido, retener a los clientes a base de la imposición de costes ¿es igual que otras prácticas de conservación de clientela? ¿Supone lo mismo retener clientes imponiéndoles costes, que atraer clientes ofreciéndoles descuentos u otras ventajas? Y, por último, ¿puede considerarse un acto de competencia normal?

En primer lugar, respecto de si la imposición de costes por abandono del producto o servicio es equivalente a otras prácticas de conservación de la clientela, podemos responder que no. Esta cuestión gira en torno al problema de la fidelización de clientela; en

determinar si la práctica que estamos analizando puede equipararse a otras estrategias de fidelización habituales.

Así, se define el concepto de “fidelización” como el acto de “*retener clientes ganados, que continúan comprando (los) productos o servicios gracias a las experiencias positivas que han tenido con (una) empresa*”⁸⁰.

De esta definición es preciso destacar la mención a “experiencias positivas”, pues se entiende que este tipo de técnicas han de basarse en la satisfacción del cliente. Sin embargo, la imposición de costes de cambio no podría concebirse, en absoluto, como una experiencia provechosa para los consumidores. De hecho, esta práctica siempre pretende provocar que el reemplazo genere insatisfacción a los clientes. Es su presupuesto de base.

A continuación relacionaremos lo anterior con la cuestión de si es equiparable la retención de clientes a la captación de los mismos. De esta manera, podemos partir del siguiente dato: vender a clientes actuales es hasta cinco veces menos costoso que realizar todo el proceso de adquisición para conseguir nuevos clientes⁸¹.

Estos datos nos muestran que el esfuerzo necesario para obtener nuevos clientes será mayor que el requerido para conservar a los que ya lo sean. Esto se traduce en que cabría esperar que las prácticas más “potentes” o de mayor entidad fuesen las dirigidas a la captación, y no a la conservación.

Sin embargo, dada la significación de la práctica que estamos analizando, podemos concluir que su impacto no sería el que razonablemente cabría esperar de una técnica de retención de clientela.

Finalmente, partiendo de las anteriores consideraciones, responderemos a la pregunta de si este tipo de prácticas de imposición de costes de cambio pueden entenderse como actos de competencia normal.

⁸⁰ ESCAMILLA, G.: “*Fidelización del cliente: concepto, importancia, consejos y métricas*”, en Blog de Marketing Digital de Resultados, 2020.

Disponible en:

<https://www.rdstation.com/es/blog/fidelizacion-del-cliente/#:~:text=Qu%C3%A9%20es%20la%20fidelizaci%C3%B3n%20de,interacciones%20satisfactorias%20con%20tu%20negocio>

⁸¹ ESCAMILLA, G.: “*Fidelización del cliente...*” cit.

Lo cierto es que habríamos visto que no supone lo mismo la retención que la obtención de clientes. Podríamos decir que ni siquiera debería suponer el mismo esfuerzo, en la medida que en la retención de clientes, se parte de una situación de ventaja frente al resto de competidores, al contarse ya con la atención y el favor del cliente. Si la actuación que una empresa necesita realizar para conservar a sus clientes es de igual o mayor entidad que la requerida para atraer la atención de los mismos, podemos concluir que dicha actuación no entraría dentro de los actos de competencia normales.

Esto sería así porque, si partiendo de una situación ventajosa frente al resto de competidores, la empresa ha de realizar un esfuerzo igual o mayor al que haría si no tuviera esta ventaja, esto se traduciría, no ya en competir con el resto de oferentes, sino en truncar o compensar los deseos de los propios consumidores.

A esto anterior le sumamos el hecho de que esos esfuerzos no se realizan proporcionando beneficios a los consumidores que “compensen” sus deseos de reemplazar el producto o servicio, sino generando impedimentos que trunquen tales deseos.

Es por todo ello que podemos concluir que este tipo de prácticas no deberían ser entendidas como actos ordinarios de la propia competencia, y por ello podrían incardinarse en el concepto de “conducta abusiva” del art. 102 TFUE.

Sin embargo, como ya comentamos, para poder hablar propiamente de abuso de posición de dominio, es preciso atender a otros aspectos que también habrán de darse, como que la empresa ocupe una posición de dominio y que con su actuación llegue a influir en la estructura del mercado, amenazando el grado de competencia existente o su eventual incremento.

Como estaríamos enfocando nuestro análisis en los casos en que este tipo de actuaciones son realizadas por los Gigantes de Internet, tendremos que tener en cuenta al determinar su posición de dominio, todas las consideraciones que hicimos en su momento respecto de la delimitación del mercado relevante. En cualquier caso, dado que se trata de verdaderos Gigantes y que la posición de dominio deberá comprobarse caso por caso, partiremos de la base de que la gran empresa ostente una posición dominante, para proseguir nuestro estudio.

Así, en cuanto a si estas prácticas, de realizarse por empresas en posición de dominio, podrían amenazar la competencia existente en el mercado, debemos hacer algunas apreciaciones.

En primer lugar, tener en cuenta que lo que los costes de cambio producen no son obstáculos al mantenimiento del nivel de competencia existente en el mercado, pues lo que se persigue con estas prácticas no es adquirir una mayor cuota de mercado, sino mantener la que ya se ostenta. Por ello, en tal caso, lo que se produce es una amenaza al incremento de la competencia en el mercado, en la medida que se evita que la cuota de mercado disminuya a favor de la del resto de competidores.

Además, también considero importante tener en cuenta las peculiaridades de los mercados digitales al valorar estas conductas, no solo en lo relativo a la delimitación del mercado relevante. De esta manera, conectaríamos las prácticas que estamos viendo con las consecuencias que estas podrían tener debido a los efectos de red.

En el mercado digital es muy frecuente que se produzcan efectos de red y cuando estos ocurran, la trascendencia de la práctica que estamos analizando se dispararía, en la medida que un consumidor no aportaría valor solo por la parte correspondiente al producto o servicio que consume, sino que generaría un valor adicional que se incorporaría a la red. Por ello, considero que un correcto análisis del posible acto de abuso de la posición de dominio debería tener en cuenta los posibles efectos de red que se produjeran.

Por todo lo anterior, podríamos concluir señalando que cuando este tipo de prácticas sean llevadas a cabo por Gigantes de Internet que ostenten posición de dominio en el mercado, las mismas deberían considerarse como una infracción del art. 102 TFUE, especialmente si además se produjesen externalidades de red.

4.3. Almacén masivo de datos de sus clientes por los Gigantes de Internet (remisión).

Como ya habríamos tenido ocasión de comentar a lo largo del trabajo, los datos de los clientes tienen un gran valor. Para ofrecer determinados servicios, así como para mejorar la calidad de los mismos, las empresas (no solo los Gigantes de Internet) pueden llegar a almacenar gran cantidad de datos, que aportarían una valiosa información.

En algunos casos, especialmente en empresas del ámbito digital, los datos de los clientes podrían convertirse, incluso, en el mayor activo de una compañía.

El almacenamiento de datos no es ilegal, ni supone una vulneración de las normas del Derecho de la competencia *per sé*. Sería perfectamente válida, en principio, la recopilación de la información necesaria para prestar un servicio en condiciones óptimas.

Sin embargo, los problemas surgirían cuando se hiciera un mal uso de dicha información, pudiendo llegar a utilizarse para crear barreras de acceso estratégicas. Son muchas las posibilidades que se podrían plantear en la práctica, y se trata de un tema complejo que requeriría un análisis exhaustivo que excedería de nuestro trabajo. Por ello, dejaremos remitida la cuestión, limitándonos a las menciones en la materia que habríamos hecho a lo largo del trabajo.

4.4. Condiciones generales abusivas impuestas a las “empresas afiliadas”.

4.4.1. Análisis de la práctica

A continuación, procederemos a analizar las condiciones generales de la contratación que imponen las grandes plataformas multilaterales a las empresas que contratan con ellas en calidad de “empresas afiliadas”. Para poder abordar el estudio de estos conceptos y de la práctica a que nos referimos, primero ofreceremos una visión de la panorámica general en que estas actuaciones se circunscriben.

Así, en primer lugar debemos explicar qué son las plataformas multilaterales (*multi-sided platforms*). Estas habrían tendido a relacionarse con los efectos de red indirectos, pero no podemos hacer girar su definición en torno a la producción de los mismos. Las notas principales que caracterizan las plataformas multilaterales consisten en que:

- Posibilitan la interacción entre dos o más lados del mercado. Con esto nos referimos a que las distintas partes que actúan en el mercado no conectan a través de un intermediario, sino que lo hacen de forma directa.
- Cada uno de los lados del mercado está “afiliado” a la plataforma. Es decir, cada una de las partes que interviene realiza una “inversión” de algún tipo en la propia

plataforma, bien sea económica o de otro tipo, como de tiempo, o la relativa al coste de oportunidad⁸².

Gracias a estas características, diferenciaremos las plataformas multilaterales de lo que serían los comercios minoristas, así como de las empresas que optan por un modelo de integración vertical. También de aquellas empresas que acuden a otras para adquirir input (materias primas, mano de obra...).

Explicaremos brevemente estos otros tipos de empresas, para diferenciarlas de las plataformas multilaterales, ayudándonos del **gráfico III** incorporado en el Anexo.

De esta manera, podemos decir someramente que los comercios minoristas o lo que llamamos “re-vendedores”, serían aquellas empresas que adquieren a un lado del mercado (A), los productos que después venden a los clientes, que serían el otro lado (B). Vemos cómo la conexión entre A y B se realizaría a través de un intermediario (el “re-vendedor”), no existiendo una interacción directa, a diferencia de lo que sucedería en las plataformas multilaterales, en que dicha interacción sí se produciría de forma directa, aunque a través de la propia plataforma.

En segundo lugar, hablar de las empresas que adquieren input a un lado del mercado (A), para poder desarrollar su proceso productivo y vender el producto final a los clientes (B). En este caso la relación nuevamente se produce a través de un intermediario, en lugar de directamente.

Finalmente, más interés tiene la diferencia entre las plataformas multilaterales y las empresas que siguen un modelo de integración vertical. La diferencia entre ambas radica en si los productos o servicios que proporciona A a B se deben a la interacción directa entre ambos lados del mercado (caso de las plataformas multilaterales), o si son controlados directamente por la empresa (en cuyo caso hablaremos de integración vertical). En la integración vertical, la empresa es totalmente responsable del control de los servicios prestados a la otra parte (B)⁸³. Podría decirse que la empresa se encarga de todo; es autosuficiente en el sentido más puro del término.

⁸² HAGIU, A. y WRIGHT, J.: “*Multi-sided platforms*”, en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 43, 2015. Pág. 5.

Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2794582

⁸³ HAGIU, A. y WRIGHT, J.: “*Multi-sided platforms*”, cit., pág. 7.

Así definidas las plataformas multilaterales, nos centraremos específicamente en el estudio de lo que se conoce como “*e-marketplaces*” o mercados electrónicos cerrados (MEC)⁸⁴. Se trata de una modalidad de plataforma multilateral, y analizaremos las notas principales que los caracterizan:

- En primer lugar, los MEC son una forma de comercio electrónico (la más evolucionada y sofisticada, de hecho), en la medida que están orientados a realizar transacciones económicas por medios electrónicos⁸⁵.
- Son un modelo de comercio electrónico entre empresarios, pues la finalidad de las transacciones realizadas es profesional, no personal, doméstica o familiar⁸⁶.
- Tienen carácter cerrado, en el sentido de que la empresa que proporcionase la plataforma, actuando como ente gestor de la red, controlaría el acceso y funcionamiento. Ponemos esto en relación con lo ya explicado sobre la actuación de los Gigantes de Internet como *gatekeepers* en el **capítulo 3**.

Tomaremos de referencia la acertada definición de *e-marketplace* que propone Rodríguez de las Heras, según la cual, “*un MEC es un entorno electrónico, es decir, un conjunto de nodos, redes, sistemas de información y aplicaciones informáticas que permite la realización de transacciones entre los operadores económicos que sean miembros, conforme a unas reglas y bajo la gestión centralizada de una entidad (gestora) que supervisa, organiza y administra el mercado*”⁸⁷.

Después de ver las características principales de los MEC, y partiendo de la base de que son plataformas multilaterales, y de que se caracterizan por la gestión centralizada de la empresa que proporciona la propia plataforma (este es el papel, en muchos casos, de los Gigantes de Internet), nos centraremos en lo que respecta a las reglas del propio mercado electrónico.

Comenzaremos identificando al ente gestor como un Gigante de Internet para nuestra explicación (lo cual no tiene por qué ser así en la práctica). Esta empresa proporcionará la plataforma en que se desarrollarán las relaciones comerciales y se encargará de supervisar toda la actividad realizada, lo cual generará una mayor reputación o confianza en la plataforma (si este control o supervisión se hace con rigor).

⁸⁴ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “*El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-marketplaces)*”, Marcial Pons, Madrid, 2006. Pág. 31.

⁸⁵ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “*El régimen jurídico...*”, cit., pág. 45.

⁸⁶ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “*El régimen jurídico...*”, cit., pág. 49.

⁸⁷ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “*El régimen jurídico...*”, cit., pág. 66.

Sin embargo, la función de la empresa gestora que más interesa para nuestro análisis es la de regulación (contractual) del mercado, estableciendo las condiciones de acceso, así como las reglas de funcionamiento y comportamiento que deben seguir los operadores que participen en el mismo (lo que se conoce como *Rules Book*).

Partiendo de esa capacidad reguladora de los Gigantes gestores, indicaremos que la misma se pone en práctica mediante el uso habitual de condiciones generales de la contratación en los contratos a los que se adhieren las que llamamos empresas “afiliadas” a la plataforma.

A continuación comentaremos una serie de aspectos sobre dichas condiciones generales de la contratación para entender mejor su papel en la práctica que estamos analizando. Ya vimos, respecto de los consumidores y usuarios, la regulación existente para proteger su posición contractual de debilidad frente a los empresarios. Sin embargo, lo que debemos tener también en cuenta es que en las relaciones entre empresas también puede darse una desigualdad, en función de distintas circunstancias, como puede ser el poder de mercado que tenga cada una.

Las relaciones contractuales entre las plataformas de mercado electrónico y las empresas afiliadas a las mismas también se caracterizarán por esta desigualdad, en que el ente gestor en general ostentará la superioridad, especialmente si se trata de un Gigante de Internet.

En la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, se definen en el artículo 1 como aquellas “*cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, (...) habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”.

De esta manera, debemos hablar de los contratos de acceso a los MEC, que se plantean, en definitiva, como contratos de adhesión con este tipo de cláusulas generales predispuestas. Existen tres modelos fundamentales⁸⁸ de contratos de acceso:

- Modelo off-line: es aquel en que el acceso a la web se realiza sobre la base de un contrato previo, realizado por otros medios, en que las empresas afiliadas ya habrían sido admitidas. Su uso en la práctica es prácticamente nulo.
- Modelo de registro: este modelo se caracteriza porque el ente gestor pondría a disposición de los interesados las condiciones generales de la contratación en su web, teniendo que rellenar los solicitantes interesados el pertinente formulario de registro

⁸⁸ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “*El régimen jurídico...*”, cit., págs. 283-286.

(en que se comunican los datos correspondientes). Finalmente se tramita la solicitud y en un plazo de tiempo se comunica al interesado la decisión del Gigante sobre su acceso.

- Modelo de admisión: este modelo es similar al anterior, solo que en este caso, lo que se muestra en un primer momento a los interesados en la web son las fases de procedimiento de contratación. Las condiciones generales se muestran más adelante, ya en la fase de solicitud de contratación.

En lo que respecta al marco normativo de las condiciones generales de la contratación en el ordenamiento jurídico español, nos remitimos a lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como en la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación (ya mencionada), y la normativa de desarrollo.

Sin embargo, no entraremos en el estudio de la legislación nacional, debido a que la mayoría de estos contratos son realizados en distintos Estados y pertenecen al ámbito del comercio internacional. Lo que nos interesa, para nuestro estudio, es partir del planteamiento teórico sobre las cláusulas generales y su papel en los contratos de adhesión a un *e-marketplace*.

De esta manera, la práctica que analizaremos desde la perspectiva del Derecho de la competencia, no será la mera inclusión de cláusulas generales en este tipo de contratos, pues esto, per se, no tiene por qué tener efectos anticompetitivos. De hecho es habitual en el tráfico mercantil recurrir a esta fórmula contractual en los llamados “contratos en masa”. Se trata de un mecanismo para agilizar la contratación.

Sin embargo, sí pueden convertirse en una herramienta de que se valgan los Gigantes de Internet para realizar conductas anticompetitivas o que puedan llegar a falsear la competencia en el mercado. Estas actuaciones, aunque diversas, serán nuestro objeto de estudio. Especialmente debemos tener en consideración los casos en que los entes gestores se convierten en competidores de las propias empresas afiliadas al MEC, a lo que nos referiremos a continuación.

Ya señalamos que los MEC son un modelo de comercio electrónico entre empresarios, y así, podemos llamar la atención sobre la distinción entre los miembros de la empresa gestora (*owners*) y los miembros del propio mercado (*members*). Esta distinción es interesante porque es posible que miembros del Gigante de Internet (ente gestor) entren a competir en

el mercado, funcionando como “members”. Decir que la decisión del ente gestor de intervenir es de carácter estratégico, diferenciando así los mercados independientes; los no independientes; y los híbridos.⁸⁹

En aquellos casos en que la propia empresa gestora entrase a competir en el mercado, se darían varias peculiaridades.

Por una parte, la empresa que impone las condiciones generales de la contratación competiría también con aquellas empresas que suscriben los contratos de adhesión.

Además, la valoración de la posible abusividad de las cláusulas generales establecidas deberá hacerse teniendo en cuenta el carácter dual del Gigante de Internet, como ente gestor, y como competidor en el propio mercado. De hecho, el estudio de las implicaciones en el Derecho de la competencia de algunas de las previsiones contenidas en dichas cláusulas solo tendrá sentido cuando el ente gestor también actúa como competidor.

Este sería el caso, por ejemplo, de los casos en que el ente gestor compitiese con las empresas afiliadas valiéndose de información privilegiada o datos a que hubiese tenido acceso en calidad de gestor de la plataforma.

También ocurriría esto en los casos de auto-preferencia de la plataforma de los productos o servicios por ella misma ofertados, frente a los de las empresas competidoras que actúan en el *e-marketplace*. En este caso, el Gigante utilizaría su poder como gestor para controlar los rankings en que basan sus decisiones los consumidores; esta práctica solo tendría sentido en los casos en que la propia plataforma fuese también un competidor.

Así planteadas, estas serían las conductas que analizaremos en concreto a continuación, desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

4.4.2. *Implicaciones de las prácticas en el Derecho de la competencia*

Primero de todo, señalar que las condiciones generales impuestas en los contratos de acceso a los MEC suponen una barrera de acceso a los mismos, en la medida que son exigencias que las empresas que quieran entrar a competir al mercado deben superar. Entendiendo que su inclusión sirve a la ordenación de la plataforma, podríamos

⁸⁹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “*El régimen jurídico...*”, cit., pág. 195.

considerarlas como una suerte de barreras estructurales. Sin embargo, haremos especial referencia a aquellas condiciones generales cuya función excediera de la organización de la plataforma, teniendo efectos en la competencia, pues en ese caso estaríamos ante barreras estratégicas.

Como ya habríamos señalado, la mera inclusión de cláusulas generales en los contratos de adhesión a un *e-marketplace* no tiene por qué afectar necesariamente al Derecho de la competencia. Sin embargo, es cierto que su utilización denota una clara desigualdad de poder contractual, en que la parte débil de la relación siempre serán las empresas adheridas o afiliadas. Esto nos puede servir como punto de partida para entender y contextualizar mejor las prácticas que analizaremos a continuación.

Así, aunque comentaremos las cláusulas que podrían ser abusivas, en general, pondremos especial atención a los casos en que el Gigante de Internet que gestiona la plataforma digital, esto es, el MEC, entre también a competir en la propia plataforma con uno de los lados del mercado (el de las empresas afiliadas).

Comenzar señalando que, aunque es una práctica habitual y permitida la inclusión de condiciones generales en contratos de adhesión, el contenido de las mismas no siempre será lícito, pudiendo llegar a ser desleales o tener efectos anticompetitivos. Este sería el caso de las que se considerarían como cláusulas abusivas.

A continuación, estudiaremos a la luz de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), los casos más habituales de cláusulas abusivas contenidas en los contratos de acceso a los MEC. Pese a que se trata de una Propuesta de Reglamento, el *Digital Markets Act* (DMA) ilustra bastante bien la línea de actuación que pretende seguir la Unión Europea respecto de estas prácticas.

Nos enfocaremos en lo previsto en los arts. 5 y 6 DMA, que contendrían un listado de obligaciones que deberían cumplir los guardianes de acceso a las plataformas. Sin embargo, pese a que se anuncian en sentido general, las utilizaremos de referencia para ejemplificar el contenido que no deberían tener las condiciones generales de la contratación.

De incumplirse sus previsiones, las condiciones generales se considerarían, per se (art. 5 DMA) o, en principio (art.6 DMA), “limitativas de la disputabilidad o desleales”.

Aunque analizaremos con más detalle el Digital Markets Act en el **epígrafe 5.1**, debemos partir de la base de que estos artículos, en su caso, serían de aplicación a las condiciones generales impuestas por los que se consideran “guardianes de acceso” según el art. 3 DMA. Este término haría referencia, *grosso modo*, al concepto de “*gatekeepers*” que venimos manejando y que definimos ya en el **capítulo 3**.

Sin embargo, señalar que a los efectos del DMA, se califica de “guardián de acceso” a una plataforma cuando esta:

- Tenga “*repercusión significativa en el mercado interior*”.
- El servicio de plataforma que proporciona sirve como “*puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales*”.
- Tiene o es previsible que tenga una posición “*afianzada y duradera en sus operaciones*”.

Será necesario que se den estos requisitos de forma cumulativa y, además, se establecen una serie de presunciones de que tales requisitos se darían, en base a valores cuantitativos, en el art. 3.2 DMA (aunque no entraremos en su análisis, por ahora).

De esta manera, ya delimitado el ámbito subjetivo del que partiríamos para valorar el carácter abusivo de las condiciones generales, comentaremos las contenidas en el art. 5 DMA.

En primer lugar, la letra a) se refiere a la combinación de los datos personales de los servicios que preste la plataforma como tal, con los datos personales propios de su cualidad de competidor o con datos de servicios de terceros, salvo que exista una opción para los usuarios finales de exclusión voluntaria. Esto iría en la línea de lo previsto en el Reglamento General de Protección de Datos (R. 2016/679), que prohíbe la reutilización de los datos recolectados para finalidades distintas de aquellas para las que fueron recopilados⁹⁰.

En segundo lugar, la letra b) establece la obligación de los guardianes de acceso de permitir a las empresas afiliadas ofrecer sus mismos productos o servicios a través de otros MEC, con condiciones o precios distintos a los establecidos en su plataforma.

⁹⁰JOINT RESEARCH CENTRE OF THE EUROPEAN COMMISSION: “*The EU Digital Markets Act, a Report from a Panel of Economic Experts*”, en Publications Office of the European Union, Luxemburg, 2021. Pág. 23.

Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3783436

Es decir, aquellas condiciones generales de la contratación que estableciesen algún tipo de prohibición a las empresas afiliadas en este sentido, serían abusivas y se presumirían sus efectos anticompetitivos. Ponderadas las ventajas e inconvenientes que podrían conllevar las cláusulas establecidas en esta línea, se considera que se trataría de una restricción a la competencia injustificada. Este tipo de cláusulas, a mi modo de ver, solo beneficiarían al propio ente gestor, que conseguiría el efecto de un contrato de distribución exclusiva, no teniendo efectos pro-competitivos.

Comentar también lo previsto en la letra c), que viene a referirse fundamentalmente, a la posibilidad de las empresas afiliadas de realizar ofertas o contratar directamente con los usuarios finales, sin necesidad de utilizar la intermediación del propio MEC. Se permite así a los usuarios finales acceder al contenido, suscripciones, etc. a través de otros canales diferentes del propio MEC⁹¹.

En definitiva, esta previsión seguiría la misma línea argumental que la de la letra b), en la medida que se viene a prohibir que el gatekeeper imponga un contrato de distribución en exclusiva con su plataforma. Se entiende que los MEC, al funcionar como mercados en que las distintas empresas compiten entre sí, no tienen una imagen de marca que, por ejemplo, motivaría en un mercado tradicional la conclusión de contratos de distribución en exclusiva. Tampoco podríamos pensar en otros efectos pro-competitivos que pudieran justificar la inclusión de estas cláusulas, más allá de limitar la actuación comercial de las empresas afiliadas a un único *e-marketplace* (como sucedería según lo comentado en la letra b).

Referirnos a continuación a la letra d), de la que se derivaría la prohibición de las cláusulas que impidan a las empresas afiliadas realizar reclamaciones a las autoridades pertinentes acerca del comportamiento observado por el ente gestor.

La letra e) prohíbe también “*exigir a los usuarios profesionales que utilicen, ofrezcan o interoperen con un servicio de identificación del guardián de acceso*”.

Especial importancia podría tener la previsión de la letra f), que se refiere a lo que conoceríamos como “contratos ligados”. Esta letra recogería la prohibición de aquellas cláusulas que obligasen, bien a las empresas afiliadas, bien a los consumidores finales, a

⁹¹ JOINT RESEARCH CENTRE OF THE EUROPEAN COMMISSION: “*The EU Digital Markets Act...*” cit., pág. 5.

registrarse o suscribir cualquier otro servicio básico de la plataforma, distinto de aquel en que quisieran registrarse o suscribirse, como condición para acceder a este último.

Finalmente, el art. 5 g), se refiere a la transparencia en las comunicaciones entre los guardianes de acceso y las empresas afiliadas, en lo relativo a los servicios de publicidad y edición.

Así, parece que según el tenor de este precepto, los anunciantes y editores a los que el gatekeeper prestase servicios de publicidad, tendrían acceso a la información relativa al precio pagado por tales servicios. Esto significaría, para el editor, que recibiría el desglose de los costes de publicidad cargados por la plataforma como intermediaria⁹².

Este artículo contiene, si se quiere enunciar así, las previsiones que no deberían contravenirse de ninguna manera; esto es, aquellas cláusulas que tendrían per se efectos anticompetitivos o que serían desleales.

Seguidamente, el art. 6 DMA contiene una serie de “*obligaciones de los guardianes de acceso susceptibles de ser especificadas con más detalle*”. Se trataría de una serie de conductas que deben cumplirse, en principio, siempre. Así, aquellas cláusulas generales con disposiciones en sentido contrario, en principio se podrían considerar como susceptibles de limitar la disputabilidad o de ser desleales. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedería con las previsiones del art. 5 DMA, estas podrían ser justificadas. Quedaría abierta la posibilidad de matizar sus efectos anticompetitivos a través del diálogo entre la Comisión y el guardián de acceso sobre las medidas que este tuviera intención de aplicar.

De entre las obligaciones del art. 6 DMA destacaremos las de las letras a) y d), remitiéndonos, en lo que respecta al resto de letras del artículo, a lo comentado más adelante, en el **capítulo 5**.

Así, la letra a) se refiere al uso de datos generados por las actividades de los usuarios profesionales (incluyendo los datos relativos a los clientes de tales usuarios profesionales), estableciendo que no deberán ser usados por el guardián de acceso cuando no sean públicamente accesibles.

⁹² JOINT RESEARCH CENTRE OF THE EUROPEAN COMMISSION: “*The EU Digital Markets Act...*” cit., pág. 16.

Finalmente, la letra d) prohíbe a los gatekeepers la auto-preferencia de sus propios productos o servicios, así como de los de aquellas empresas que fuesen de su titularidad sobre los productos o servicios del resto de empresas competidoras. Asimismo, se les obliga a que las condiciones establecidas en sus rankings sean justas y no discriminatorias.

A lo que esta letra d) alude sería básicamente a lo que comentamos en el caso Google Shopping, que analizamos en el **subepígrafe 4.2.2**, y que se basaría en el poder de los Gigantes de controlar las clasificaciones sobre las que toman sus decisiones de compra los consumidores finales, lo cual comentamos también en el **capítulo 3**.

Sin embargo, recordar en este caso lo que ya señalamos anteriormente: aunque hablamos del ente gestor como Gigante de Internet, esto no tiene por qué ser necesariamente así, y de hecho, en lo que respecta al Digital Markets Act, se pueden dar en el ente gestor las características de un guardián de acceso (art. 3 DMA) sin ser este considerado un Gigante (aunque con frecuencia sí lo será).

Comentar también que los artículos 5 y 6 DMA se podrían interpretar como la inclusión en la Propuesta de Reglamento de una lista negra y una lista gris (o gris oscura) de conductas.

Realmente, el art. 5 cumpliría esa labor de “lista negra”, en la medida que recoge las que serían conductas anticompetitivas, que estarían prohibidas per se, como ya comentamos. Por otra parte, el art. 6 DMA recogería la “lista gris”, que en teoría, debería de referirse a conductas que, en principio, se presumirían anticompetitivas pero que podrían justificarse si los guardianes de acceso lograran probar sus efectos pro-competitivos, lo cual sería una aplicación de la regla de *rule-of-reason*. Si bien es cierto que el DMA no contiene un mecanismo claro de defensa respecto de las conductas del art. 6, consideramos que sí podría hablarse del mismo como “lista gris” en la medida que sus previsiones son matizables a través del diálogo entre el *gatekeeper* y la Comisión⁹³.

Tras el análisis de aquellas previsiones que no deberían ser contenidas en las condiciones generales de los contratos de acceso a los *e-marketplaces*, por ser abusivas o susceptibles de amenazar la competencia o de ser consideradas desleales, haremos referencia a los arts. 101 y 102 TFUE.

⁹³ JOINT RESEARCH CENTRE OF THE EUROPEAN COMMISSION: “*The EU Digital Markets Act...*” cit., pág. 10.

Lo previsto en el DMA no obsta para la aplicación de estos artículos del TFUE, sino que viene a establecer una suerte de “adaptación” de los mismos al ámbito del mercado digital. Los arts. 5 y 6 DMA ofrecen una interpretación “en clave digital” de los arts. 101 y 102 TFUE.

El Derecho de la competencia, en lo que respecta a la supervisión de la actividad de este tipo de plataformas, de *e-marketplaces*, se enfoca en el control de acuerdos verticales y, sobre todo, horizontales, que restrinjan la competencia. Asimismo, se dedica a examinar los posibles actos de abuso de posición dominante de los MEC.

Las fusiones y adquisiciones de este tipo de plataformas que pudieran producirse serían especialmente preocupantes para la competencia, por la propia entidad que, ya por sí mismas, tendrían en el mercado este tipo de plataformas digitales. Por ello esto deberá ser tenido especialmente en cuenta en lo que respecta al control de las concentraciones, aunque no nos centraremos en este aspecto, pues ya se alejaría del análisis de las prácticas relacionadas con las condiciones generales que estamos estudiando.

En lo que respecta a los acuerdos prohibidos en virtud del art. 101 TFUE, señalar que los mismos no serán frecuentes en la práctica, en el contexto de las plataformas, debido a que la competencia dentro de las mismas no se suele circunscribir al ámbito del mercado relevante de un producto o servicio concreto⁹⁴. Esto provoca que no sean frecuentes los acuerdos o prácticas concertadas dentro del propio MEC.

Diferente será que los pactos anticompetitivos se dieran en el marco de los contratos de acceso a la plataforma, pues en tales situaciones, como ya dijimos, lo que había era una relación desigual. Esta desigualdad se manifiesta en la imposición, por parte de la plataforma, de las condiciones generales de acceso, en lo que serían contratos de adhesión. También en el importante grado de dependencia existente entre los usuarios profesionales y los servicios de la plataforma como guardián de acceso, en que precisamente se fundamenta la base jurídica de la Propuesta de Reglamento que estamos estudiando.

Basándonos en todo lo anterior, podemos señalar que en el marco de relaciones tan desiguales lo que se producirían no serían tanto los acuerdos del art. 101 TFUE, sino más bien situaciones de abuso de la posición dominante que tuviera el guardián de acceso, en el

⁹⁴ JOINT RESEARCH CENTRE OF THE EUROPEAN COMMISSION: “*The EU Digital Markets Act...*” cit., pág. 12.

marco normativo del art. 102 TFUE, o, en su caso, conductas desleales que pudieran tener efectos en la competencia.

Tal y como está la situación en la actualidad, aún con la Digital Markets Act como Propuesta de Reglamento, nos enfrentaríamos al problema que hemos abordado a lo largo de nuestro estudio, en torno a la delimitación del mercado relevante, para poder justificar la posición de dominio de la plataforma (además del acto de abuso).

Si bien la DMA no es un texto normativo que esté en vigor en la actualidad, esto no significa que sus previsiones no deban ser tomadas en cuenta como parámetros interpretativos. En este sentido, considero que su “lista negra” y suerte de “lista gris”, nos darían una aproximación bastante precisa del tipo de prácticas que, de ser realizadas por la plataforma, podrían servir de base a un acto de abuso de su posición de dominio.

Siguiendo con las especialidades que se dan al aplicar el art. 102 TFUE al mercado digital, me gustaría señalar que en todo momento estamos hablando de este tipo de plataformas como “MEC”; esto es, como mercados electrónicos cerrados. Es necesario recalcar lo que, por otro lado, podría parecer una obviedad: las plataformas son auténticos mercados en que las empresas compiten entre sí. Esto justificaría que, al analizar las posibles prácticas abusivas de las empresas gestoras de estos MEC, se pueda considerar la propia plataforma como un mercado relevante, dada la concurrencia de múltiples usuarios, tanto profesionales, como finales.

A mi modo de ver, para determinar el mercado relevante en cada caso, podríamos distinguir entre dos situaciones:

- Por una parte, que las posibles prácticas abusivas estuviesen orientadas o dirigidas contra los usuarios profesionales de la plataforma; esto es, contra las propias empresas afiliadas. En ese caso, podríamos entender que el mercado relevante es la propia plataforma y que su condición de gestor de la misma, ya sería suficiente para justificar su posición de dominio en ese mercado. Más aún si tomamos en consideración lo anteriormente señalado respecto a la dependencia que existe de los usuarios profesionales respecto del ente gestor o gatekeeper.
- Por otra parte, estarían los casos en que las prácticas de abuso se circunscribieran en el ámbito de la propia competencia entre plataformas de tipo “*e-marketplace*”. Es decir, cuando el acto de explotación abusiva fuese, no de la posición de dominio de

la plataforma en cuanto que plataforma, sino de su posición como empresa dominante en el mercado (en el que compete con el resto de plataformas).

Aunque pudiera parecer, a priori, que las previsiones contenidas en las condiciones generales, en tanto que se circunscriben en el ámbito de la relación “ente gestor-empresas afiliadas”, solo afectarían a estas últimas, lo cierto es que esto no es así. A través de estas condiciones generales, el ente gestor puede también afectar a la competencia con el resto de *e-marketplaces*.

Un ejemplo lo veríamos con el caso mencionado en el art. 5 b) DMA. Nos referimos a aquellos entes gestores que impusieran como condición general la no comercialización de las empresas afiliadas a través de otras plataformas digitales. Esta práctica no solo estaría dirigida a las propias empresas afiliadas, sino que tendría el efecto de limitar la demanda de usuarios profesionales que recibieran el resto de plataformas digitales similares.

Tras señalar las anteriores especialidades a tener en cuenta en el análisis del mercado relevante cuando se dieran este tipo de prácticas, haremos algunas indicaciones respecto de la consideración de la abusividad de las prácticas. Así, decir que, si bien los artículos 5 y 6 DMA comentados anteriormente podrían servirnos como parámetros interpretativos al valorar el contenido y efectos de las cláusulas generales de los contratos de adhesión a estas plataformas, no podemos perder de vista las previsiones del art. 102 TFUE.

Así, en cualquier caso, el art. 102 enumera una serie de prácticas que, de ser realizadas desde una posición de dominio, serían constitutivas de un acto de abuso.

En primer lugar, estaría la imposición de precios o condiciones de transacción no equitativas. También aquellos actos que limitasen “*la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores*”.

La letra c) del art. 102 TFUE también se refiere a las prácticas discriminatorias de terceros que causen a estos una desventaja competitiva y, finalmente, la letra d) se refiere a los llamados “contratos ligados”; esto es, a aquellos contratos que requiriesen para su conclusión, la aceptación de otros contratos con los que no guardasen relación.

Para analizar si estamos ante un acto de abuso, debemos comprobar si el contenido de las cláusulas generales coincide con alguna de las prácticas prohibidas por el art. 102 TFUE que hemos comentado. De no ser así, aún será pertinente valorar si se contraviene lo estipulado en los arts. 5 y 6 DMA, por su trascendencia (por el momento) como criterios

interpretativos. En el caso de que el contenido de estas condiciones generales no contraviniera ninguno de estos preceptos, se deberán igualmente valorar los efectos anticompetitivos que su inclusión pudiera tener, y si tales previsiones pudieran o no ser consideradas como actos de la competencia ordinaria, en consonancia con lo ya señalado respecto de la explotación abusiva, en el **epígrafe 3.1**.

De esta manera concluiríamos el estudio de las posibles implicaciones en el Derecho de la competencia derivadas de la inclusión de según qué condiciones generales en los contratos de acceso a los MEC, para estudiar su concreción práctica a través del caso de Amazon.

4.4.3. Estudio del caso de Amazon y sus posibles implicaciones en el Derecho de la competencia.

A continuación procederemos a estudiar el caso de Amazon, en primer lugar, analizando su posición como *e-marketplace*, para después comentar algunas de las condiciones generales más relevantes que impone en sus contratos de acceso, a las empresas que deseen afiliarse a la plataforma. Valoraremos también si el contenido de alguna de ellas pudiera suponer, desde nuestra perspectiva, algún problema para el Derecho de la competencia.

Finalmente, nos centraremos en las líneas principales de la investigación (y posterior denuncia) que se habría abierto contra Amazon en el ámbito de la Unión Europea. Tras plantear estas prácticas, sopesaremos sus eventuales implicaciones en el Derecho de la competencia, teniendo en cuenta que, como se trata de un procedimiento que está en curso, no tenemos acceso a todos los datos que serían necesarios. Por ello realizaremos un planteamiento general y partiremos de hipótesis cuando convenga a nuestro análisis.

a) Amazon como e-marketplace

Primero de todo, señalar que Amazon.com fue fundada en 1994 por Jeff Bezos, como una web de venta online de libros. Hoy se habría convertido, sin embargo, en una de las compañías más grandes del mundo⁹⁵.

⁹⁵ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 247.

En 2002, diversificó su línea de negocio creando Amazon Web Service (AWS), ofreciendo un producto de Cloud Computing que, con el tiempo se ha expandido, ofertando servicios de almacenamiento en la nube o de mensajería en cola, llegándose a convertir en uno de los mayores proveedores del mundo de Cloud Computing integral⁹⁶.

Sin embargo, la línea de negocio que nos interesa para nuestro estudio, es la que comenzó dedicándose a la venta de libros y que, en la actualidad habría terminado por ser una plataforma de *e-commerce* que ofertaría productos de prácticamente todo tipo.

De los productos ofertados en la plataforma, podemos distinguir, por una parte, los propios productos que ofrece Amazon y, por otra, los ofrecidos por empresas independientes que venden a través de la plataforma. Señalar también el hecho de que Amazon no limita el número de vendedores que pueden ofrecer un mismo producto en su plataforma⁹⁷.

En líneas generales, podemos concluir que Amazon.com se configura como un *e-marketplace*, en la medida que aglutina a múltiples vendedores y compradores que interactúan a través la plataforma.

b) Algunas de las condiciones generales impuestas en los contratos de acceso a sus empresas afiliadas.

Tras habernos referido brevemente al tipo de servicio que prestaría Amazon, comentaremos alguna cuestión que nos resulte relevante sobre las condiciones generales impuestas por la plataforma a aquellas empresas que quisieran comenzar a vender en la misma.

⁹⁶ NEBRED A DE LA PIEDAD, C., “*La fórmula mágica del éxito de Amazon*”, en Blog de Comercio Electrónico B2C, del Instituto de Comercio Electrónico y Marketing Directo.

Disponible en: <http://blogs.icemd.com/blog-comercio-electronico-b2c/la-formula-magica-del-exito-de-amazon/>

⁹⁷ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., págs. 248-249.

Así, tomamos de referencia lo que se conoce como “*Amazon Services Europe Business Solutions Agreement*”⁹⁸, que sería el contrato de acceso que incluiría las condiciones generales que debería aceptar la empresa que quisiera participar en el e-marketplace (en la zona geográfica europea). Llama la atención en el hecho de no nos ha resultado sencillo, en absoluto, localizar este contrato en la web de Amazon.

Ya comentando alguna de las previsiones del *Business Solutions Agreement* (en adelante BSA), comenzar con lo relativo a los datos proporcionados a Amazon por los usuarios profesionales.

Así, en el BSA se prevé que las empresas que quieran vender a través de Amazon deberán proporcionar una serie de datos (entre los que se enumeran: el nombre jurídico o comercial, el lugar principal de negocios, teléfono e email). Sin embargo, a continuación se señala “*así como cualquier otra información que podamos solicitar*”. Parece que esta sería una cláusula bastante ambigua y que daría bastante margen de maniobra a la plataforma.

En cualquier caso, conectamos esto con la previsión número 4 del BSA, denominada “licencia”, que establece el derecho, no exclusivo, para “*usar la totalidad de Sus materiales para los Servicios para otros productos o servicios de Amazon, y para conceder sub-licencias de los derechos anteriores a sociedades de nuestro grupo y a los operadores de las Propiedades Asociadas de Amazon*”⁹⁹.

Destacar que, cuando el BSA define el concepto de “sus materiales”, se refiere a toda la tecnología, marcas, contenido, información y, en definitiva, a todos los datos que la empresa afiliada pusiera a disposición de Amazon.

Además, dentro del concepto “servicio”, engloba, tanto el servicio de venta, como el de logística o publicidad (así como otros prestados). Tener en cuenta que se permite, a petición de la empresa afiliada, separar “sus materiales” de alguno de los usos que se les dé.

Analizar cada una de las cláusulas generales del BSA es una labor, que, además de ser compleja, requiere de una cierta exhaustividad, pero la mención que habríamos hecho en lo que respecta a los datos de los usuarios profesionales, serviría para comprobar que, en

⁹⁸ Habríamos accedido al contrato (en su última actualización a 2 de marzo de 2021) a través de la propia web de Amazon, en el siguiente enlace:

https://sellercentral.amazon.es/gp/help/external/help.html?itemID=201190440&language=es_ES&ref=efph_201190440_cont_SNV3657R94YP9DZ

⁹⁹ Amazon Services Europe Business Solutions Agreement, actualizado a 2 de marzo de 2021.

principio, la cantidad de datos facilitados puede llegar a ser importante y que su uso debería circunscribirse a los estrictos servicios que ofrece la plataforma; nunca combinarse con los datos personales que esta obtenga por medio de otros servicios. Asimismo, recordar (en conexión con lo visto respecto del DMA) que tampoco estaría justificado, en principio, que Amazon utilizase esos datos, obtenidos en calidad de gestor, para su provecho como competidor en la propia plataforma.

Otra de las condiciones generales del BSA sobre la que podríamos llamar la atención se encuentra en el apartado número 15, y establece la posibilidad unilateral de Amazon de modificar el contrato, con un preaviso de 15 días, de forma general. Además, esta modificación unilateral podrá ser inmediata en ciertos casos: cuando concurren motivos legales; por cambios en la funcionalidad de los servicios (que no sean adversos); y para restringir productos o servicios por motivos de seguridad.

No solo llama la atención la capacidad unilateral que tendría Amazon de modificar un acuerdo en que ya de por sí existe una relación de desigualdad contractual, sino que también se establece la presunción del usuario profesional de aceptar tales cambios en el BSA cuando continúe utilizando los servicios de la plataforma.

Desde mi punto de vista, esta cláusula podría ser considerada abusiva o, al menos, debería servir para vigilar con especial atención las modificaciones que Amazon pudiera introducir en el BSA, en perjuicio de las empresas afiliadas. Ciertamente es que las cláusulas generales se utilizan para agilizar el proceso de la contratación, pero se debería ponderar, desde mi perspectiva, si el tiempo que se ahorra al introducir las modificaciones contractuales de forma unilateral justifica, en todo caso, la presunción de aceptación de las mismas por las empresas afiliadas. Más aún si se tiene en cuenta su situación de dependencia respecto del *e-marketplace*.

Estas dos serían las previsiones del acuerdo de acceso a la plataforma Amazon como vendedor que he considerado de mayor relevancia. A través de las mismas se muestra de forma bastante evidente la desigualdad de poder contractual entre Amazon y las empresas afiliadas. Asimismo, vemos, aunque muy someramente, cómo algunas de las previsiones de los contratos de adhesión podrían derivar en conductas anticompetitivas.

c) Prácticas denunciadas por la Comisión en 2020.

En julio de 2019, la Comisión Europea inició una investigación contra Amazon para averiguar si la empresa estaba haciendo un uso irregular de los datos que le proporcionaban las empresas afiliadas a su plataforma¹⁰⁰.

En noviembre de 2020, la Comisión habría denunciado a Amazon por el uso inadecuado de los datos de los minoristas que comercializan a través de la plataforma, y habría abierto una investigación complementaria sobre el funcionamiento y los criterios utilizados por la “Buy Box” de Amazon¹⁰¹, que sería básicamente la “caja” en que se muestran los resultados de los productos que buscan los usuarios finales en la web, y desde la que se realizan la mayoría de ventas de la plataforma.

Según un artículo de abril de 2020 de *The Wall Street Journal*, más de 20 antiguos empleados entrevistados habrían afirmado que cuando Amazon vendía sus propios productos se servía de la información y datos a que tenía acceso como propietario de la plataforma¹⁰². Esta precisamente, sería la práctica que habría investigado la Comisión Europea, y por la que habría denunciado a Amazon.

Asimismo, se estarían investigando las prácticas relacionadas con el Buy Box, para averiguar si Amazon auto-prefería sus propios productos a través del algoritmo que muestra los resultados de búsqueda.

Comentaremos a continuación la valoración que podemos hacer sobre estas prácticas desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ SUANCES, P., “La Comisión Europea investiga a Amazon por prácticas contra la competencia”, en *El Mundo*, 17-07-2019.

Disponible en:

<https://www.elmundo.es/economia/2019/07/17/5d2ef3cd21efa0d40a8b4586.html>

¹⁰¹ ALARCÓN AGUILERA, N., “Bruselas acusa a Amazon de haber “abusado” usando datos de los rivales”, en *El Confidencial*, 10-11-2020.

Disponible en: https://www.elconfidencial.com/economia/2020-11-10/bruselas-acusa-a-amazon-de-haber_2826028/

¹⁰² MATTIOLI D., “Amazon Scooped Up Data From Its Own Sellers to Launch Competing Products”, en *The Wall Street Journal*, 23-04-2020.

Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/amazon-scooped-up-data-from-its-own-sellers-to-launch-competing-products-11587650015>

d) Valoración de las posibles implicaciones de las prácticas denunciadas en el Derecho de la competencia.

Tras plantear las prácticas de Amazon que la Comisión habría denunciado entendemos mejor por qué procede realizar este análisis en último lugar, tras haber estudiado las principales barreras de acceso al mercado digital.

Las actuaciones que vamos a analizar desde la perspectiva del Derecho de la competencia tienen una estrecha relación con lo comentado acerca de las condiciones generales de la contratación. Esta relación se muestra especialmente tras haber analizado, aunque brevemente, las cláusulas sobre recopilación y uso de datos, en el contrato de acceso a la plataforma como vendedor.

Sin embargo, planteamos también este caso a modo de colofón por su relación con otros aspectos estudiados a lo largo del trabajo, como el uso de algoritmos o el problema de los “usuarios prisioneros”.

En primer lugar nos referiremos a la práctica relacionada con el tratamiento de los datos de las empresas afiliadas a la plataforma.

Así, podemos tomar de referencia el ya mencionado Informe de investigación del Subcomité de Derecho de la Competencia, Comercial y Administrativo, del Comité del Poder Judicial de EEUU, de 2020.

El Informe detalla el análisis de la cuestión que estaríamos estudiando, y muestra la postura de Amazon, que reconoce a sus empresas afiliadas (*third-party sellers*) como sus propios clientes, y como compañeros. Es por ello que en 2014 Amazon habría introducido su política de protección de datos de los vendedores, que sería de adopción voluntaria por las empresas afiliadas. Esta política prohibiría a Amazon, como competidor en el *e-marketplace* (*Amazon Retail*), utilizar los datos de las empresas afiliadas que no fuesen públicos, para competir con las mismas¹⁰³.

Sin embargo, el Informe del Subcomité remite a un documento de Amazon de 2014 que sugería que esta política de protección de datos tenía demasiados vacíos legales y que la línea que separaba los datos agregados (que son los únicos que Amazon dice usar) de los

¹⁰³ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., pág. 276.

individuales, es muy borrosa e incluye como “agregados”, datos que deberían ser considerados “individuales”¹⁰⁴.

Si ponemos lo anterior en relación con las cláusulas generales del BSA que habríamos comentado ya, vemos cómo Amazon tendría acceso a multitud de datos y su recolección y utilización podrá ser lícita en la medida que sirva para mejorar los servicios que ofrece la plataforma, así como la experiencia de los consumidores.

Sin embargo, esos datos, en todo caso, se facilitan a Amazon en calidad de plataforma, no de competidor. De hecho, pese a la imprecisión que muestra el BSA sobre qué datos pueden ser exigidos, sí se expresan los usos que se les puede dar, y entre estos no estaría el beneficiar a Amazon como competidor en el *e-marketplace*.

Es por ello que esta conducta, si se probara, podría tener implicaciones en el Derecho de la competencia y constituir un acto de abuso de la posición dominante de Amazon.

Dado que estaríamos estudiando un procedimiento que está en curso, no tenemos acceso a los hechos probados. Por ello, partiremos de la hipótesis de que se probase la utilización indebida por Amazon de los datos de sus usuarios profesionales, para valorar la conducta desde el Derecho de la competencia.

En primer lugar, justificar la posición de dominio de Amazon. Como ya habríamos señalado, esta plataforma es un MEC, un mercado en sí mismo, aunque circunscrito al ámbito digital. En este *e-marketplace* compiten miles de empresas que ofrecen productos de todo tipo a los consumidores finales que acceden a la plataforma. Asimismo, recordar que Amazon también compite vendiendo productos con sus empresas afiliadas.

En este caso la conducta estaría dirigida a beneficiar a Amazon como competidor dentro de su propia plataforma de *e-commerce*. Es por ello que la competencia que se vería afectada no sería la del mercado de *e-marketplaces*, sino la del propio MEC de Amazon. Esto bastaría, a nuestro modo de ver, para considerar a Amazon en posición de dominio en el mercado relevante de su propia plataforma. Prueba de ello sería su actuación como gatekeeper, controlando las condiciones de acceso de las empresas afiliadas, así como la existencia de una relación de dependencia de estas últimas respecto de la plataforma.

¹⁰⁴SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets...*” cit., págs. 280-281.

En cuanto a si la conducta podría ser considerada como un acto de abuso, podemos poner esto en relación con lo analizado en el **subepígrafe 4.3.2.**, respecto de las previsiones de los arts. 5 y 6 del Digital Markets Act.

Aunque estudiamos tales artículos como “lista negra” y “lista gris” para justificar qué tipo de cláusulas generales deberían ser consideradas abusivas, en este caso vemos cómo la práctica se habría realizado de forma encubierta, sin que se reflejara la misma en ninguna condición general de los contratos de acceso a la plataforma.

Los arts. 5 y 6 DMA lo que recogen son una serie de obligaciones para los gatekeepers, y en concreto la letra a) del art. 6 establece el deber que estos tendrán de abstenerse de utilizar en competencia con sus usuarios profesionales cualquier dato que no fuera públicamente accesible. En esto precisamente es en lo que consistiría la práctica que estamos analizando.

Si este deber se enuncia en la Propuesta de Reglamento es precisamente porque existiría base suficiente para considerar ese tipo de actos como susceptibles de afectar a la competencia. Además, valorando los posibles efectos pro-competitivos de la práctica, no parece que la misma beneficiase, ni a las empresas afiliadas, a las que se posicionaba en desventaja, ni (en principio) a los consumidores finales.

En cualquier caso, habría también que considerar el uso que se le diera a esos datos, pues si el mismo fuera constitutivo de alguna de las conductas enunciadas en el art. 102 TFUE (estudiadas en el **subepígrafe 4.3.2.**), la actuación sería considerada, en todo caso, un abuso de posición dominante por Amazon, desde nuestro punto de vista.

A continuación, nos referiremos a la investigación abierta sobre el Buy Box de Amazon. Como tampoco contamos con los resultados de la investigación, partiremos de la hipótesis de que la conducta investigada se consiguiera probar, para valorar las implicaciones de la misma en el Derecho de la competencia.

Así, nuevamente podríamos estar ante un acto de abuso de la posición de dominio por parte de Amazon y, dado que la conducta en este caso también estaría dirigida y afectaría a los usuarios profesionales (así como a los consumidores), el mercado relevante sería el de la propia plataforma de Amazon (pues la conducta no afecta a la competencia de Amazon con otros MEC). Por ello, justificamos su posición de empresa en posición de dominio, remitiéndonos a lo que acabamos de explicar para el caso anterior.

Respecto a si puede considerarse esta práctica como un acto de abuso, decir que la auto-preferencia que haría la plataforma de sus propios productos por el único hecho de ser suyos no podría considerarse un acto de competencia ordinario.

Si bien la conducta no entraría en los supuestos objetivos del art. 102 TFUE, se correspondería con lo que habríamos visto en el art. 6 d) DMA, que establece la obligación de los gatekeepers de abstenerse de tratar más favorablemente en sus clasificaciones a sus propios productos o servicios en perjuicio de los de sus rivales.

Valorando los efectos en la competencia de este acto, podemos comprobar que no solo perjudicaría directamente a las empresas afiliadas, en la medida que las coloca en una situación de desventaja competitiva, sino que también perjudica a los consumidores, en la medida que les impide recibir su información de compra de acuerdo con parámetros objetivos. Realmente, desde mi punto de vista, no habría efectos pro-competitivos en esta práctica y se trataría de un caso similar al de Google Shopping, analizado en el **subepígrafe 4.2.2.**

El uso de algoritmos por este tipo de plataformas es beneficioso, pues permite mejorar sus servicios y ajustarlos mejor a las necesidades de los consumidores. Sin embargo, cuando el algoritmo se altera o no se aplica de la misma manera a las empresas que compiten en el mercado, perdería sus efectos positivos.

En el caso del Buy Box de Amazon sucedería algo similar a los resultados del buscador de Google, en la medida que su clasificación tiene el efecto de ser clave en las decisiones de consumo. Se favorecería con esta práctica que los usuarios finales fuesen “prisioneros” de los productos de Amazon, terminando un gran número de veces por decantarse por los mismos, pese a que hacerlo no fuera siempre la decisión más eficiente.

Me gustaría recalcar una diferencia, respecto del caso de Google Shopping estudiado, para tenerla en cuenta al valorar los efectos anticompetitivos de la práctica. Así, señalar que mientras que la conducta de Google priorizando el servicio de Google Shopping se beneficiaba de los efectos de red de conseguir más usuarios, no sucedería lo mismo en el caso del Buy Box de Amazon, pues de esta práctica no se derivarían efectos de red.

El beneficio que Amazon conseguiría solo sería, en principio, el propio de obtener un mayor número de ventas (lo que no quiere decir, en absoluto, que ese beneficio tenga por qué ser menos significativo).

Por todo lo anterior, podríamos concluir que esta conducta, si se consiguiera probar, podría suponer un acto de abuso de la posición dominante de Amazon frente a sus empresas afiliadas, contrario al art. 102 TFUE.

5. ANÁLISIS DE LA RESPUESTA NORMATIVA A LA EXISTENCIA DE BARRERAS DE ACCESO IMPUESTAS POR LOS GIGANTES DE INTERNET

5.1. Estudio de la normativa europea.

La imposición, en la línea que hemos estudiado, de barreras de acceso al mercado digital por parte de los Gigantes de Internet habría tenido una respuesta normativa por parte de la Unión Europea. Así, se habría iniciado una reforma legislativa en el marco europeo enfocada en los prestadores de servicios digitales, a través de dos instrumentos normativos que comentaremos a continuación: el Digital Services Act (DSA) y el Digital Markets Act (DMA).

5.1.1. *Digital Services Act*

El Digital Services Act es la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a un mercado único de servicios digitales, y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE¹⁰⁵.

Este instrumento normativo vendría a establecer, de forma bastante precisa, las responsabilidades a que habrían de hacer frente los prestadores de servicios intermediarios, especialmente las plataformas en línea.

El DSA toma como punto de referencia la Directiva sobre el comercio electrónico (transpuesta en España por la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico). Sin embargo, debido al rápido avance del mercado digital, se hace necesario una actualización de la misma, concretamente en lo que respecta a la responsabilidad y obligaciones de los prestadores de servicios intermediarios.

A continuación, comentaremos los aspectos más relevantes del Digital Services Act.

El propio artículo 1 señala que el objeto del DSA es establecer normas armonizadas en el ámbito de la prestación de servicios intermediarios. Asimismo, el art. 1 indica los aspectos a

¹⁰⁵ Unión Europea. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); en DOUE, L 178, a 17 de julio de 2000. Págs. 1-16.

los que el DSA da tratamiento normativo, como son la concreción de supuestos de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios (en adelante, PSI); la fijación de obligaciones de diligencia debida de los PSI; y las medidas de aplicación y ejecución del presente Reglamento. Centraremos nuestro comentario en los dos primeros aspectos.

Es necesario aclarar que el ámbito de aplicación del Reglamento se circunscribe a aquellos servicios de intermediación cuyos destinatarios tuvieran su establecimiento o residencia en la Unión Europea.

Sentado lo anterior, comenzaremos hablando sobre los supuestos de exención de responsabilidad de los PSI, recogidos en el Capítulo II.

En primer lugar, el art. 3 se refiere a la responsabilidad del servicio de la sociedad de información que consistiera en la transmisión de información proporcionada por los destinatarios del servicio, o bien, en facilitar el acceso a una red de comunicaciones. Para estos casos, se fijan unos requisitos que, de darse cumulativamente, eximirían de responsabilidad al PSI por la información transmitida.

Cuando se almacenase información de forma provisional y automática, con la única finalidad de hacer más eficaz un servicio de transmisión de información prestado (en el sentido del artículo anterior), si se cumplieran las condiciones estipuladas en el art. 4 DSA, el PSI no respondería de la información almacenada.

Asimismo, el art. 5 DSA se refiere a la exención de responsabilidad de los servicios consistentes en el almacenamiento de datos. Aún en este caso, cuando un PSI no tuviera conocimiento de una actividad ilícita o, en el momento que lo tuviera, actuase con rapidez para retirar los contenidos que fuesen ilícitos, estaría exento de responsabilidad.

Es importante destacar que los PSI solo podrán acogerse a las anteriores exenciones, en su caso, si hubiesen realizado algún tipo de actividad voluntaria encaminada a identificar y retirar contenidos ilícitos (art. 6 DSA). Sin embargo, el art. 7 DSA establece que no es una obligación de los PSI identificar y supervisar activamente los datos.

Así veríamos cómo, pese a no ser el control activo una obligación impuesta, este se trata de fomentar excluyendo de la posibilidad de acogerse a las anteriores exenciones, a aquellos PSI que no ejercieran “voluntariamente” dicha supervisión activa.

En relación con estos artículos, señalar que el DSA suprimiría los arts. 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE, introduciendo su contenido a través de los arts. 3, 4, 5 y 7 DSA.

Finalmente, señalar que los arts. 8 y 9 DSA vienen a establecer la necesaria cooperación de los PSI con las autoridades, cuando estos recibieran una orden de actuación o de entrega respecto de su información, siempre que las órdenes respetasen unos requisitos de contenido mínimo, que no entraremos a analizar.

A continuación estudiaremos el segundo bloque de aspectos objeto de tratamiento normativo en el Digital Services Act, como son las obligaciones de diligencia debidas, contenidas en el Capítulo III.

En primer lugar, referirnos a algunas disposiciones que serían de aplicación general a todos los PSI.

Así, se obliga a los PSI a establecer un punto de contacto único (art.10 DSA) con las autoridades de los Estados de la UE, con la Comisión y con la Junta Europea de Servicios Digitales, que se crearía por este Reglamento como grupo consultivo independiente (art. 47 DSA). También se requiere la designación de representantes legales de los PSI cuando estos no tuvieran establecimiento en ningún Estado miembro (art. 11 DSA).

Destacar que el art. 12 DSA impone la obligación a los PSI de informar, en sus términos y condiciones, acerca de aquellas restricciones que pudieran imponer sobre el uso de su servicio, en lo que respecta a la información facilitada por los destinatarios del mismo. Además, tales restricciones deberán ser aplicadas y ejecutadas de forma “*diligente, objetiva y proporcionada*”.

Por último, se trata de fomentar la transparencia informativa de los PSI estableciendo la obligación de que estos publiquen, al menos anualmente, informes claros, detallados y comprensibles que recojan las actividades de control de contenidos que hubieran realizado (art. 13 DSA). No obstante, a las pequeñas y medianas empresas (según el concepto de la Directiva 2000/31/CE) se les exime de cumplir con esta obligación.

Mencionar que se incluyen, en los arts. 14 y 15 DSA, unas disposiciones adicionales sobre la diligencia debida, que solo son de aplicación a los prestadores de servicios de almacenamiento de datos (entre los que se incluyen las plataformas en línea).

Principalmente, podemos destacar la obligación que tendría este tipo de PSI de facilitar mecanismos electrónicos que permitan a las personas físicas y jurídicas notificar la existencia, en el servicio, de información o contenido que estas personas consideren ilícito. Además, tales mecanismos habrán de ser accesibles y manejables, y permitir que los avisos sean “*suficientemente precisos y adecuadamente fundamentados*”. Para garantizar esto, se exige que los avisos contengan una serie de elementos, entre los que se incluye la explicación de por qué la persona aprecia la ilicitud de la información.

A continuación, procederemos a comentar las disposiciones de la Sección 3, que serían exclusivamente aplicables a las plataformas en línea.

En primer lugar, indicar que lo previsto en esta Sección no será de aplicación a las microempresas o pequeñas empresas.

Destacar que en el art. 17 DSA se prevé la existencia, en las plataformas en línea, de un mecanismo interno para tramitar las reclamaciones que los destinatarios de los servicios hagan respecto de las decisiones de las plataformas que sean consecuencia de la identificación de algún contenido ilícito, y que consistan en: la retirada de información o la inhabilitación del servicio; o en suspender o eliminar la prestación del servicio o la cuenta a los destinatarios.

Se exige que tales reclamaciones se puedan presentar de forma electrónica y gratuita, y en los seis meses posteriores a la toma de la decisión en cuestión.

También observamos que se trata de fomentar la resolución extrajudicial de litigios, a través del art. 18 DSA, que viene a permitir a los destinatarios de las decisiones del artículo anterior someter la resolución de las controversias a mecanismos extrajudiciales, siempre que el órgano ante el que se sometan esté certificado por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro al que pertenezca, cumpliéndose una serie de condiciones estipuladas, como garantizar su imparcialidad e independencia de las plataformas digitales.

Se habla también de la figura de los “alertadores fiables” en el art. 19 DSA, respecto de aquellas entidades que solicitasen ser consideradas como tal a condición de cumplir ciertos requisitos: tener conocimientos para detectar y comunicar información ilícita; representar intereses colectivos; y enviar avisos de forma “*oportuna, diligente y objetiva*”. Se prevé la obligación de las plataformas de tramitar y resolver, prioritariamente y sin dilación, sobre los avisos enviados por estos alertadores fiables.

En el art. 20 se prevén una serie de medidas a imponer como consecuencia de usos indebidos de la plataforma, que se concretan, bien en la publicación habitual de contenidos “manifiestamente ilícitos”, bien en el envío frecuente de reclamaciones “manifiestamente infundadas”. Estas medidas, fundamentalmente son la suspensión de la prestación del servicio, en el primer caso, y de la atención de las reclamaciones, en el segundo. En ambos casos la plataforma habría realizado una advertencia previa a los destinatarios.

Asimismo, se impone la obligación a las plataformas digitales de comunicar a las autoridades, inmediatamente, cualquier delito grave que suponga una amenaza para la vida o seguridad de las personas de que tenga conocimiento (art. 21 DSA). Esto sería una muestra más de la obligación de colaboración con las autoridades que se impone a los PSI.

También se incluye en el art. 22, una obligación dirigida a la protección de los consumidores, que consiste en que, cuando la plataforma permita a los consumidores formalizar contratos a distancia con comerciantes, esta deberá realizar, respecto de los usuarios de la Unión Europea, una serie de comprobaciones que aseguren la identidad, así como la fiabilidad, de dichos comerciantes.

Para concluir con el estudio de las disposiciones aplicables a las plataformas digitales, debemos hacer referencia a las previsiones de los arts. 23 y 24 DSA, que se orientan a lograr la transparencia, tanto de la propia plataforma, como de la publicidad que presenten sus servicios.

Para lograr la transparencia de la plataforma, se obliga a la misma a incluir información sobre distintos aspectos, de forma adicional, en los informes que debieran publicar en virtud del art. 13 DSA comentado.

A continuación, y para finalizar el comentario sobre el Digital Services Act, nos referiremos a lo previsto en la Sección 4 del Capítulo III, que serán disposiciones que solo serán de aplicación a las plataformas en línea de muy gran tamaño.

Ya el propio art. 25 delimita este concepto, señalando como “plataformas de muy gran tamaño” a aquellas que prestaran su servicio a más de 45 millones de usuarios activos al mes, calculado según lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Además, se requiere que el coordinador de servicios digitales compruebe cada seis meses el número medio mensual de usuarios activos de estas plataformas. Una lista actualizada de estas plataformas será publicada en el Boletín Oficial de la Unión Europea. Vemos cómo la figura del

coordinador de servicios digitales toma relevancia en el control de muchas de las obligaciones previstas en el DSA.

Es de destacar la obligación que tendrán estas muy grandes plataformas de evaluar (art. 26) y reducir (art. 27) riesgos sistémicos, que se deriven de sus servicios. Con riesgo sistémico, el DSA se refiere a la difusión de contenido ilícito; a la afeción a derechos fundamentales; y a la manipulación de sus servicios que tengan un efecto negativo en determinados ámbitos, como la salud pública o los menores.

Además, para reducir tales riesgos sistémicos, se aplicarán medidas “razonables, proporcionadas y efectivas”, que podrán consistir, entre otras, en la limitación de los anuncios publicitarios en sus servicios, o el refuerzo de procesos de supervisión interna. Asimismo, anualmente deberán presentar informes exhaustivos para detectar, evaluar, y reducir este tipo de riesgos.

También se exige a este tipo de plataformas muy grandes que se sometan bajo su propia costa, a informes anuales de auditoría que evalúen el cumplimiento de las obligaciones del Capítulo III del DSA que estamos analizando, así como de los compromisos que hubieran suscrito a través de códigos de conducta (art. 28 DSA).

El art. 29 DSA se refiere a aquellas plataformas digitales de muy gran tamaño que utilicen algún sistema de recomendación, estableciendo la obligación de que las mismas fijen en sus condiciones, de forma sencilla y accesible, los parámetros empleados, siendo exigencia que, al menos uno de ellos, no se base en la elaboración de perfiles de los destinatarios.

A continuación, veremos cómo se plasma en los siguientes artículos la obligación reforzada de transparencia que se impone a estas plataformas.

En primer lugar (art. 30 DSA) se les exige que, durante al menos un año desde la última publicación, almacenen ciertos datos sobre la publicidad que habrían incorporado en sus servicios (contenido, persona física o jurídica anunciante, alcance total, etc.), siempre cuidando la protección de los datos personales de los destinatarios.

También se prevé en virtud del art. 31 DSA la obligación de estas plataformas de facilitar la información necesaria al coordinador de servicios digitales o a la Comisión acceso a los datos que sean necesarios para velar por el adecuado cumplimiento de este Reglamento, y solo con esta finalidad.

Respecto de la obligación de transparencia informativa de estas plataformas muy grandes, el art. 33 DSA recoge en su número 1 la exigencia de que estas plataformas publiquen los informes del art. 13 DSA, en lugar de forma anual, cada seis meses.

Su número 2 viene a recoger los informes adicionales que serían requeridos a estas plataformas, ya mencionados en otros artículos, como sería el informe de auditoría del art. 28 DSA.

Para concluir el estudio de las previsiones aplicables a las plataformas digitales de muy gran tamaño, señalar que el art. 32 DSA prevé la designación por las plataformas de, al menos, un encargado de cumplimiento del Reglamento.

Vemos cómo se establece un abanico bastante amplio de obligaciones impuestos a los PSI, especialmente a las plataformas digitales de muy gran tamaño, lo cual sería una respuesta normativa al poder como gatekeepers que estas plataformas ostentarían, como habríamos venido justificando.

Aunque ya lo habríamos mencionado, es de destacar el papel que se da al coordinador de servicios digitales, que desempeñaría labores de supervisión, investigación y ejecución de las medidas que procediera imponer a los PSI. Así, destacar que se prevé la posibilidad de imponer multas de hasta el 6% de la renta o facturación anual del prestador de servicios intermediarios, aunque no entraremos en su estudio detallado.

Debido a la multitud de nuevas obligaciones que se querían imponer a los distintos PSI, consideramos especialmente ilustrativa la clasificación de las mismas adjuntada en el Anexo como **Gráfico IV**.

5.1.2. Digital Markets Act

Tras haber estudiado los aspectos fundamentales del Digital Services Act, procederemos a comentar lo relativo al Digital Markets Act, que es la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital.

Se trata de un instrumento normativo paralelo al DSA, que resultaría de especial interés a nuestro estudio, en la medida que responde a una necesidad que llevamos observando a lo largo de todo nuestro trabajo: la adaptación de las normas de competencia al ámbito digital.

Este instrumento normativo, como señala en su art. 1, trata de garantizar que los mercados digitales en la Unión Europea sean disputables y equitativos cuando intervengan guardianes de acceso.

Este Reglamento no se aplicaría a los Gigantes de Internet per se, pero sí a todos aquellos que prestasen servicios básicos de plataforma, que sería la inmensa mayoría, especialmente teniendo en cuenta la definición de “servicio básico de plataforma” propuesta por el art. 2 DMA. Este concepto englobaría los principales servicios del mercado digital: intermediación en línea, motores de búsqueda en línea, redes sociales, plataformas de intercambio de vídeos, sistemas de comunicación interpersonal independientes del número, sistemas operativos, computación en nube y publicidad.

Además, es necesario destacar que el propio DMA da una definición de “guardián de acceso” en su art. 3, así como unos parámetros para delimitar el concepto, que ya comentamos en el **subepígrafe 4.3.2**. En definitiva, estaríamos hablando aquellas empresas que actuasen como gatekeepers al prestar sus servicios básicos de plataforma.

Así, para poder hablar de “guardianes de acceso”, se requiere que las empresas tengan repercusión significativa en el mercado de la UE, que sirvan como “puerta de acceso” de los usuarios profesionales a los finales, y que tengan o se prevea que tendrán una posición afianzada y duradera en el mercado.

Estos requisitos cualitativos, que ya habíamos estudiado, se complementan con una serie de presunciones en base a factores cuantitativos.

De esta manera, se presume que una empresa tendrá repercusión significativa si su volumen de negocios anual en el EEE es de al menos 6.5000 millones de euros, o si la capitalización bursátil media de la empresa a que pertenece fue de 65.000 millones de euros o más en su último ejercicio, y siempre que actúe en al menos tres países de la UE.

Respecto del carácter de “puerta de acceso”, la presunción se establece en función del número de usuarios finales mensuales (45 millones) y profesionales anuales (10.000). Además, cuando este requisito se haya dado en los últimos tres ejercicios se presumirá también que se cumple la tercera condición.

Recalcar que estos requerimientos cuantitativos se fijan en orden a establecer una presunción de que concurren las características esenciales de los guardianes de acceso, pero

no son una exigencia a cumplir para ser considerado como tal, si se reúnen las características cualitativas de forma cumulativa (art. 3.6 DMA).

Ya debidamente delimitado el concepto de “guardián de acceso”, nos centraremos en analizar las principales obligaciones que este Reglamento establece, que estarán contenidas en el Capítulo III. Posteriormente señalaremos, a modo indicativo, alguna otra cuestión del DMA que sea de interés para nuestro estudio.

Así, comenzar mencionando el art. 5 DMA, que establece una lista de obligaciones que los guardianes de acceso deben cumplir. Esta enumeración tiene una gran relevancia para nuestro estudio, pero ya la habríamos analizado con gran detalle, en relación con el contenido de las condiciones generales de la contratación, en el **subepígrafe 4.3.2**, al que nos remitimos.

El citado art. 5 DMA, junto con el art. 6 DMA, establecerían las que llamamos “lista negra” y “lista gris” de prácticas con trascendencia en la competencia, por lo que su papel es central en el Digital Markets Act.

A continuación, procederemos a comentar las obligaciones establecidas en el art. 6 DMA, que, si bien deberían ser cumplidas por los guardianes de acceso, admitirían algún tipo de matización, o podrían ser *“especificadas con más detalle”*.

La letra a) del art. 6 DMA se refiere a la cuestión que ya estudiamos sobre la prohibición de estos guardianes de acceso de utilizar en competencia con los usuarios profesionales aquellos datos que no sean públicamente accesibles.

La letra b) exige que los guardianes de acceso permitan a los usuarios finales desinstalar todos aquellos programas que hubiesen sido pre-instalados en sus servicios de plataforma básicos, salvo que estos fueran imprescindibles para el correcto uso del sistema operativo o del dispositivo.

Esto haría referencia, por ejemplo, a todas aquellas aplicaciones que vienen instaladas en los teléfonos móviles cuando los compramos. Lo que se exige es que el usuario final pueda eliminar, con total libertad, todas aquellas que no fuesen necesarias.

Otra obligación impuesta a los guardianes de acceso en la letra c) es que han de permitir la instalación de programas o aplicaciones de terceros que sean compatibles con su sistema

operativo, así como el acceso de los usuarios a los mismos sin tener necesariamente que usar sus servicios básicos de plataforma.

La letra d) ya la comentamos con anterioridad, y se refiere a la prohibición de estas plataformas de la auto-preferencia de sus productos o servicios frente a los rivales.

La letra e) establece la prohibición de la restricción u obstaculización a los usuarios finales de cambiar de programas de aplicaciones y servicios, lo cual se conectaría con lo que habríamos visto en la letra c).

En relación también con lo anterior encontramos lo dispuesto en la letra f), que sería la otra cara de la misma moneda, pues sería una exigencia, esta vez respecto de los usuarios profesionales y proveedores de servicios complementarios, de permitir a los mismos utilizar, del mismo modo que el propio guardián de acceso, su sistema operativo, hardware o software. Señalar que incumplir esta obligación situaría a los usuarios profesionales y a los terceros proveedores, en una situación de inferioridad respecto del guardián de acceso que prestase esos mismos servicios.

En lo que respecta a la publicidad que permite el servicio básico de la plataforma, se obliga a la misma a aportar información a los anunciantes y editores que los permitiera hacer sus propias valoraciones y verificaciones (letra g).

La letra h) recoge como obligación posibilitar la portabilidad de los datos generados por los usuarios, en conexión con lo previsto en el Reglamento 2016/679.

La previsión de la letra i) establece, fundamentalmente, la obligación de permitir a los usuarios profesionales (o terceros autorizados), el acceso y uso de aquellos datos, tanto agregados, como no agregados, que se generen por los usuarios finales en conexión con los productos o servicios ofrecidos por dichos usuarios profesionales, al utilizar la plataforma.

También se recoge la obligación, en la letra j), de que el guardián de acceso con motores de búsqueda en línea facilite información a otros motores de búsqueda online respecto de las consultas, clics, actividad, etc. de sus usuarios finales, anonimizando los datos personales.

Finalmente, aludir a la obligación de la letra k), que exige a las plataformas aplicar condiciones generales de acceso a sus usuarios profesionales que sean “*justas y no discriminatorias*”. Señalar que esto tendría conexión con lo comentado anteriormente respecto de las condiciones generales que imponen estos *gatekeepers* a los usuarios

profesionales que tratan de acceder a sus servicios. Desde mi punto de vista, al estar esta obligación enunciada de forma tan genérica, podría servir como cajón de sastre que aglutinara condiciones de muy diversa índole, lo cual podría ser de gran utilidad en la práctica, siempre que se respeten las exigencias de seguridad jurídica pertinentes.

A continuación, indicar que el art. 7 DMA exige a los guardianes de acceso tomar las medidas que consideren adecuadas para cumplir con las obligaciones de los arts. 5 y 6 DMA, de conformidad también con el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE.

En lo que respecta al art. 8 DMA, destacar que establece la posibilidad de que la Comisión suspenda la aplicación de alguna de las medidas de los arts. 5 y 6 DMA, cuando el guardián de acceso haya justificado previamente que su cumplimiento pondría en peligro la viabilidad económica de sus actividades en la Unión. De adoptarse la suspensión, la misma sería revisada anualmente.

A este respecto me gustaría hacer una apreciación, pues considero que el art. 8 DMA se debería, en su caso, aplicar con especial cautela. Si bien es cierto que este precepto estaría orientado a aportar una mayor flexibilidad a la regulación, también lo es que una aplicación extensiva del mismo podría llegar a desvirtuar el propio Reglamento. Por ello, desde mi punto de vista, la línea que se siga en la práctica, al aplicar este precepto, será clave para determinar la efectividad que tenga el Digital Markets Act.

El art. 9 DMA recoge nuevamente, supuestos en que la Comisión podría eximir a un guardián de acceso de alguna de las obligaciones de los arts. 5 y 6 DMA, por motivos de moral, salud o seguridad pública. En este caso, considero que la aplicación de exenciones que se basasen en alguno de estos motivos no entrañaría tanto riesgo como la del artículo anterior, por el hecho de tratarse de causas tasadas y referidas a conceptos cuya interpretación sería bastante homogénea en el Derecho internacional (al menos en el ámbito de la Unión). No obstante, aún así podrían darse supuestos conflictivos, especialmente en lo que respecta al concepto de “moral pública”.

Continuando con el art. 10 DMA, decir que el mismo prevé la posibilidad de que la Comisión actualice las obligaciones de los arts. 5 y 6 cuando sea necesario para hacer frente a prácticas anticompetitivas o desleales. Desde mi punto de vista, este artículo sería especialmente interesante en el contexto de los mercados digitales, pues permitiría adaptar la regulación a la constantemente cambiante realidad tecnológica.

Destacar también lo previsto en el art. 12 DMA, que se refiere a las concentraciones de empresas y exige a los guardianes de acceso informar a la Comisión de todas las concentraciones que se produjeran según el art. 3 Reglamento 139/2004, el cual habríamos analizado ya en el **subepígrafe 4.1.3**, siempre que las mismas se dieran respecto de otros proveedores de servicios digitales (no solo de servicios de plataforma). Esta comunicación se realizaría sin perjuicio de la aplicación ordinaria del citado Reglamento, lo que vendría a reforzar el control de las concentraciones en que estuvieran implicados estos guardianes de acceso. Esta desconfianza no sería infundada, sino que respondería a las prácticas que, como hemos comentado con anterioridad, se vendrían produciendo por estos Gigantes.

Finalmente, cerrar el estudio de este Capítulo III aludiendo a la obligación anual de estos guardianes de acceso de realizar una auditoría, en virtud del art. 13 DMA.

Referirnos, para concluir, a las multas que se podrían imponer a los guardianes de acceso que incumplieran las obligaciones previstas en este Reglamento, que podrían alcanzar el 10% de su volumen de negocios del ejercicio financiero anterior (art. 26 DMA).

Concluir diciendo que el Digital Markets Act no obsta para la aplicación del TFUE, y, por lo tanto, de las normas de Derecho de la competencia de sus arts. 101 y 102. Sin embargo, el Reglamento vendría a completar la regulación existente en la materia, para los supuestos que, con tantas especialidades, se plantean en el contexto de los mercados digitales.

Tras el estudio del Digital Markets Act, en conexión con el Digital Services Act, entendemos mejor la que parece que será la línea a seguir por el Derecho de la competencia respecto de las actuaciones de los Gigantes de Internet. Entre estas actuaciones, como ya habríamos visto, ocuparía un papel preponderante la creación de barreras de acceso estratégicas, y en esto se concretaría la importancia de estos instrumentos normativos para nuestro análisis.

5.2. Estudio de la normativa norteamericana. “*Competition and Anti-trust Law Enforcement Reform Act of 2021*”

Las prácticas de los Gigantes de Internet que habríamos venido estudiando no solo habrían provocado una respuesta normativa por parte de la Unión Europea, sino también por EEUU. Nos estaríamos refiriendo al llamado “*Competition and Anti-trust Law Enforcement Reform Act of 2021*” (en adelante, Proyecto de Reforma), que sería un proyecto de ley que

vendría a reforzar la protección que ofrecerían las leyes antitrust de EEUU, a la vez que modificaba lo previsto en el Clayton Act.

Solo a modo indicativo, señalar que el Derecho de la competencia en EEUU se asentaría sobre la base del Sherman Antitrust Act de 1890, que venía a limitar los monopolios, y que fue modificado en 1914 por el Clayton Act, que prohibía, de forma general, tanto la fijación de precios, como las fusiones y adquisiciones limitativas de la competencia.

Partiendo de lo anterior, mencionaremos los aspectos más relevantes del citado Proyecto de Reforma de 2021, indicando los paralelismos que observemos respecto de las disposiciones del DSA y del DMA antes analizadas.

Así, por una parte, podemos destacar las reformas introducidas en materia de concentraciones empresariales.

Por una parte, se proporciona una definición bastante completa de “poder de mercado”, modificándose la sección 7 del Clayton Act. Así, con este concepto nos referiríamos a la *“aptitud de una persona o de un grupo de personas de imponer términos y condiciones a las contrapartes, incluyendo los relativos al precio, calidad de productos o servicios y otros que afecten el valor intercambiado en la transacción, que sean más favorables para la persona o grupo de personas que los imponen que los que habrían podido obtener en un mercado competitivo”*.

Podemos observar que esta definición, cuando se refiera a casos en que el poder de mercado sea significativo, estaría en consonancia con lo que habríamos comentado sobre el concepto de “posición dominante”, que en definitiva permitía a los operadores económicos actuar desde una cierta posición de independencia.

Asimismo, la sección 7 también se modifica en la medida que se amplía la prohibición de las fusiones de empresas que “dañasen sustancialmente la competencia” a aquellas que “creasen un riesgo apreciable de dañarla”. De esta manera, vemos que se flexibilizaría la definición, dejando cabida a aquellas concentraciones empresariales que fuesen potencialmente lesivas para la competencia. Esto tendría especial importancia en el ámbito digital, por las características tan especiales que se dan en el mismo, como ya vimos.

En el mismo sentido, se crea una presunción iuris tantum de que una fusión o adquisición empresarial es susceptible de dañar la competencia cuando se dan algunas circunstancias determinadas que mencionaremos a continuación. En estos casos, serían las empresas las

que tendrían la carga de probar que la concentración no afectaría a la competencia. Las circunstancias en cuestión a que nos referimos son las siguientes:

- Que la adquisición conduzca a un aumento significativo de la concentración en un mercado relevante.
- Que el adquirente tenga una cuota de mercado de al menos el 50%, o poder de mercado significativo en un mercado relevante en que competiría con la empresa adquirida. También cuando alguna de estas circunstancias se den respecto de la empresa adquirida.
- Que la adquisición lleve a la combinación de empresas que compitan o sea probable que compitan en un mercado relevante, cuando, además, el adquirente o las empresas adquiridas obstaculicen la interacción coordinada entre los competidores de un mercado relevante.
- Cuando la adquisición permita el ejercicio de poder de mercado o aumente las probabilidades de que esto se produzca o de que se dé una interacción coordinada entre los competidores de un mercado relevante.
- Finalmente, se incluye un criterio numérico, estableciendo una serie de umbrales en función de distintos aspectos, como el valor de la operación o de las ventas anuales.

Como podemos comprobar, el Proyecto de Reforma que estamos comentando vendría a reforzar el control de las concentraciones en EEUU.

La otra gran novedad que introduciría el Proyecto que estamos estudiando sería la creación de la sección 26A en el Clayton Act, que estaría dedicada a las llamadas “conductas excluyentes”. Bajo este término lo que se recoge sería una noción similar al “abuso de la posición dominante” de la Unión Europea.

Serían conductas excluyentes aquellas que materialmente sitúen en desventaja a algún competidor actual o potencial, así como aquellas que tiendan a limitar o reducir la habilidad o incentivo de las empresas de competir. Estarán prohibidas estas conductas cuando supongan un “*riesgo apreciable de dañar la competencia*”.

Asimismo, se recoge una presunción de que dicho riesgo existe cuando quien realice la conducta tenga al menos un 50% de la cuota del mercado relevante, o cuando de otra forma tenga poder de mercado significativo en dicho mercado relevante.

Señalar que la definición de “poder de mercado” que habríamos comentado anteriormente se recogería en esta Sección 26A, aunque por su interés fue preciso estudiarla desde un primer momento.

Como consecuencia de las vulneraciones de la prohibición de las conductas excluyentes, se imponen multas de hasta el 15% de los ingresos del año anterior, o de hasta el 30% de los ingresos de la línea de negocio afectada por la conducta durante el tiempo que la misma durase.

Finalizar señalando que existen otras propuestas interesantes, como el aumento de la protección de los denunciantes en el ámbito civil, así como la creación de un sistema de recompensas a los denunciantes del ámbito penal¹⁰⁶.

Si bien no es objeto de nuestro estudio la legislación de EEUU, las notas que habríamos apuntado sobre el *Competition and Anti-trust Law Enforcement Reform Act of 2021* nos servirían para observar cómo también en EEUU habría surgido la necesidad de actualizar las normas del Derecho de la competencia. En consonancia con la línea seguida por la Unión Europea, se estaría pensando en flexibilizar las disposiciones normativas para que un mayor número de conductas tengan cabida.

Personalmente, considero que las actuaciones de los Gigantes de Internet que se habrían venido produciendo habrían supuesto una importante fuente de motivación de este Proyecto, como habría sucedido en la Unión Europea respecto del DSA y del DMA. Sin embargo, también veo preciso señalar la diferente forma en que se habrían enfocado las propuestas normativas de la Unión y de EEUU.

Mientras que el DSA y el DMA serían dos propuestas normativas que abordarían directamente los problemas jurídicos que plantea el mercado digital, el Proyecto de Reforma de EEUU vendría a actualizar y flexibilizar las normas sobre Derecho de competencia, aunque con escasa alusión a las plataformas digitales.

¹⁰⁶ TAPIA, J., “*El proyecto de ley del Partido Demócrata que pretende reformar el derecho antimonopolios*”, en Centro Competencia, 10-02-2021.

Disponible en: <https://centrocompetencia.com/ee-uu-el-proyecto-de-ley-del-partido-democrata-que-pretende-reformar-el-derecho-antimonopolios/>

6. CONCLUSIONES

Tras haber estudiado en profundidad lo relativo a las barreras de acceso al mercado digital, podemos extraer una serie de conclusiones:

1. La existencia de barreras de acceso es consustancial al mercado, siendo uno de los obstáculos más importantes a los que tienen que hacer frente las empresas que quieran entrar a competir en el mismo. De entre todos los tipos de barreras existentes, las estratégicas, son las impuestas por las empresas que actúan en ese mercado a sus potenciales competidores. De esta manera, la imposición de barreras estratégicas se conformaría como un mecanismo al servicio de las empresas que tengan presencia en un mercado, con implicaciones innegables en el Derecho de la competencia.
2. La actuación en el mercado digital está enormemente condicionada por los Gigantes de Internet, que actuarían como *gatekeepers*, comportándose como un cuello de botella que limitaría la entrada al mercado de nuevos competidores. Esta conclusión la debemos poner en relación con la anterior, pues serán especialmente estos Gigantes los que, por tener un poder de mercado significativo, podrán realizar actuaciones estratégicas que resulten en la imposición de barreras de acceso al mercado digital.

El hecho de que los mercados digitales tiendan a ser del tipo *winner-takes-all* hace que sea normal la aparición de grandes empresas que aglutinen el poder de mercado. De ello podemos inferir que cualquier conducta de los Gigantes de Internet tendrá trascendencia en la práctica. Lo cierto es que esto también sucede con otras grandes empresas ajenas al sector digital, en la medida en que hay multitud de trabajadores, proveedores, clientes, etc. que se ven afectados por las actuaciones de la compañía.

Sin embargo, las particularidades del mercado digital hacen que muchos de los modelos de negocio de estas compañías se hagan depender y giren en torno al número de usuarios. Esto lleva en muchas ocasiones a que las cifras de clientes sean estratosféricas, en comparación con las de otras grandes empresas de base más tradicional. Si bien esto no tiene por qué traducirse necesariamente en unos mayores beneficios, sí significa que un mayor número de consumidores se verá afectado por las actuaciones de estos Gigantes.

Así, podemos concluir que, si bien las especialidades del mercado digital harán que sea normal la aparición de Gigantes de Internet, con la consiguiente trascendencia de sus actuaciones, no por ello podrá justificarse así cualquiera de sus prácticas. Será necesario

controlar el impacto de las mismas en la competencia, especialmente si constituyeran barreras de acceso al mercado, y hacerlo de una manera reforzada, habida cuenta de su acrecentada repercusión.

3. El control del impacto en la competencia de las adquisiciones de startups por los Gigantes de Internet vendría de la mano del Reglamento 139/2004, por tratarse de supuestos de concentración empresarial.

Tras haber realizado la valoración pertinente, podemos concluir que este instrumento normativo sí sería suficiente para realizar un control efectivo de las adquisiciones de startups que realizaran estos Gigantes. Aunque el mercado digital tiene especialidades que es necesario considerar a la hora de valorar las concentraciones de las empresas, lo cierto es que el modo en que el Reglamento está enunciado es bastante flexible y permite emplear criterios y tomar en consideración aspectos propios del ámbito digital.

Desde mi punto de vista, pese a que la regulación sería, en principio, apropiada, también es cierto que, debido a los umbrales de volumen de negocio que el Reglamento exige para su aplicación, podrían darse supuestos de adquisiciones realizadas por estos Gigantes que, sin embargo, no tuvieran cabida en el Reglamento.

De forma general, considero adecuado establecer unos mínimos por debajo de los cuales pudiera presumirse que las concentraciones no serían problemáticas para la competencia de la Unión Europea.

Sin embargo, debemos llamar la atención sobre lo siguiente: en el mercado digital se hacen especialmente importantes aspectos como el índice de crecimiento de las empresas, su número de usuarios o la cantidad de información a que tienen acceso en sus bases de datos. Es por ello que en muchas ocasiones, podrían quedarse fuera del control adquisiciones de startups que, pese a no superar los mínimos en volumen de negocio, tuvieran trascendencia para la competencia por alguno de estos motivos.

De hecho, parece que esta cuestión también habría sido apreciada en el ámbito de la Unión Europea, en la medida que la DMA propone controlar todas aquellas concentraciones empresariales en que participe un guardián de acceso de una plataforma digital y cualquier otro prestador de servicios digitales. De esta manera, se extenderían las medidas de control previstas en el Reglamento 139/2004 a estos supuestos, con independencia del volumen de negocio de las compañías, lo cual considero que sería acertado.

4. En el mercado digital será frecuente que se produzcan efectos de red de forma natural y que, de la misma manera, los consumidores y usuarios sufran costes de cambio. Sin embargo, consideramos que, cuando la producción de costes de cambio obedezca a decisiones estratégicas de empresas en posición de dominio en el mercado, se daría una situación de abuso de posición dominante dirigida a mantener la cuota de mercado que la empresa ya tuviera.

Los efectos de esta práctica no solo supondrían una barrera de acceso al mercado digital, sino que también se verían incrementados si la empresa en cuestión que impusiera a sus clientes costes de cambio se beneficiase, además, de efectos de red directos o indirectos. En este caso, apreciamos que de la conservación de los clientes se derivaría un efecto multiplicador del valor que tendría cada uno de esos clientes. Este sería el motivo por el que sostenemos que las consecuencias de imponer costes de cambio suelen ser mucho más gravosas para la competencia cuando se dan en el ámbito digital.

5. Los *e-marketplaces* o MEC tienen un papel preponderante en los mercados digitales, y en ellos se da una situación de dependencia de las empresas afiliadas respecto de la plataforma de *e-marketplace* en que estas actúan. Esto representa una relación contractual desigual en que la plataforma impone una serie de condiciones generales de acceso a la misma, que las empresas que quieran entrar a competir en el MEC deberán aceptar.

Creemos que la peculiaridad de estas relaciones radicaría en que podemos considerar tales plataformas como un mercado relevante en sí mismo, de modo que la empresa del *e-marketplace* siempre ostentará una posición de dominio y por ello, desde nuestro punto de vista, solo será preciso en estos casos probar que una conducta concreta habría sido abusiva para apreciar la vulneración del art. 102 TFUE.

En este sentido, al centrarnos en las condiciones generales de adhesión a estas plataformas, podemos concluir que tales cláusulas podrían tener la consideración de abusivas, lo que en principio habría que valorar caso por caso. No obstante, para ello nos serviremos del DMA, que contendría una serie de obligaciones a imponer a los MEC.

De esta manera, mantenemos que las previsiones normativas del DMA a este respecto se constituirían como un listado de condiciones generales susceptibles de limitar la competencia en el mercado y consideramos que, pese a tratarse de una Propuesta de Reglamento, tales obligaciones deberían tenerse en cuenta, al menos por el momento,

como parámetro interpretativo de la posible abusividad de las condiciones de adhesión a los *e-marketplaces*.

6. En relación con la anterior conclusión, haremos una consideración respecto de Amazon, que sería un importante *e-marketplace*.

Tras valorar las conductas de Amazon denunciadas por la Comisión en 2020 podemos concluir diciendo que si se probasen, tanto el uso de datos que no fueran accesibles para sus empresas afiliadas para competir con ellas, como la auto-preferencia de sus productos a través de la Buy Box, creemos que estos constituirían actos de abuso de la posición de dominio de Amazon, habida cuenta de la consideración que haríamos de esta plataforma como mercado relevante en sí mismo.

7. Finalmente, comentaremos las conclusiones que extraemos de la respuesta normativa que se habría dado a, entre otros aspectos del mercado digital, la existencia de barreras de acceso que obedecen a causas estratégicas.

En el marco de la Unión Europea, la respuesta habría venido de la mano de la Digital Services Act y la Digital Markets Act, y en EEUU, del *Competition and Anti-trust Law Enforcement Reform Act of 2021*.

Podemos afirmar que la línea seguida en la Unión Europea tendría más en cuenta las especialidades del mercado digital en su reforma, pues haría referencia expresa y constante a las cuestiones derivadas del ámbito digital, mientras que el Proyecto de Reforma de EEUU debería ser considerado más bien como una actualización del Derecho de la competencia enunciada en términos más genéricos y solo con alguna alusión a aspectos concretos del mercado digital.

En cualquier caso, creemos que tanto en la Unión Europea como en EEUU la tendencia de la regulación habría tenido un enfoque expansivo, actualizando y reforzando las normas de la competencia existentes para adaptarlas a los retos que se plantean en la actualidad, especialmente en el mercado digital. Por ello observamos que la línea seguida en ambos casos habría sido tendente a fortalecer la protección de la competencia.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN AGUILERA, N., “*Bruselas acusa a Amazon de haber "abusado" usando datos de los rivales*”, en *El Confidencial*, 10-11-2020.

Disponible en: https://www.elconfidencial.com/economia/2020-11-10/bruselas-acusa-a-amazon-de-haber_2826028/

- ARROYO BARRIGÜETE J. L.: “*Externalidades de red e la economía digital. Introducción a la modelización de mercados de redes mediante la teoría de sistemas dinámicos*”, en Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007. ISBN: 978-84-9768-380-7.

Disponible en:

[https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2020/02/EC013-00_Externalidades de red en la economía digital-Jose Luis Arroyo Barriguete-COMPLETO.pdf](https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2020/02/EC013-00_Externalidades_de_red_en_la_economia_digital-Jose_Luis_Arroyo_Barriguete-COMPLETO.pdf)

- ARZA, J.: “*¿Qué hace falta para poner en marcha una ‘startup’?*”, en *Revista Escritura Pública*, núm. septiembre-octubre de 2017. Págs. 48-51.

Disponible en:

http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-262051.pdf

- BAGLEY, A. W., y BROWN, J. S.: “*Consumer legal protections under the layers of big data*”, 2014.

Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2418805>

- BARROSO CASTRO, C. y PICÓN BERYOJO, A.: “*La importancia de los costes de cambio en el comportamiento del cliente*”, en Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa Vol. 10, N° 3, 2004. ISSN: 1135-2523. Págs. 209-232.

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1096706.pdf>

- BERNÉ, C., MÚGICA, I.M. y YAGÜE, M.J. “*La gestión estratégica y los conceptos de calidad percibida, satisfacción del cliente y lealtad*”, en Economía Industrial, No. 307, 1996. Págs. 63-74.

- CHURCH, J., GANDAL, N., y KRAUSE, D. P.: “*Indirect Network Effects and Adoption Externalities*”, en Foerder Institute for Economic Research Working Paper No. 02-30. 19-12-2002.

Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=369120>

- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: “*Bloqueo geográfico: liberar el comercio electrónico en la UE*”, a 21-09-2020.

Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/geo-blocking/>

- CREUS CARRERAS, A.: “*Código de Derecho de la Competencia*”, Wolters Kluwer España, Madrid, 2006.

- DEMSETZ, H., “*Barriers to Entry*” en The American Economic Review, vol. 72, n°1, 1982.

Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/4900738_Barriers_To_Entry

- DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL OF UK: “*Unlocking digital competition*”, marzo de 2019.

Disponible en:

<https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>

- ECHEBARRÍA SÁENZ, M., apuntes de clase del curso 2019-2020.

- EDLIN, A. S. y HARRIS, R. G., “*The role of switching costs in antitrust analysis: a comparison of Microsoft and Google*”, en Yale J.L. & Tech, 2013.

Disponible en:

<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1087&context=yjolt>

- EDÚ MBANG, E. O. y HERRERO SUÁREZ, C., “*El control de concentraciones de empresas en Europa: noción de concentración*”, Trabajo Fin de Grado, 2014.

Disponible en:

<http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/8008/TFG-N.169.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- ESCAMILLA, G.: “*Fidelización del cliente: concepto, importancia, consejos y métricas*”, en Blog de Marketing Digital de Resultados, 2020.

Disponible en:

<https://www.rdstation.com/es/blog/fidelizacion-del-cliente/#:~:text=Qu%C3%A9%20es%20la%20fidelizaci%C3%B3n%20de,interacciones%20satisfactorias%20con%20tu%20negocio>

- FUENTELESAZ, L., MAICAS, J. P., POLO, Y: “La generación de valor en la economía digital”, en Revista de Economía Aplicada. V Encuentro de Economía Aplicada, 2002.

Disponible en: <https://archivo.alde.es/encuentros.alde.es/anteriores/veea/trabajos1.html>

- GUTIÉRREZ, I., y PADILLA, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en Seminario de la Fundación Rafael del Pino: *El abuso de la posición de dominio*.

Disponible en: <https://frdelpino.es/investigacion/el-abuso-de-posicion-de-dominio/>

- HAGIU, A. y WRIGHT, J.: “*Multi-sided platforms*”, en International Journal of Industrial Organization, Vol. 43, 2015.

Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2794582

- HIDALGO, M. A.: “*Los gigantes de internet*”, en Revista Letras Libres, 2018.

Disponible en: <https://www.letraslibres.com/mexico/revista/los-gigantes-internet>

- JOINT RESEARCH CENTRE OF THE EUROPEAN COMMISSION: “*The EU Digital Markets Act, a Report from a Panel of Economic Experts*”, en Publications Office of the European Union, Luxemburg, 2021.

Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3783436

- LÓPEZ-SÁNCHEZ, J. y ARROYO-BARRIGÜETE, J.: “*Externalidades de red en la economía digital: una revisión teórica*”, en Economía Industrial, nº 361, 2006. ISSN 0422-2784. Págs. 21-32.

Disponible en:

<https://www.researchgate.net/publication/28256078> Externalidades de red en la economía digital una revisión teórica

- MARKET STRUCTURE AND ANTITRUST SUBCOMMITTEE OF THE COMMITTEE FOR THE STUDY OF DIGITAL PLATFORMS: “*Report about the economy and market structure*”, en 2019 Antitrust and Competition Conference, organizada por George J. Stigler Center for the Economy and the State y The University of Chicago Booth School of Business.

Disponible en: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf>

- MATTIOLI D., “*Amazon Scooped Up Data From Its Own Sellers to Launch Competing Products*”, en *The Wall Street Journal*, 23-04-2020.

Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/amazon-scooped-up-data-from-its-own-sellers-to-launch-competing-products-11587650015>

- NEBRED A DE LA PIEDAD, C., “*La fórmula mágica del éxito de Amazon*”, en Blog de Comercio Electrónico B2C, del Instituto de Comercio Electrónico y Marketing Directo.

Disponible en: <http://blogs.icemd.com/blog-comercio-electronico-b2c/la-formula-magica-del-exito-de-amazon/>

- OECD: “*Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*”, 2017.

Disponible en: www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm

- OECD: “*Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*”, junio 2020.

Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/en/pdf)

- PINA SÁNCHEZ, C. y MESA SÁNCHEZ, C.: *“Digital Services Act: La Comisión Europea propone un nuevo marco normativo para Internet”*, en Garrigues Digital, a 16-12-2020.

Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/digital-services-act-comision-europea-propone-nuevo-marco-normativo-internet

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea].

Disponible en: <https://dle.rae.es/algorithm?m=form>

- RAHMAN, K.S., *“Regulating Informational Infrastructure: Internet Platforms as the New Public Utilities”*, en Georgetown Law Technology Review, 2018.

Disponible en: [GLTR 2.2 MASTER PDF.PDF \(georgetownlawtechreview.org\)](#)

- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. *“El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-marketplaces)”*, Marcial Pons, Madrid, 2006. ISBN: 84-9768-304-8.

- RODRÍGUEZ SUANCES, P., *“La Comisión Europea investiga a Amazon por prácticas contra la competencia”*, en *El Mundo*, 17-07-2019.

Disponible en:

<https://www.elmundo.es/economia/2019/07/17/5d2ef3cd21efa0d40a8b4586.html>

- STIGLER, G.J.: *“The Organization of Industry”*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1983. Págs. 67-70.

- SUBCOMMITTEE ON ANTTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY: “*Investigation of competition in digital markets: majority staff report and recommendations*”, 2020.

- TAPIA, J., “*El proyecto de ley del Partido Demócrata que pretende reformar el derecho antimonopolios*”, en Centro Competencia, 10-02-2021.

Disponible en: <https://centrocompetencia.com/ee-uu-el-proyecto-de-ley-del-partido-democrata-que-pretende-reformar-el-derecho-antimonopolios/>

- TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: “*Procedimientos aplicados por la Comisión para el control de las concentraciones y la defensa de la competencia en la UE: es necesario mejorar la supervisión del mercado*”, en Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Informe Especial 24/2020.

Disponible en: <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/eu-competition-24-2020/es/>

- URÍA MENÉNDEZ: “*El nuevo Reglamento (UE) 2018/302 sobre “bloqueo geográfico”*”. Diciembre de 2018.

Disponible en:

https://www.uria.com/documentos/circulares/1028/documento/8324/nota_bloqueo_geolocalizacion.pdf

- VEGA VEGA J. A.: “*Mercado digital único y consumidores*”, en Revista de Estudios Económicos y Empresariales, Núm. 27, 2015. ISSN: 0212-7237. Págs. 87-116.

Disponible en:

http://dehesa.unex.es/flexpaper/template.html?path=/bitstream/10662/4149/1/0212-7237_27_87.pdf#page=2

- VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “*Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia*”, en Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, nº6, 2010.
- WOLTERS KLUWER: “*Barreras de entrada*”.

Disponible en:

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AAEAMtMSbF1jTAAASMjYxNDtbLUouLM_DxbIwMDS0NDA1OQQGZapUt-
ckhlQaptWmjOcSoAtXAfFDUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA
AAEAMtMSbF1jTAAASMjYxNDtbLUouLM_DxbIwMDS0NDA1OQQGZapUt-
ckhlQaptWmjOcSoAtXAfFDUAAAA=WKE)

8. LEGISLACIÓN

Nacional:

- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; en BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007. Págs. 28848-28872.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; en BOE núm. 287, a 30 de noviembre de 2007. Págs. 49181-49215.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; en BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998. Págs. 12304-12314.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; en BOE núm. 166, a 12 de julio de 2002. Págs. 25388-25403.

De la Unión Europea:

- Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; en DOUE, C 326, a 26 de octubre de 2012. Págs. 47-390.
- Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE; en Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), L 60 I/1, a 2 de marzo de 2018. Págs. 1-15.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; en Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) núm. 95, a 21 de abril de 1993. Págs. 29-34.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); en DOCE, L 178, de 17 de julio de 2000. Págs. 1-16.
- Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; en DOCE, L 24, de 30 de enero de 1998. Págs. 1-8.

- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas); en DOCE, L 201, de 31 de julio de 2002. Págs. 37-47.
- Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE; en DOUE, L 105, a 13 de abril de 2006. Págs. 54–63.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos); en DOUE, L 119, de 4 de mayo de 2016. Págs. 1-88.
- Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas; en DOCE, L 395 de 30 de diciembre de 1989. Págs. 1-12.
- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957.
- Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997 por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas; en DOCE, L 180, a 9 de julio de 1997. Págs. 1-6.
- Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones"); en DOUE, L 24, a 29 de enero de 2004. Págs. 1-22.
- Decisión del Consejo y de la Comisión, de 13 de diciembre de 1993, relativa a la celebración del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte; en DOCE núm. 1, de 3 de enero de 1994. Págs. 1-570.

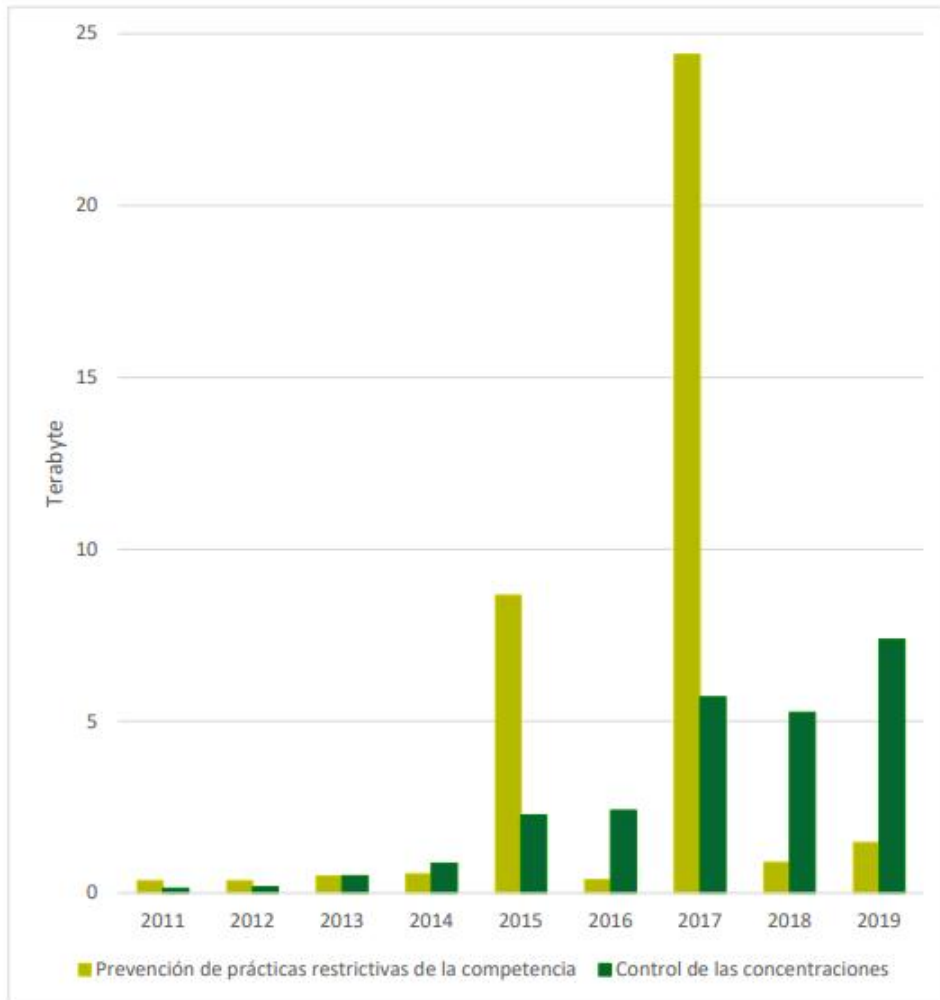
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), de 15 de diciembre de 2020.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, de 15 de diciembre de 2020.

De EEUU:

- Propuesta de *Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021*.
- Ley Sherman Antitrust, de 1890.
- Ley Clayton Antitrust, de 1914.

ANEXO

Gráfico I



107

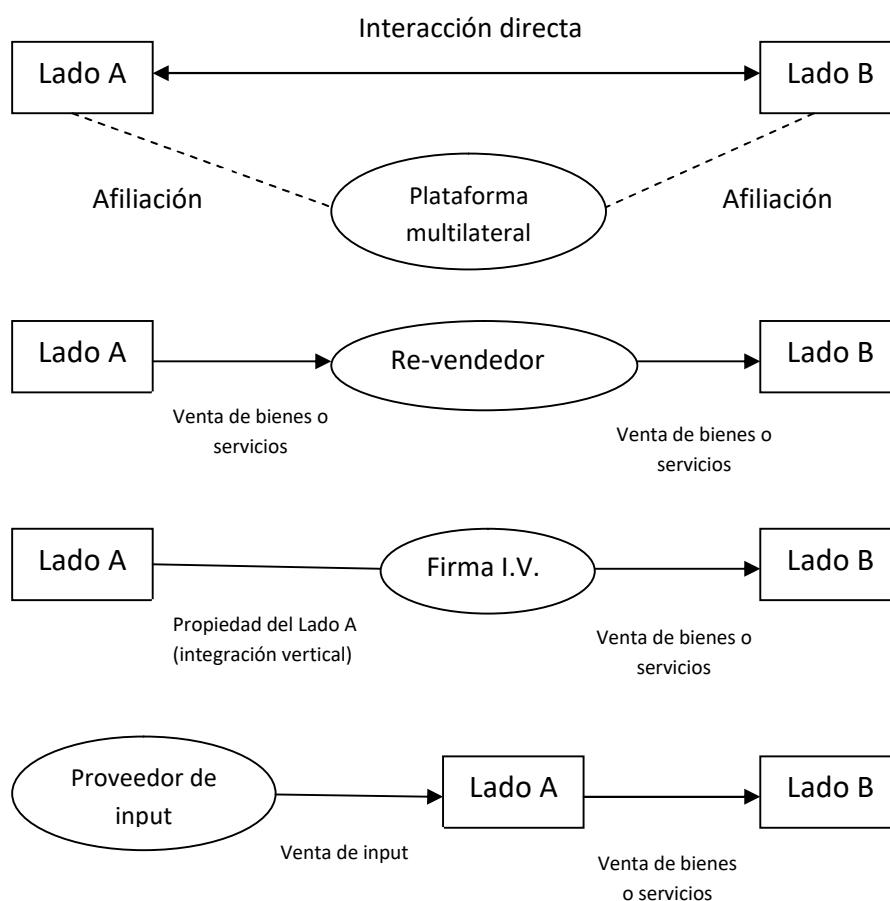
¹⁰⁷ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: “*Procedimientos aplicados...*”, cit., pág. 25.

Gráfico II. Tabla clasificatoria de los costes de cambio.

COSTES DE LIBERACIÓN	TANGIBLES	Inversiones específicas
		Costes contractuales o de disolución
	INTANGIBLES	Pérdida de ventajas de la fidelidad.
		Posibilidad de represalias.
COSTES DE REEMPLAZO	TANGIBLES	Coste afectivo
		Hábitos del cliente.
		Nuevas inversiones necesarias al iniciar la relación.
	INTANGIBLES	Inversiones en adaptación.
		Costes de desplazamiento.
		Costes psicológicos de búsqueda y evaluación de alternativas.
		Costes de aprendizaje.
		Riesgo percibido
		Molestias en tiempo y esfuerzo

108

Gráfico III. Modelo de plataformas multilaterales vs. otras alternativas.¹⁰⁹



¹⁰⁸ CASTRO, C. y PICÓN BERYOJO, A.: “La importancia...” cit., pág. 217.

¹⁰⁹ Traducción realizada por mí, del gráfico de HAGIU, A. y WRIGHT, J. en “Multi-sided platforms” cit., pág. 6.

Gráfico IV. Nuevas obligaciones del Digital Services Act.

	Servicios de intermediación	Servicios de alojamiento	Plataformas online	Grandes plataformas online
Informes de transparencia	X	X	X	X
Requisitos relativos a la protección de los derechos fundamentales	X	X	X	X
Cooperación con las autoridades nacionales en materia de órdenes judiciales y administrativas	X	X	X	X
Puntos de contacto y representante legal	X	X	X	X
Mecanismos de notificación y acción e información a los usuarios (N&A)		X	X	X
Mecanismos de reclamación en procesos de N&A			X	X
Informadores de Confianza (<i>trusted flaggers</i>)			X	X
Medidas contra notificaciones y contra-notificaciones abusivas			X	X
Verificación de terceros vendedores ("KYBC")			X	X
Transparencia de la publicidad frente al usuario			X	X
Denuncia de delitos			X	X
Análisis y riesgos y responsable de cumplimiento				X
Auditorías internas				X
Transparencia en los sistemas de recomendación				X
Compartir datos con las autoridades públicas				X
Códigos de conducta				X
Cooperación en crisis				X

110

¹¹⁰ PINA SÁNCHEZ, C. y MESA SÁNCHEZ, C.: "Digital Services Act: La Comisión Europea propone un nuevo marco normativo para Internet", en Garrigues Digital, a 16-12-2020.

Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/digital-services-act-comision-europea-propone-nuevo-marco-normativo-internet