



Universidad de Valladolid

Escuela de Doctorado

Instituto de Estudios Europeos

Máster en Estudios Avanzados en la UE

Los retos de la Economía Digital y la Propuesta de “Ley de Mercados Digitales” de la Unión Europea

Presentado por:

Beatriz Jimena Tamayo Velasco

Tutelado por:

Luis Velasco San Pedro

Valladolid, 1 de julio de 2021

Resumen

El presente trabajo analiza críticamente la reciente propuesta de Ley de Mercados Digitales de la UE, que pretende prevenir los inconvenientes que originan las sólidas posiciones de dominio alcanzadas por un reducido grupo de firmas que controla el acceso a los nuevos mercados digitales. Para ello, se revisarán previamente los rasgos particulares de estos mercados y los planteamientos de quienes cuestionan la eficacia de las herramientas tradicionales del Derecho de la competencia para resolver estos inconvenientes, así como el panorama que ofrecen otras jurisdicciones. El trabajo se cierra con una serie de propuestas de mejora de los mecanismos contemplados en esta iniciativa europea.

Palabras clave

Mercados digitales, Derecho de la competencia, Ley de mercados digitales, regulación *ex ante*, *big data*, GAFAM, mercados disputables y equitativos, guardianes de acceso.

Abstract

This paper critically analyses the recent proposal for an EU Digital Markets Law, which aims at preventing the drawbacks caused by the strong positions of dominance achieved by a small group of firms that control access to new digital markets.

To this end, the particular features of these markets and the approaches of those who question the effectiveness of the traditional tools of Antitrust Law to solve these problems, as well as the panorama offered by other jurisdictions, will be reviewed beforehand. The work is closed with a series of proposals to improve the mechanisms provided for in this European initiative.

Keywords

Digital markets, Antitrust Law, Digital Markets Act, *ex ante* regulation, Big Data, GAFAM, fair and contestable markets, gatekeepers.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. ASPECTOS PRELIMINARES.....	7
2.1. La economía digital: luces y sombras.....	7
2.2. Plataformas, ecosistemas y mercados de doble cara.....	10
2.3. Barreras de entrada y alta concentración en los mercados digitales.....	13
2.4. El rol del <i>big data</i>	16
2.5. Dinámica de la competencia en los mercados digitales.....	20
3. ANTECEDENTES.....	23
3.1. Aplicación del art. 102 TFUE en los mercados digitales.....	23
3.1.1. <i>Google</i>	23
3.1.2. <i>Amazon</i>	30
3.1.3. <i>Apple</i>	32
3.2. Control de concentraciones de empresas.	32
3.3. Límites metodológicos.....	36
3.3.1. Definición de mercado relevante.....	37
3.3.2. Poder de mercado.	40
3.3.3. Abuso de posición dominante y efectos anticompetitivos.....	42
3.3.4. Control de concentraciones de empresas.....	43
4. UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL	45
5. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE “LEY DE MERCADOS DIGITALES” DE LA COMISIÓN EUROPEA.....	57
5.1. Naturaleza jurídica.....	58
5.1.1. Derecho de la competencia vs marco regulatorio <i>ex ante</i>	58
5.1.2. Modelos regulatorios.	63
5.2. Ámbito de aplicación.	66
5.2.1. Ámbito de aplicación subjetivo	66
5.2.2. Ámbito de aplicación objetivo.	72
5.3. Objetivos.	74
5.3.1. Mercados disputables.	75
5.3.2. Mercados equitativos.....	76
5.3.3. Mercado interior.....	78
5.4. Obligaciones y prohibiciones.	79
5.4.1. Aspectos generales.....	79
5.4.2. Contenido material.....	81

5.4.3.	Obligaciones relacionadas con los datos.	83
5.4.4.	Obligaciones de transparencia con anunciantes y editores.....	87
5.4.5.	Obligaciones de cumplimiento genérico.	89
5.5.	Remedios estructurales.	89
5.6.	Aplicación de la DMA.	93
5.6.1.	Aplicación pública, competencias de la Comisión Europea y el rol residual de los Estados miembros.	94
5.6.2.	Aplicación privada.	97
6.	RECOMENDACIONES	98
6.1.	Incorporar nuevos servicios de plataformas básicas al listado del artículo.	98
6.2.	Considerar el rol de los distintos modelos de negocio y de los ecosistemas en el procedimiento de designación de un guardián de acceso.....	99
6.3.	Identificar los objetivos de la DMA, especificar el significado de cada uno de ellos y su relación de cada una de las obligaciones o prohibiciones.....	100
6.4.	Sobreponer una serie de principios generales al catálogo obligaciones y prohibiciones de los artículos 5 y 6.....	100
6.5.	Fortalecer la aplicación privada de la DMA.	102
6.6.	Reforzar el papel de las autoridades nacionales en la aplicación pública.	103
6.7.	Reformar del Reglamento 139/2004, de concentraciones de empresas. ...	104
7.	CONCLUSIONES.....	105
8.	REFERENCIAS	¡Error! Marcador no definido.

1. INTRODUCCIÓN

La nueva economía digital, se caracteriza por la presencia omnipotente de un reducido número de firmas que controlan el acceso a las nuevas redes y plataformas que se han ido creando en Internet. Firmas con nombre y apellidos, que en Occidente podríamos reconducir al acrónimo GAFAM: *Google, Amazon, Facebook, Apple* y (en menor medida) *Microsoft*.

Autoridades públicas, expertos *antitrust* y corrientes de opinión alrededor de todo el mundo alzan la voz ante la excesiva concentración de estos mercados y denuncian los riesgos que la, que ya se califica como “despótica” conducta de estas grandes plataformas, plantean sobre competidores, usuarios profesionales dependientes de ellas y, por supuesto, consumidores (afectados de forma directa e indirecta en términos de pérdida de privacidad, reducción de la calidad e innovación e incremento de los precios). Algunos incluso van más allá señalando el riesgo para la democracia y los derechos y libertades fundamentales.

En este contexto son varias y delicadas las cuestiones que se están planteando: ¿Cuál es el grado óptimo de intervencionismo en los mercados digitales? ¿Es suficiente el Derecho de la competencia para hacer frente a esta situación o es preferible una regulación *ex ante*? Y, en su caso, ¿Cómo ha de configurarse este instrumento regulador?

En respuesta a estas cuestiones, se ha construido un amplio espectro de propuestas que abarcan desde la máxima expresión del *laissez-faire* hasta la radical intrusión en los mercados digitales, incluyendo la desmembración de las grandes estructuras empresariales.

En este escenario, la Propuesta europea de Ley de Mercados Digitales (en adelante, “la Propuesta” o “DMA”, por sus siglas en inglés)¹ constituye la apuesta de la UE para garantizar unos mercados digitales disputables y equitativos; evitando al mismo tiempo la creciente fragmentación del mercado interior derivada de la adopción de normativas nacionales divergentes que tratan de emprender esta batalla de forma individual.

Tomando como referencia dicha iniciativa legislativa, el presente trabajo adoptará la siguiente estructura:

En primer lugar, se delinearán los rasgos característicos que comparten todos los mercados digitales, para después examinar —a través del sucinto estudio de una serie de investigaciones abiertas contra estos gigantes tecnológicos en la UE— cómo estas peculiaridades

¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), en adelante “DMA”.

obstaculizan la aplicación de las herramientas tradicionales del Derecho de la competencia a los mercados digitales.

En segundo lugar, se situará a la Propuesta legislativa en su contexto internacional, contrastándola con otros informes e iniciativas producidos en otras jurisdicciones.

Todo ello nos permitirá centrarnos en el análisis detallado de los distintos aspectos de la Propuesta (sus finalidades u objetivos; su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación; el listado de obligaciones de comportamiento y los excepcionales remedios estructurales; la aplicación pública y privada de la misma...). Finalmente, con los resultados de este estudio, trataremos de extraer una serie de recomendaciones dirigidas a reforzar sus puntos más débiles.

2. ASPECTOS PRELIMINARES

2.1. La economía digital: luces y sombras.

La economía digital es, según la OCDE, un “paraguas” bajo el cual se engloban una serie de mercados centrados en tecnologías digitales.² Aunque dicha definición pretendía limitarse a mercados en los que se produce un “intercambio de bienes o servicios de la información a través del comercio electrónico”;³ lo cierto es que la digitalización ha jugado un papel disruptivo en muchos mercados tradicionales, alterando sus modelos de negocio, la forma de interactuar con los consumidores y su estructura competitiva.

Sectores como el turismo, los medios de comunicación de masas, transporte, incluso el consumo de bienes y servicios han sido irremediabilmente alterados por la digitalización.⁴ Plataformas como *Booking* han venido a sustituir a las agencias de viaje tradicionales, el taxi ha quedado desplazado en buena medida por los servicios que ofrecen *Uber* o *Cabify*, y *Amazon* registra más ventas de libros de cualquier librería física.

La industria periodística es otra de estas áreas que ha experimentado un cambio radical en su modelo de negocios. Los cambios en los hábitos de los consumidores —que manifiestan su preferencia por el acceso a contenido a través de las redes sin contraprestación monetaria— han forzado a los editores a configurar la publicidad *online* como su principal fuente de

² OECD (2013): *The Digital Economy*. Daf/Comp(2012)22.

³ *Ibid.*

⁴ SCHMIDT, H. K. (2019): “Taming the shrew: is there a need for a new market power definition for the digital economy?” en LUNDQVIST, B. y GAL, M.S. (eds.) (2019): *Competition law for the digital economy*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 32-34.

ingresos. Nos sumergimos en los denominados “mercados de atención”, donde, como su nombre indica, los consumidores no pagan con dinero sino con su interés.

Sin perjuicio del amplio espectro que entonces puede abarcar la economía digital, nosotros emplearemos dicho término para referirnos fundamentalmente a los siguientes mercados: plataformas de intermediación en línea (incluyendo tiendas de aplicaciones e intermediación en otros sectores), motores de búsqueda, navegadores de internet, redes sociales y medios de comunicación social, sistemas operativos, computación en la Nube, asistentes de voz, publicidad digital.⁵

Constatada la profunda transformación económica que ha supuesto la Era Digital en que nos encontramos, debemos advertir que sus efectos son un arma de doble filo.

Indudablemente, los avances tecnológicos pueden redundar en beneficio de consumidores, empresas y de la sociedad en general. Nunca antes habían tenido los clientes la posibilidad de acceder a tal variedad de productos e información, y aún menos a un coste monetario nulo. Los bienes y servicios que se ofertan en estos mercados están destinados a simplificar numerosas facetas de la vida del consumidor. Los buscadores de internet ayudan a discriminar la información que puede ser relevante para el usuario en atención a sus criterios de búsqueda, optimizando su tiempo; las redes sociales y otros medios de comunicación social facilitan a los usuarios permanecer en contacto a pesar de la distancia; el comercio electrónico permite a los consumidores elegir entre numerosas opciones, evitándoles los inconvenientes de acudir a una tienda física; las plataformas de realidad virtual o de intercambio de vídeos proporcionan nuevas formas de ocio.

Las empresas, incluidas las PYMES, también pueden aprovecharse del potencial que despliega la revolución digital. En mercados globales con barreras geográficas muchos menos significativas, se ha generalizado el fenómeno de las “micro-multinacionales”.⁶ Cualquier empresa puede tener un alcance global, y el acceso a un mayor abanico de consumidores; ofrece nuevas posibilidades a las empresas, facilita su eficiencia y su especialización. Además,

⁵ Estos son, básicamente, los mercados digitales a los que se refiere tanto la DMA como el SUBCOMMITTEE ON ANTI-TRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY (2020): *Investigation of Competition in Digital Markets, Majority Staff Report and Recommendations*. House of Representatives. United States. Ambos documentos surgen en el contexto del debate sobre qué tipo de medidas de política legislativa adoptar para hacer frente al excesivo nivel de concentración en los mercados digitales; aunque se encuentran en muy distintas fases del *iter* parlamentario. El documento europeo constituye una Propuesta de Reglamento en tramitación a través del procedimiento legislativo ordinario de la UE; mientras que el documento norteamericano no es más que una investigación acerca de los mercados digitales que concluye con una serie de recomendaciones, aún lejos de cuajar en una verdadera iniciativa legislativa.

⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE FISCALIDAD Y UNIÓN ADUANERA (2014): *Working Paper: Digital Economy - Facts & Figures*. Digit/008/2014, p. 14.

las tecnologías digitales ofrecen nuevas oportunidades de negocio, que han sido utilizadas por los más emprendedores para innovar en sectores tradicionales de provisión de servicios, como el transporte o la búsqueda de alojamiento turístico.

La sociedad en su conjunto resulta igualmente favorecida por todo este proceso. La economía digital supondría en la actualidad entre el 4,5% y el 15,5% del PIB mundial.⁷

La digitalización es una fuente de crecimiento económico, eficiencia e innovación. En 2018, *Amazon*, *Alphabet*, *Microsoft*, *Apple* y *Facebook* se encontraban entre las quince compañías que más recursos invierten en I+D a nivel mundial.⁸ Tecnologías digitales como el *big data*, el *Internet of Things*, *machine learning* o la inteligencia artificial desempeñarán un papel clave en el futuro de sectores clave como la sanidad, la energía o la movilidad. El papel de la economía digital se ha revitalizado aún más durante la Pandemia, constituyendo una de las claves del Plan de Recuperación económica de la UE post-COVID⁹ en el más amplio contexto de la ambiciosa Estrategia Digital de la UE.¹⁰

Pero junto a las posibilidades que ofrece la economía digital, hemos de situar sus riesgos e inconvenientes. La privacidad y la protección de datos de los consumidores son áreas especialmente expuestas por estos nuevos modelos de negocio basados en la explotación indiscriminada de los datos. En este contexto, el debate gira en torno a los datos de carácter personal. Por ejemplo, el control de esta categoría de datos por parte de empresas puede llevar a ejecutar medidas discriminatorias, derivadas de la aplicación de algoritmos de decisión automatizada que podrían determinar aspectos clave de la vida de las personas, como conseguir una póliza de seguro o un crédito bancario. Otro grupo de riesgos tiene que ver con los *hackers* y la seguridad de los datos en poder de las empresas. A medida que las tecnologías avanzan, los riesgos de que se produzca una brecha de seguridad aumentan.

Igualmente, los mercados digitales se prestan a la proliferación de estafas y prácticas desleales con los consumidores y lesión de derechos de propiedad intelectual e industrial. Aquí

⁷ DMA, p. 1.

⁸ PWC (2018): “The 2018 Global Innovation 1000 study”. *PWC*.

Disponible en <https://www.strategyand.pwc.com/gx/en/insights/innovation1000.html> [consulta: 10/05/2021]. *Amazon* encabezaría esta lista con 22,6 billones de dólares en gasto en I+D, seguido por *Alphabet*, con un gasto de 16,2 billones de dólares. *Facebook* ocuparía el decimocuarto lugar del *ranking*, con un gasto de 7,8 billones de dólares.

⁹ PARLAMENTO EUROPEO (2020): “COVID-19: el plan de la UE para la recuperación económica”. *Parlamento Europeo*. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/economy/20200513STO79012/covid-19-el-plan-de-la-ue-para-la-recuperacion-economica> [consulta: 10/05/2021].

¹⁰ Véase COMISIÓN EUROPEA (2020): *Shaping Europe's digital future*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo.

podemos traer el debate actual sobre la responsabilidad de los intermediarios respecto al contenido ilícito distribuido a sus plataformas, a que pretende dar respuesta la Propuesta de Ley de Servicios Digitales (en adelante, “DSA”),¹¹ que actualizaría la obsoleta Directiva sobre el comercio electrónico.¹²

Los más alarmistas han hablado de los peligros para la pervivencia de las instituciones democráticas, las libertades políticas y económicas y en especial, la libertad de prensa.¹³ En este último ámbito, se ha reiterado que la consolidación de plataformas digitales como principales distribuidoras de noticias *online* ha herido de gravedad al periodismo tradicional, disminuyendo las fuentes de ingresos que este sector requiere para sustentar un servicio de calidad.¹⁴ Además, se ha argumentado que la agregación de contenido procedente de diversas fuentes facilitaría la propagación de noticias falsas o sin contrastar y dañaría la reputación de las compañías más fiables. Por último, se ha constatado con preocupación el rol editor que se han adjudicado estas plataformas, o más bien sus algoritmos, que deciden en lugar del consumidor qué información visualizará este.¹⁵

2.2. Plataformas, ecosistemas y mercados de doble cara.

Cada uno de los mercados digitales a que nos hemos referido está dominado por uno o varios guardianes de acceso (*gatekeepers*). Esta denominación responde a la realidad de los mercados en los que operan. Nos situamos en el contexto de los mercados de doble o múltiples caras (*two-sided* o *multi-sided markets*), que podemos definir como aquellos que reúnen tres requisitos:¹⁶

- Existencia de dos demandas diferenciadas, aunque interdependientes.
- El valor obtenido por uno de los lados de la demanda incrementa a medida que aumenta el número de consumidores de la otra vertiente (efectos de red indirectos).

¹¹ 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, en adelante “DSA”.

¹² 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.

¹³ Estas declaraciones se enmarcan en el sonado debate que actualmente está teniendo lugar en Estados Unidos entre los partidarios y detractores (denominados *antitrust populists*) del actual estándar del bienestar del consumidor que gobierna su Derecho *antitrust*.

¹⁴ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY (2020): *Investigation of Competition in Digital Markets, Majority Staff Report and Recommendations*. House of Representatives. United States, pp. 58-72.

¹⁵ SCHMIDT, H. K. (2019): “Taming the shrew...”, *cit.*, p. 33.

¹⁶ EVANS, D. (2002): “The antitrust economics of two-sided markets”. *American Enterprise Institute*. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022

- Una empresa intermediaria opera como punto de contacto entre ambas demandas para internalizar las externalidades generadas por uno de los lados de la demanda.

Únicamente a través de las plataformas intermediarias podrá cada uno de los lados de la demanda acceder al otro lado; de ahí que los términos “guardianes de acceso” o “cuellos de botella” hayan sido empleados para describir estos mercados. Gracias a los efectos de red indirectos, las intermediarias pueden adoptar una peculiar estrategia de precios, subsidiando al lado más elástico de la demanda (el más afectado por el precio) y cargando con los costes al lado más inelástico de la demanda (el que más valora el tamaño de la vertiente opuesta). Para maximizar su beneficio, las plataformas eligen una estructura de precios no neutra, en función de la elasticidad de cada uno de los lados de la demanda.¹⁷ De hecho, la OCDE ha identificado la no neutralidad de la estructura de los precios como una característica definitoria de estos mercados.¹⁸

En el amplio contexto de las plataformas que operan mercados de doble cara, podemos distinguir tres categorías principales:¹⁹

- Primero, los negocios basados en publicidad personalizada, como pueden ser *Google Search* en el ámbito de los buscadores de internet o *Facebook* en las redes sociales. Ambos encajan dentro de los denominados “mercados de atención”, en los que el consumidor no paga de forma monetaria, sino mediante su atención y sus datos.²⁰ Como veremos más adelante, la ausencia de precio en su sentido más tradicional plantea una serie de dificultades metodológicas a las autoridades de la competencia a la hora de encarrilar sus investigaciones.
- Segundo, los servicios de *matching*,²¹ que permiten a los usuarios concertar reservas (como *Booking*) u ofrecen servicios de intermediación entre vendedores y clientes (como *Amazon Marketplace*). En este caso, la plataforma se lucra cargando una comisión a uno o ambos lados de la demanda.
- Tercero, los sistemas operativos, donde incluiríamos además tiendas de aplicaciones y servicios de computación en la Nube. Aquí se encuentran los principales servicios de *Apple*, con su sistema operativo *IOS* y su tienda de aplicaciones *App Store*; así como

¹⁷ PETIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the Molligopoly Scenario*. Oxford University Press, Oxford, pp. 193-194.

¹⁸ OECD (2009): *Two-sided markets*. DAF/COMP(2009)20, p.11.

¹⁹ CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act: A translation”. *VOX, CEPR Policy Portal*. Disponible en <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation> [consulta: 04-06-2021].

²⁰ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 18.

²¹ CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act...”, *cit.*

los ofrecimientos de *Google* en este ámbito, con *Android* y *Google Play Store*, respectivamente. También nos topamos con los servicios de *Microsoft*, como *Microsoft Windows* o *Microsoft Azure*. Las fuentes de ingreso en esta modalidad son diversas, abarcando desde la licencia de los sistemas operativos a fabricantes de dispositivos hasta las comisiones cobradas a los desarrolladores de aplicaciones.

Cada una de estas plataformas se ha convertido en el núcleo central en la cadena digital de valor entre proveedores y clientes; conduciendo infinidad de transacciones e interacciones diarias de manera eficiente y simplificando la toma de decisiones en manos del consumidor,²² incluso anticipando sus propios deseos. Un caso muy ilustrativo del extremo al que llega esta capacidad de predicción es la extraordinaria patente del sistema de envío anticipado de *Amazon*.²³

Por otro lado, cada una de estas plataformas ha constituido todo un ecosistema formado por constelaciones de servicios que, como astros, giran en torno a su negocio principal. *Google*, no se limita a su archiconocido buscador de internet *Google Search*, sino que cuenta con una larga lista de servicios entre los que se incluyen *Android*, *Chrome*, *Gmail*, *Google Drive*, *Google Maps*, *Google Photos*, *Google Play Store* y *YouTube*.²⁴

Tendemos a pensar que cada una de estas grandes compañías se especializa en un ofrecimiento específico —lo que Nicolas Petit denomina la “ilusión del producto único”²⁵—, cuando en realidad se trata de firmas tremendamente diversificadas, que operan en áreas completamente distintas con líneas de negocio y categorías de producto claramente diferenciadas.²⁶ Algunos autores, observando el afianzamiento de estas firmas multiproducto, han hablado del “resurgimiento del conglomeralismo”.²⁷ Esta forma de organización corporativa encuentra su justificación en tesis eficientistas que son plenamente aplicables a los mercados digitales.²⁸ Una de ellas es la presencia de fuertes economías de alcance en la producción, que aparecen en presencia de un mínimo coste marginal de aprovechamiento de ciertos activos intangibles (como datos o *know-how*) en otros mercados.

²² LUNDQVIST, B. (2019): Regulating competition in the digital economy with a special focus on platforms” en LUNDQVIST, B. y GAL, M.S. (eds.) (2019): *Competition law for the digital economy*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, p. 3.

²³ Véase KOPALLE, P. (2014): “Why Amazon's Anticipatory Shipping Is Pure Genius”. *Forbes*. Disponible en <https://www.forbes.com/sites/onmarketing/2014/01/28/why-amazons-anticipatory-shipping-is-pure-genius/> [consulta: 15-06-2021].

²⁴ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 175.

²⁵ PETIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the Moligopoly Scenario...cit.*, pp. 115 y ss.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ BOURREAU, M. y DE STREELE, A. (2019): *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. Informe para el CERRE, Bruselas.

²⁸ PETIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the Moligopoly Scenario...cit.*, p. 117.

Además, el protagonismo en uno de estos mercados facilita “dar el salto” hacia la producción de bienes complementarios en mercados adyacentes. Adquirir un *iPhone* va mucho más allá de emplear un elemento de hardware de *Apple*; significa zambullirte de lleno en un ecosistema de productos: un sistema operativo, un navegador de internet, una tienda de aplicaciones, un medio de pago, etc. En su informe para la UE titulado *Competition policy for the Digital Era* (en adelante “Informe de expertos de la UE”), Crémer, Montjoye y Schweitzer explican que cada ecosistema se compone de una variedad de productos que descansa en la interconexión a través de APIs privilegiadas, solamente accesibles para los productos que forman parte del mismo.²⁹

La estrategia de diversificación de estas firmas también las ha llevado a expandirse por áreas y mercados que no guardan ninguna relación con su producto principal. Es el caso de *Google* con los coches autónomos o *Amazon* con *Alexa* (su asistente de voz) y *Amazon Web Services* (servicios de computación en la Nube).

2.3. Barreras de entrada y alta concentración en los mercados digitales.

Si algo caracteriza a todos estos mercados digitales es su alto nivel de concentración; en cada uno de ellos no opera más que un reducido número de operadores. *Google*, *Amazon*, *Facebook*, *Apple* y *Microsoft* se han afianzado como las grandes vencedoras de la economía digital en el mundo occidental,³⁰ ostentando indiscutibles posiciones de dominio en sus respectivos mercados de origen.

Puesto que existe una relación evidente entre barreras de entrada y poder de mercado perdurable, el estudio de las barreras de entrada es una significativa parte del análisis *antitrust*.³¹ Y es que, pese a su heterogeneidad, todos estos mercados digitales comparten una serie de rasgos inherentes a su propia dinámica que se traducen en barreras de entrada para sus competidores.

Veamos cuales son las más significativas:

- **Economías de escala.**

²⁹ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.A. y SCHWEITZER, H. (2019): *Competition policy for the Digital Era*. Oficina de Publicaciones de la UE. Luxemburgo, p. 34.

³⁰ En estas grandes firmas americanas se han centrado los estudios de expertos y autoridades europeas, norteamericanas y australianas, aunque no debería desdeñarse el poder de mercado acumulado por otras firmas de origen chino, como *Alibaba*, *TikTok*, *Xiaomi* o *Tencent*.

³¹ STUCKE, M.E y GRUNES, A. P. (2016): *Big Data and Competition Policy*, cit., p. 157. Para un estudio más profundo del papel de las barreras de entrada en el Derecho de la competencia, véase VELASCO, L. (2010): “Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia”. *RCD*, núm. 6, pp. 13-35.

La presencia de significativas economías de escala implica que el coste de producción es mucho menos que proporcional al número de clientes captados por el servicio.³² En otras palabras, la plataforma puede ofrecer su servicio a un cliente más con un coste marginal próximo a cero. Luego, una vez incurridos en los costes fijos, la plataforma puede crecer exponencialmente con costes despreciables. Dada la irracionalidad del comportamiento de los consumidores cuando se topan con un “precio cero”,³³ esta característica justifica la multiplicación de las compañías que ofrecen sus servicios a un coste monetario nulo, con el objetivo de captar más clientes.

- **Elevados costes fijos y acceso a financiación.**

Aunque los costes marginales de producción sean insignificantes, algunos de estos servicios exigen fuertes inversiones iniciales. Por ejemplo, la construcción de un buscador de internet requiere de una gran capacidad de almacenamiento en servidores y poder de computación para indexar y rastrear toda la *Web*.³⁴

Por otro lado, el acceso a la financiación puede resultar una tarea colosal para *start-ups* o pequeñas firmas. Nos movemos en mercados en los que la primera firma en instalarse suele disfrutar de una ventaja competitiva (*first-mover-advantage*), debido a la existencia de efectos de red. Los inversores tienden a mostrarse reacios a financiar a las pequeñas firmas que tratan de inmiscuirse en el mercado de una firma dominante, por miedo a las represalias que pueda tomar esta última para mantener intacto su dominio.³⁵ Además, la entrada en estos mercados exige una elevada proporción de activos intangibles y soportar pérdidas a corto plazo, lo que resta aún más atractivo a estas inversiones.³⁶

- **Efectos de red directos e indirectos.**

En tanto los mercados digitales (como mercados de doble o múltiples caras) implican la interacción entre dos grupos de usuarios, los efectos de red juegan un papel esencial.³⁷

Los efectos de red pueden ser directos o indirectos. Los primeros tienen lugar cuando el valor de un producto para un consumidor aumenta a medida que otros consumidores utilizan

³² CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, p. 20.

³³ La doctrina habla del “efecto del precio cero” para calificar esta irracionalidad en el comportamiento. Véase GAL, M.S. y RUBINFELD, D. L. (2016): “The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement”. *NYU Center for Law, Economics and Organization*, Working Paper No. 14-44.

³⁴ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition...* *cit.*, pp. 78-79.

³⁵ FURMAN, J.; COYLE, D.; FLETCHER, A.; MARSDEN, P. Y MCAULEY, D. (2019): *Unlocking Digital Competition*. Report of the Digital Competition Expert Panel, Reino Unido, p. 37.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ STUCKE, M.E y GRUNES, A. P. (2016): *Big Data and Competition Policy*, *cit.*, p. 162.

dicho producto.³⁸ Un ejemplo ilustrativo son las redes sociales y servicios de mensajería instantánea, cuyo valor dependerá del número de usuarios conectados a sus servicios. Los segundos se producen cuando el incremento en la utilización de un producto o servicio conduce al incremento en los incentivos para desarrollar productos compatibles; reforzando la popularidad del producto original.³⁹

Los autores Stucke y Grunes hablan del efecto *spill-over* en los mercados de múltiples caras como un tipo de efectos de red indirectos.⁴⁰ Con ello nos referimos al incremento de valor de la plataforma para ambos lados de la demanda a medida que aumentan los usuarios en cada uno de ellos. Este fenómeno, característico de los medios de comunicación tradicionales, se intensifica cuando se aplica a modelos de negocio basados en la publicidad personalizada, como los de *Google Search* o *Facebook*. Stucke y Grunes hablan entonces de *data-driven spill over effects*.⁴¹ A saber, el valor de uno de los lados de la demanda (el de los anunciantes) incrementará de acuerdo al volumen de usuarios en el otro lado (los consumidores de redes sociales o buscadores de internet). Con su actividad —al dar un *like*, subir una publicación o introducir una búsqueda en la herramienta de *Google*— los usuarios del lado gratuito de la demanda proporcionan un jugoso volumen de datos que permite crear perfiles muy específicos sobre cada uno de ellos. Estos perfiles serán empleados por los anunciantes para ofrecer publicidad altamente personalizada, con mayores posibilidades de éxito que la diseminada con carácter genérico a través de los medios de comunicación tradicionales. Además, los consumidores también suelen preferir publicidad más adecuada a sus gustos. Ello genera un “efecto bola de nieve”:⁴² el incremento de la probabilidad de los usuarios de *clickar* en un anuncio se traducirá en ingresos para las plataformas, que estas reinvertirán en mejorar sus ofrecimientos y proporcionar nuevos servicios gratuitos, lo cual atraerá a un mayor número de consumidores que, a su vez, atraerán a más anunciantes.

- **Costes de cambio, *multi-homing* e inercia del consumidor.**

La inmersión del usuario en el ecosistema de las plataformas digitales suele conducir a un efecto de *lock-in*, entendido como el “encerramiento” del usuario en dicho ecosistema, manteniéndose fiel al mismo incluso ante la existencia de otro producto sustitutivo que hubiera preferido.⁴³

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, p. 163.

⁴⁰ STUCKE, M.E y GRUNES, A. P. (2016): *Big Data and Competition Policy*, *cit.*, p. 189.

⁴¹ *Ibid.*, p. 190.

⁴² *Ibid.*, p. 196.

⁴³ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 42.

El efecto *lock-in* es el resultado de unos elevados costes de cambio que encuentran su fundamento en distintas causas. En mercados donde distintas firmas ofrecen un producto apenas diferenciado, se debilita la práctica del *multi-homing*. Los efectos de red y las economías de escala facilitarán que una firma se haga con la mayor parte de la cuota de mercado. En cambio, otros mercados digitales en los que se ofertan servicios con características diferentes para el consumidor favorecen la tendencia de los usuarios a simultanear servicios.

En cualquier caso, la competitividad en estos mercados exige facilitar a los usuarios el cambio entre servicios. Los elevados costes de cambio se asocian a determinadas circunstancias, como la falta de un derecho efectivo a la portabilidad de los datos (y la consecuente pérdida de datos personales) o de la interoperabilidad entre servicios, prácticas de *tying* y *bundling*, términos contractuales anticompetitivos, etc.

La inercia del consumidor también juega en favor de la elevación de estos costes.⁴⁴ Estudios empíricos demuestran que estos tienden a atenerse a la opción predeterminada y a guardar lealtad a las marcas que conocen.⁴⁵

Aunque *Google* no ha dudado en declarar públicamente que “la competencia está a un *click* de distancia”,⁴⁶ las fuentes estiman que estaría pagando una cantidad aproximada de 12 billones de dólares anuales a *Apple* para configurar en cualquiera de sus aparatos a su buscador como la opción predeterminada.⁴⁷ A través de la integración y la celebración de contratos, *Google Search* ha logrado esta posición privilegiada en el 87% de los navegadores de internet de escritorio y en gran parte de los teléfonos inteligentes.⁴⁸

2.4. El rol del *big data*.

El *big data* es un activo esencial de la economía digital y muchas de sus tecnologías; la inteligencia artificial, el *internet of things*, el *machine learning*, se nutren de este ingrediente. Hay quien ha calificado a los “datos masivos” como el recurso más valioso del mundo, por encima

⁴⁴ FURMAN, J. (...): *Unlocking Digital Competition...*, cit., p. 36.

⁴⁵ *Ibid*, p. 36.

⁴⁶ GOOGLE (2009): “Google’s Approach to Competition”. *Google Public Policy Blog*. Disponible en <https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html> [consulta: 01-06-2021].

⁴⁷ SEGARRA, L.M. (2018): “Google to Pay Apple \$12 Billion to Remain Safari’s Default Search Engine in 2019: Report”. *Fortune*. Disponible en <https://fortune.com/2018/09/29/google-apple-safari-search-engine/> [consulta: 01-06-2021].

⁴⁸ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition...* cit., p. 178.

incluso del petróleo.⁴⁹ Dejando de lado esta apreciación subjetiva, cabe deducir una correlación entre posesión de grandes bases de datos y poder de mercado.

Muchas de las plataformas digitales han establecido modelos de negocio que giran alrededor del valor de los datos (*data-driven businesses*). Es el caso de los modelos basados en la publicidad personalizada, a los que ya nos hemos referido. Algunas autoridades hablan del “bucle de retroalimentación positivo”⁵⁰ para referirse a lo que antes hemos identificado como *data-driven spill over effects*. Esto es, un mayor acceso a los datos permite a las compañías mejorar sus productos, incrementando gracias a ello sus dos bases interdependientes de usuarios.

El uso de *big data* aporta otras ventajas competitivas igualmente calificadas por Stucke y Grunes como efectos de red derivados de la escala y alcance de los datos.⁵¹

Los primeros (efectos de red derivados de la escala de los datos) hacen referencia a la ventaja que los datos procedentes de las búsquedas de los usuarios (*click-and-query data*) suponen para buscadores como *Google Search*. Los algoritmos empleados por estos buscadores van perfeccionándose a través del método de “prueba y error”.⁵² De esta manera, cuantas más consultas se introduzcan, mejores resultados ofrecerá el motor de búsqueda.

Los segundos (efectos de red derivados del alcance de los datos) explican la aceleración del bucle de retroalimentación positivo que experimentan las compañías en el contexto de sus ecosistemas. La obtención y combinación de datos procedentes de distintos segmentos del ecosistema permite elaborar perfiles aún más explícitos acerca de los usuarios, ofreciéndoles, en consecuencia, publicidad personalizada más adecuada a sus gustos e intereses. Imaginemos, por ejemplo, la ventaja competitiva que puede resultar para *Google* —en el marco de su negocio de publicidad personalizada— de la combinación de datos del mismo usuario procedentes de su correo electrónico (*Gmail*), su geo-localización (*Google Maps*), su historial de búsqueda (*Google Search*), su actividad en la tienda de aplicaciones *Google Play Store* y la información proporcionada a través de un *Smartphone* que utilice *Android* como sistema operativo.⁵³

⁴⁹ THE ECONOMIST (2017): “Regulating the internet giants: the world’s most valuable resource is no longer oil, but data”. *The Economist*. Disponible en <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> [consulta: 01-06-2021].

⁵⁰ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 42 y FURMAN, J. (...): *Unlocking Digital Competition... cit.*, p. 33.

⁵¹ STUCKE, M.E y GRUNES, A. P. (2016): *Big Data and Competition Policy, cit.*, capítulos XII y XIII.

⁵² *Ibid*, p. 173.

⁵³ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, pp. 218 y 219.

Aparte de predecir el comportamiento y gustos de los consumidores, los datos ofrecen a quien los posee una panorámica del estado de la competencia en los mercados en los que operan. En su reciente *Investigación de la competencia en los mercados digitales*,⁵⁴ el Subcomité de Derecho Antitrust de la Cámara de Representantes de Estados Unidos ha concluido que tanto *Google* como *Facebook* disponen de una “inteligencia de mercado casi perfecta”.⁵⁵

De la mano de los datos, una compañía puede detectar con mayor prontitud a rivales que pueden llegar a convertirse en una amenaza, y adquirirlos cuando aún están en una fase muy incipiente de su desarrollo.⁵⁶ Ello permite concluir adquisiciones incapaces de activar el sistema de control de concentraciones de empresas europeo, cuyos umbrales están basados en el volumen de negocios de las partes implicadas en la transacción. Ejemplos de estas adquisiciones pueden ser *Google/Waze* o *Facebook/Whatsapp*.

Un problema a mayores se plantea en relación con el papel dual que desempeñan algunos guardianes de acceso, actuando simultáneamente como intermediarios y proveedores a través de su propia plataforma. Habitualmente, una plataforma es capaz de controlar y acceder a toda la información que se produce en su ecosistema, obteniendo un conocimiento superior al de sus propios usuarios profesionales de los mercados en los que estos mismos operan.⁵⁷ Ello incentiva a estos gigantes tecnológicos a incorporarse en dichos mercados a través de la integración vertical.⁵⁸ En este contexto, los riesgos que planean sobre los usuarios profesionales dependientes de las plataformas intermediarias son varios. Por un lado, las plataformas pueden limitar el acceso a los datos generados por los usuarios profesionales o sus clientes para disfrutar de una ventaja competitiva. Por otro lado, pueden utilizar información sensible generada por sus usuarios profesionales en el seno de su plataforma en su propio beneficio.⁵⁹

Otra preocupación surge de la posibilidad de catapultar la ventaja en materia de datos de que goza una plataforma dominante en un mercado hacia otro mercado.⁶⁰ Dicha empresa podría haber adquirido sus base de datos mediante “competencia en los méritos” en el mercado inicial; si bien podría expandir su influencia a otros mercados de manera injusta, valiéndose únicamente de su posición monopolística y no de su eficiencia o capacidad de innovación.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 148 y 380.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 44.

⁵⁷ LUNDQVIST, B. (2019): “Regulating competition in the digital economy...”, *cit.*, p. 11.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁰ STUCKE, M.E y GRUNES, A. P. (2016): *Big Data and Competition Policy*, *cit.*, p. 290.

En Europa, varias autoridades de la competencia nacionales han tachado de abuso de posición dominante este tipo de conductas, en supuestos donde una empresa ha pretendido emplear los datos obtenidos gracias a un monopolio natural para establecer posiciones de dominio en otros mercados.⁶¹ En cualquier caso, la punibilidad de la práctica depende de la demostración de la incapacidad de los competidores para “reproducir los datos en condiciones financieras razonables y en un periodo de tiempo razonable”.⁶²

De todo lo anterior podemos inferir algunas conclusiones. En la economía digital, los datos tienen un innegable valor estratégico. Las empresas más beneficiadas en este juego tienen incentivos para mantener su ventaja competitiva por todos los medios, incluso a través de conductas que pueden ser reprochables desde la perspectiva del Derecho *antitrust*. Entre estas encontramos toda una batería de prácticas que pretenden excluir a sus competidores del acceso a los datos, bien negándose directamente, bien a través de cláusulas contractuales desleales o del incremento de los costes de cambio para los consumidores.

Parece que el *big data* se erigiría entonces como una barrera de entrada a los mercados digitales. Frente a esta alegación, algunos han tratado de oponer ciertas características supuestamente inherentes a los datos —como la ubicuidad, bajo coste, no rivalidad y no exclusión— para justificar la irrelevancia de estos para el Derecho de la competencia. Sin embargo, estas afirmaciones no parecen encontrar sustento empírico. De ser así, ninguna firma ofrecería servicios “gratuitos” para recabar información, realizaría significativas inversiones para construir una ventaja competitiva sobre sus bases de datos o se mostraría tan recelosa a la hora de custodiarlas.⁶³

Si el *big data* es relevante para el Derecho de la competencia, dado su potencial anticompetitivo, la siguiente cuestión es cómo afrontarlo desde esta área jurídica.

Algunos han equiparado los datos a una “infraestructura esencial”, entendiendo que la negación del acceso a los mismos crea un cuello de botella en el mercado.⁶⁴ En este contexto,

⁶¹ Véase, por ejemplo: AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (2014): “Press release – 9 September 2014: Gas Market”. *Autorité de la concurrence*. Disponible en <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/9-september-2014-gas-market> [consulta: 01-06-2021] o BELGIAN COMPETITION AUTHORITY (2015): “The Belgian Competition Authority imposes a fine of 1.190.000 EUR on the National Lottery for having abused its dominant position when launching its sport betting product Scoore!”. *Belgian Competition Authority*. Disponible en https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/20150923_press_release_15_abc.pdf [consulta: 01-06-2021].

⁶² BELGIAN COMPETITION AUTHORITY (2015): “The Belgian Competition Authority imposes a fine of 1.190.000 EUR (...)”, *cit.*

⁶³ STUCKE, M.E y GRUNES, A. P. (2016): *Big Data and Competition Policy*. Oxford University Press. Oxford, pp. 42-47.

⁶⁴ SCHMIDT, H. K. (2019): “Taming the shrew...”, *cit.*, p. 35.

la tradicional doctrina de las infraestructuras esenciales resultaría plenamente aplicable, lo cual tendría dos implicaciones. Primero, el *big data* debería ser tenido en cuenta como un indicador de dominancia en el examen de poder de mercado.⁶⁵ Segundo, quien controla una infraestructura esencial tiene el deber de garantizar el acceso a las mismas (a través de licencias) en condiciones no discriminatorias.⁶⁶ La negativa a contratar podría ser una conducta anticompetitiva proscrita por el art. 102 TFUE.

En cambio, otros se han mostrado reticentes a la aplicación de esta doctrina, dada la naturaleza y heterogeneidad de los datos y sus posibles usos.⁶⁷ Estas peculiaridades exigen diferenciar entre varios escenarios de acceso a los datos, en función del propósito de la firma que solicita el acceso. En este contexto, deberá realizarse un balance de los intereses en juego —los incentivos para innovar de la firma, por un lado; la disputabilidad de los mercados, por otro lado—, que ha de partir del presupuesto de la indispensabilidad del acceso para competir de manera efectiva.⁶⁸ Previsiblemente, la balanza se inclinará en favor de los solicitantes cuando el acceso sea necesario para competir en mercados adyacentes o cuando la solicitud esté estandarizada de alguna manera.⁶⁹

2.5. Dinámica de la competencia en los mercados digitales.

Las características a que hemos hecho mención en los apartados anteriores (efectos de red, economías de escala, costes de cambio, *big data*...) nos inducen a imaginar que solo hay cabida para un reducido número de operadores en cada uno de los mercados digitales. En efecto, estos mercados revelan una dinámica de *winner-take-all* o *winner-take-most*, donde la competencia se produce *por* el mercado y no *en* el mercado.⁷⁰ Así se hace ver en el ya citado Informe de expertos de la UE:

“In markets where network externalities and returns to scale are strong, there is, without multi-homing, protocol and data interoperability or differentiation, place for only a limited number of platforms”.⁷¹

La concentración en estos mercados puede justificarse en motivos de eficiencia. Cuando un mercado presenta elevados costes fijos y colosales economías de escala, una multiplicidad de

⁶⁵ *Ibid*, p. 42.

⁶⁶ *Ibid*.

⁶⁷ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, p. 100. Según los autores, aquí reside la principal diferencia con las infraestructuras esenciales, cuyos usos están estandarizados.

⁶⁸ *Ibid*, p. 98.

⁶⁹ *Ibid*, p. 100.

⁷⁰ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition...* *cit.*, pp. 37-38.

⁷¹ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, p. 55.

firmas ofreciendo productos idénticos no resultaría eficiente. Hay quien incluso sugiere la existencia de eficiencia distributiva, productiva y dinámica en estos monopolios u oligopolios.⁷²

Si bien este elevado nivel de concentración se explica en gran parte por los rasgos inherentes a los mercados digitales, hemos visto que la conducta de sus principales operadores también podría influir a la hora de inclinar los mercados en su favor o mantener y reforzar sus posiciones de dominio.⁷³ En otras palabras, aunque la concentración económica puede ser deseable, también puede conducir a prácticas anticompetitivas o abusivas en detrimento de competidores, usuarios profesionales o consumidores.

Hemos visto que un puñado de firmas dominan en estos mercados. Cada una de ellas ejerce su dominio —de forma individual o compartida— sobre uno o varios de los mercados digitales a que hemos hecho mención.

Si estas plataformas ostentan apacibles y duraderas posiciones de dominio en sus respectivos mercados, ¿Significa esto que la competencia en los mercados digitales ha muerto?

Frente a quienes alegan que, efectivamente, los gigantes tecnológicos disfrutan de posiciones de dominio sólidas, duraderas e inatacables, algunos han propuesto modelos alternativos de competencia en los mercados digitales. Por ejemplo, hay quien ha traído a la economía digital el modelo de “destrucción creativa” formulada por Schumpeter en los años 40 del siglo pasado. Nos encontramos en mercados muy dinámicos, turbulentos e inciertos; donde se produce una intensa competencia en términos de innovación. En este sentido, la innovación tecnológica actúa como el motor que propulsa la transformación de estos mercados, dando lugar a una sucesión y sustitución continua de unos monopolistas por otros.⁷⁴

La consecuencia es que los monopolios en estos mercados serían especialmente frágiles:

“Although many of the key players in the digital economy are very large and profitable firms vigorous competition among them as well as the dynamic or cyclical nature of competition in digital markets usually renders durable dominance elusive”.⁷⁵

⁷² PETTI, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the M oligopoly Scenario...cit.*, pp. 170-171.

⁷³ A través de una serie de conductas anticompetitivas, como *bundling*, *tying*, autopreferencia, *leveraging*, cláusulas contractuales anticompetitivas, negación de la portabilidad e interoperabilidad de los datos, etc.

⁷⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE FISCALIDAD (...): *Working Paper: Digital Economy...cit.*, pp. 10-11.

⁷⁵ OECD (2013): *The Digital Economy*. Daf/Comp(2012)22, p. 7.

En definitiva, basta con que esperemos el tiempo adecuado para que, de manera natural, se produzca un “cambio de paradigma” y una nueva firma venza a la antigua dominante en el pulso por el control del mercado.⁷⁶

Sobre la base de este modelo *schumpeteriano*, Nicolas Petit ha construido en su libro *Big Tech & the Digital Economy: the Moligopoly Scenario* su propia teoría sobre cómo se produce la competencia en los mercados digitales, bautizada como el “moligopolio”. La hipótesis se construye sobre la asunción de que las características propias de los mercados digitales (efectos de red, economías de escala, efectos de *tipping*) generan un alto nivel de incertidumbre a las compañías digitales, debido al riesgo de irrupción de tecnologías disruptivas.

Dicha incertidumbre impide que estos mercados funcionen como verdaderos monopolios. En su lugar, se produce en ellos una particular dinámica competitiva. La observación de una serie de patrones de comportamiento comunes (en mayor o menor medida) a todas las grandes firmas concuerda con esta afirmación y ayudaría a desmontar el mito de que estas compañías viven con la apacibilidad del clásico monopolista. En concreto, y más allá de su tamaño, todas estas firmas se caracterizan por la flexibilidad y la discontinuidad, buscan la diversificación, exploración y descubrimiento, priorizan el crecimiento sobre la maximización de los beneficios y desarrollan sus estrategias con la vista puesta en el largo plazo sobre el corto plazo.⁷⁷

Sobre esta base, Petit desarrolla su tesis. Cada una de las grandes firmas tecnológicas ostenta un monopolio estructural en su mercado de origen, pero compite de forma oligopolística más allá de sus mercados. Las firmas son, simultáneamente, monopolistas y oligopolistas.⁷⁸

La competencia se produce a través de la entrada indirecta en mercados que no se han volcado a favor de una firma (donde no se ha alcanzado el *tipping point*), evitando la entrada o rivalidad directa en mercados que sí se han volcado, por ser ineficiente tanto desde un punto de vista social como empresarial.⁷⁹

La competencia no procede de la rivalidad, sino de la presión competitiva que deriva de la incertidumbre consustancial a los mercados digitales. Esta presión competitiva puede medirse a través de los esfuerzos de innovación que manifiesten las firmas dominantes, y que

⁷⁶ SCHMIDT, H. K. (2019): “Taming the shrew...”, *cit.*, pp. 59 y ss.

⁷⁷ PETIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the Moligopoly Scenario...cit.*, pp. 114-153.

⁷⁸ *Ibid*, p. 153.

⁷⁹ PETIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the Moligopoly Scenario...cit.*, p. 172.

pueden verse reflejados en la inversión en I+D, la introducción de productos nuevos, el gasto en marketing, los cambios en la estrategia de negocios, etc.⁸⁰

No podemos concluir este epígrafe sin añadir una matización. Hasta ahora, nos hemos movido en el nivel de competencia que tiene lugar entre ecosistemas o plataformas (*interecosistemas* o *interplataformas*). Sin embargo, no debemos olvidar un segundo nivel de competencia que se produce dentro de la propia plataforma (*intraecosistema* o *intraplataforma*).⁸¹ Es en este contexto de las relaciones entre el intermediario y los usuarios profesionales dependientes del mismo donde entra en juego el rol de las “plataformas como reguladoras”⁸² y las consecuencias que pueden derivarse del mismo.

3. ANTECEDENTES

Con el trasfondo del debate sobre la flexibilidad que el Derecho de la competencia ofrece en el entorno digital, la actuación de la Comisión Europea —aplicando las tradicionales herramientas que esta rama jurídica pone a su disposición en sus sucesivas investigaciones— ha sido criticada y admirada a partes iguales.

La relevancia que esta retahíla de casos presenta para nosotros es doble. Por un lado, veremos que las conductas perseguidas e identificadas por la Comisión han sido transportadas en su práctica literalidad a la lista de obligaciones y prohibiciones configurada en la DMA. Por otro lado, estas investigaciones informan el debate teórico sobre la suficiencia y necesidad de reforma del Derecho de la competencia, subrayando sus principales deficiencias metodológicas en el ámbito de la economía digital.

Por estos motivos, vamos a repasar los hitos más relevantes en el recorrido de la Comisión por los mercados digitales a lo largo de la última década.

3.1. Aplicación del art. 102 TFUE en los mercados digitales.

3.1.1. *Google*.

Google ha sido el gran protagonista de los desencuentros con la Comisión Europea en relación al abuso de posición dominante en los últimos años, como manifiesta la trilogía *Google Search (Shopping)*, *Google Android* y *Google Search (AdSense)*.

⁸⁰ *Ibid*, pp. 232-236.

⁸¹ LUNDQVIST, B. (2019): “Regulating competition in the digital economy...”, *cit.*, p. 5.

⁸² Véase CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, pp. 60-63.

Google Shopping inició la saga de los casos *Google*, dando lugar a la primera sanción impuesta en el más amplio contexto de la investigación abierta por la Comisión Europea acerca de las prácticas de *Google Search* como motor de búsqueda. Esta investigación concluyó con una histórica multa de 2420 millones de euros impuesta a *Google* por otorgar un trato preferencial a su propio comparador de precios (*Google Shopping*) frente a los de sus competidores.⁸³ Aparte de la sanción pecuniaria, se exigía de *Google*, a modo de remedio conductual, poner fin a la infracción y garantizar un tratamiento igualitario entre los servicios propios y rivales.

Veamos los antecedentes del caso. A la vista del escaso éxito cosechado desde la introducción del primigenio *Froogle* en 2004, *Google* ideó una forma de catapultar su indiscutible posición dominante en el mercado de los buscadores de internet hacia el mercado de los comparadores de precios. Su estrategia consistía en ofrecer, ante una consulta introducida en su buscador genérico, un lugar destacado a su propio servicio de búsqueda vertical en la página de resultados, en detrimento de sus competidores. Para ello, *Google* se cuidaba de evitar someter a su servicio al mismo algoritmo de búsqueda genérica al que sometía a sus competidores, pues los parámetros que dicho algoritmo utiliza para determinar el orden de relevancia no hubieran garantizado su posición privilegiada.⁸⁴

Del análisis *antitrust* realizado por la Comisión para percibir en esta conducta un abuso excluyente contrario al art. 102 TFUE podemos extraer varios elementos de interés.

En primer lugar, la Comisión sostiene que *Google* mantiene una posición dominante en el mercado de buscadores genéricos de internet. Un aspecto novedoso de este análisis reside en la identificación de un mercado en el que se ofrecen “productos gratuitos” —los resultados de búsqueda en la web clasificados por orden de relevancia para el usuario— como mercado relevante a efectos del Derecho *antitrust*.⁸⁵ Las autoridades de la competencia habían venido considerando que las normas del Derecho de la competencia no resultaban aplicables a este tipo de mercados, por no existir una transacción comercial en el sentido tradicional, en cuanto no se producía el intercambio de bienes o servicios a cambio de una contraprestación monetaria. Esta fue la interpretación sostenida por el Tribunal de Distrito

⁸³ Decisión de la CE de 27/06/2017, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*. Véase COMISIÓN EUROPEA (2017): “Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_1784 [consulta: 25-05-2021].

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ La Comisión identifica dos mercados relevantes separados: el mercado de buscadores genéricos de internet y el mercado de comparadores de precios o compras.

de los Estados Unidos en el caso *KinderStart*, en 2007.⁸⁶ La Comisión Europea, por su parte, adoptó una posición menos radical ejerciendo su función de control en relación a concentraciones como *Microsoft/Yahoo* o *Google/DoubleClick*. En ambos casos, negándose a definir la interacción que tiene lugar entre usuarios que introducen sus consultas y los buscadores de internet, identificó como mercado relevante el mercado de la publicidad digital (donde sí existe una transacción monetaria). No obstante, en *Microsoft/Yahoo*, tras reconocer la problemática que generan los mercados de doble cara, dejó abierta la posibilidad de identificar un mercado separado para los buscadores de internet.⁸⁷

En *Google Search* la Comisión retoma esta cuestión y resuelve la ambigüedad que ella misma había generado en *Microsoft/Yahoo*, interpretando que las partes han suscrito una relación contractual en la que se intercambia un servicio por valiosa información personal.⁸⁸ En otras palabras, *Google* monetiza su servicio a través de la recolección de datos acerca de sus usuarios.⁸⁹ En definitiva, nos encontramos ante una verdadera actividad económica y, como tal, susceptible de ser tamizada a través de los filtros del Derecho de la competencia europeo.

A continuación, llama la atención el hecho de que la dominancia de *Google* en el mercado de buscadores genéricos de internet no se establece únicamente sobre la base de sus elevadísimas cuotas de mercado,⁹⁰ sino también sobre otros indicadores que revelan que la degradación de la calidad del servicio de búsqueda no disminuiría de manera muy significativa su utilización por parte de los usuarios.⁹¹ La Comisión se refiere a la infrecuencia con que el usuario practica la multiconexión y la existencia de “efectos de marca”,⁹² que mantienen al usuario en el ecosistema de *Google* pese a que, técnicamente, los costes de cambio sean minúsculos.

En segundo lugar, la Comisión justifica por qué el trato preferencial de los servicios propios de *Google* (la denominada “autopreferencia”) constituye un abuso excluyente proscrito por el art. 102 TFUE. En este punto, examina los efectos anticompetitivos, actuales o potenciales, a que podría dar lugar la conducta de la plataforma dominante. La actuación de *Google* desvía el tráfico de los usuarios que han realizado una búsqueda genérica, orientando el que hubiera

⁸⁶ SCHMIDT, H. K. (2019): “Taming the shrew...”, *cit.*, p. 37.

⁸⁷ Decisión de la CE de 27/06/2017, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, párrafos 85 y 86.

⁸⁸ *Ibid*, párrafo 158.

⁸⁹ *Ibid*, párrafo 158.

⁹⁰ En abril de 2021, *Google* poseía una cuota de mercado a nivel mundial del 92,24%. Véase STATCOUNTER (2021): “Search Engine Market Share United States of America”. *StatCounter*. Disponible en <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/united-states-of-america> [consulta: 27-05-2021].

⁹¹ Decisión de la CE de 27/06/2017, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, párrafo 312.

⁹² *Ibid*, párrafos 306-315.

podido dirigirse a los servicios competidores hacia sus propios servicios.⁹³ El tráfico de usuarios es —a ojos de la Comisión— el activo más valioso para los comparadores de precios.⁹⁴ atrae a nuevos empresarios que ofrecerán sus productos y servicios a través de su plataforma, incrementando el valor de la misma y proporcionando nuevas fuentes de datos;⁹⁵ genera ingresos para la plataforma, que pueden ser reinvertidos para mejorar sus servicios⁹⁶ y, gracias a los algoritmos de autoaprendizaje que se nutren de las búsquedas de los usuarios, mejora la relevancia de los resultados y la utilidad de la plataforma.⁹⁷ De ello deducimos que desviar el tráfico produciría perjuicios para el consumidor, reflejados en mayores precios y menores incentivos para innovar por parte de los competidores y de incrementar la calidad de sus productos por parte de *Google*.⁹⁸

Google trata de desmontar las argumentaciones de la Comisión alegando que solo podría incurrir en abuso de posición dominante en caso de reunirse los criterios establecidos en el caso *Bronner*.⁹⁹ Este caso concluyó con una Sentencia donde el TJUE estableció que la empresa dominante únicamente abusaría de su posición cuando su negativa a contratar impidiera la actividad y supervivencia de los competidores.¹⁰⁰ En otras palabras, exige un examen de “indispensabilidad” del acceso a los servicios en cuestión para competir. Aunque la Comisión rechaza de plano estas alegaciones —sobre la base de la disimilitud entre los hechos del caso *Bronner* y del caso objeto de nuestra atención— puede dar la impresión de que, indirectamente, esta habría aplicado el criterio de la indispensabilidad para concluir la existencia de un abuso de posición dominante por parte de *Google*.¹⁰¹ De hecho, la Comisión justifica empíricamente la anticompetitividad de la conducta en la ausencia de fuentes alternativas de tráfico de usuarios que puedan reemplazar al tráfico resultante de las

⁹³ *Ibid*, párrafo 452.

⁹⁴ *Ibid*, párrafo 444.

⁹⁵ *Ibid*, párrafo 445.

⁹⁶ *Ibid*, párrafo 446.

⁹⁷ *Ibid*, párrafo 447.

⁹⁸ *Ibid*, párrafos 593-596.

⁹⁹ *Ibid*, párrafo 645.

¹⁰⁰ En este caso, el TJUE concluirá que *MediaPrint* no estaría abusando de su posición dominante al negarse a repartir a través de su eficiente sistema de distribución a domicilio los periódicos de su competidora *Bronner*, a cambio de un precio razonable. El *quid* de la cuestión residía en el hecho de que el reparto mediante este sistema no era indispensable para la supervivencia del competidor, pues existían otros canales de circulación alternativos. Véase EL PAÍS (1998): “Caso de abuso de posición dominante en prensa en la UE”. *El País*. Disponible en https://elpais.com/diario/1998/11/27/sociedad/912121216_850215.html [consulta: 25-05-2021].

¹⁰¹ KONSTANTINA, B. (2019): “The European Commission’s decision in Google Search...”, *cit.*, pp. 298-300.

búsquedas genéricas a través de *Google Search*,¹⁰² lo cual refleja precisamente la indispensabilidad de su servicio.

Por último, cabe destacar que la Comisión, con el objetivo de alcanzar un equilibrio entre los incentivos para innovar de la empresa dominante y el acceso al mercado de los competidores, exige de *Google* las medidas menos intrusivas a tal fin. Por ello, los remedios escogidos no consisten en revelar su algoritmo, sino en garantizar un trato igualitario entre su servicio y los servicios de la competencia.¹⁰³ Ello es acorde con la posición reflejada en el Informe de expertos de la UE, que considera erróneo imponer una prohibición general y *ex ante* de “autopreferencia” a todas las empresas dominantes. Esta conducta no es abusiva *per se*, sino que deberá someterse a un examen de sus potenciales efectos anticompetitivos.¹⁰⁴ Además, cuando la empresa dominante actúe como plataforma intermediaria en el contexto de mercados de doble cara, recaerá sobre ella la carga de probar que su conducta no tendrá efectos excluyentes de la competencia en el largo plazo.¹⁰⁵

En el sucesivo caso *Google Search (AdSense)*, la Comisión europea explora la vertiente de la demanda que pasó inadvertida en el caso anterior. Los motores de búsqueda operan mercados de doble cara, conectando dos demandas separadas e interdependientes: usuarios de internet (que adquieren productos “gratuitos”) y anunciantes (que obtienen un servicio a cambio de una remuneración).¹⁰⁶ El caso *AdSense* alude, pues, al grupo de los anunciantes, el lado inelástico de la demanda que subsidia la participación del otro grupo de consumidores.

Los mercados relevantes son, a estos efectos, el mercado de publicidad de búsqueda *online* y el mercado de intermediación de publicidad de búsqueda *online*.¹⁰⁷ En este último, *Google* actúa como intermediario entre anunciantes y páginas web de terceros dispuestas a albergar publicidad en sus páginas de resultados de búsqueda.¹⁰⁸

Aunque *Google* y *Facebook* ostentan un duopolio en el sector de la publicidad digital,¹⁰⁹ lo cierto es que cada uno ejerce su dominio en su propia área de influencia. Así, *Google* disfrutará de

¹⁰² Decisión de la CE de 27/06/2017, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, párrafo 542.

¹⁰³ *Ibid*, párrafo 700.

¹⁰⁴ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, p. 7.

¹⁰⁵ *Ibid*.

¹⁰⁶ Decisión de la CE de 18/02/2010, Caso M.5727 – *Microsoft/Yahoo*, párrafo 47.

¹⁰⁷ Diario Oficial de la UE (2019): “Resumen de la Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2019 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE y del artículo 54 del Acuerdo EEE”. DOUE. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020AT40411\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020AT40411(03)&from=EN) [consulta: 25-05-2021].

¹⁰⁸ COMISIÓN EUROPEA (2019): “Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising?”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770 [consulta: 26-05-2021].

¹⁰⁹ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition...* *cit.*, p. 70.

una posición dominante tanto en el mercado de la publicidad de búsqueda *online* como en el mercado de intermediación de publicidad de búsqueda *online*.¹¹⁰

Puesto que sus competidores (otros motores de búsqueda como *Bing* o *Yahoo*) tienen una reducida cuota en el mercado de la publicidad de búsqueda *online*, la estrategia de estos en el sector de la publicidad digital se enfocará en los servicios de intermediación que pueden ofrecer a páginas web de terceros.

En este contexto, *Google* habría abusado de su posición de dominio imponiendo cláusulas restrictivas en los contratos de intermediación celebrados con las páginas web de terceros para “atrincherarse” en el mercado de la intermediación de publicidad de búsqueda *online*.¹¹¹ La Comisión, a través del estudio de todos estos contratos, identifica en particular tres cláusulas anticompetitivas: la Cláusula de Exclusividad (que impedía o limitaba la capacidad de terceros para acudir a los servicios de intermediación de otros competidores), la Cláusula de Ubicación Premium y de un Mínimo de Anuncios de *Google* (que reservaba los mejores espacios publicitarios para *Google* y obligaba a la colocación de un mínimo de anuncios de este intermediario) y la Cláusula de Autorización de Efectos Equivalentes (que exigía una autorización por escrito de *Google* previa a cualquier alteración en la disposición de los anuncios de los competidores).¹¹²

Estas prácticas, dirigidas a prevenir el afianzamiento de otros operadores en el mercado de la intermediación de la publicidad de búsqueda *online*, lesionarían la competencia basada en los méritos empresariales y dañarían a competidores y dueños de páginas web, forzados a contratar exclusivamente con *Google* para monetizar su espacio publicitario.¹¹³ En consecuencia, la Comisión Europea obligó a *Google* a cesar en su conducta, imponiéndole además una multa de 1490 millones de euros.¹¹⁴

El último caso de la trilogía *Google* se adentra el mercado de los sistemas operativos para teléfonos inteligentes; si bien este caso conecta asimismo con el mercado de los buscadores de internet.¹¹⁵ En esta ocasión, la Comisión identificó tres mercados relevantes: el mercado de los buscadores de internet, el mercado de los sistemas operativos para teléfonos inteligentes disponible bajo licencia y el mercado de las tiendas de aplicaciones para el sistema operativo *Android*. Dejando de lado el primero de ellos (que ya hemos analizado en los casos

¹¹⁰ Decisión de la CE de 20/03/2019, Caso AT.40411 – *Google AdSense*, párrafos 52-80.

¹¹¹ COMISIÓN EUROPEA (2019): “Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion...”, *cit.*

¹¹² Diario Oficial de la UE (2019): “Resumen de la Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2019...”, *cit.*

¹¹³ COMISIÓN EUROPEA (2019): “Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion...”, *cit.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Decisión de la CE de 15/04/2015, Caso AT.40099 – *Google Android*.

anteriores), la Comisión acabó por concluir que *Google* disfrutaba de una posición dominante en los dos últimos.¹¹⁶

El mercado genérico de los sistemas operativos para teléfonos inteligentes es un duopolio dividido entre *Google* (con su sistema operativo *Android*) y *Apple* (con su sistema operativo *IOS*), que funcionan en un 99% de los *smartphones* a nivel mundial.¹¹⁷ Sin embargo, la Comisión entiende necesario distinguir dentro de este mercado genérico entre aquellos sistemas operativos que —debido a la integración vertical— están a exclusiva disposición de unos fabricantes de dispositivos concretos y aquellos sistemas operativos que pueden obtenerse mediante licencia. De esta manera, *Apple* (que opera en el primer ámbito) y *Google* (que opera en el segundo ámbito) ejercen pacíficamente su influencia en cada uno de estos segmentos, y ninguno de los dos ejerce presión competitiva alguna sobre el otro.¹¹⁸ Algo similar ocurre en el mercado de las tiendas de aplicaciones para *smartphones*. Aunque no es la única tienda de aplicaciones instalable en dispositivos *Android*, la realidad es que más del 90% de aplicaciones descargadas en los mismos proceden de *Google App Store*.¹¹⁹

En este contexto, la Comisión Europea investigó una serie de cláusulas anticompetitivas incorporadas a los contratos celebrados entre *Google* y aquellos fabricantes de *hardware* y operadores de redes móviles que deseaban obtener las aplicaciones exclusivas de *Android* (en particular, su tienda de aplicaciones, *Google Play Store*) con la finalidad de fortalecer su posición dominante en el mercado de los motores de búsqueda. Como resultado de sus pesquisas, la Comisión delimitó tres tipos de prácticas que constituirían abusos de posición dominante contrarios al art. 102 TFUE:

- En primer lugar, la vinculación del buscador *Google Search* y del navegador *Google Chrome* a la tienda de aplicaciones *Google Play Store*. Al ofrecer todas estas aplicaciones en paquete —de forma que no pueden instalarse solo algunas de ellas, sino todas en su conjunto—, *Google* aseguraba la preinstalación de su buscador y su navegador en todos aquellos dispositivos que quisieran disponer de *Google Play Store*.

¹¹⁶ China queda fuera de los mercados considerados, según matiza la Comisión.

¹¹⁷ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), Investigation of Competition... *cit.*, p. 101.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ COMISIÓN EUROPEA (2018): “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de Google”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581 [consulta: 26-05-2021].

- En segundo lugar, la concesión de pagos por parte de *Google* supeditados a la preinstalación exclusiva de su buscador de internet, excluyendo al resto de buscadores.
- En tercer lugar, la supeditación de la concesión de licencias al cumplimiento de obligaciones “anti fragmentación” incorporadas en contratos de fragmentación.¹²⁰ Bajo la excusa de evitar la fragmentación del ecosistema *Android*, *Google* impedía a los fabricantes desarrollar o vender dispositivos que funcionaran con bifurcaciones de *Android*.¹²¹

Al igual que sus homólogos, el caso *Google Android* concluyó con una sanción multimillonaria de 4340 millones de euros unida a la evidente exigencia de cesar en la infracción o prácticas equivalentes.¹²²

Hasta ahora nos hemos referido exclusivamente a *Google*, lo cual no significa que el resto de firmas que componen las siglas GAFAM estén excluidas del escrutinio de la Comisión Europea.

3.1.2. *Amazon*.

Amazon ha sido objeto de diversos procedimientos iniciados ante la sospecha de vulneración del art. 102 TFUE. En 2015, la Comisión inició un procedimiento con motivo de la restricción de la competencia que podía derivarse de ciertas cláusulas de los contratos de distribución suscritos con proveedores de libros electrónicos. Bajo las denominadas “cláusulas de paridad” o cláusulas de la nación más favorecida, *Amazon* exigía a sus proveedores ofrecer términos y condiciones similares o más ventajosos a aquellos ofrecidos a otras plataformas de distribución de libros electrónicos alternativas; no solo respecto a los precios minoristas en contratos de agencia (cláusulas de paridad de precios de agencia), sino también respecto a los más diversos aspectos (paridad de modelos de negocio, de selección, de características, de precio de agencia, de promoción).¹²³ Asimismo, las cláusulas de

¹²⁰ DOUE (2018): “Resumen de la Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.40099 — Google Android)”. DOUE. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC1128\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC1128(02)&from=EN) [consulta: 26-05-2021].

¹²¹ COMISIÓN EUROPEA (2018): “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR...”, *cit.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ Decisión de la CE de 04/05/2017, Caso AT.40153 – *Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines (Amazon)*. Véase DOUE (2017): “Resumen de la Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 54 del Acuerdo EEE(Asunto AT.40153 – Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines)”. DOUE.

“disposiciones sobre la reserva de descuento” ofrecían posibilidades de descuento para libros electrónicos en favor de *Amazon* respecto del precio minorista determinado en una canal de distribución competidor.¹²⁴ Este tipo de cláusulas podrían disminuir los incentivos de proveedores y canales de distribución alternativos para desarrollar modelos de negocio innovadores y alternativos y dañar la capacidad de los competidores para diferenciarse a través de dichas estrategias.¹²⁵ El procedimiento se cerró en 2017, tras alcanzar una serie de compromisos con *Amazon*.

Una posterior investigación de la Comisión —abierta en 2019 y aún en curso— estudia posibles conductas anticompetitivas que podrían derivar del papel dual que desempeña esta compañía en el *Amazon Marketplace*, actuando simultáneamente como plataforma para la interacción entre minoristas y consumidores y como vendedor a través de su propia plataforma.¹²⁶ En particular, *Amazon* podría estar utilizando datos de carácter sensible sobre los vendedores independientes (acerca de los productos que ofrecen, sus transacciones realizadas, etc) obtenidos gracias a su papel de intermediario en el *Marketplace* para informar sus decisiones como vendedor minorista.

A raíz de este procedimiento, la Comisión europea ha abierto una segunda investigación para explorar las prácticas de *Amazon* en relación con su *Buy Box*.¹²⁷ *Amazon* no limita la cantidad de vendedores que pueden ofrecer un mismo producto, pero sí selecciona una única oferta que será dispuesta en la *Buy Box*, la cajita blanca en la parte derecha de la pantalla a través de la cual un consumidor puede añadir el producto elegido al carro de compra. El 80% de las compras en *Amazon* se realizarían a través de esta *Buy Box*,¹²⁸ por lo que ganarla es crucial para el éxito de los vendedores que actúan a través de esta plataforma. La cuestión es si *Amazon* —mediante el opaco funcionamiento del algoritmo de la *Buy Box*, diseñado supuestamente para predecir la mejor oferta en base a una serie de criterios— favorece

Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0811\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0811(02)&from=EN) [consulta: 26-05-2021].

¹²⁴ COMISIÓN EUROPEA (2017): “Antitrust: Commission accepts commitments from Amazon on e-books”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1223 [consulta: 26-05-2021].

¹²⁵ DOUE (2017): “Resumen de la Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2017...”, *cit.*

¹²⁶ COMISIÓN EUROPEA (2019): “Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291 [consulta: 26-05-2021].

¹²⁷ Para un análisis más detallado del asunto *Amazon BuyBox*, véase ECHEBARRÍA, M. (2021): “Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo”. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, pp. 154-182.

¹²⁸ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition...* *cit.*, p. 251.

artificialmente a sus propias ofertas o a las ofertas de aquellos vendedores que utilizan su sistema logístico (el denominado *Amazon FBA*).¹²⁹

3.1.3. *Apple*.

Apple también está en el punto de mira de la Comisión. En junio de 2020, la Comisión abrió una investigación aun no concluida acerca de las reglas de su *App Store*. El origen de estos procedimientos se encuentra en la denuncia paralela de *Spotify* y un distribuidor de libros electrónicos y audiolibros —ambos competidores con los servicios propios de *Apple*, que ofrece *Apple Books* y *Apple Music*—, y concierne los términos y condiciones que *Apple* impone a los desarrolladores de aplicaciones que desean distribuirlas a través de su tienda de aplicaciones. Dos cláusulas de los contratos celebrados con estos distribuidores resultan preocupantes: la obligatoria utilización del sistema de compras dentro de la aplicación de *Apple* (*In App Purchases*), del que *Apple* obtiene un 30% de comisión, y las restricciones a dichos distribuidores a la hora de informar a los usuarios sobre la existencia de canales alternativos de compra fuera de la aplicación (por ejemplo, en la página web del desarrollador de la aplicación).¹³⁰

Asimismo, la Comisión ha comenzado en la misma fecha a indagar en una serie de prácticas potencialmente restrictivas que tendrían que ver con *Apple Pay*, el sistema de pagos móviles de *Apple*.¹³¹

3.2. Control de concentraciones de empresas.

La adquisición de otras empresas es parte imprescindible de la estrategia de crecimiento de todas las grandes firmas digitales a que nos venimos refiriendo. *Google*, *Apple*, *Amazon* y *Facebook* habrían consumado más de 500 adquisiciones públicas desde 1998,¹³² y esta actividad no ha hecho más que incrementarse en la última década. Esta serie de decisiones estratégicas vendrían informadas por el deseo de consolidarse en un mercado, integrarse

¹²⁹ COMISIÓN EUROPEA (2020): “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077 [consulta: 26-05-2021].

¹³⁰ COMISIÓN EUROPEA (2020): “Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073 [consulta: 26-05-2021].

¹³¹ COMISIÓN EUROPEA (2020): “Antitrust: Commission opens investigation into Apple practices regarding Apple Pay”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1075 [consulta: 26-05-2021].

¹³² Véase el Apéndice en SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*

verticalmente para configurar sus ecosistemas o expandirse en mercados adyacentes.¹³³ Como hemos mencionado, estas empresas disfrutaban de un conocimiento privilegiado del mercado gracias a su ventaja competitiva en materia de datos, lo que permite informar sus decisiones de compra una vez identificada la amenaza que para su posición dominante puedan suponer otros competidores.

Las adquisiciones pueden traer consigo una serie de eficiencias en beneficio de consumidores (eficiencias productivas, innovación, calidad de los productos...), pero también pueden resultar en todo lo contrario. Dentro de las que pueden englobarse en esta segunda categoría nos encontramos con las denominadas *killer acquisitions*, que consisten en la adquisición de *start-ups* o pequeñas firmas con un proyecto innovador, a los únicos efectos de acallar una potencial amenaza competitiva. El resultado es, en muchas ocasiones, el desmantelamiento de la actividad que desarrollaba la empresa innovadora.¹³⁴

Por otro lado, los expertos advierten del potencial anticompetitivo que en el entorno digital poseen las integraciones verticales y conglomerales, que en otros ámbitos no solían despertar las sospechas de las autoridades de la competencia y eran despejadas por motivos de eficiencia.¹³⁵ En este contexto, resultan especialmente preocupantes las adquisiciones por una firma dominante de pequeñas empresas que operan en mercados adyacentes, cuyo efecto puede ser la creación una “*kill zone*”, disminuyendo la capacidad de otras firmas para entrar en el mercado del *target* y los incentivos de los inversores para financiarlas.

El carácter ambivalente de estas operaciones justifica la existencia de un régimen de control, que en la UE está en manos de la Comisión. Sin embargo, la mayor parte de las *M&A* consumadas en este entorno han escapado del control de las autoridades de la competencia. Son numerosos los autores que han apreciado una *infraaplicación* de los mecanismos de control de concentraciones en estos mercados a nivel mundial, señalando que aproximadamente el 97% de las operaciones no han sido investigadas y subrayando que ninguna de ellas ha sido bloqueada a día de hoy.¹³⁶

¹³³ PARKER, G.; PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M. (2021): “Platform mergers and antitrust”. *Working Paper 01/2021, Bruegel*, p. 4.

¹³⁴ URÍA MENÉNDEZ (2021): “La nueva política de la Comisión Europea para ampliar el ámbito de revisión de operaciones de concentración – Reinterpretación del mecanismo de remisión de operaciones de concentración a la Comisión Europea”. *Uria*. Disponible en <https://www.uria.com/documentos/circulares/1395/documento/12250/UM-nota.pdf?id=12250> [consulta: 25-05-2021], p. 10.

¹³⁵ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 396.

¹³⁶ KWOKA J., VALLETTI T. (2020): “Unscrambling the Eggs: Breaking up Consummated Mergers & Dominant Firms”. *SSRN*. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3736613

En la UE, la mayor parte de estas operaciones no han tenido que pasar por el filtro de la Comisión al no alcanzar los umbrales mínimos para activar el mecanismo de control diseñado por el Reglamento 139/2004, basados en el volumen de negocios de las empresas participantes en la operación. Cuando no se superan dichos umbrales, la Comisión Europea queda atada de pies y manos, salvo que se haga uso de la excepción del artículo 22 de dicho Reglamento (la denominada “cláusula holandesa”).¹³⁷ Este artículo prevé el denominado mecanismo de remisión que permite bien que los Estados miembros soliciten a la Comisión que sea ella misma quien revise una operación que no alcanza los umbrales europeos pero sí los nacionales (art. 22.1), bien que la propia Comisión “invite” a los Estados miembros a cederle una operación de su competencia. Es así como la Comisión ha podido examinar operaciones como *Apple/Shazam*. No obstante, operaciones que han permitido eliminar a potenciales competidores y favorecer la consolidación de las adquirentes, como la adquisición por *Facebook* de *Instagram* u *Oculus* o la adquisición por *Google* de *Waze*, *AdMob* o *AdMeld* no han sido siquiera notificadas.

En el terreno de las operaciones que sí han llegado a la Comisión, encontramos ejemplos como *Facebook/Whatsapp*, *Microsoft/LinkedIn*, *Microsoft/Yahoo*, *Microsoft/Skype*, *Google/DoubleClick*, todas ellas aprobadas por la Comisión.

Dentro de este amplio catálogo, la adquisición por *Facebook* de *Whatsapp* sea probablemente una de las más controvertidas. La Comisión Europea terminó por autorizarla al concluir que los consumidores seguirían disfrutando de una gran variedad de aplicaciones de comunicación alternativas y que la entidad fusionada seguiría afrontando competencia suficiente en el mercado en cuestión.¹³⁸ Sin embargo, para algunos autores esta operación encajaba dentro del bloque de las peligrosas *killer acquisitions* por lo que han criticado desde varias perspectivas el análisis realizado por la Comisión.

En particular, podemos resaltar dos cuestiones especialmente llamativas, que subrayan un erróneo enfoque del rol de la privacidad en el Derecho de la competencia por parte de la Comisión. Ciertamente esta institución declara que la privacidad y seguridad son dos dimensiones de la competencia no basadas en los precios que han de ser tenidas en cuenta en el mercado de las aplicaciones de comunicación para consumidores y reconoce la existencia de ciertos modelos de negocio que, precisamente, han empleado políticas de

¹³⁷ URÍA MENÉNDEZ (2021): “La nueva política de la Comisión Europea...”, *cit.*, p. 8.

¹³⁸ Decisión de la CE de 03/10/2014, asunto M.7217 – *Facebook/WhatsApp*. Véase COMISIÓN EUROPEA (2014): “Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_1088 [consulta: 17-05-2021].

privacidad especialmente reforzadas como elemento de diferenciación respecto de sus competidores.¹³⁹ Por ejemplo, *Whatsapp* —a diferencia de *Facebook Messenger*— no recababa datos personales para alimentar su negocio de publicidad personalizada,¹⁴⁰ monetizando su negocio a través de una cuota a pagar por los usuarios.

Lo sorprendente es que, a la hora de evaluar la relación de competencia entre ambas entidades, la Comisión deduce que estas diferencias en sus respectivas políticas de privacidad implican que *Whatsapp* y *Facebook Messenger* no son competidores cercanos, sino servicios complementarios.¹⁴¹ Samson Esayas ha manifestado su desacuerdo con esta visión, que infravalora la presión que ejercería *Whatsapp* sobre *Facebook Messenger* al inducir a los usuarios de este último a cambiar de servicio ofreciendo políticas de privacidad más “amistosas”.¹⁴²

Por otro lado, la Comisión señaló que la combinación de las bases de datos de ambas empresas podría elevar las barreras de entrada al mercado en cuestión, dificultando la entrada de terceros competidores.¹⁴³ Sin embargo, a su parecer, estos riesgos no llegarían a materializarse, pues —aparte de las supuestas dificultades técnicas alegadas por *Facebook*— ello implicaría un cambio en la política de privacidad de *Whatsapp* que llevaría a muchos de sus usuarios a optar por otros servicios alternativos menos intrusivos en su privacidad.¹⁴⁴ Konstantina Bania plantea que estas conclusiones parten de una percepción equivocada del comportamiento del consumidor, pues en la mayoría de los casos estos malinterpretan o no valoran los cambios en las políticas de privacidad¹⁴⁵ y, por tanto, no cambiarán de servicio con tanta facilidad.

Por otro lado, la decisión final se respaldaba en las alegaciones de *Facebook* según las cuales existían grandes dificultades técnicas para integrar los perfiles de usuarios de *Facebook* y *Whatsapp*,¹⁴⁶ así como en su compromiso público de no modificar la política de privacidad de *Whatsapp*.¹⁴⁷

¹³⁹ Decisión de la CE del 03/10/2014, asunto M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, párrafo 87.

¹⁴⁰ *Ibid*, párrafo 102.

¹⁴¹ *Ibid*, párrafos 101-107.

¹⁴² ESAYAS, S. (2018): “Privacy as a Non-Price Competition Parameter: Theories of Harm in Merger”. *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 2018-26, p.2.

¹⁴³ Decisión de la CE del 03/10/2014, asunto M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, párrafo 187.

¹⁴⁴ *Ibid*, párrafo 186.

¹⁴⁵ KONSTANTINA, B. (2019): “The European Commission’s decision in Google Search...”, *cit.*, pp. 285-287.

¹⁴⁶ Decisión de la CE del 03/10/2014, asunto M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, párrafo 185.

¹⁴⁷ *Ibid*, p.182.

Con el paso del tiempo se ha demostrado que, efectivamente, la Comisión erró al valorar los incentivos de *Facebook* para combinar los datos procedentes de ambos servicios. Varios hechos posteriores dan fe de ello:

En 2017, la Comisión impuso una multa de 110 millones de euros a *Facebook*, por haber proporcionado información falsa a lo largo del procedimiento respecto a las imposibilidades técnicas para establecer un *matching* automatizado entre las cuentas de los usuarios de *Facebook* y *Whatsapp*.¹⁴⁸

Asimismo, en su reciente Decisión de 6 de febrero de 2019,¹⁴⁹ la *Bundeskartellamt*, examinando la política de privacidad de Facebook a la luz del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD),¹⁵⁰ concluyó que esta constituía un abuso explotativo incompatible con su Derecho nacional de competencia.¹⁵¹ La autoridad alemana de la competencia reprochaba al gigante tecnológico la combinación de datos obtenidos en perfil de un usuario de *Facebook* con los datos recopilados a través de otros productos de la familia de *Facebook* —*Whatsapp*, entre ellos— y páginas web de terceros, sin el consentimiento voluntario del usuario.¹⁵²

3.3. Límites metodológicos.

El escueto análisis de la selección de casos precedentes evidencia las dificultades que las autoridades encuentran a la hora de aplicar las herramientas tradicionales del Derecho de la competencia en su análisis de los mercados digitales. Mientras unos sostienen la suficiencia del marco regulador y los conceptos del Derecho *antitrust* europeo en este contexto, poniendo el énfasis en la interpretación que del mismo hagan las autoridades; otros abogan por una adaptación del aparato metodológico a las particularidades de los mercados digitales.

A modo ilustrativo, daremos algunas pinceladas sobre las cuestiones más conflictivas, y veremos que, en determinados ámbitos, la Comisión ya ha tomado diversas precauciones.

¹⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA (2017): “Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369 [consulta: 17-05-2021].

¹⁴⁹ Decisión de la *Bundeskartellamt* del 06/02/2019, asunto B6-22/16 – *Facebook*.

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ BUNDESKARTELLAMT (2019): “Case Summary: Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing”. *Bundeskartellamt*. Disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3 [consulta: 12-04-2021].

¹⁵² *Ibid.*

3.3.1. Definición de mercado relevante.

Toda investigación abierta por la vía del art. 102 TFUE o del Reglamento 139/2004 ha de comenzar por establecer la dominancia de la empresa en el mercado relevante. Este proceso consta de dos fases diferenciadas: se trata de definir, primero, cuál es el mercado relevante en el caso concreto, para después evaluar si la compañía en cuestión ostenta una posición dominante en dicho contexto. Aunque la Comisión Europea no se ha cansado de repetir que la dominancia, en sí misma, no es ilegal, esta es la base sobre la que más tarde se evaluará el comportamiento presuntamente anticompetitivo de la empresa.

Pues bien, las dificultades surgen ya en el primer paso de este examen; esto es, la definición del mercado relevante. Nos encontramos en un entorno caracterizado por un gran dinamismo y ciclos de innovación muy cortos, donde nuevos productos y ofrecimientos van superponiéndose a los anteriores con gran velocidad. En este entorno, las relaciones de sustituibilidad entre distintos bienes y servicios y las percepciones del consumidor se alteran con una frecuencia inaudita.¹⁵³ Por ejemplo, hay quien entiende que la irrupción de *Uber* no habría afectado únicamente a la demanda de taxis, sino también la demanda de coches particulares; transformando la demanda de coches por la más amplia demanda de movilidad.¹⁵⁴ Asimismo, los mercados digitales facilitan la multiconexión por parte de los usuarios, de forma que muchos de ellos utilizarán de forma simultánea distintos servicios de similares características. Este es el caso de las redes sociales y los medios de comunicación social como *Twitter*, *Instagram*, *Facebook*, *LinkedIn*, *TikTok*, *Pinterest*, *YouTube*, etc.

En este contexto, los límites de los mercados serán inevitablemente difusos y cambiantes, lo cual dificulta la posibilidad de establecer mercados relevantes bien definidos.

Partiendo de esta base, en la que todos coinciden, se ha discutido cuál debe ser el rol de la definición del mercado relevante en el contexto de los mercados relevantes. El Informe de expertos de la UE, por ejemplo, entiende que, debido a estas dificultades, deberá darse menor importancia a este paso y mayor importancia a las teorías del daño y los efectos anticompetitivos.¹⁵⁵ Sin embargo, otros rechazan esta postura, considerando que un defectuoso estudio del mercado relevante puede tener consecuencias trascendentales sobre

¹⁵³ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, cit., p. 47.

¹⁵⁴ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, cit., p. 47.

¹⁵⁵ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, cit., p. 47. y OXENHAM, S.; CHRISTENSEN, B., CONRAD, J.; GRIMMER N. y PRATT, J. (2020): "Market definition in the digital economy: considerations for how to properly identify relevant markets". *American Antitrust Institute Online Symposium: Technology and Market Definition*, p. 2: "simply stated, competitive effects should always play the starring role in proper antitrust analysis".

el análisis anticompetitivo.¹⁵⁶ Por su parte, Viktoria Robertson mantiene que, en el contexto digital, la definición del mercado relevante viene a cumplir solo una de sus dos funciones tradicionales, cual es caracterizar el mercado, pues ello facilita un mejor entendimiento sobre cómo funciona el proceso competitivo en el mismo.¹⁵⁷

Desde una perspectiva más práctica, la complejidad de los mercados de doble o múltiples caras plantean numerosos interrogantes aún por resolver.

Hemos delineado ya una de estas cuestiones, a saber, la relevancia del lado del mercado en el que se ofrece un producto a “precio cero” a efectos del Derecho de la competencia. Cuando se topaban con uno de estos mercados, las autoridades europeas y americanas tendían a definir el mercado relevante como aquel en el que tiene lugar un pago monetario; ignorando el otro lado de la demanda, por no existir una verdadera transacción económica.¹⁵⁸ Esta perspectiva ha sido del todo superada en la UE a raíz del caso *Google Search*, donde la Comisión aclaró que la intermediación de productos “gratuitos” no impide la aplicación de las reglas de la competencia.

Sin embargo, la problemática no termina aquí. Cuando nos topamos con un mercado de doble cara, ¿Debe definirse un único mercado o dos mercados separados? ¿Cómo entra en juego la interrelación entre los dos grupos de consumidores interdependientes?

Las soluciones a que llegan la doctrina y jurisprudencia en diferentes partes del mundo son en ocasiones contradictorias. Por ejemplo, en *Amex*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos delineó un único mercado relevante que abarca los dos lados de la demanda cuando operan “plataformas de transacción”, de forma que el demandante ha de demostrar los efectos anticompetitivos de la conducta en las múltiples caras de los mercados.¹⁵⁹ La UE llegó a una conclusión opuesta en el caso *Cartes Bancaires* de 2014, también en el mercado de las tarjetas de crédito o débito, donde solo consideró relevante uno de los lados de la demanda.¹⁶⁰

¹⁵⁶ DIGITAL REGULATION PLATFORM (2020): “Approach to market definition in a digital platform environment”. *Digital Regulation Platform*. Disponible en <https://digitalregulation.org/approach-to-market-definition-in-a-digital-platform-environment/> [consulta: 26-05-2021].

¹⁵⁷ La otra función de la definición del mercado relevante es evaluar el poder de mercado. Véase ROBERTSON, V. (2020): “The EU’s Attempt at Updating Antitrust Market Definition for the Digital Age”. *ProMarket*. Disponible en <https://promarket.org/2020/07/21/the-eus-attempt-at-updating-antitrust-market-definition-for-the-digital-age/> [consulta: 26-05-2021].

¹⁵⁸ Véanse los ya mencionados casos *KinderStart*, en Estados Unidos, o *Microsoft/Yahoo*, en la UE.

¹⁵⁹ *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. ___ (2018). Véase OXENHAM, S.; CHRISTENSEN, B., (...) “Market definition in the digital economy: ...”, *cit.*

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11-09-2014, asunto C-67/13 P (*Groupment des Cartes Bancaires*). Véase ROBERTSON, V. (2020): “The EU’s Attempt at Updating Antitrust Market Definition...”, *cit.*

En los casos que hemos visto, notablemente, en la trilogía *Google*, la Comisión Europea ha separado los mercados que configuran las distintas vertientes de un mercado de doble cara. Así, el caso *Google Search (Shopping)* versaba sobre uno de estos grupos de consumidores (el denominado “lado del subsidio”); mientras que el caso *Google Search (AdSense)* versaba sobre el otro grupo (el denominado “lado del dinero”). Aunque la Comisión hace referencia a la interacción que tiene lugar entre los dos lados interdependientes de la demanda en numerosas investigaciones, no parece que haya tenido en cuenta esta interrelación en la práctica. Por ejemplo, en el caso *Google Search (Shopping)*, al considerar exclusivamente el mercado de los buscadores de internet no entra a valorar los efectos indirectos que las prácticas anticompetitivas de *Google* podrían generar en el mercado de la publicidad digital.¹⁶¹

A lo anterior se suman las limitaciones del SSNIP test (*Small but Significant non Transitory Increase in Price*) en los mercados de múltiples caras. El mercado relevante es definido por un triple factor, objetivo, geográfico y temporal. El factor objetivo viene determinado por la sustituibilidad de la demanda; es decir, formarán parte de mismo mercado relevante aquellos productos que sean intercambiables o sustituibles entre sí desde la perspectiva del consumidor.

Para identificar qué productos son intercambiables, la *Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado relevante de 1997* menciona la aplicabilidad del SSNIP, un test econométrico basado en los precios, que trata de predecir el efecto que produciría un hipotético incremento de los precios, pequeño (entre el 5% y 10%) pero no transitorio, sobre la demanda de un bien.¹⁶² Este test se muestra inútil cuando choca con algunas de las características propias de los mercados de doble cara. En estos mercados, la plataforma fija no uno, sino dos precios diferentes, uno para cada lado de la demanda.¹⁶³ Además, para maximizar sus beneficios, la plataforma considerará el impacto que una alteración en el nivel o estructura de los precios en un grupo de consumidores puede tener en el otro grupo.¹⁶⁴ La plataforma puede incluso llegar a fijar un “precio cero” para maximizar sus beneficios. La ineficacia del SSNIP test ha llevado a las autoridades a buscar alternativas como el SSNDQ test (*Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality*), que mediría la degradación de la calidad de un producto, un parámetro de la competencia distinto del precio. No obstante, dadas las dificultades para

¹⁶¹ KONSTANTINA, B. (2019): “The European Commission’s decision in Google Search...”, *cit.*, p. 278.

¹⁶² *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)*.

¹⁶³ DIGITAL REGULATION PLATFORM (2020): “Approach to market definition...”, *cit.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

medir en la práctica esta dimensión de la competencia con exactitud, no debería ser empleado por las autoridades como una herramienta precisa en la definición del mercado relevante.¹⁶⁵

Ante este panorama, la Comisión Europea abrió el pasado año una consulta pública para evaluar la adecuación de su *Comunicación sobre la definición de mercado relevante de 1997*, con el objetivo de que se mantenga actualizada y proporcione seguridad jurídica.¹⁶⁶

3.3.2. Poder de mercado.

Una vez delimitado el mercado relevante, ha de establecerse la posición dominante en el mismo. En el plano teórico, el TJUE ha identificado la dominancia —desde los asuntos *United Brands* y *Hoffmann-la Roche*— con el concepto económico de poder de mercado, manifestado en la capacidad de comportamiento independiente de una empresa.¹⁶⁷ Esta libertad de comportamiento se refleja, a su vez, en la capacidad para imponer precios supracompetitivos. Al descansar sobre la constatación de un incremento de precios, esta noción resulta igualmente inservible en el entorno digital. En mercados con elevados costes fijos y enormes economías de escala que resultan en un coste marginal prácticamente nulo, el precio no será determinado en función de los costes, sino de la valoración del producto por los consumidores.¹⁶⁸

En el plano práctico, el poder de mercado venía tradicionalmente determinado principalmente por las cuotas de mercado; de forma que elevadas cuotas de mercado eran indicativas de una posición de dominio. No obstante, el concepto de cuota de mercado también presenta dificultades en mercados dinámicos, respecto de los cuales la propia Comisión ha declarado que “altas cuotas de mercado no son necesariamente indicativas de poder de mercado”.¹⁶⁹ El Informe de expertos de la UE recurre a la industria periodística para ilustrar un mercado fragmentado en el que puede existir poder de mercado, pues cada periódico dispone de un monopolio de acceso a ese lector en relación a las noticias diarias.¹⁷⁰

¹⁶⁵ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, cit., p. 45.

¹⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA (2020): “Derecho de competencia de la UE: comunicación sobre la definición de mercado (evaluación)”. *Comisión Europea*. Disponible en <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Derecho-de-competencia-de-la-UE-comunicacion-sobre-la-definicion-de-mercado-evaluacion-es> [consulta: 26-05-2021].

¹⁶⁷ Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76 – *United Brands Corp contra Comisión Europea*, párrafo 65.

¹⁶⁸ SCHMIDT, H. K. (2019): “Taming the shrew...”, cit., pp. 51-52.

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2013, Asunto T-79/12 – *Cisco Systems, Inc. y Messagenet SpA contra Comisión Europea* párrafo 69.

¹⁷⁰ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, cit., p. 49.

Ello enlaza con el concepto del “socio comercial inevitable” (*unavoidable trading partner*), que remite al poder de la compañía sobre sus clientes.

Esto no significa que las autoridades deban desechar el concepto de cuotas de mercado al entrar en contacto con mercados digitales. La jurisprudencia del TJUE ha trazado un concepto legal de poder de mercado lo suficientemente flexible como para adaptarse al dinamismo de estos mercados. De hecho, en el asunto *Hoffmann-La Roche*, el TJUE dispuso que el poder de mercado puede derivarse de varios factores, pese a la preeminencia de las cuotas de mercado.¹⁷¹

Las cuotas de mercado no pueden interpretarse en abstracto, sino en conexión con el mercado en el que operan, sus competidores reales y potenciales o la durabilidad de su posición de dominio, entre otros factores.¹⁷²

En este punto, conviene realizar una especial referencia a la durabilidad o marco temporal a lo largo del cual se extiende la posición dominante. Algunos economistas han expresado su disconformidad con la interferencia de las autoridades en las posiciones dominantes de que disfrutaban las compañías en mercados muy dinámicos. A su parecer, la dominancia en estos mercados —donde la competencia se produce en términos de innovación y existen frecuentes cambios tecnológicos— es frágil y meramente transitoria, por lo que al cabo de un tiempo se producirá un nuevo cambio de paradigma y la antigua compañía dominante será destronada por otra que ocupará su lugar.¹⁷³ Esta postura ha sido rebatida trayendo al campo de juego la sólida posición de dominio que han mantenido gigantes como *Google* o *Microsoft* durante décadas.

En este contexto, la pregunta que surge es: ¿Cuándo puede entenderse que una posición dominante se ha mantenido a lo largo de un plazo de tiempo suficientemente prolongado como para entender que no se trata de un monopolio temporal?

La postura de la OCDE es que el mantenimiento del poder de mercado por una empresa durante más de cinco años podría ser indicativo de una dominancia no transitoria.¹⁷⁴ Si transcurrido este tiempo, la firma dominante no es reemplazada o desafiada por otra, el

¹⁷¹ Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1979, Asunto 85/76 – *Hoffmann-La Roche contra Comisión Europea*, párrafo 39.

¹⁷² SCHMIDT, H. K. (2019): “Taming the shrew...”, *cit.*, p. 63.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 61.

¹⁷⁴ OECD (2013): *The Digital Economy*. *Daf/Comp(2012)22*, p. 125: “intervention should occur only where the digital firm has held a dominant market position for five to seven years, it has survived a number of challenges and it is profitable”.

mercado en que opera debe comenzar a considerarse más maduro y menos dinámico.¹⁷⁵ Por su parte, la Comisión ha entendido que una década es demasiado tiempo como para alegar la fragilidad de una posición dominante.¹⁷⁶

Entonces, lo idóneo será realizar un análisis de la dominancia caso por caso, evaluando las cuotas de mercado en el amplio contexto de las circunstancias del mercado concreto, así como una gran variedad de parámetros de los que la Comisión Europea ya ha hecho uso en algunas de sus decisiones. Por ejemplo, barreras de entrada como los efectos de red o los costes de cambio,¹⁷⁷ así como la capacidad para degradar la calidad del producto sirvieron para establecer la dominancia en *Google Search (Shopping)*.¹⁷⁸ Otros indicadores relevantes a estos efectos pueden ser la tenencia de datos o el poder de intermediación del “socio comercial inevitable”. Por último, como acabamos de ver, la durabilidad de la posición dominante es un factor crucial en este análisis.

En definitiva, el concepto legal de posición dominante debe descansar sobre un amplio abanico de indicadores, aparte del concepto económico de cuotas de mercado. Sin embargo, no debemos desestimar el papel de dicho concepto en los mercados digitales, al servir de punto de partida en el examen de la dominancia de una firma y proporcionar cierta seguridad jurídica a la misma.¹⁷⁹

3.3.3. Abuso de posición dominante y efectos anticompetitivos.

Constatada la existencia de una posición dominante, el siguiente paso será demostrar que la firma ha incurrido en un abuso de su posición; pues, como hemos dicho, la dominancia no es por sí misma anticompetitiva. La lista ejemplificativa del art. 102 TFUE es bastante poco ilustrativa de los casos que se producen en la realidad, aún más en el cambiante entorno digital. Hemos visto algunas de las conductas que más se repiten: autopreferencia, discriminación y cláusulas contractuales restrictivas en sus distintas formas. Otras conductas frecuentes incluyen las prácticas de vinculación (por las que ha sido perseguido *Microsoft*)¹⁸⁰ o prácticas relativas a los datos (como la explotación de los datos como en el caso *Facebook*).

¹⁷⁵ SCHMIDT, H. K. (2019): “Taming the shrew...”, cit., p. 68.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Decisión de la CE de 27/06/2017, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, párrafos 268-270.

¹⁷⁸ *Ibid.*, párrafos 306-312.

¹⁷⁹ SCHMIDT, H. K. (2019): “Taming the shrew...”, cit., p. 66.

¹⁸⁰ En ellas encuentra su origen, por ejemplo, la Decisión de la CE de 16/12/2009, Caso AT.39530 – *Microsoft (Tying)*.

Pese a la desactualización de la lista del art. 102 TFUE, no debemos perder de vista que su función es meramente ejemplificativa, no exhaustiva. De esta forma, la cláusula general dispuesta al comienzo del mismo artículo ha permitido y permite a las autoridades constatar abusos anticompetitivos fuera de ella.

Unas últimas consideraciones deben referirse al análisis de los efectos anticompetitivos de la conducta bajo examen. Normalmente, las empresas dominantes tratarán de justificar su conducta en distintas formas de eficiencia. Por ello, para determinar la anticompetitividad de la conducta, las autoridades de la competencia realizarán un balance de efectos procompetitivos y anticompetitivos. El análisis de los efectos anticompetitivos —vinculado al estándar del bienestar del consumidor— se ha centrado en el daño a corto plazo en términos de precios.¹⁸¹ Sin embargo, en los mercados digitales los precios no juegan el mismo papel que en los mercados tradicionales, y puede ser tremendamente complejo identificar daños mensurables que perjudiquen al consumidor con una alta probabilidad.¹⁸²

Por ello, el análisis de efectos anticompetitivos en el entorno digital debe repensarse, para enfatizar en parámetros competitivos distintos al precio —como innovación, calidad o privacidad, esta última siendo una dimensión de la calidad— y atender no solo a los efectos actuales, sino también los efectos probables o potenciales de la conducta presuntamente abusiva.

3.3.4. Control de concentraciones de empresas.

Hemos podido apreciar que la primera y más evidente limitación en el ámbito del control de concentraciones de empresas es la inadecuación de los umbrales basados en el volumen de negocios del Reglamento 139/2004 a la realidad de las adquisiciones que se producen en estos mercados. Y es que la mayor parte de estas peligrosas *killer acquisitions* —siendo el *target* una empresa prometedora, pero con un volumen de negocios aun poco significativo— no suelen alcanzar los umbrales de activación del mecanismo de control. Este déficit ha suscitado la reforma de los umbrales nacionales en varios Estados Miembros, como Austria y Alemania, que han introducido en sus respectivos derechos nacionales umbrales complementarios basados en el valor de la transacción.

Sin embargo, el informe de expertos de la UE recomienda no modificar la legislación actual por el momento. En su opinión, lo más acertado será esperar a ver los resultados obtenidos

¹⁸¹ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, cit., p. 41.

¹⁸² *Ibid*, p. 42.

por los derechos nacionales que han implementado cambios; acudiendo en su caso al mecanismo de remisión del art. 22 del Reglamento 139/2004 para atraer operaciones al ámbito de actuación de la Comisión. Igualmente, la Propuesta de Bruselas de Ley de Mercados Digitales —salvando la obligatoria notificación de todas las operaciones de concentración que pretendan consumir aquellas plataformas que reúnen la condición de “guardianes de acceso”¹⁸³— no introduce mayores reformas en la legislación vigente en este ámbito.

Con todo, cierto aire de cambio en la aplicación de esta legislación ha venido de la mano de las recientes *Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos*.¹⁸⁴ Invirtiendo su anterior posición, la Comisión fomentará ahora las solicitudes de remisión de operaciones que no alcanzan los umbrales europeos o nacionales bajo el mecanismo del art. 22 del Reglamento 139/2004, a través de dos vías. Primero, aceptando las solicitudes de remisión por parte de los Estados miembros de operaciones que ni siquiera reúnen los umbrales nacionales. Segundo, reactivando el art. 22.5 —hasta ahora en desuso—, que permite a la Comisión solicitar la remisión de un asunto a los Estados miembros, incluso cuando la operación haya sido concluida o no alcance los umbrales nacionales.

En las Orientaciones, la Comisión hace hincapié en una serie de factores que pretenden indicar a los Estados miembros cuando hacer uso de este mecanismo. Estos factores están especialmente orientados a captar las resbaladizas *killer acquisitions*. Concretamente, se invita a los Estados miembros a tener presente el potencial competitivo, actual o futuro, que pueda no quedar reflejado en el volumen de negocios de alguna de las partes implicadas.¹⁸⁵ Esto sucederá cuando la empresa absorbida sea una empresa emergente o innovadora, sea una fuerza competitiva real o potencial, tenga acceso a activos estratégicos (como materias primas, infraestructuras, datos o derechos de propiedad intelectual) o proporcione insumos o servicios clave para otras industrias.¹⁸⁶ Si bien este mecanismo podrá ser empleado en cualquier sector económico, la Comisión pone especial énfasis en el sector digital y farmacéutico, áreas donde la innovación es un relevante parámetro de la competencia y donde puede apreciarse una creciente tendencia a consumir este tipo de operaciones.

¹⁸³ Véase artículo 12 de la DMA.

¹⁸⁴ *Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos* (2021/C 113/01).

¹⁸⁵ *Ibid*, párrafo 19.

¹⁸⁶ *Ibid*, párrafo 19.

En cuanto al examen sustantivo de estas operaciones, algunos han propuesto alterar las reglas de carga de la prueba para reducir la posibilidad de incurrir en falsos negativos. El Informe de expertos de la UE recomienda invertir la carga de la prueba cuando la adquisición de una pequeña *start-up* por parte de una empresa dominante pueda formar parte de una estrategia defensiva de esta última para eliminar un potencial competidor.¹⁸⁷ De esta manera, correspondería a la firma notificante demostrar las eficiencias de la operación. Las propuestas estadounidenses todavía más allá, proponiendo una presunción de ilegalidad de todas las *M&A* proyectadas por una firma dominante.¹⁸⁸ Obviamente, se trataría de una presunción refutable, luego igualmente recaería sobre la dominante demostrar las eficiencias de la operación.

Un tema aparte es qué posibilidades de actuación existen una vez se ha consumado la adquisición. En este ámbito, podría ser interesante prever la capacidad de revisar y, en su caso, deshacer operaciones con carácter retrospectivo.¹⁸⁹ Las soluciones más radicales apuestan por adoptar remedios estructurales y romper concentraciones ya consumadas, justificándolo en la eficacia de este tipo de medidas y en la dificultad para implementar remedios conductuales.¹⁹⁰

4. UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

“Never before have so many countries, including China, moved with such vigor at the same time to limit the power of a single industry”.¹⁹¹ Este reciente artículo del *New York Times* pone de manifiesto la incomodidad que parecen sentir los gobiernos alrededor de todo el mundo ante la creciente concentración de poder económico (¿y político?) por parte de los gigantes tecnológicos en los mercados digitales. No han tardado en alzarse las voces que critican la pasividad de las autoridades públicas en los últimos años, permitiendo actuar a las firmas a su libre albedrío. En un ambiente de desconocimiento acerca del funcionamiento de los mercados digitales, las empresas han podido concluir operaciones de concentración sin

¹⁸⁷ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, p. 124.

¹⁸⁸ STIGLER CENTER (2019): *Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report*. Chicago Booth School of Business, p. 78 y SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition...* *cit.*, p. 389.

¹⁸⁹ STIGLER CENTER (2019): *Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report*. Chicago Booth School of Business, pp. 92-93.

¹⁹⁰ KWOKA J., VALLETTI T. (2020): “Unscrambling the Eggs: ...”, *cit.*

¹⁹¹ THE NEW YORK TIMES (2021): “A Global Tipping Point for Reining in Tech Has Arrived”. *The New York Times*. Disponible en <https://www.nytimes.com/2021/04/20/technology/global-tipping-point-tech.html> [consulta: 20-05-2021].

apenas obstáculos.¹⁹² Asimismo, los expertos hablan de unos elevados costes de error del lado de los “falsos negativos”, que podría haber dejado sin pasar por el filtro de la competencia muchos fenómenos anticompetitivos.¹⁹³

Si bien todos coinciden en este punto de partida, el afán de controlar a los gigantes tecnológicos encuentra su fundamento en las más variadas motivaciones.

China y Rusia también se habrían sumado a la batalla iniciada contra las grandes plataformas por parte de sus colegas occidentales. El primero, imponiendo una multa millonaria a la nativa *AliBaba*, reforzando sus leyes antimonopolio y obligando a otras de sus empresas a comprometerse públicamente a respetar las normas, si no quieren seguir el ejemplo de su compañera.¹⁹⁴ El segundo ha abierto una investigación por abuso de posición de dominio a *Google* y su plataforma *Youtube*, en relación a la falta de transparencia y opacidad de las reglas de creación, suspensión y bloqueo de contenido;¹⁹⁵ mientras continúa presionando a *Twitter* para la retirada de contenido ilícito, bajo la amenaza de bloquear a la red social.¹⁹⁶

Sin embargo, hay quien entiende que ambos gobiernos actúan movidos por la necesidad de silenciar las protestas y endurecer el control político sobre los ciudadanos.¹⁹⁷

En Occidente el escenario no está menos politizado. Las declaraciones de Margrethe Vestager, con motivo del lanzamiento de las Propuestas de Ley de Mercados Digitales y de Ley de Servicios digitales son bastante ilustrativas a este respecto:

“We’ve come to a point where we have to take action. A point where the power of digital businesses —especially the biggest gatekeepers— threatens our freedoms, our opportunities, even our democracy . . . So for the world’s biggest gatekeepers, things are going to have to change”.¹⁹⁸

¹⁹² FURMAN, J. (...): *Unlocking Digital Competition...*, *cit.*, p. 49 (contando 400 adquisiciones realizadas por las empresas digitales más relevantes en los últimos 10 años, no habiendo sido controladas casi ninguna de ellas).

¹⁹³ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, pp. 50-52 (refiriéndose a elevados costes de error (falsos negativos) a que pueden conducir las características de los mercados digitales).

¹⁹⁴ THE NEW YORK TIMES (2021): “A Global Tipping Point...”, *cit.*

¹⁹⁵ LE MONDE (2021): “La Russie ouvre une enquête contre YouTube pour « abus de position dominante »”. *Le Monde*. Disponible en https://www.lemonde.fr/pixels/article/2021/04/19/la-russie-ouvre-une-enquete-contre-youtube-pour-abus-de-position-dominante_6077329_4408996.html [consulta: 20-05-2021].

¹⁹⁶ GHOSH, S. y REUTERS (2021): “Russia walked back its threat to totally block Twitter for failing to delete banned content”. *Business Insider*. Disponible en <https://www.businessinsider.com/russia-slows-twitter-traffic-until-may-15-over-banned-content-2021-4> [consulta: 15-05-2021].

¹⁹⁷ THE NEW YORK TIMES (2021): “A Global Tipping Point...”, *cit.*

¹⁹⁸ VESTAGER, M. (2020): “Building trust in technology”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-executive-vice-president-margrethe-vestager-building-trust-technology_en [consulta: 15-05-2021].

Más allá del debate sobre las finalidades del Derecho de la competencia, expertos y autoridades públicas se han planteado una serie de preguntas en los últimos años. ¿Son los instrumentos del Derecho de la competencia suficientemente flexibles y aptos para hacer frente a los nuevos mercados digitales? ¿Es necesaria una reforma del Derecho *antitrust* o tal vez sería mejor afrontar las novedades a través de un instrumento regulatorio? Y en este último caso, ¿Qué tipo de instrumento se requeriría? Por supuesto, no faltan tampoco aquellos que rechazan un elevado grado de intervencionismo en los mercados digitales, sustentando sus posiciones en diferentes argumentos.¹⁹⁹

El 2019 fue el año de los informes que trataban de dar respuesta a algunas de estas cuestiones.²⁰⁰ Aun coincidiendo en algunos aspectos centrales—en lo que se refiere a los rasgos de los mercados digitales, la proyección de sus riesgos sobre áreas ajenas al Derecho de la competencia, como el Derecho de consumo o la privacidad, la necesidad de intervencionismo más activo y la apuesta por un instrumento regulatorio *ex ante*—, estos documentos se acercan a la realidad de la economía digital desde perspectivas muy diferentes, adoptando enfoques heterogéneos.

Quizá Australia haya desarrollado el planteamiento más curioso. Dada la reducida importancia de *Amazon* en la isla, su mirada se posa en *Google* y *Facebook*, realizando un profundo análisis de carácter específico sobre los mercados de publicidad *online* y su impacto sobre los diferentes medios de comunicación, enfatizando en la financiación, elección y calidad de las noticias que ofrecen. Según la *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), ambas plataformas disfrutaban de una posición dominante en la publicidad online y podrían haber abusado de ella en detrimento de consumidores y empresas. Sobre esta base, recomienda la suscripción de códigos de conducta que gobiernen las relaciones entre los gigantes tecnológicos y las empresas de los medios de comunicación. Este informe es el germen del reciente Código de negociación obligatoria para los medios de comunicación y plataformas digitales, por el que *Google* y *Facebook* deberán pagar a los editores de noticias por

¹⁹⁹ Véase, por ejemplo, PETIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the Moligopoly Scenario...cit.*

²⁰⁰ En este mismo año se publicaron los informes elaborados por expertos de Reino Unido (FURMAN, J.; COYLE, D.; FLETCHER, A.; MARSDEN, P. Y MCAULEY, D. (2019): *Unlocking Digital Competition*. Report of the Digital Competition Expert Panel, Reino Unido), la Unión Europea (CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*), Australia (ACCC (2019): *Digital Platforms Inquiry – Final Report*. ACCC, Australia), Estados Unidos (SCOTT MORTON, F. BOUVIER, P., EZRACHI, A., JULLIEN, A., KATZ, R., KIMMELMAN, G., MELAMED, D. Y J. MORGENSTERN (2019): *Committee for the Study of Digital Platforms – Market Structure and Antitrust Subcommittee Report*. Stigler Center for the Study of the Economy and the State) y Alemania, este último de finales de 2018 (SCHWEITZER, H.; HAUCAP, J.; KERBER, W. y WELKER, R. (2018): *Modernising the Law on Abuse of Market Power*. Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, Alemania).

el contenido que las primeras hayan compartido en sus plataformas.²⁰¹ Pese a las reacciones iniciales de las dos empresas (*Google* amenazó con retirar su buscador de internet y *Facebook* incluso llegó a prohibir el contenido de noticias dentro de su plataforma), parece que ambas se han amoldado a las pretensiones de la nueva Ley concluyendo acuerdos con los editores del país y pagando por su contenido.²⁰²

En cualquier caso, el alcance de esta reforma es limitado, pues carece de la ambición de convertirse en un marco regulador de los mercados digitales o de transformar el régimen *antitrust* preexistente. Simplemente, se trata de un instrumento de legislación sectorial con una finalidad protectora los medios de comunicación, directamente, y de los consumidores, indirectamente, como destinatarios del contenido que aquellos producen. Esto se explica dado el carácter dual que detenta la ACCC, como autoridad que vela, al mismo tiempo, por la competencia no distorsionada en los mercados y la protección de los consumidores.

En el entorno europeo, Alemania, con su habitual dinamismo, ha encabezado el paso de la palabra a la acción. En 2017, una reforma del Derecho de competencia alemán introdujo una serie de novedades para adaptar la legislación *antitrust* y los procedimientos de control de concentraciones a la economía digital. Esta reforma flexibilizó los criterios para la determinación de la posición de dominio de una empresa, atendiendo a nuevos parámetros como los efectos de red, el acceso a los datos y el dinamismo que caracteriza a los entornos *online*.²⁰³ En cuanto a las fusiones y adquisiciones de empresas, al tradicional umbral basado en el volumen de negocios se añadió un nuevo umbral basado en el volumen de la transacción. Este umbral estaría específicamente pensado para captar adquisiciones estratégicas de empresas con un volumen de negocios poco significativo, como es el caso de las *killer acquisitions*.²⁰⁴ Austria ha acompañado a su vecina en este último aspecto, introduciendo asimismo un umbral basado en el valor de la transacción.²⁰⁵

²⁰¹ FRYDENBERG, J. (2021): “Parliament passes News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code”. *Australian Government – The Treasury*. Disponible en <https://ministers.treasury.gov.au/ministers/josh-rydenberg-2018/media-releases/parliament-passes-news-media-and-digital-platforms> [consulta: 15-05-2021].

²⁰² SANDLER, R. (2021): “Australia passes law requiring Google and Facebook to pay for news”. *Forbes*. Disponible en <https://www.forbes.com/sites/rachelsandler/2021/02/24/australia-passes-law-requiring-google-and-facebook-to-pay-for-news/?sh=5552a04ebf11> [consulta: 15-05-2021].

²⁰³ BUNDESKARTELLAMT (2017): “Next stop: digital markets”. *Bundeskartellamt*. Disponible en <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Interviews/EN/IFLR%20-%20Next%20stop%20digital%20markets.html> [consulta: 15-05-2021].

²⁰⁴ Concretamente, esta reforma se planteó a la luz de la concentración *WhatsApp/Facebook* que, debido al escaso volumen de negocios de *WhatsApp*, solo fue captado por tres jurisdicciones nacionales. Véase BUNDESKARTELLAMT (2017): “Next stop: digital markets” ...*cit.*

²⁰⁵ BUNDESKARTELLAMT (2018): *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)*.

Más tarde, el informe de expertos *Modernising the Law on Abuse of Market Power*,²⁰⁶ elaborado para el Ministerio de Energía y Asuntos Económicos de Alemania, sostenía la suficiencia del Derecho de la competencia nacional y europeo para abordar los nuevos desafíos sin necesidad de recurrir a la adopción de regulación *ex ante* de los mercados digitales —dejando de lado la necesidad de legislación sectorial específica en determinados ámbitos, como la privacidad o la protección de los consumidores—;²⁰⁷ si bien planteaba la necesidad de introducir reformas a mayores. Dicho Informe ha dado pie a una nueva reforma de la Ley alemana contra Restricciones de la Competencia, en vigor desde enero de 2021, con especial énfasis en el abuso de posición dominante. Consciente de las limitaciones del Derecho *antitrust* debido a su forzosa intervención *ex post*, la nueva Ley permitirá a la *Bundeskartellamt* intervenir con carácter preventivo en relación a aquellas empresas que son de “primordial importancia para la competencia a través de los mercados”.²⁰⁸ Asimismo, se incorporan nuevos criterios para la evaluación de poder de mercado —con la introducción del concepto de “poder de intermediación”²⁰⁹— y una exigencia de notificación de todas las operaciones de concentración de determinadas compañías en ciertos sectores económicos.²¹⁰

Por su parte, el Reino Unido —con vistas al *Brexit* que en 2019 aún estaba por materializarse— ha proyectado un ambicioso “régimen pro-competitivo” para los mercados digitales que debería materializarse en este 2021. Esta propuesta encuentra su anclaje en el Informe *Unlocking Digital Competition* elaborado por el *Digital Competition Expert Panel* designado en Reino Unido (en adelante, “Informe Furman”, por el nombre del presidente del Panel de Expertos),²¹¹ cuyas seis recomendaciones estratégicas fueron acogidas por el gobierno británico en el año 2020.²¹² Un posterior Informe elaborado por la *Digital Markets Taskforce* (constituida dentro de la *Competition and Markets Authority* (CMA)), titulado *A new*

²⁰⁶ SCHWEITZER, H.; HAUCAP, J.; KERBER, W. y WELKER, R. (2018): *Modernising the Law on Abuse of Market Power*. Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, Alemania.

²⁰⁷ KERBER, W. (2019): “Updating Competition Policy for the Digital Economy? An Analysis of Recent Reports in Germany, UK, EU, and Australia”. *Social Science Research Network*, p. 38.

²⁰⁸ BUNDESKARTELLAMT (2021): “Amendment of the German Act against Restraints of Competition”. *Bundeskartellamt*. Disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html [consulta: 15-05-2021].

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ FURMAN, J.; COYLE, D.; FLETCHER, A.; MARSDEN, P. Y MCAULEY, D. (2019): *Unlocking Digital Competition*. Report of the Digital Competition Expert Panel, Reino Unido.

²¹² DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY (2021): “New competition regime for tech giants to give consumers more choice and control over their data, and ensure businesses are fairly treated”. *Government UK*. Disponible en <https://www.gov.uk/government/news/new-competition-regime-for-tech-giants-to-give-consumers-more-choice-and-control-over-their-data-and-ensure-businesses-are-fairly-treated> [15-05-2021].

pro-competition regime for digital markets ofrece algunas recomendaciones prácticas para la implementación de este régimen.²¹³

Ambos documentos muestran mucho más escepticismo hacia la solvencia del Derecho de la competencia en este ámbito, recalcando que sus herramientas tradicionales resultan inadecuadas en un entorno tan dinámico y complejo.²¹⁴ En consecuencia, formulan el desarrollo de un régimen *ex ante* y la creación de una *Unidad de Mercados Digitales* (DMU) con distintas funciones en este entorno. Esta regulación ha de ser complementada con una reforma del Derecho de la competencia (apenas esbozada) y del Control de concentraciones de empresas.

Este marco regulador no se aplicará a todos los operadores de la economía digital, sino tan solo sobre aquellos operadores que reúnan un “estatus estratégico de mercado” (*Strategic Market Status*, SMS) en una actividad determinada.²¹⁵ Tal designación exigirá que la firma disponga de un “sustancial y perdurable poder de mercado” que le proporcione una posición estratégica en la actividad de que se trate. En otras palabras, el simple hecho de detentar poder de mercado no es suficiente para la designación como SMS, sino que los efectos de dicho poder han de ser particularmente “generalizados y significativos”.²¹⁶ Una serie de indicadores facilitan este análisis: el impacto social o cultural de la firma, su capacidad para determinar unilateralmente las “reglas del juego”, su tamaño o la escala de sus actividades, su configuración como un importante punto de acceso a los consumidores, etc.²¹⁷ Llama la atención la deliberada omisión del término “dominancia en los mercados”;²¹⁸ apostando en su lugar por el test de “significativo poder de mercado” empleado en el régimen de las telecomunicaciones como punto de partida.²¹⁹ En este examen, serán relevantes los conceptos de dependencia económica, poder de mercado relativo, y acceso a los mercados.²²⁰

Una vez designada, recaerá sobre la firma el peso de las obligaciones impuestas por este nuevo instrumento jurídico. En particular, ello implicará la aplicación de un código de conducta personalizado en atención al sector de actividad, conducta y daños que se pretenden paliar, cuya función es evitar que la plataforma se aproveche de su posición ventajosa en

²¹³ ADVICE OF THE DIGITAL MARKETS TASKFORCE (2020): *A new pro-competition regime for digital markets*. CMA, Reino Unido.

²¹⁴ ENNIS, S. y FLETCHER, A. (2020): “Developing international perspectives on digital competition policy”. *Centre for Competition Policy and Norwich Business School, University of East Anglia*, p. 13.

²¹⁵ ADVICE OF THE DIGITAL MARKETS TASKFORCE (2020): *A new pro-competition regime...*, *cit.*, p. 28.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 30.

²¹⁷ *Ibid.*, pp. 30-31.

²¹⁸ KERBER, W. (2019): “Updating Competition Policy for the Digital Economy? ...”, *cit.*, p. 27.

²¹⁹ FURMAN, J. (...): *Unlocking Digital Competition...*, *cit.*, p. 81.

²²⁰ *Ibid.*

detrimento de consumidores y empresas. Este código de conducta se inspirará en una serie de principios fundamentales encuadrables en tres grandes categorías: un entorno comercial justo, capacidad de elección, confianza y transparencia.

Corresponde a la DMU ejecutar y controlar el cumplimiento de los códigos de conducta. Aparte, la misma DMU tendrá la capacidad de implementar “intervenciones procompetitivas” que tratan de atacar a la raíz del problema;²²¹ es decir, a los motivos que condujeron a la firma a alcanzar una posición dominante en un primer lugar. Estas intervenciones podrán referirse a deberes de garantizar la interoperabilidad o portabilidad de datos, facilitar el acceso a datos por parte de empresas, combatir las posiciones “por defecto” e incluso adoptar remedios estructurales (separación funcional y operativa), aunque evitando llegar al extremo de la separación patrimonial.²²²

Las firmas con SMS también estarán sometidas a un régimen particular en materia de operaciones de concentración. En este sentido, se les exigirá la notificación de cualquier fusión o adquisición prevista con carácter previo a su conclusión; y aunque se mantendrá el tradicional test de “reducción significativa de la competencia”, les será aplicable un estándar de prueba más rebajado respecto del habitual. De esta manera, bastaría con que exista una “posibilidad realista” de reducción significativa de la competencia, en lugar de evaluarlo sobre el “balance de las probabilidades”.²²³ Por último, los dos informes británicos mencionan la necesaria reforma del Derecho de la competencia para promover la “competencia e innovación a través de los mercados”,²²⁴ haciendo hincapié en su complementariedad con el nuevo régimen de mercados digitales, si bien ninguno de ellos es demasiado explícito al respecto.

Como no podía ser de otra manera, la UE no tardó en publicar su propio informe elaborado por un panel de expertos, al que en otra parte hemos denominado, con ánimo de simplificar, Informe de expertos de la UE. De este Informe es destacable la confianza depositada en los recursos del actual Derecho *antitrust* europeo, entendiendo que los artículos 101 y 102 TFUE son lo suficientemente flexibles como para resolver por sí mismo los desafíos de la economía digital. En este sentido, rechaza expresamente la elaboración de un marco regulador para los

²²¹ ADVICE OF THE DIGITAL MARKETS TASKFORCE (2020): *A new pro-competition regime...*, cit., p. 41.

²²² *Ibid*, p.43.

²²³ El Informe Furman apostaba por la aplicación de un test sustantivo de “balance de los daños”, si bien la Digital Markets Taskforce, dadas las dificultades de aplicar este test con transparencia, propone la aplicación del test de la “expectativa o posibilidad realista”. Véase ADVICE OF THE DIGITAL MARKETS TASKFORCE (2020): *A new pro-competition regime...*, cit., pp. 63-64.

²²⁴ Véase FURMAN, J. (...): *Unlocking Digital Competition...*, cit., pp. 84-118 y ADVICE OF THE DIGITAL MARKETS TASKFORCE (2020): *A new pro-competition regime...*, cit., pp. 69-75.

mercados digitales (al estilo de los mercados regulados de las telecomunicaciones y otros servicios públicos) debido a la rigidez y riesgo de limitar conductas eficientes en el mercado que acarrearán este tipo de instrumentos.²²⁵ No obstante, el Informe admite la complementariedad que la regulación sectorial específica puede prestar en áreas concretas que desborden al Derecho de la competencia, como la interoperabilidad de datos.²²⁶

Partiendo de la suficiencia del Derecho europeo de la competencia, el Informe propone una serie de soluciones para actualizar sus herramientas, metodología y teorías del daño a la economía digital.²²⁷

En cuanto a la decisión de las autoridades públicas de intervenir o no intervenir, las características específicas de estos mercados digitales alterarían el balance entre los costes de implementación y de error del denominado “test del coste del error”; de manera que sería conveniente errar en el lado de los “falsos positivos”.²²⁸ Ello implicará la inversión de la carga de la prueba en relación a ciertas conductas que se presumirán anticompetitivas, recayendo sobre la firma implicada la acreditación de sus efectos procompetitivos.

En lo que al control de concentraciones se refiere, el Informe de expertos de la UE no busca la modificación de los umbrales actuales; aunque no descarta la necesidad de hacerlo en el futuro. Por el momento, considera más cauto atender a la experiencia de aquellas jurisdicciones que sí han introducido umbrales basados en el valor de la transacción (como Austria o Alemania).²²⁹ Sin embargo, sí considera necesaria la revisión de las *Directrices sobre la evaluación de concentraciones no horizontales*,²³⁰ adecuándolas a los peligros que suscitan las concentraciones conglomeradas en el entorno digital.²³¹ Una nueva teoría de daño debería abordar la adquisición por parte de plataformas dominantes de *start-ups* con una finalidad estratégica; imponiendo sobre las primeras la acreditación de las eficiencias derivadas de tal operación.²³²

Por otro lado, el Informe de expertos de la UE debate la aplicabilidad de algunas tradicionales doctrinas de abuso de posición dominante al campo digital. Así, traslada la doctrina de la especial responsabilidad de las empresas en posición dominante al peculiar fenómeno de las

²²⁵ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, cit., p. 126.

²²⁶ *Ibid.*, pp. 9-10.

²²⁷ *Ibid.*, p. 19.

²²⁸ *Ibid.*, pp. 50-51.

²²⁹ *Ibid.*, p. 115.

²³⁰ *Directrices de la Comisión Europea sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas* (2008/C 265/07).

²³¹ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, cit., p. 126.

²³² *Ibid.*, p. 124.

“plataformas como reguladoras”; aunque se separa de la doctrina de las infraestructuras esenciales en la cuestión del acceso a los datos.

En este último ámbito, la particular naturaleza de los datos hace más adecuada ponderación de los intereses en juego. Este examen ha de partir de la indispensabilidad del acceso a los datos para garantizar una competencia efectiva, para lo cual es relevante evaluar la posibilidad de replicar o sustituir las bases de datos concernidas.²³³ En cuanto a los intereses legítimos en juego, habrá que hallar un equilibrio entre los incentivos para innovar e invertir de la empresa dominante, por un lado; y la necesidad de garantizar competencia *por* los mercados,²³⁴ especialmente cuando los datos en poder de una empresa dominante supongan una ventaja competitiva para entrar en mercados adyacentes.

Además, dedica especial atención a los acuerdos de *data sharing* y *data pooling*, remarcando su carácter ambivalente; procompetitivo y anticompetitivo de forma simultánea. En todo caso—sin necesidad de modificar el derecho originario de la UE—corresponde a las autoridades de la competencia (y más concretamente, a la Comisión europea) establecer Directrices que proporcionen certeza sobre los deberes de conducta de las plataformas, el acceso a los datos y obligaciones de interoperabilidad (distinguiendo entre diversos supuestos y clases de datos) y las condiciones en que podrán celebrarse acuerdos de *data sharing* y *data pooling*.²³⁵

Como veremos con más detenimiento, la actual Propuesta de Ley de Mercados Digitales ignora la mayoría de las recomendaciones del Informe de expertos de la UE, separándose desde su planteamiento más básico. Y es que ella misma adopta la forma del instrumento regulador de los mercados digitales que el susodicho Informe pretende evitar.

Pese a sus patentes diferencias, todas las propuestas europeas comparten una serie de rasgos. En primer lugar, todas ellas acogen el estándar de la protección del bienestar del consumidor del Derecho de la competencia, descartando la necesidad de cambiar de paradigma.²³⁶ En segundo lugar, todas rechazan soluciones extremas, optando preferiblemente por remedios

²³³ *Ibid.*, p. 101.

²³⁴ *Ibid.*, p. 105.

²³⁵ *Ibid.*, p. 91.

²³⁶ Véase FURMAN, J. (...): *Unlocking Digital Competition...*, *cit.*, pp. 86-88 y CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, pp. 40-42. En ambos casos, se rechaza expresamente la necesidad de repensar las finalidades del Derecho de la competencia, entendiendo que el estándar del bienestar del consumidor es suficientemente flexible para abarcar dimensiones distintas al precio en el análisis de las conductas (como calidad del producto, innovación, privacidad, etc).

conductuales frente a los remedios estructurales (o, en su caso, rechazando remedios estructurales extremos).²³⁷

Paradójicamente, Estados Unidos —cuna del estándar del bienestar del consumidor y de tradición menos intervencionista que la UE— se muestra más radical que los países europeos en la formulación de iniciativas para regular los mercados digitales.

La ya citada investigación del Subcomité de Derecho Antitrust de la Cámara de Representantes de Estados Unidos²³⁸ sorprende por el extremismo con que se propone frenar los abusos de los que hasta ahora han sido sus “niños mimados”.

Este Informe comienza ofreciendo una panorámica bastante negativa de la situación en Estados Unidos, criticando la falta de intervencionismo de las autoridades públicas, enunciando los numerosos abusos en que han incurrido las plataformas dominantes nacidas en su seno y subrayando los riesgos que su conducta posa sobre innovación y emprendimiento, privacidad y protección de datos, la libertad y calidad de la prensa, los derechos y libertades económicos y políticos y, en definitiva, la democracia.

Tras este análisis—realizado a partir de numerosas audiencias en los que han participado tanto los CEO de *Google*, *Amazon*, *Facebook* y *Apple*, como empresarios que han entablado algún tipo de relación con ellos (bien a través de la dependencia, bien de forma competitiva) y expertos en *antitrust*—ofrece un amplio marco de recomendaciones que parten de la necesidad de repensar las finalidades de esta área jurídica.

Entendiéndose insuficiente el estándar del bienestar del consumidor, se demanda la reafirmación de los motivos que en su día darían origen al primigenio Derecho de la competencia, plasmado en las icónicas *Sherman Act* y *Clayton Act*. Y es que, de acuerdo a este planteamiento, el Derecho de la competencia no fue proclamado en exclusivo interés de los consumidores, sino también de los empresarios, trabajadores, una economía justa y unos ideales democráticos.²³⁹

Sobre esta base se sustentan los tres pilares de las modificaciones propuestas:

²³⁷ Véase KERBER, W. (2019): “Updating Competition Policy for the Digital Economy? ...”, *cit.*, p. 24.; ADVICE OF THE DIGITAL MARKETS TASKFORCE (2020): *A new pro-competition regime...*, *cit.*, p. 44 (rechazando la adopción de la separación estructural, aunque sí acoge otros remedios estructurales menos extremos) y CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, pp. 67-68 (debatiendo la posibilidad de adoptar remedios estructurales para contrarrestar los efectos de la autopreferencia por parte de las plataformas dominantes; si bien estos remedios deberían implementarse caso por caso y siempre que no existan otros medios menos intrusivos de alcanzar el mismo efecto).

²³⁸ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition...* *cit.*

²³⁹ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition...* *cit.*, p. 392-393.

Un primer pilar abarca la reforma del actual Derecho *antitrust*, que aún encuentra su germen en las leyes de finales del siglo XIX y principios del XX. Curiosamente, el Informe propone la revisión de la sección segunda de la *Sherman Act* para introducir una noción de “abuso de posición dominante” que capte no solo los abusos excluyentes, sino también los abusos explotativos, al estilo del Derecho europeo de la competencia.²⁴⁰

La reforma abarcaría también los mecanismos de control de concentraciones de empresas. Para comenzar, cualquier concentración proyectada por una plataforma dominante sería anticompetitiva bajo una presunción *iuris tantum*, correspondiendo a dicha firma acreditar que la concentración revierte en el interés público y que sus eficiencias no pueden lograrse a través de otros medios, como la expansión interna y la innovación.²⁴¹ Además, una modificación de la Sección séptima de la *Clayton Act* debería incorporar “presunciones estructurales”,²⁴² de tal manera que aquellas *M&A* que incrementen el poder o nivel de concentración de mercado se presuman anticompetitivas.

Las presunciones de ilegalidad son un remedio diferente a la inversión de la carga de la prueba propuesta por el Informe de expertos de la UE para aquellas concentraciones que pueden formar parte de una estrategia defensiva. De hecho, el Informe declara expresamente que esta teoría de daño no crearía una presunción de ilegalidad de tales concentraciones.²⁴³

La reforma del Derecho *antitrust* debe ir acompañada de un conjunto de iniciativas legislativas que doten a los mercados digitales de un marco regulador al estilo del existente para los sectores de las telecomunicaciones, transportes o los servicios financieros.²⁴⁴ Este es el segundo pilar del Informe, que tiene por objeto la restauración de la competencia en la economía digital.

En este sentido, el Informe apuesta por la adopción de remedios estructurales —en su doble modalidad de separaciones estructurales y restricciones de líneas de negocio— para contrarrestar los conflictos de interés derivados de la situación en que una firma es, al mismo tiempo, intermediaria y proveedora en un mercado.²⁴⁵ La inclinación por esta clase de remedios se justificaría en la facilidad de su implementación frente a los remedios conductuales.²⁴⁶

²⁴⁰ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, pp. 396-397.

²⁴¹ *Ibid*, p. 389.

²⁴² *Ibid*, p. 395.

²⁴³ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, p. 124.

²⁴⁴ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 379.

²⁴⁵ *Ibid*, pp. 379 y ss.

²⁴⁶ *Ibid*, p. 382.

Por último, ninguna de estas iniciativas tendría eficacia práctica si no se dinamiza la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia. Ello exige que la FTC y el Departamento de Justicia redoblen sus esfuerzos;²⁴⁷ a lo que ha de sumarse la revitalización de la cada vez más decadente aplicación privada del Derecho *antitrust*, reduciendo los obstáculos procesales y rebajando la carga de la prueba.²⁴⁸

Llama la atención cómo la Unión Europea es el espejo en el que las autoridades norteamericanas buscan reflejarse en determinados contextos, como la noción de abuso de posición dominante o la normativa de protección de datos. Asimismo, se ensalza la actuación de la Comisión Europea frenando, aunque sea mínimamente, los abusos de gigantes tecnológicos como *Google* a través de sus sucesivas investigaciones.

Cierto es que no toda la doctrina *antitrust* estadounidense coincide con esta postura. El debate sobre cómo abordar las preocupaciones que suscita el elevado nivel de concentración en manos de unas pocas empresas en el sector digital se inserta en la histórica discusión sobre las finalidades del Derecho de la competencia.²⁴⁹ En este contexto, se han consolidado dos bandos enfrentados: los “populistas”, que respaldan el rol que el Derecho de la competencia ha de jugar en la protección de la democracia y libertad de prensa;²⁵⁰ frente a los defensores acérrimos del sistema establecido y del estándar del bienestar del consumidor, más próximos a la Escuela de Chicago. Los autores pertenecientes a este último ámbito, como Noa Shapiro, se muestran más escépticos con los logros de la Comisión Europea.²⁵¹

Por el momento, las observaciones de este Informe han calado en la *Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act*, introducida en febrero de 2021 por la senadora Amy Klobuchar.²⁵² De salir adelante, esta propuesta supondría una reforma en profundidad del Derecho *antitrust* americano tal como lo conocemos. Como vemos, el enfoque de esta iniciativa es diferente al adoptado en la UE con la DMA, pues no pretende abordar la problemática de los mercados digitales a través de un nuevo instrumento regulatorio *ex ante*,

²⁴⁷ *Ibid*, pp. 402-404.

²⁴⁸ *Ibid*, pp. 404-405.

²⁴⁹ Sobre este tema, véase HERRERO, C. (2021): “Gigantismo empresarial en los mercados digitales. ¿una vuelta a los orígenes y... nuevos desafíos?”. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, pp. 111-124 y VELASCO, L. (2021): “El papel del Derecho de la competencia en la Era Digital”. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, pp. 93-110.

²⁵⁰ Véase, por ejemplo, FIRST, H. (2013): “Antitrust’s Democracy Deficit”. *Fordham Law Review*, vol. 81, pp. 2543-2574 o HORTON, T. (2018): “Rediscovering Antitrust’s Lost Values”. *University of New Hampshire Law Review*, vol. 16, núm.2, pp. 179-242.

²⁵¹ SHAPIRO, C. (2018): “Antitrust in a Time of Populism”. *International Journal of Industrial Organization*, núm. 61, p. 743.

²⁵² Véase <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/225/text>

sino mediante una reforma de los instrumentos preexistentes al servicio del Derecho de la competencia.

A modo de conclusión, podemos traer aquí una preocupación que ya ha sido advertido por algunos autores. Estas iniciativas globales heterogéneas y divergentes puede conducir a una fragmentación de la ordenación internacional.²⁵³ Dado el carácter transfronterizo e incluso global de muchas de estas plataformas, esta dispersión normativa incrementará las cargas de implementación para las empresas y creará diferencias entre los consumidores de distintas jurisdicciones. Estas diferencias ya se han advertido en el ámbito de la protección de datos, con el Reglamento General de Protección de Datos estableciendo un estándar reforzado de protección para los consumidores y usuarios situados en el territorio de la UE. Sus disposiciones impiden que la actualización de los términos y condiciones de *Whatsapp* prevista por *Facebook* para este mismo año —y por la que se permitiría la combinación de datos acerca del mismo usuario recabados a través de los dos servicios— sean operativos en Europa.²⁵⁴ En consecuencia, *Whatsapp* se vio obligado a anunciar que estos cambios no afectarían a los usuarios de la UE.²⁵⁵ Como vemos, las diferencias en el marco legislativo generan distintos estándares de protección de los consumidores según su país de residencia. No es de extrañar que China o Brasil hayan congelado la operatividad de los términos y condiciones ante los riesgos que plantean sobre la privacidad de los consumidores y el afianzamiento de la posición dominante de *Facebook*.²⁵⁶

5. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE “LEY DE MERCADOS DIGITALES” DE LA COMISIÓN EUROPEA

En los epígrafes anteriores hemos repasado brevemente ciertos rasgos definitorios de los mercados digitales, para identificar las dificultades que estos producen para la aplicación de las herramientas tradicionales del Derecho de la competencia. Como sabemos, estas limitaciones metodológicas han suscitado una reacción global, manifestada en una oleada de

²⁵³ ENNIS, S. y FLETCHER, A. (2020): “Developing international perspectives...”, *cit.*, p. 13.

²⁵⁴ SINGH, S. (2021): “WhatsApp to move ahead with controversial "take it or leave it" privacy policy update despite India's strong stand against it”. *The Financial Express*. Disponible en: <https://www.financialexpress.com/industry/technology/whatsapp-to-move-ahead-with-controversial-takeit-or-leave-it-privacy-policy-update-despite-indias-strong-stand-against-it/2197881/> [consulta: 12-04-2021]

²⁵⁵ THE IRISH TIMES (2021): “WhatsApp says European users do not have to share data with Facebook”. *The Irish Times*. Disponible en <https://www.irishtimes.com/business/technology/whatsapp-says-european-users-do-not-have-to-share-data-with-facebook-1.4452435> [consulta: 12-04-2021].

²⁵⁶ EL PAÍS (2021): “Brasil e India encabezan la rebelión global contra las nuevas condiciones de WhatsApp”. *El País*. Disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2021-05-15/rebelion-global-contra-el-dominio-de-whatsapp.html> [consulta:16-06-2021].

informes y propuestas de reforma que abordan las deficiencias del Derecho *antitrust* desde distintas perspectivas y con distintos niveles de intervención.

La Propuesta de Bruselas de “Ley de Mercados Digitales” constituye, junto con la Propuesta de “Ley de Servicios Digitales”, la más reciente apuesta de la Unión Europea frente a los desafíos que representan los mercados digitales. Ambas Propuestas aspiran a establecer un entorno digital más seguro y abierto a través de un marco legislativo uniforme para todo el territorio de la UE, si bien cada una de ellas persigue objetivos específicos diferenciados.

La DSA actualiza las “normas horizontales que definen las responsabilidades y obligaciones de los prestadores de servicios digitales”²⁵⁸ en la obsoleta Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico, con el objetivo de “crear un entorno en línea seguro, predecible y confiable”²⁵⁹ donde se garanticen los derechos fundamentales de los consumidores.

La Ley de Mercados Digitales establece un marco regulatorio específico para aquellas plataformas que reúnen la condición de guardián de acceso conforme a sus disposiciones, con el objetivo de fomentar unos mercados disputables y equitativos.

A continuación, estudiaremos los aspectos más relevantes y conflictivos de esta Propuesta, para facilitar su comprensión, subrayar sus limitaciones y proponer algunas recomendaciones.

5.1. Naturaleza jurídica.

La primera duda que nos surge al examinar más de cerca la DMA es cuál es su naturaleza jurídica, cómo podemos categorizar esta propuesta legislativa.

¿Estamos ante una nueva herramienta al servicio del Derecho de la competencia o ante un marco regulatorio al estilo de los existentes en otros sectores económicos estratégicos, como el transporte o las telecomunicaciones?

5.1.1. Derecho de la competencia vs marco regulatorio *ex ante*.

Podemos concluir con certeza que la Propuesta es ajena al Derecho de la competencia por varias razones. Para comenzar, la Comisión Europea escoge como base jurídica en la redacción de la DMA el art. 114 TFUE,²⁶⁰ que permite la adopción de medidas “que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”; en lugar del art. 103

²⁵⁸ DSA, p. 1.

²⁵⁹ *Ibid*, artículo 1.2.b).

²⁶⁰ DMA, p. 5.

TFUE, que permite la adopción de legislación que facilite la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE. Como sabemos, estos dos últimos artículos son el fundamento del Derecho de la competencia en la UE, constituyendo su reconocimiento jurídico al más alto nivel, en los tratados originarios. Por lo tanto, el hecho de este art. 103 no haya sido escogido como base jurídica es un hecho sintomático del deseo de distinguir esta regulación del Derecho de la competencia europeo.

En cualquier caso, la base jurídica empleada no es ni mucho menos el único indicador de esta separación. Precisamente, la Propuesta nace con el afán de superar los obstáculos que impedían a las autoridades actuar con eficacia frente a los abusos acaecidos en los mercados digitales empleando el Derecho de la competencia. En este sentido, encontramos una serie de características que aproximan el Reglamento al régimen regulatorio *ex ante* que encontramos en otros sectores económicos estratégicos.

La Comisión Europea expresa de manera explícita la bifurcación entre una y otra, con las siguientes palabras:

“El presente Reglamento persigue un objetivo complementario, pero diferente al de proteger la competencia no falseada en un mercado determinado, tal como se define en el Derecho de la competencia, que es el de garantizar que los mercados donde haya guardianes de acceso sean y sigan siendo disputables y equitativos”.²⁶¹

Como vemos, la diferencia radica ya en el interés jurídico salvaguardado por una y otra. Mientras que el Derecho de la competencia persigue una competencia no distorsionada en los mercados, progresivamente identificado con el “bienestar del consumidor” más que con una estructura atomista del mercado; la DMA persigue la disputabilidad y equidad de los mismos. Trataremos de dilucidar el significado de estos conceptos desconocidos para el Derecho de la competencia más adelante.²⁶²

Estas diferencias justifican, a su vez, el distinto momento de intervención de cada uno de ellos con respecto a la conducta o práctica presuntamente anticompetitiva o desleal.

El Derecho de la competencia actuará necesariamente con carácter *ex post*, toda vez que se acredite una conducta anticompetitiva contraria a los artículos 101 o 102 TFUE que no puede justificarse en motivos de eficiencia. Esta intervención *a posteriori* no parece lo más recomendable en mercados dinámicos, innovadores y cambiantes; donde además existen

²⁶¹ DMA, considerando 10.

²⁶² Véase epígrafe 5.3.

fueres efectos de *tipping*. Una vez el mercado se haya balanceado en favor de una empresa, su posición dominante será difícilmente reversible por los competidores. El carácter personalizado de cada uno de estos procedimientos —exigiendo una investigación caso por caso, lenta y farragosa; e imponiendo remedios que poco hacen por restaurar la competencia en los mercados— ensancha la magnitud del problema.

La DMA impone una serie de obligaciones de comportamiento *ex ante* a determinadas plataformas dominantes en los mercados digitales, para garantizar unas condiciones de acceso equitativas y fomentar una mayor competencia en estos mercados. El objetivo de este régimen es moldear el comportamiento de las firmas antes de que el daño ocurra y sea prácticamente irreversible. Esta serie de obligaciones fuerzan a los gigantes de la economía digital a abrir los mercados a la competencia, abordando los dos factores que subyacen bajo la excesiva concentración de los mercados digitales: las elevadas barreras de entrada y las prácticas anticompetitivas.²⁶³

Todo ello permite salvar varios de los obstáculos que plantea una investigación *antitrust* conforme al art. 102 TFUE. Como sabemos, este análisis se sustenta sobre la definición del mercado relevante y la dominancia en un mercado. Puesto que la dominancia no es ilegal en sí misma, ha de acreditarse una explotación abusiva de la misma, a través de un balance de efectos procompetitivos y anticompetitivos. Es decir, los efectos anticompetitivos actuales o potenciales de la conducta deben superar las eficiencias o efectos procompetitivos alegados por la firma dominante.

La DMA simplifica este proceso en distintos sentidos.

En primer lugar, libera a las autoridades de la carga de definir el mercado relevante (pues impone obligaciones genéricas sobre los mercados digitales incluidos en su ámbito de aplicación objetivo) y de acreditar la dominancia. Es más, la Propuesta dispone expresamente que los guardianes de acceso “no son necesariamente dominantes en términos de Derecho de la competencia”.²⁶⁴

En segundo lugar, exime de la necesidad de acreditar efectos anticompetitivos, pues este conjunto de obligaciones se impondrá con independencia de los efectos actuales o potenciales que pueda tener sobre la competencia en un mercado definido.²⁶⁵ Ello permite

²⁶³ ANDERSON, J. y MARINIELLO M. (2021): “Regulating big tech: the Digital Markets Act”. *Bruegel Blog*. Disponible en <https://www.bruegel.org/2021/02/regulating-big-tech-the-digital-markets-act/> [consulta: 15-05-2021].

²⁶⁴ DMA, p. 17.

²⁶⁵ DMA, p. 18.

captar y corregir prácticas que no quedarían reflejadas en el art. 102 TFUE como, por ejemplo, la tendencia del consumidor a mantenerse fiel al servicio preinstalado por defecto en un dispositivo.²⁶⁶

En tercer lugar, invierte la carga de la intervención: no corresponde a las autoridades de la competencia establecer una infracción y definir un remedio para contrarrestarla, sino que corresponde a los guardianes de acceso justificar cómo van a cumplir de manera eficaz con las obligaciones y prohibiciones establecidas en la legislación.²⁶⁷

En definitiva, la DMA acelera la intervención de las autoridades en los mercados digitales, libera de aquellas cargas que imposibilitaban la persecución de muchas de las conductas y presenta un alcance más amplio, exigiendo de forma continuada a todos los guardianes de acceso una serie de obligaciones de conducta.²⁶⁸

Con todo, la intervención *ex ante* tampoco está exenta de crítica. Los marcos regulatorios suelen ser rígidos e imprecisos, pudiendo conducir a una aplicación excesiva (en cuanto un comportamiento aparentemente anticompetitivo puede estar justificado en sus beneficios para el consumidor) o insuficiente; en función de los parámetros fijados para su actuación. Además, la reglamentación *ex ante* exige una revisión constante para adaptarse a las circunstancias de los mercados, evitar pérdidas de eficiencia y abarcar fallos de mercado no previstos en el momento de la legislación.²⁶⁹

La Evaluación de Impacto que acompaña a la DMA identifica varias formas de acercarse a un marco regulatorio *ex ante* según su grado de intervención en los mercados, tanto en relación a los umbrales que activan la intervención (la designación de guardianes de acceso) como en relación a la profundidad de la intervención en sí misma.²⁷⁰

Concretamente, se diferencian las siguientes posibilidades:

- Un marco de regulación no dinámico, bajo el que todos los aspectos de la legislación serán autoejecutables en la medida de lo posible. Ello se traduce en criterios exclusivamente cuantitativos de designación de los guardianes de acceso y una lista

²⁶⁶ ANDERSON, J. y MARINIELLO M. (2021): “Regulating big tech: ...”, *cit.*

²⁶⁷ MADIEGA, T. (2021): “Digital Markets Act”. Parlamento Europeo. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRS_BRI\(2021\)690589_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRS_BRI(2021)690589_EN.pdf) [consulta: 15-06-2021], p.4.

²⁶⁸ ANDERSON, J. y MARINIELLO M. (2021): “Regulating big tech: ...”, *cit.*

²⁶⁹ LEE-MAKIYAMA, H. Y NARAYANAN B. (2020): “Economic Costs of Ex Ante Regulations”. *ECIPE occasional paper 07/2020*.

²⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA (2020): *Digital Markets Act Impact Assessment support study: Executive Summary and Synthesis Report*. Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo, p. 22.

de obligaciones y prohibiciones claramente delimitada, no susceptible de posterior especificación.

- Un marco de regulación completamente dinámico implica una especificación caso por caso de todas las medidas diseñadas por la legislación, de tal manera que los guardianes de acceso se determinarán en base a criterios exclusivamente cualitativos y la lista de obligaciones y prohibiciones estará sujeta a posterior elaboración.
- Un marco de regulación semidinámico es un híbrido entre los dos anteriores, combinando medidas de aplicabilidad inmediata con medidas susceptibles de posterior especificación.

La Evaluación de Impacto contrasta las ventajas y carencias de cada uno de estos sistemas, para identificar la solución que maximice la eficiencia del marco regulatorio *ex ante*. Un marco no dinámico presenta ciertas ventajas, como mayor seguridad jurídica, facilidad en su implementación y administración, pues consiste en una aplicación directa de las reglas sin la intermediación subjetiva de ninguna autoridad. Sin embargo, presenta las deficiencias que hemos resaltado en los marcos regulatorios estereotípicos: es excesivamente rígido, y puede conducir a una excesiva o insuficiente aplicación.

Por el contrario, el marco regulatorio completamente dinámico ofrece una mayor adecuación a la realidad de los mercados, ofreciendo soluciones personalizadas caso por caso; si bien compartiría con el Derecho de la competencia las mismas deficiencias de las que se pretende rehuir: incertidumbre, retrasos, subjetividad, etc.

Por tanto, la opción más apropiada será un marco regulatorio semidinámico, que se alimente de las ventajas de los dos sistemas y minimice sus deficiencias, alcanzando un equilibrio óptimo entre flexibilidad y exigibilidad. Gracias al mecanismo de las investigaciones de mercado que estudiaremos más adelante, la DMA podrá evolucionar conforme a los mercados y adaptarse a modelos de negocio individuales y particularizados.²⁷¹

En todo caso, la aplicación de la DMA no excluye al Derecho de la competencia. Al contrario, dados sus distintos momentos de intervención, se fomenta la complementariedad entre ambos regímenes. Cosa distinta es cómo se articulará esta complementariedad en la práctica.²⁷²

²⁷¹ ANDERSON, J. y MARINIELLO M. (2021): “Regulating big tech: ...”, *cit.*

²⁷² Algunos advierten la necesidad de esclarecer cómo operará la relación entre ambos regímenes. Véase FRIENDS OF AN EFFECTIVE DMA (2021): *Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement*. Disponible en <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2021/05/27/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement> [consulta: 11-06-2021].

5.1.2. Modelos regulatorios.

El régimen de intervención *ex ante* que acabamos de exponer podría pretender convertir al sector digital en un mercado regulado al estilo de otros sectores estratégicos como las telecomunicaciones, los mercados financieros o el transporte ferroviario.

Cabría suponer que el régimen encuentra su precedente en el reciente Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas,²⁷³ que faculta a la Comisión Europea para la implementación de medidas *ex ante* en dicho sector económico para fomentar la competencia en determinadas circunstancias. Así, el art. 5 de dicho Código llama a las autoridades competentes a reglamentar *ex ante* el mercado, incluyendo “la imposición de obligaciones de acceso e interconexión”.

No obstante, este Código se inscribe en un contexto de regulación completamente dinámico, que se opone al carácter semidinámico de la DMA.²⁷⁴ Este matiz se manifiesta en diferencias trascendentales entre ambos regímenes.

En primer lugar, el Código de Comunicaciones Electrónicas persigue el mismo objetivo que el Derecho de la competencia —esto es, un marco de competencia no distorsionado— por contraposición al objetivo de mercados disputables y equitativos de la DMA.²⁷⁵

El Código comparte otros rasgos con el Derecho de la competencia que no se observan en la DMA. De hecho, el punto de partida para la intervención es la “identificación de mercados susceptibles de regulación *ex ante*”,²⁷⁶ lo que exige la satisfacción de tres requisitos establecidos en el art. 67: barreras de entrada, ausencia de competencia efectiva e insuficiencia del Derecho de la competencia para abordar las deficiencias detectadas. Según especifica el propio Código, “el análisis de la competencia efectiva (...) se rige por el Derecho de la competencia”.²⁷⁷

Asimismo, la intervención se referirá exclusivamente a empresas poseedoras de peso significativo en el mercado, correspondiéndose esta definición con el concepto de posición dominante desarrollado por el TJUE en el ámbito del Derecho de la competencia.²⁷⁸

²⁷³ Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

²⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA (2020): *Digital Markets Act Impact Assessment support study...cit.*, p. 25.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, considerando 169.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ *Ibid.*, considerando 161.

Finalmente, el Código fomenta la “transición gradual hacia mercados desregulados”,²⁷⁹ reduciendo progresivamente la reglamentación *ex ante* “para conseguir, en último término, que las comunicaciones electrónicas se rijan tan solo por el Derecho de la competencia”.²⁸⁰

Puesto que la DMA carece de todas estas características, las similitudes entre ambos regímenes regulatorios son más bien superficiales.²⁸¹

Por su parte, Nicolas Petit discute la efectividad de las tres categorías básicas de regulación que podrían aplicarse en los mercados digitales: regulación de servicios públicos, regulación de la distribución minorista y protección del consumidor.²⁸²

La regulación de los servicios públicos pretende abrir a la competencia mercados con tendencia a configurarse como monopolios naturales. Ello se consigue, fundamentalmente, a través de deberes de acceso obligatorios sobre la base de la doctrina de las infraestructuras esenciales. En el ámbito digital —entendiendo que las grandes bases de datos constituyen una infraestructura esencial— nos encontraríamos con deberes de compartir bases de datos; así como garantizar la portabilidad y la interoperabilidad de los datos.²⁸³

La regulación de la distribución minorista tiene por finalidad la protección de las PYMES frente a las grandes empresas, e implica restricciones en franjas horarias, precios, rebajas y descuentos, distribución geográfica, etc.²⁸⁴ Ello se consigue imponiendo deberes de no discriminación y obligaciones de *must-carry* a aquellas firmas que manifiesten un superior poder de negociación.²⁸⁵ En el ámbito digital, las plataformas dominantes ostentan presumiblemente un superior poder de negociación, y estarían sujetos, en consecuencia, a una serie de deberes de no discriminación.

La protección del consumidor pretende, igualmente, defender al consumidor como parte débil de la relación de consumo. Para reequilibrar la posición de las partes en esta relación, se garantizan una serie de derechos al consumidor²⁸⁶ (por ejemplo, el derecho al desistimiento en determinadas circunstancias), fomentando la transparencia e información y luchando contra prácticas fraudulentas, publicidad engañosa o marketing agresivo.

²⁷⁹ *Ibid*, considerando 170.

²⁸⁰ *Ibid*, considerando 29.

²⁸¹ IBÁÑEZ, P (2020): “The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis”. SSRN. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276, p. 24.

²⁸² PETIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the Monigopoly Scenario...cit.*, p. 252.

²⁸³ *Ibid*, p. 253.

²⁸⁴ *Ibid*, p. 254.

²⁸⁵ *Ibid*.

²⁸⁶ *Ibid*, p. 255.

En el entorno digital, una de las manifestaciones de la protección del consumidor es la normativa de protección de datos. En este sentido, el reciente RGPD introduce una serie de derechos en favor del usuario, como el derecho a la portabilidad de los datos, el derecho al olvido o el derecho a oponerse a la toma de una decisión basada en el tratamiento automatizado de datos, requiriendo en su lugar la intervención humana, en determinadas circunstancias.

La DMA es un instrumento *sui generis* que absorbe rasgos propios de los modelos que acabamos de esbozar en distintas proporciones.

Si bien no puede calificarse como un instrumento de protección del consumidor, sí refuerza las disposiciones de otras herramientas primordialmente enfocadas en esta finalidad. Precisamente, la DMA subraya su capacidad para complementar y reforzar al RGPD.²⁸⁷ A tal fin, esclarece e intensifica algunas de sus disposiciones, como observamos en relación al deber de garantizar una portabilidad de datos efectiva del artículo 6.h). No obstante, la portabilidad de datos está dirigida, en última instancia, a favorecer a los verdaderos beneficiarios de esta legislación, esto es, competidores y usuarios profesionales. Y es que la portabilidad, al favorecer la multiconexión y reducir los costes de cambio para los usuarios, disminuye las barreras de entrada a los mercados digitales para los competidores.

Asimismo, la Propuesta contiene deberes de no discriminación en favor de competidores y usuarios profesionales dependientes de la plataforma al estilo de una regulación de distribución minorista. Un ejemplo de ello es la prohibición de autopreferencia en un ranking o clasificación del artículo 6.d).

Por otro lado, la DMA contiene distintos deberes de acceso a los datos generados o proporcionados por usuarios profesionales o finales en el contexto de la plataforma dominante en los artículos 6.i) y 6.j), lo que nos puede recordar a la regulación de los servicios públicos tal como acabamos de ver.

No obstante, las infraestructuras o redes digitales presentan una serie de rasgos propios que las distinguen de las infraestructuras públicas tradicionales. Mientras que estas últimas proporcionan un servicio estandarizado para todos los usuarios, las redes digitales proporcionan un servicio diferente para cada lado de la demanda (pues actúan en mercados de doble cara) y una experiencia particularizada para cada uno de sus usuarios. Además, ambos tipos de infraestructuras se diferencian por las barreras de entrada y costes fijos que

²⁸⁷ DMA, p. 4.

requiere su constitución. Si bien es cierto que algunos servicios digitales exigen una elevada inversión inicial (como, por ejemplo, la construcción de un buscador de internet exitoso), no todos ellos tendrían por qué requerir un desembolso de semejante intensidad (por ejemplo, las redes sociales).

En cualquier caso, Cristina Caffarra y Fiona Scott Morton distinguen esta Propuesta legislativa de la regulación estereotípica de los monopolios de infraestructuras de uso público, subrayando que su finalidad esencial no es tanto controlar el poder de estos monopolios como establecer obligaciones y prohibiciones de comportamiento que tengan el efecto de favorecer la entrada de competidores en mercados altamente concentrados.²⁸⁸

Ambas autoras califican a este instrumento como una “regulación procompetitiva”, que actúa sobre las barreras de entrada naturales y artificiales para crear un marco de competitividad en los mercados digitales²⁸⁹ que, en último término, redunde en beneficios para el consumidor (cuyo bienestar es la meta fundamental del Derecho de la competencia europeo y norteamericano a día de hoy).

5.2. Ámbito de aplicación.

5.2.1. Ámbito de aplicación subjetivo.

La DMA no alcanza a cualquier proveedor de servicios de plataforma básicos; sino tan solo a aquellos que reúnan la condición de “guardianes de acceso” de acuerdo al proceso de designación expuesto en su articulado. Aquí reside una de las diferencias con su hermana melliza, pues la DSA será de aplicación a todos los servicios digitales de intermediación, si bien es cierto que las plataformas más grandes estarán sujetas a una serie de obligaciones reforzadas.²⁹⁰

La DSA pretende establecer un marco de responsabilidad y transparencia de aplicación a todos los intermediarios, con la intención de reforzar los mecanismos para el control del contenido ilegal y garantizar la protección efectiva de los derechos de los consumidores *online*.²⁹¹ Es decir, se trata de un instrumento fundamentalmente dirigido a la protección de los consumidores o usuarios, como pueden ser en sus respectivos ámbitos el RGPD o la

²⁸⁸ CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act...”, *cit.*

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ COMISIÓN EUROPEA (2020): “The Digital Services Act: ensuring a safe and accountable online environment”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en [consulta: 04-06-2021].

²⁹¹ *Ibid.*

Directiva 2005/29/CE de prácticas desleales con consumidores.²⁹² Todos estos instrumentos se ven imbuidos de una cierta neutralidad en el tratamiento de los sujetos activos de sus obligaciones, en beneficio último del consumidor o usuario.

La DMA, en cambio, parte de otros presupuestos. A la protección del consumidor —de forma más bien indirecta, como usuario final— se superpone la protección a las pequeñas empresas que interactúan de alguna forma con las grandes plataformas y que se encuentran en una posición de debilidad respecto de ellas —tanto usuarios profesionales como competidores o proveedores de servicios complementarios—. La DMA está diseñada para contrarrestar el desequilibrio entre las grandes plataformas digitales y estos pequeños empresarios; pues las primeras tenderán a hacer uso de su superior poder de negociación para constituirse en “reguladores privados” e imponer sus propios términos y condiciones en los mercados en que operan.²⁹³ De ahí que la DMA carezca de esta neutralidad hacia los proveedores de servicios digitales y pueda dirigirse exclusivamente a aquellos operadores que puedan hacer uso de este poder.

Este tratamiento diferenciado implica que los costes de adecuación e implementación de las obligaciones impuestas por este instrumento recaerán exclusivamente sobre los grandes proveedores de servicios digitales, que presumiblemente gozarán de mayores recursos económicos y técnicos para hacer frente a las obligaciones que las PYMES. Ello exime a la DMA de la crítica que han suscitado otros instrumentos jurídicos como el RGPD, cuyas disposiciones pueden convertirse en cargas —y en su caso, sanciones por incumplimiento— inasumibles por muchas pequeñas empresas,²⁹⁴ lo cual amplificaría la brecha entre los grandes y pequeños operadores.

Despejada esta cuestión introductoria, pasaremos a precisar qué cabe entender por “guardián de acceso” a efectos de la DMA. La Propuesta no es de gran ayuda a este respecto; limitándose a describir el proceso por el que una plataforma puede llegar a ostentar tal designación. Por ello, no hay más remedio que acudir a las definiciones que ha proporcionado la doctrina *antitrust* y la propia Comisión Europea.

²⁹² Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

²⁹³ COMISIÓN EUROPEA (2021): “The Digital Services Act package”. *Comisión Europea*. Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package> [consulta: 04-06-2021].

²⁹⁴ Véase, por ejemplo: SIRUR, S.; NURSE, J. y WEBB, H. (2018): “Are we there yet? Understanding the challenges faced in complying with the General Data Protection Regulation (GDPR)”. *MPS '18: Proceedings of the 2nd International Workshop on Multimedia Privacy and Security*, p. 94 o ROSSI, B. (2015): “77% of UK businesses say EU’s new data law is a financial burden”. *Information Age*. Disponible en: <http://www.information-age.com/77-uk-businesses-say-eus-new-data-law-financial-burden-123460254/> [consulta: 03-06-2021].

Todas ellas coinciden en que los guardianes de acceso son intermediarios que actúan como cuellos de botella entre proveedores y consumidores de servicios digitales; es decir, agregan —en el contexto de mercados de doble cara— a un significativo número de participantes que no son alcanzables de otra manera para el otro lado de la demanda.²⁹⁵ Algunos hacen hincapié en los resultados de este control de acceso, como la posibilidad de imponer reglas y actuar de manera independiente;²⁹⁶ mientras la Comisión, llevando la definición al terreno de la UE, resalta el “rol sistémico en el mercado interior”²⁹⁷ que deben desempeñar estas plataformas.

De todos modos, la denominación de guardián de acceso es, en sí misma, suficientemente expresiva de la realidad que describe: una firma controla los dos lados interdependientes de la demanda en un mercado de doble cara, cada uno de ellos necesita a la plataforma para acceder al otro lado y esta última decide los términos de acceso.

Esta definición abstracta se concreta en tres criterios objetivos que ha de cumplir toda compañía, enumerados en el art. 3.1 de la Propuesta:

- La plataforma “opera una puerta de acceso importante hacia clientes”,²⁹⁸ esto es, dispone de un gran poder de intermediación entre usuarios profesionales y finales.
- El proveedor del servicio tiene una “repercusión significativa en el mercado interior”.²⁹⁹
- El proveedor disfruta “posición afianzada y duradera en sus operaciones o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo”,³⁰⁰ lo que se traduce en estabilidad a lo largo del tiempo.

Cada uno de estos criterios se materializa en los correspondientes umbrales cuantitativos desplegados en el art. 3.2:

- Una plataforma constituirá una puerta de acceso importante en la medida en que una cifra significativa de usuarios profesionales dependa de ella para alcanzar a una cifra significativa de usuarios finales. Estas cifras se establecerán por relación a la población de la UE, para los usuarios finales; y a la población de empresas que

²⁹⁵ Véase COMISIÓN EUROPEA (2021): “The Digital Services Act package”...*cit.* o CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act...”, *cit.*

²⁹⁶ CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act...”, *cit.*

²⁹⁷ COMISIÓN EUROPEA (2021): “The Digital Services Act package”. *Comisión Europea...*, *cit.*

²⁹⁸ DMA, p. 2 y art. 3.1.b).

²⁹⁹ DMA, art. 3.1.a).

³⁰⁰ DMA, art. 3.1.c).

emplean este tipo de plataformas, para los usuarios profesionales.³⁰¹ Así, este requisito se presumirá cumplido cuando la plataforma disponga de 45.000.000 usuarios finales activos mensuales y 10.000 usuarios profesionales en el último ejercicio, ambos establecidos en el territorio de la UE.³⁰²

- El impacto significativo en el mercado interior se presumirá a partir de dos indicios. Por un lado, la prestación del servicio en al menos tres Estados miembros de la UE.³⁰³ Por otro lado, un volumen de negocios anual a lo largo de los tres últimos ejercicios o una capitalización bursátil de la empresa en el último ejercicio (o valor justo de mercado equivalente, para aquellas empresas que no cotizan en Bolsa) no inferior a los 6.500 millones de euros.³⁰⁴ La Propuesta subraya el interés del criterio de la capitalización bursátil como alternativa al volumen de negocios, pues permitirá captar la posición de proveedores que todavía generen una cifra de negocio poco significativa.³⁰⁵
- Por último, un proveedor dispone de una posición afianzada y duradera cuando la disputabilidad de la misma sea considerablemente reducida,³⁰⁶ lo cual se presumirá siempre que se hayan cumplido los dos umbrales previos en los tres ejercicios económicos inmediatamente anteriores.³⁰⁷

De conformidad con lo anterior, la designación de guardianes de acceso puede tener lugar a través de dos vías:

- Designación automática, toda vez que la plataforma alcance los tres umbrales del art. 3.2. La designación conforme a esta vía es una presunción *iuris tantum*, que podrá ser desvirtuada cuando existan “argumentos suficientemente fundamentados” para entender que no se reúnen los criterios objetivos exigidos. Por contraste con la prueba de dominancia en el caso de abuso del art. 102 TFUE, la carga de la prueba recaerá sobre el presunto guardián de acceso, quien además no podrá alegar la eficiencia económica para justificar su posición.³⁰⁸
- Designación caso por caso, a través de una investigación de mercado incoada por la Comisión, para aquellos proveedores que no reúnan los umbrales cuantitativos del

³⁰¹ DMA, considerando 20.

³⁰² DMA, art. 3.2.b).

³⁰³ DMA, art. 3.2.a).

³⁰⁴ DMA, art. 3.2.a).

³⁰⁵ DMA, considerando 17.

³⁰⁶ DMA, considerando 21.

³⁰⁷ DMA, art. 3.2.c).

³⁰⁸ DMA, considerando 23.

art. 3.2, pero sí los criterios objetivos del art. 3.1.³⁰⁹ Para esta designación, la Comisión se valdrá de una serie de indicios como cifra de negocios, capitalización bursátil o de usuarios profesionales y finales; barreras de entrada; economías de escala y de alcance; efecto *lock in* de los usuarios; etc.³¹⁰

Esta doble vía de designación es acorde al carácter semidinámico de la regulación, al que ya hemos hecho referencia. La combinación de criterios cuantitativos y cualitativos en la designación de guardianes de acceso está orientada a mantener un gran nivel de seguridad jurídica sin excluir un cierto nivel de flexibilidad. Un mayor grado de flexibilidad viene dado por el procedimiento de revisión periódica que la Comisión encauzará al menos cada dos años para mantener actualizada la lista de guardianes de acceso, excluyendo o incorporando a quien considere necesario.³¹¹

Asimismo, la Comisión dispone de la facultad de “adoptar actos delegados” para especificar la metodología que empleará en la medición de los umbrales cuantitativos y “ajustarla periódicamente a la evolución del mercado y de la tecnología”.³¹² Previsiblemente, la Comisión adoptará comunicaciones, directrices y otros instrumentos paralelos a los ya existentes en desarrollo de los arts. 101 y 102 TFUE en el ámbito del Derecho de la competencia. La adopción de estos documentos aclaratorios parece de vital importancia, teniendo en cuenta que estamos ante un proceso de designación sin precedentes, que se separa por completo del examen de dominancia del Derecho de la competencia (examen que sí se ha mantenido, en cambio, en el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas).

Cabe matizar que la designación de guardián de acceso no se aplica a toda una firma, sino únicamente a la línea de negocio en la cual el proveedor desempeña este rol de intermediario esencial. Ello cobra sentido dado que la mayoría de los proveedores que reúnen la condición de guardianes de acceso operan en el contexto de ecosistemas creados alrededor de su servicio principal. Por ejemplo, dentro de su amplio ecosistema, *Google* podría ser un guardián de acceso en relación a su buscador de internet (*Google Search*), pero no en relación a sus servicios de computación en la nube (*Google Cloud*).

Por último, la Propuesta no se olvida de aquellos proveedores que, sin disponer de una posición afianzada y duradera en el presente, puedan alcanzarla en un futuro relativamente próximo. Sobre estos proveedores se impondrá un “subconjunto específico de normas”

³⁰⁹ DMA, art. 3.6.

³¹⁰ DMA, art. 3.6.

³¹¹ DMA, art. 4.

³¹² DMA, art. 3.5.

indispensables para evitar que, debido a las características propias de los mercados digitales, “logren un vuelco del mercado a su favor”;³¹³ pues una vez este se produzca, la situación será prácticamente irreversible. Las medidas exigidas a estos operadores serán proporcionadas y necesarias e incluirán, mayoritariamente, la prohibición del apalancamiento desleal u obligaciones de multiconexión o conmutación.³¹⁴

Visto todo este entramado desde un punto de vista teórico, ¿A quiénes afectarán estos umbrales en la práctica? Como es evidente, todos los componentes del acrónimo GAFAM reunirán la condición de guardianes de acceso en relación a sus negocios principales. De hecho, muchos han declarado que esta Propuesta parece diseñada a medida para estas cinco compañías digitales, introduciendo criterios de designación que todas ellas puedan alcanzar y obligaciones que parecen específicamente dirigidas a proscribir sus actuaciones. Algunos de ellos también ostentarán esta condición en relación a otras de sus líneas de negocio complementarias o menos exploradas, como es el caso probable de *Amazon Web Services* u *Oracle* de *Facebook*. Algunas grandes firmas de la economía digital como *Netflix*, *Expedia*, *Zoom* o *Twitter* no reunirían los umbrales cuantitativos; mientras que otras más como *Booking*, *Spotify* o *Uber* reunirían solo parte de ellos.³¹⁵ La designación de todas estas firmas dependería de la interpretación que la Comisión esté dispuesta a realizar de los criterios objetivos en sus investigaciones de mercado.

Cristina Caffarra y Fiona Scott Morton han llamado la atención sobre ciertas debilidades de este proceso de designación. En primer lugar, consideran que la separación de la designación de los guardianes de acceso respecto de las conductas en que participan resulta artificial.³¹⁶ Precisamente, un análisis de estas conductas, de la posibilidad de incurrir en ellas y de sus impactos, facilita la identificación de guardianes de acceso en los servicios digitales concernidos.

En segundo lugar, la Propuesta ignora las implicaciones que los diferentes modelos de negocio de estos proveedores pueden tener sobre el proceso de designación. Los criterios objetivos aluden a una característica genérica de cualquier plataforma que opera en un mercado de doble cara; a saber, el concepto de intermediación. No obstante, a partir de unos rasgos comunes, cada plataforma se especializa adoptando un modelo de negocio particular. Diferentes modelos de negocio implican diferentes grados de obstaculización a la

³¹³ DMA, considerando 26.

³¹⁴ DMA, considerando 27.

³¹⁵ CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act...”, *cit.*

³¹⁶ *Ibid.*

multiconexión o desintermediación, elementos clave en la designación de los guardianes de acceso.³¹⁷ Cuanto más fácil sea practicar la multiconexión o utilizar canales alternativos para acceder a los mismos servicios, más débil será el poder de intermediación de la plataforma.

5.2.2. Ámbito de aplicación objetivo.

La economía digital, como sabemos, abarca una amplia variedad de sectores, entre los que cabría incluir sectores tradicionales que se han visto completamente alterados por las nuevas tecnologías.

La DMA no será de aplicación a todo sector digital, sino exclusivamente a los denominados “servicios de plataformas básicos”, entendiéndose por tales una serie de servicios digitales caracterizados por una alta concentración, dependencia de los usuarios profesionales respecto de unas pocas firmas que actúan como puertas de acceso y existencia de incentivos para estas de emplear su poder de manera indebida.³¹⁸

Entre estos se incluyen los servicios de intermediación en línea (mercados y tiendas de aplicaciones inclusive), motores de búsqueda en línea, redes sociales, servicios de plataformas de intercambio de vídeos, servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales independientes de la numeración, sistemas operativos, servicios en la nube y servicios de publicidad.³¹⁹

No obstante, la DMA parece olvidarse de algunos servicios digitales en los que sí podrían apreciarse una falta de disputabilidad semejante a la de los sectores mencionados, como es el caso de los navegadores de internet (como *Chrome* o *Safari*) o los asistentes de voz (como *Alexa* o *Siri*).

Los límites entre algunos de estos mercados son difusos; hemos realzado sucintamente algunos de las dificultades que supone la definición de mercados relevantes en el ámbito digital. Por ejemplo, la clave de la distinción entre las redes sociales y los medios de comunicación social (donde se incluyen las plataformas de intercambio de vídeos como *Youtube*) reside en el uso que de estas plataformas haga el usuario.³²⁰ Mientras las primeras estarían orientadas a facilitar la interacción entre personas que ya se conocen, las segundas

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ DMA, p. 6.

³¹⁹ DMA, p.2.

³²⁰ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 91.

están orientadas a la distribución y consumo de contenido.³²¹ Esta distinción concede un cierto margen de subjetividad a quien deba aplicarla.

No obstante, varios de estos mercados están indiscutiblemente liderados por una de las grandes compañías del acrónimo GAFAM:

- *Amazon* en el ámbito de los mercados en línea, con *Amazon Marketplace*.
- *Google* en el ámbito de los buscadores en línea, con *Google Search*.
- *Facebook* en el ámbito de las redes sociales, con *Facebook* e *Instagram*.
- *Apple* en el ámbito de las tiendas de aplicaciones con *Apple App Store* y sistemas operativos para móviles con *IOS*.³²²
- *Microsoft* en el ámbito de los sistemas operativos para PC, con *Microsoft Windows*.

Estas compañías ostentan, en sus respectivos mercados de origen, posiciones de dominio afianzadas y duraderas. *Facebook*, la más joven de todas ellas, vendría liderando el mercado de las redes sociales desde antes del 2012.³²³ Considerando el criterio de la OCDE —según el cual puede considerarse la existencia de verdaderos monopolios en un mercado digital cuando no se haya producido un “cambio de paradigma” en 5 años— es evidente que las posiciones de las compañías en estos mercados son prácticamente inexpugnables.

Algunos mercados se han configurado como duopolios repartidos entre firmas que operan sus respectivos segmentos de mercado sin interferencias por sus rivales. Es el caso del duopolio de *Google* y *Facebook* en la publicidad personalizada o de *Google* y *Apple* en los sistemas operativos y tiendas de aplicaciones para móviles.

A partir de sus mercados de origen —y beneficiándose de economías de alcance, efectos de red, etc— todas estas compañías han logrado extender su influencia hacia otros mercados complementarios o incluso completamente ajenos a su mercado principal.

Algunos de estos mercados, a los que las grandes firmas llegan persiguiendo estrategias de diversificación, permanecen todavía parcialmente inexplorados. No se ha producido en ellos un “vuelco” a favor de una o varias empresas, por lo que cabe esperar que la competencia en términos de innovación sea mucho más feroz en su seno. Ejemplos de estos mercados son

³²¹ *Ibid*, p. 91.

³²² No obstante, ya hemos reconocido en alguna otra parte de este trabajo que, en el mercado genérico de las tiendas de aplicaciones y sistemas operativos para móviles, *Apple* ostenta un duopolio compartido con *Google*. Por tanto, su dominio quedaría en realidad limitado a los sistemas operativos y tiendas de aplicaciones empleados por los dispositivos físicos de *Apple*; pues *Apple* no licencia su servicio a terceros ni permite la instalación de otro sistema operativo distinto de *IOS* en sus dispositivos.

³²³ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 139.

los asistentes de voz (donde tenemos, por ejemplo, *Alexa* de *Amazon*, *Siri* de *Apple* o el Asistente de *Google*), los servicios en la nube (con *Amazon Web Services*, *Microsoft Azure*, *Google Cloud Platform*), los coches autónomos, los sistemas de pago, etc.

Nicolas Petit entiende imprescindible distinguir aquellos mercados que se han volcado a favor de una o varias firmas dominantes respecto de aquellos en que no se ha producido este vuelco.³²⁴ En su opinión, los competidores no diseñan estrategias de entrada directa en mercados donde existe una posición dominante firme y duradera. Este tipo de actuaciones resultarían ineficientes tanto desde el punto de vista empresarial como social. En su lugar, las empresas prefieren estrategias de entrada indirecta a través de nichos de mercado o en mercados que no se hayan pronunciado a favor de una o un puñado de empresas.

Cualquier instrumento jurídico que pretenda abordar los problemas generados en el contexto de los mercados digitales ha de tener en mente esta distinción desde su concepción. Este hipotético instrumento debería focalizarse en los mercados donde ya se ha producido este vuelco, tratando de reducir las rentas monopolísticas de los operadores dominantes.³²⁵ Ello exigiría alterar la estructura de precios elegida por las plataformas en el contexto de los mercados de doble cara, buscando la reducción de su cuota de producción.

En cambio, el intervencionismo debería ser mínimo en los mercados donde no se ha producido un vuelco en favor de una o varias firmas.³²⁶ En pos de la competitividad, la innovación y la calidad, deberá favorecerse la entrada en estos mercados de todos los competidores, incluyendo la de los monopolistas en mercados digitales. El papel de cualquier legislación deberá ser residual, limitándose a prohibir la conducta de dichos monopolistas que tenga por objeto o efecto mantener o expandir sus rentas monopolísticas en mercados adyacentes.

5.3. Objetivos.

La DMA está construida alrededor de dos principios básicos: promover unos mercados disputables y equitativos.³²⁷ Nos encontramos ante conceptos desconocidos para el Derecho de la competencia, que no pueden definirse por relación a sus principios. Con estas palabras lo expresa el Parlamento Europeo:

³²⁴ PETIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the M oligopoly Scenario...cit.*

³²⁵ Véase PETIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the M oligopoly Scenario...cit.*, pp. 190-205.

³²⁶ Véase PETIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the M oligopoly Scenario...cit.*, pp. 209-213.

³²⁷ DMA, considerando 79.

“The DMA proposal departs from a classical competition policy approach. While antitrust law is primarily concerned with the protection of undistorted competition, ex-ante regulation embraces a different set of objectives (i.e. contestability and fairness) and entails a reversal of the burden of intervention since the approach no longer consists of assessing the behaviours of a company ex-post but rather in providing a precise definition of expected or prohibited behaviour up front”.³²⁸

La lectura atenta de la Propuesta de texto legislativo nos hace descubrir un tercer objetivo que sustenta la DMA, cual es evitar la fragmentación del mercado interior.

Estos son los tres grandes pilares sobre los que se fundamenta todo el entramado de la DMA, por lo que trataremos de concretar, uno por uno, su significado.

5.3.1. Mercados disputables.

Las características propias de los mercados digitales (economías de escala y alcance, costes de cambio, asimetrías de información, efectos de red, el rol del *big data*, etc) —reforzadas por las prácticas desleales y el pleno control de grandes ecosistemas por parte de los guardianes de acceso— conducen a un excesivo nivel de concentración en manos de unas pocas firmas. Otros operadores experimentarán grandes dificultades al intentar desafiar a estos gigantes o entrar en estos mercados, con independencia de lo innovadores o eficientes que sean. En otras palabras, las barreras de entrada detectadas en el sector digital producen fallos de mercado, que podrán tener consecuencias perjudiciales para los consumidores en término de precios, innovación o calidad.³²⁹

La disputabilidad va encaminada hacia la reducción o eliminación de estas barreras de entrada “naturales” o artificiales, para permitir que otros operadores del mercado puedan ejercer presión competitiva sobre los guardianes de acceso.³³⁰ En este sentido, la DMA surge como un instrumento regulatorio procompetitivo, que busca abordar estos fallos de mercado actuando sobre las barreras de entrada, en lugar de actuar sobre los precios o la calidad de los productos al estilo del clásico modelo de intervencionismo en los servicios públicos.³³¹

Ciertas obligaciones y prohibiciones de los arts. 5 y 6 están primordialmente orientadas a fomentar unos mercados más disputables. Ejemplos de las mismas pueden ser la portabilidad de los datos, el derecho de acceso a las bases de datos generadas por los usuarios en sus

³²⁸ MADIEGA, T. (2021): “Digital Markets Act”. Parlamento Europeo...*cit.*, p.4.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act...”, *cit.*

consultas al servicio básico de plataforma de un guardián de acceso por parte de proveedores de servicios de búsqueda competidores, la prohibición de prácticas de vinculación entre dos servicios de plataforma básicos pertenecientes al mismo ecosistema o la obligatoria desinstalación de servicios preinstalados por defecto en un dispositivo o *software*.

El *Centre on Regulation in Europe* (CERRE)³³² considera que este concepto de disputabilidad claramente limitado a los servicios de plataforma básicos omite dos dimensiones muy relevantes de esta: la desintermediación de la plataforma y la disputabilidad de los mercados adyacentes.³³³ Pese a estas deficiencias conceptuales, lo cierto es que en la práctica parte de las obligaciones y prohibiciones de los artículos 5 y 6 reflejan cierta preocupación hacia estos dos fenómenos. A modo de ejemplo, la prohibición de autopreferencia en un ranking o de la combinación de datos sin el consentimiento del usuario puede tener un efecto procompetitivo sobre los mercados adyacentes; mientras que la interoperabilidad o la posibilidad de descargar aplicaciones de terceros de fuentes ajenas a una tienda de aplicaciones autorizada (por ejemplo, a través del navegador de Internet) contribuirán a reducir las barreras de entrada a la desintermediación.³³⁴

La disputabilidad de los mercados parece muy próxima al objetivo del Derecho de la competencia, cual es conseguir un marco de competencia no falseado o no distorsionado para la Unión Europea. La Comisión concede que la DMA persigue un objetivo complementario, aunque diferenciado, de aquel que persiguen las normas de competencia.³³⁵ Precisamente, la DMA nace para superar las limitaciones del Derecho de la competencia el sector digital, para frenar aquellas conductas a las que este no puede llegar. Ello permite a la DMA prohibir conductas independientemente de sus efectos anticompetitivos y de cualquier justificación en motivos de eficiencia que puedan ser alegadas por los guardianes de acceso.

5.3.2. Mercados equitativos.

La equidad alude al establecimiento de un campo de juego equilibrado entre todos los participantes del mercado.³³⁷ En su momento, hicimos referencia a distintas esferas o niveles

³³² El CERRE se define a sí mismo como un “*think tank* europeo” especializado en investigación y formulación de propuestas para la mejora de la regulación de las industrias de red.

³³³ DE STREEL, A.; FEASEY, R., KRÄMER, J. y MONTI, G. (2021): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective*. CERRE Recommendations Paper, May 2021, p. 46.

³³⁴ DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, *cit.*, p. 47. No obstante, el CERRE argumenta que estas obligaciones y prohibiciones son más encuadrables en el objetivo de promover unos mercados equitativos.

³³⁵ DMA, considerando 10.

³³⁷ COMISIÓN EUROPEA (2021): “The Digital Services Act package”...*cit.*

en las que se produce la competencia en los mercados digitales.³³⁸ Mientras que la disputabilidad resulta de aplicación en el contexto de la competencia *entre* plataformas (interplataformas); la equidad resulta de aplicación en la competencia *en* la propia plataforma (intraplataforma).

Bajo este concepto se pretende reequilibrar las relaciones entre guardianes de acceso y usuarios profesionales dependientes de los mismos; restaurando el débil poder de negociación de estos últimos. Cabe matizar que los usuarios finales no serán los beneficiarios directos de las provisiones dirigidas a alcanzar unos mercados equitativos en la DMA; pues ello no corresponde a este instrumento jurídico, sino a la normativa de protección del consumidor. No obstante, sí serán los beneficiarios indirectos del reequilibrio de las posiciones entre usuarios profesionales y guardianes de acceso, pues ello redundará en mayor competencia en términos de precios, innovación, calidad de los productos y opciones del consumidor.³³⁹

El artículo 10.2.a) nos permite hacernos una idea de qué puede entenderse por mercado poco equitativo. Este artículo identifica la deslealtad de una práctica con la existencia de “un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los usuarios profesionales y los guardianes de acceso” que conceda a estos “una ventaja sobre los usuarios profesionales que sea desproporcionada en comparación con el servicio que prestan a los usuarios profesionales”.

Este desequilibrio deviene de la posición de intermediarios de los guardianes de acceso, que actúan como cuellos de botella entre usuarios profesionales y finales. Dicha posición privilegiada les permite imponer términos y condiciones injustos o arbitrarios sobre los usuarios profesionales. La DMA pretende identificar cuáles son estas prácticas desleales para restaurar la débil posición de los usuarios profesionales frente a sus contrapartes.

El CERRE considera que esta definición es útil pero no suficientemente específica, lo cual puede conducir a la prohibición de prácticas comerciales eficientes en el nombre de la deslealtad. En consecuencia, el CERRE propone circunscribir el concepto a la “equidad de las oportunidades comerciales”, y no a la equidad en el reparto del excedente resultante.³⁴⁰

A continuación, identifica cuatro ámbitos de intervención para garantizar oportunidades comerciales equitativas entre guardianes de acceso y usuarios profesionales dependientes:

³³⁸ Véase epígrafe 2.5.

³³⁹ DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, cit., p. 45.

³⁴⁰ DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, cit., p. 44.

derecho de acceder a canales alternativos de distribución, diferentes a la plataforma dominante; tratamiento equitativo entre servicios propios y servicios de terceros competidores que operan en la misma plataforma; transparencia en los términos y condiciones del servicio y derechos de reclamación a las autoridades públicas.³⁴¹

Podemos encontrar este tipo de provisiones repartidas en los artículos 5 y 6, y más concretamente, en las categorías que más adelante clasificaremos como términos contractuales restrictivos o desleales y obligaciones de transparencia con editores y anunciantes, además de ciertas obligaciones (en beneficio de usuarios profesionales) y prohibiciones (en perjuicio de las plataformas) en relación con el acceso a datos generados o proporcionados por los usuarios profesionales en el contexto de su actividad.

5.3.3. Mercado interior.

Uno de los objetivos específicos de la DMA es “mejorar la coherencia y la seguridad jurídica para preservar el mercado interior”.³⁴² Este objetivo ha de contribuir a la consecución de un mercado único digital, que igualmente redundará en beneficio de los consumidores.

La mayoría de los Estados miembros han observado con creciente preocupación la acumulación de poder por parte de los guardianes de acceso en los mercados digitales, como han plasmado en múltiples informes y recomendaciones. En algunos de ellos, esta preocupación se ha materializado en legislación que aborda a escala nacional los problemas generados por las plataformas.

La Comisión observa que, fruto de esta normativa nacional divergente, se está produciendo una fragmentación del mercado interior.³⁴³ Estas plataformas actúan a nivel transfronterizo —normalmente, diseñando modelos de negocio a nivel europeo—, de manera que estas iniciativas estatales crearán condiciones de competencia diferentes dentro de la propia Unión, imponiendo mayores cargas de adecuación a las grandes plataformas y disparidades en el trato recibido por los usuarios profesionales que dependen de ellas.³⁴⁴ Además, las diferencias nacionales generarán mayores dificultades a aquellos pequeños operadores que, deseando competir con los servicios de plataformas básicas, quieran actuar a nivel transfronterizo.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² DMA, p. 66.

³⁴³ DMA, p. 5.

³⁴⁴ DMA, considerando 7.

En consecuencia, es necesario adoptar un marco legal unitario para hacer frente a los problemas de la economía de las plataformas, garantizar una interpretación homogénea del mismo y frenar las intervenciones normativas nacionales.

Dicho marco legal unitario para el conjunto de la UE beneficiaría a todos los operadores del mercado y ayudaría a desbloquear el potencial del mercado único digital, contribuyendo a una mayor competitividad en precios, innovación, calidad y opciones para los consumidores. En este contexto se justifica la elección del reglamento como instrumento jurídico idóneo para la redacción de la DMA, pues sus disposiciones directamente aplicables dotarán de mayor uniformidad en esta área todo el territorio de la Unión.³⁴⁵

El afán unificador de la DMA se percibe también en el artículo 1.5, que impide a los Estados miembros imponer “a los guardianes de acceso obligaciones adicionales mediante leyes, reglamentos o medidas administrativas con el fin de garantizar unos mercados disputables y equitativos”.

Asimismo, con objeto de garantizar una interpretación uniforme de sus disposiciones, la aplicación, ejecución y supervisión de dicho instrumento ha de concentrarse en manos de la Comisión Europea. No obstante, las autoridades de algunos Estados miembros se han alzado contra este modelo plenamente centralizado, reivindicando un mayor protagonismo para las autoridades nacionales de la competencia, especialmente en lo que se refiere a la aplicación y actualización de la DMA.³⁴⁶

5.4. Obligaciones y prohibiciones.

5.4.1. Aspectos generales.

El capítulo III de la DMA contiene la lista de obligaciones y prohibiciones de comportamiento que se impone sobre los guardianes de acceso designados de acuerdo al artículo 3.

Esta lista de *dos* y *don'ts* pretende garantizar unos mercados disputables y equitativos, sin necesidad de probar los efectos anticompetitivos actuales o potenciales de la conducta de los operadores y con independencia de que “esa práctica sea contractual, comercial, técnica o de cualquier otra naturaleza”.³⁴⁷

³⁴⁵ DMA, p. 7.

³⁴⁶ FRIENDS OF AN EFFECTIVE DMA (2021): *Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement...*, cit.

³⁴⁷ DMA, art. 11.

Los guardianes de acceso deberán implementar las medidas necesarias para el eficaz cumplimiento de las obligaciones;³⁴⁸ integrándolas en la medida de lo posible “desde el diseño”.³⁴⁹

A primera vista, llama la atención —e incluso, puede parecer incoherente o arbitrario— la división de este conjunto de provisiones en dos artículos diferenciados:

- El artículo 5 contiene las obligaciones de autoejecución (la “lista negra”).
- El artículo 6 contiene las obligaciones susceptibles de especificación (la “lista gris”).

La combinación de estos dos tipos de medidas es un reflejo del carácter semidinámico de la DMA, orientado a proporcionar cierta flexibilidad al tiempo que se mantiene un elevado nivel de seguridad jurídica. Las prácticas que puedan ser definidas de forma suficientemente específica como para no necesitar mayor aclaración y adaptables a mercados muy dinámicos serán incluidas en la “lista negra”.³⁵⁰

Este método proporciona mayor claridad y seguridad jurídica, aunque algunos operadores del mercado han advertido que esta opción es insuficiente en mercados muy dinámicos.³⁵¹ De no garantizarse cierta flexibilidad y margen de apreciación, una “lista negra” pecará por exceso o por defecto. Por exceso, existen riesgos de ineficiencia, reducción de los incentivos para innovar tanto de las plataformas dominantes como de los competidores y reducción de los beneficios para los consumidores.³⁵² Por defecto, existe el riesgo de dejar incólumes ciertas prácticas desleales o anticompetitivas.

Por eso es necesaria una segunda “lista gris”, que contenga aquellas conductas problemáticas que no pueden ser definidas de forma suficientemente clara, y por tanto requieren de posterior interpretación o elaboración; un paso intermedio para ser correctamente aplicadas.³⁵³ Respecto de estas obligaciones, el art. 7 crea un marco de diálogo entre la Comisión y el guardián de acceso implicado para garantizar la efectividad práctica de las medidas que este último pretende implementar para cumplir con sus obligaciones.³⁵⁴

³⁴⁸ DMA, art. 7.

³⁴⁹ DMA, considerando 58.

³⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA (2020): *Impact Assessment Report – Annexes*. SWD(2020) 363 final, p. 38.

³⁵¹ *Ibid*, p. 16.

³⁵² *Ibid*, p. 39.

³⁵³ La evaluación de impacto explica que ciertas obligaciones como la autopreferencia, la interoperabilidad o acceso a los datos requieren un paso operacional para hacerse efectivas. COMISIÓN EUROPEA (2020): *Digital Markets Act Impact Assessment support study...cit.*, p. 25.

³⁵⁴ DMA, artículo 7.

Igualmente, el art. 10 establece un mecanismo de revisión y actualización del listado de obligaciones diseñado para facilitar la adaptación de este instrumento jurídico a los cambiantes mercados digitales. En este sentido, la Comisión Europea realizará una revisión periódica de las obligaciones contenidas en los artículos 5 y 6 y establecerá —sobre la base de una investigación de mercado conforme al art. 17— obligaciones para hacer frente a nuevas prácticas identificadas que sean desleales o que reduzcan la disputabilidad de los mercados. El apartado 2 aclara, de forma algo confusa, que una práctica reunirá tales características cuando genere una ventaja desproporcionada para los guardianes de acceso frente a los usuarios profesionales o disminuya la disputabilidad de los mercados.

Por otro lado, exigencias de flexibilidad y proporcionalidad hacen imprescindible la previsión de varios supuestos excepcionales:

- El art. 8 contempla la suspensión total o parcial de una obligación a petición del guardián de acceso ante circunstancias excepcionales que pongan en peligro su “viabilidad económica en la Unión”.³⁵⁵
- El art. 9 contempla la exención de una obligación, a iniciativa del guardián de acceso o de la propia Comisión, por “razones imperiosas de interés público”, entendiendo por tales razones de moral pública, salud pública o seguridad pública.³⁵⁶

5.4.2. Contenido material.

Enfocándonos en su contenido material, hemos clasificado el listado genérico de obligaciones y prohibiciones en varias categorías: términos contractuales desleales o restrictivos; autopreferencia, vinculación e interoperabilidad; prácticas relacionadas con los datos y obligaciones de transparencia con anunciantes y editores.

Es fácil trazar una línea recta entre cada una de las obligaciones o prohibiciones pautadas y una investigación (cerrada o en curso) o práctica observada por la Comisión Europea, las autoridades nacionales de la competencia europeas o internacionales respecto algún partícipe del acrónimo GAFAM. A modo ilustrativo, hemos elaborado una tabla incorporando cada una de las provisiones de los artículos 5 y 6 con su correspondiente ejemplo real.

³⁵⁵ DMA, artículo 8.1.

³⁵⁶ DMA, artículo 9.2.

Términos contractuales desleales o restrictivos	
5b) No introducir cláusulas de paridad (<i>cláusulas NMF</i>).	Caso AT.40153 – <i>Cláusulas NMF y cuestiones afines (Amazon)</i>
5c) Permitir la promoción y celebración de contratos entre usuarios profesionales y finales al margen del servicio básico de plataforma.	Caso 40716 – <i>Apple App Store Practices</i> por su <i>In App Purchases System</i> (IAP)
5d) Permitir la presentación de reclamaciones de los usuarios profesionales ante las autoridades públicas frente a cualquier práctica de los guardianes de acceso.	Sistema de resolución de disputas con usuarios profesionales de <i>Amazon</i> , donde se incluyen cláusulas de arbitraje forzado. ³⁵⁷
6k) Incorporar términos y condiciones justos y no discriminatorios de acceso a las tiendas de programas de aplicación.	Directrices para los desarrolladores de aplicaciones de <i>Apple Store</i> , caracterizadas por su opacidad, falta de transparencia y arbitrariedad. ³⁵⁸
Autopreferencia, vinculación e interoperabilidad	
5f) No condicionar el acceso a un servicio básico de plataforma a la suscripción del usuario final o profesional a otro servicio básico de plataforma.	<i>Google</i> exigiendo a usuarios profesionales registrarse en <i>Google Cloud</i> para tener acceso a <i>Google Maps</i> . ³⁵⁹
6b) Permitir la desinstalación por parte de usuarios finales de programas de aplicación preinstalados en el sistema operativo o dispositivo de un guardián de acceso.	Caso AT.40099 – <i>Google Android</i> , relativo a la vinculación y exclusividad del buscador <i>Google Search</i> en dispositivos que operaran con <i>Android</i> .
6c) Permitir la instalación y uso efectivo de programas de aplicación y tiendas de programas de aplicación de terceros en el sistema operativo o dispositivo de un guardián de acceso.	Caso AT.40716 – <i>Apple App Store Practices</i> , por no permitir eludir el sistema IAP para la distribución de contenido y aplicaciones a través de <i>Apple App Store</i> .
6d) No tratar más favorablemente en una clasificación a productos o servicios ofrecidos por el propio guardián de acceso o su ecosistema frente a terceros.	Caso AT.39740 – <i>Google Search (Shopping)</i> .
6e) No restringir técnicamente la capacidad del usuario final para utilizar programas de aplicación y servicios accesibles mediante el sistema operativo del guardián de acceso.	Caso 40437 – <i>App Store Practices (Music streaming)</i> . <i>Apple</i> impide a <i>Spotify</i> acceder al servicio <i>Premium</i> a través de su <i>App Store</i> o informar a los usuarios sobre cómo acceder a este servicio a través de un navegador de internet.
6f) Garantizar la igualdad de condiciones en el acceso e interoperabilidad con el sistema operativo, dispositivo o software entre los usuarios profesionales/proveedores de servicios complementarios y el guardián de acceso que provee los mismos servicios complementarios.	Caso AT. 37792 – <i>Microsoft</i> , por impedir la interoperabilidad entre su sistema operativo <i>Windows</i> y sistemas operativos para servidores de grupo de trabajo de competidores.
Obligaciones de transparencia con anunciantes y editores	
5g) Proporcionar información a anunciantes y editores, a su solicitud, acerca de los precios y remuneraciones que implica la publicación de un anuncio o la prestación de cada servicio de publicidad por un guardián de acceso.	Decisión de la Autorité de la Concurrence 19-D-26 de 19/12/2019, por la falta de transparencia y opacidad en el funcionamiento de <i>Google Ads</i> .
6g) Proporcionar información a anunciantes y editores, a su solicitud, acerca de del inventario de anuncios e instrumentos de medición del rendimiento del guardián de acceso.	Decisión de la Autorité de la Concurrence 19-D-26 de 19/12/2019, por la falta de transparencia y opacidad en el funcionamiento de <i>Google Ads</i> .
Prácticas relacionadas con los datos	
5a) No combinar datos personales procedentes del servicio básico de plataforma con los procedentes de otros servicios, salvo que medie el consentimiento informado del usuario final de acuerdo al RGPD.	Decisión de la Bundeskartellamt del 06/02/2019, asunto B6-22/16 – <i>Facebook</i> , prohibiendo la combinación de datos personales procedentes de distintas fuentes.
6a) No emplear datos no accesibles públicamente generados o proporcionados en el contexto de la actividad de usuarios profesionales en el servicio de plataforma básico, a efectos de competir con dichos usuarios profesionales.	Caso 40462 – <i>Amazon Marketplace</i> , por emplear información sensible de competidores dependientes en el contexto de su papel dual en el <i>Marketplace</i> .
6h) Garantizar la portabilidad de datos efectiva de acuerdo al RGPD, incluido el acceso continuo y en tiempo real a los mismos.	<i>Facebook</i> , en cuanto su herramienta “descarga tu información” no constituye una portabilidad efectiva. ³⁶⁰
6i) Permitir el acceso continuo y en tiempo real a los usuarios profesionales y terceros autorizados por estos a los datos proporcionados o generados, agregados y no agregados, en el contexto de la actividad de los mismos en el servicio de plataforma básico.	Obligación genérica orientada a la consecución de los objetivos de acceso e interoperabilidad de datos.
6j) Permitir el acceso en condiciones equitativas a terceros proveedores de motores de búsqueda en internet a datos (anonimizados) sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones generados por usuarios finales en el contexto del servicio de búsqueda del guardián de acceso.	Dirigido específicamente al buscador <i>Google Search</i> , con el objetivo de disminuir las barreras de entrada generadas por la tenencia de datos en el mercado de los motores de búsqueda.

Fuente: elaboración propia.

³⁵⁷ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST' (...), *Investigation of Competition... cit.*, pp. 273-274.

³⁵⁸ *Ibid*, p. 369.

³⁵⁹ *Ibid*, p. 243.

³⁶⁰ *Ibid*, p. 146

Aunque algunas de estas conductas puedan resultar relevantes para cualquier servicio de plataformas básicas, lo cierto es que muchas de ellas son tremendamente específicas. Por ejemplo, el art. 6.j) —exigiendo a las plataformas garantizar el acceso a los datos generados en el contexto de la actividad de sus usuarios finales en su motor de búsqueda— encuentra como evidente y único destinatario a *Google Search*. No sin algo de razón hay quien entiende esta Propuesta como una cruzada de la UE contra los cinco grandes gigantes norteamericanos, una manifestación de proteccionismo europeo frente a América.³⁶¹

Este análisis tan pormenorizado ha sido criticado por su falta de adaptabilidad a otros guardianes de acceso o modelos de negocio.³⁶² La Comisión parece haber contemplado la realidad de los mercados digitales a través de unos prismáticos, en lugar de adoptar una panorámica general que permita captar conductas ajenas más allá del específico caso concreto. Esto no parece muy apropiado para regular un sector tan dinámico como el digital. Se echan de menos unos principios generales establecidos alrededor de los modelos de negocio a partir de los cuales pudieran deducirse las nuevas prácticas desleales o anticompetitivas que vayan reproduciéndose en los mercados digitales con el paso del tiempo.³⁶³

Si bien realizar un análisis detallado de cada una de las prácticas de esta lista supera los límites con los que ha sido concebido este Trabajo, podemos llamar la atención sobre algunos puntos de interés en relación con las categorías menos exploradas de este conjunto: obligaciones relacionadas con los datos y obligaciones de transparencia con anunciantes y editores.

5.4.3. Obligaciones relacionadas con los datos.

Este bloque de provisiones tiene el doble objetivo de reducir las barreras de entrada en términos de datos y las prácticas desleales con usuarios profesionales y reforzar la protección de la privacidad del consumidor o usuario. En este último ámbito, como hemos mencionado anteriormente, muchas de sus provisiones están dirigidas a complementar o reforzar la normativa en materia de protección de datos.³⁶⁴ Así, el art. 5.a) —en conexión con el art. 13— complementa las obligaciones de transparencia e información en materia de elaboración

³⁶¹ BROADBENT, M. (2020): “The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool – European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies”. *Centre for Strategic and International Studies*.

³⁶² CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act...”, *cit.*

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ DMA, p. 4.

de perfiles del RGPD;³⁶⁵ mientras el art. 6h) refuerza y clarifica la exigencia de portabilidad de los datos del art. 20 RGPD.

El artículo 5.a) está fundamentalmente dirigido a aquellas empresas que utilizan modelos de negocio basados en la publicidad personalizada (*Google* y *Facebook*), que se lucrarán de la elaboración de perfiles de usuarios altamente específicos mediante la combinación de datos procedentes de distintas fuentes. Esta técnica les permitirá ofrecer espacios publicitarios más personalizados y, por tanto, más valiosos. Tras la investigación concluida por la *Bundeskartellamt* en el caso *Facebook*, la Comisión Europea ha abierto una investigación preliminar acerca de las prácticas de explotación de datos por *Google*, que pretende analizar la forma en que esta firma “recoge, procesa y monetiza los datos”.³⁶⁶

Vamos a pararnos a examinar más a fondo el artículo 6.h). Hasta ahora, empresas como *Facebook* pretendían justificar el cumplimiento de la normativa de protección de datos en materia de portabilidad en herramientas que simplemente permiten a un usuario descargarse la información subida a la plataforma.³⁶⁷ La portabilidad de datos, interpretada conforme a la DMA, va mucho más allá de esta simple concesión.

Aquí debemos distinguir varios conceptos próximos, aunque diferenciados, que pueden llevar a la confusión. Todos ellos son caras de una misma realidad orientada a reducir el efecto *lock-in* y favorecer la multiconexión del usuario final para destruir las barreras de entrada que impiden entrar en ciertos mercados a los competidores.

No obstante, cada uno de ellos presenta un grado de intensidad:³⁶⁸

- La portabilidad de datos en sentido estricto consiste en el derecho del interesado a recibir los datos en un “formato estructurado, de uso común y lectura mecánica”³⁶⁹ y a proveer la transmisión directa entre dos plataformas, siempre que ello sea posible.
- La portabilidad en tiempo real o interoperabilidad de datos es similar a la anterior, pero exigiendo a mayores el acceso continuo y en tiempo real a la información.³⁷⁰ En el caso de los usuarios profesionales, la interoperabilidad descansa sobre APIs que permitan el acceso a la información generada o proporcionada por ellos o por los usuarios finales en el contexto de su actividad en una plataforma de intermediación.

³⁶⁵ Véase, entre otros, arts. 2 g), 21 y 22 del RGPD.

³⁶⁶ VESTAGER, M (2021): “Answer given by Executive Vice-President Vestager on behalf of the European Commission”. *Parlamento Europeo*, E-000274/2021.

³⁶⁷ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 130.

³⁶⁸ Véase CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*

³⁶⁹ RGPD, art. 20.1.

³⁷⁰ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, p. 58.

- La interoperabilidad de los protocolos (o interoperabilidad, a secas) permite la interconexión entre dos productos o servicios a través de medios técnicos.³⁷¹
- La interoperabilidad de protocolos “plena” hace referencia a estándares que permiten a servicios sustitutivos operar entre sí,³⁷² como sucede con el *email* o con los servicios de telefonía en el ámbito de las telecomunicaciones.

Cada una de estas posibilidades conduce a distintos equilibrios en términos de costes, innovación y calidad en el mercado, riesgos de colusión e intercambios anticompetitivos de información.³⁷³

En definitiva, la portabilidad de datos admite un amplio abanico de interpretaciones, desde las más restringidas hasta las más amplias. La redacción del art. 20 RGPD no contribuye a esclarecer la interpretación favorecida por las autoridades europeas; aunque de su tenor literal no podemos deducir más que un derecho a “copiar y pegar” la información generada y proporcionada por el usuario en la plataforma de que se trate.³⁷⁴

No obstante, el art. 6h) de la DMA hace referencia a una “portabilidad efectiva”, incluido “el acceso continuo y en tiempo real” a los datos proporcionados o generados por los usuarios finales, así como a su transferencia “en tiempo real de forma eficaz, como por ejemplo a través de interfaces de programación de aplicaciones de alta calidad”.³⁷⁵

Este artículo parece exigir de los guardianes de acceso una portabilidad de datos en tiempo real, de mayor calado que la obligación genérica de portabilidad de datos para cualquier empresa responsable del tratamiento de datos de carácter personal.³⁷⁶

Esta es la misma opción por la que parece decantarse el Informe de expertos de la UE,³⁷⁷ pues considera que alcanza el equilibrio más adecuado entre todos los factores que entran en consideración.

El acceso en tiempo real del usuario final favorece la multiconexión y reduce el efecto de encerramiento; al facilitar que este utilice simultáneamente servicios competidores o vea disminuidos sus costes de cambio de un servicio a otro. Sin embargo, el usuario final deberá

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² *Ibid.*, p. 59.

³⁷³ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, pp. 84-85.

³⁷⁴ TAMAYO, J. (2021): “*Big data*, competencia y protección de datos: el rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada”. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, pp. 183-202.

³⁷⁵ DMA, considerando 54.

³⁷⁶ TAMAYO, J. (2021): “*Big data*, competencia y protección de datos:...””, *cit.*

³⁷⁷ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, p. 82.

mantener en todo caso una cuenta activa en el servicio de plataforma básica para hacer efectiva la portabilidad a tiempo real.³⁷⁸

Esta interoperabilidad de datos no debería imponerse con carácter generalizado a todos los proveedores de servicios digitales del mercado, pues podría resultar una carga excesiva para los pequeños competidores. Por ello, su exclusiva imposición sobre los guardianes de acceso parece equilibrada.

Al mismo tiempo, la posición extrema de la interoperabilidad de protocolos plena debe reservarse a casos muy concretos, pues la estandarización entre servicios requerida para su implementación puede resultar perjudicial para la innovación e incrementar el riesgo de colusión entre competidores.³⁷⁹

En contraste, la propuesta del Subcomité de Derecho Antitrust de la Cámara de Representantes de Estados Unidos es mucho más radical, apostando por la interoperabilidad plena entre plataforma dominante y servicios competidores como regla general.³⁸⁰ Aplicado a las redes sociales (por ser este el ámbito del sector digital más afectado por la portabilidad de los datos), ello implicaría que los usuarios pudieran comunicarse a través de distintos servicios competidores. Por ejemplo, respondiendo a un *Tweet* a través de *Instagram*, tal como sucede en las telecomunicaciones.

Por otro lado, los artículos 6.i) y 6.j) se insertan en el más amplio debate acerca de la dicotomía entre privacidad y uso compartido de los datos. Los usuarios profesionales también tendrán un derecho de acceso a los datos proporcionados y generados por sus usuarios finales que se deriven de la actividad e interacción entre ambos a través de un servicio de plataforma básico; así como a los datos generados en el contexto de la actividad de los usuarios finales en el motor de búsqueda que provea un guardián de acceso. Estos derechos han de ser conciliados con la normativa de protección de datos, por lo que se hacen depender, en último término, del cumplimiento del RGPD (bien exigiendo el consentimiento informado de los usuarios cuando el acceso se refiere a datos personales; bien exigiendo la anonimización para compartir los datos generados por la actividad de un usuario en un buscador de internet).

³⁷⁸ DOCTOROW, C. y SCHMON, C. (2020): “The EU’s Digital Markets Act: There Is A Lot To Like, but Room for Improvement”. *EFF*. Disponible en <https://www.eff.org/deeplinks/2020/12/eus-digitalmarkets-act-there-lot-room-improvement> [consulta: 12-04-2021]

³⁷⁹ CRÉMER, J. (...) *Competition policy for the Digital Era...*, cit., p. 85.

³⁸⁰ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition...* cit., pp. 386-388.

Como última apreciación, cabe preguntarse si estos derechos de acceso y las correspondientes obligaciones para los servicios de plataforma básica son proporcionadas o si, por el contrario, pueden favorecer conductas de *free riding* y destruir o dañar la innovación en este ámbito, en lugar de propulsarla.

5.4.4. Obligaciones de transparencia con anunciantes y editores.

Numerosas investigaciones y estudios subrayan la falta de transparencia y las deficiencias en la información recibida por anunciantes y editores acerca de las condiciones de los servicios contratados a las grandes plataformas de la publicidad digital;³⁸¹ dificultando la comparación de los mismos respecto de los de la competencia, la reclamación frente las prácticas abusivas de las plataformas o la comprobación de la adecuación de los precios de la publicidad en línea. Frente a ello, reivindican unos términos y condiciones más justos y transparentes en este mercado.

Para comenzar, podemos distinguir dos subsectores en el ámbito de la publicidad digital:³⁸²

- Mercados “de origen”, a través de los cuales compañías como *Facebook* o *Google* venden espacios publicitarios en sus propias plataformas.
- Mercados de terceros, a través de los cuales una plataforma intermediaria como *Google* facilita la transacción entre anunciantes y espacios web terceros.

Aunque hemos hablado de duopolio en el sector de la publicidad digital (repartido entre *Google* y *Facebook*), lo cierto es que *Google* ejerce un dominio absoluto en el subsector de la publicidad digital para terceros. La compra y venta de espacios publicitarios en estos mercados adopta la forma de subastas a tiempo real, automatizadas y programáticas (esto es, programadas a través de algoritmos sin necesidad de intervención humana) lo cual reduce los costes de transacción y ofrece una publicidad más personalizada; si bien presenta como contrapeso su falta de transparencia.³⁸³

Actuando como intermediario en estos mercados, *Google* mantiene las condiciones de este proceso de interacción en la penumbra, no revela a anunciantes ni editores cuál es el precio al que vende el espacio de publicidad o cuál es el margen de beneficio que obtiene por su papel de intermediación.³⁸⁴

³⁸¹ Véase SRINIVASAN, D. (2020): “Why Google Dominates Advertising Markets”. *Stanford Technology Law Review*, vol. 24, núm. 1, pp. 55-175.

³⁸² SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 130.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ SRINIVASAN, D. (2020): “Why Google Dominates Advertising Markets” ...*cit.*

En definitiva, *Google* emplea términos y condiciones opacos, poco transparentes y arbitrarios con anunciantes y editores; aprovechando la complejidad del sector en su propio beneficio.³⁸⁵ De hecho, la *Autorité de la Concurrence* francesa ha sancionado recientemente a *Google* por el carácter discriminatorio, no objetivo y poco transparente de las reglas de funcionamiento de *Google Ads*.³⁸⁶

Por otro lado, la nueva legislación sobre privacidad y protección de datos podría tener efectos perjudiciales no pretendidos sobre anunciantes, editores y competidores en el mercado de la publicidad digital. Precisamente, uno de los efectos secundarios del RGPD podría ser el reforzamiento del monopolio de *Google* en el mercado de la publicidad digital.³⁸⁷

Asimismo, *Google* se ha escudado en la normativa de protección de datos para justificar la eliminación de *cookies* de terceros en su navegador *Google Chrome*. Estas *cookies* constituyen una valiosa fuente de información sobre los consumidores para los editores, de manera que su destrucción tendría un impacto muy negativo en los ingresos de estos. Consciente de la situación de dependencia de los editores, *Google* ha tramado una estrategia alternativa. Se trata de la denominada *Privacy Sandbox*, un mecanismo que pretende conciliar publicidad digital y privacidad, almacenando los datos en el propio navegador de internet y haciendo accesibles los resultados de su procesamiento a las partes interesadas a través de APIs.³⁸⁸ De esta manera, la recopilación de datos pasaría de las manos de terceros a las manos del navegador *Google Chrome*.³⁸⁹ Esta estrategia ha levantado las sospechas de las autoridades de la competencia, entre ellas la Comisión Europea. Margrethe Vestager confirmó que la investigación preliminar en curso acerca de las prácticas de explotación de datos por *Google* abarca la propuesta del gigante de retirar las *cookies* de terceros.³⁹⁰

En este contexto, la DMA pretende reducir la falta de transparencia en el sector de la publicidad digital promoviendo que anunciantes y editores reciban información suficiente para entender el precio pagado por sus respectivos servicios de publicidad;³⁹¹ así como

³⁸⁵ DMA, considerando 42.

³⁸⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (2019): “The Autorité de la concurrence hands down a €150M fine for abuse of a dominant position”. *Autorité de la Concurrence*. Disponible en <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/autorite-de-la-concurrence-hands-down-eu150m-fine-abuse-dominant-position> [consulta: 15-06-2021].

³⁸⁷ GERADIN, M.; THEANO K. y DIMITRIOS, K. (2021): “GDPR Myopia: how a well-intended regulation ended up favouring large online platforms - the case of ad tech”. *European Competition Journal*, vol. 17, núm. 1, pp. 47-92.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ VESTAGER, M (2021): “Answer given by Executive Vice-President Vestager...”, *cit.*

³⁹¹ DMA, considerando 42.

garantizando el acceso gratuito a instrumentos de medición del rendimiento en manos del guardián de acceso que permitan verificar la prestación de estos servicios.³⁹²

5.4.5. Obligaciones de cumplimiento genérico.

Además de todas estas obligaciones de carácter específico, que dependerán de las características y modelo de negocio del servicio de plataforma básico, la DMA incorpora una serie de obligaciones de cumplimiento genérico para todos los guardianes de acceso.

El art. 12 contiene una obligación de notificación de cualquier concentración prevista por los guardianes de acceso, con independencia de que alcance los umbrales basados en el volumen de negocios del Reglamento 139/2004. Esta es la única disposición relativa a las concentraciones de empresas en toda la DMA, que por lo demás evita la tan solicitada reforma del Reglamento de concentraciones.

Asimismo, el art. 13 obliga a todos los guardianes de acceso a someter a una auditoría independiente sus técnicas de elaboración de perfiles de los consumidores.

5.5. Remedios estructurales.

El art. 16 de la DMA faculta a la Comisión, en el marco de una investigación de mercado por incumplimiento sistemático, para la imposición de remedios estructurales.

La implementación de esta clase de medidas —contrapunto de las obligaciones de comportamiento que hemos analizado en el apartado anterior— queda supeditada a un examen bipartito:

- Por un lado, ha de acreditarse, mediante una investigación de mercado, que el guardián de acceso “ha infringido sistemáticamente las obligaciones establecidas en los artículos 5 y 6 y ha reforzado o ampliado aún más su posición de guardián de acceso”.³⁹³
- Por otro lado, ha de superarse un examen de proporcionalidad. Concretamente, debe acreditarse la inexistencia de un remedio conductual igual de eficaz pero menos gravoso para el guardián de acceso.³⁹⁴

³⁹² DMA, considerando 53.

³⁹³ DMA, art. 16.1.

³⁹⁴ DMA, art. 16.2.

Esta clase de remedios ya venían previstos por el art. 7 del Reglamento 1/2003,³⁹⁵ igualmente condicionados a la infracción de los artículos 101 o 102 TFUE y a un examen de proporcionalidad semejante al expuesto en el art. 16. No obstante, la aplicación del art. 7 del Reglamento 1/2003 exige la acreditación de un ilícito anticompetitivo; mientras que para la aplicación del art. 16 de la DMA bastará con acreditar el incumplimiento sistemático de las obligaciones de los artículos 5 y 6 (lo que exige un mínimo de tres decisiones de incumplimiento en los últimos cinco años)³⁹⁶ y el reforzamiento de la posición del guardián de acceso (medido a través de su impacto en el mercado interior, su relevancia como puerta de acceso o el afianzamiento en sus operaciones).³⁹⁷

¿A qué nos referimos con remedios estructurales?

La DMA cita explícitamente la “separación jurídica, funcional o estructural, incluida la cesión de bienes de una empresa, o partes de ella”.³⁹⁸ Nos encontramos ante un amplio espectro de medidas estructurales con distintos grados de intensidad:

- La separación jurídica o legal exige la gestión de las actividades en conflicto por personas jurídicas diferenciadas, pese a que todas ellas pertenezcan al mismo grupo de empresas y estén integradas verticalmente.³⁹⁹
- La separación funcional exige establecer unidades independientes dentro de una misma firma que operan diferentes ramas de actividad, respetando aún la integración vertical.⁴⁰⁰
- La separación patrimonial o estructural es la más drástica de todas ellas, y exige que el propietario de la red o infraestructura sea completamente independiente respecto de los operadores en la misma.⁴⁰¹ En otras palabras, la separación patrimonial implica la desinversión de activos y la propiedad separada de cada una de las ramas de negocio.⁴⁰²

Esta clase de remedios se han impuesto en el ámbito de infraestructuras tradicionales, como la energía o el transporte ferroviario, para evitar el conflicto de interés en que incurren las

³⁹⁵ Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 (actuales 101 y 102) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³⁹⁶ DMA, art. 16.3.

³⁹⁷ DMA, art. 16.4.

³⁹⁸ DMA, considerando 64.

³⁹⁹ DEL GUAYO, I. (2010): “Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del Gas Natural”. *Publicación - Separata del nº 28 de Cuadernos de Energía, Club español de la Energía*, p. 10.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 382.

compañías verticalmente integradas en estos sectores, al desempeñar un papel dual como proveedoras de infraestructuras y operadoras a través de las mismas.⁴⁰³

La posición mayoritaria en Europa sostiene la eficacia puntual de este tipo de remedios en el ámbito de las infraestructuras digitales; rechazando de plano la imposición de remedios estructurales —aún más, de la desmembración o separación estructural— con carácter generalizado.

De acuerdo con esta visión, el Informe de la UE admite que los remedios conductuales son difíciles de administrar y controlar, si bien desconfía de la eficacia de estos remedios estructurales en el ámbito de las infraestructuras digitales de forma genérica.⁴⁰⁴

Lo cierto es que la separación estructural podría destruir las eficiencias distributivas y productivas derivadas de la integración vertical (como el aprovechamiento de las economías de alcance y escala derivadas de los datos) y podría afectar a la estructura de precios adoptada por aquellas plataformas digitales que ofrecen sus productos a “coste cero” a uno de los lados de la demanda.⁴⁰⁵

Las cosas son algo diferentes en Gran Bretaña. El Informe Furman se mostraba extremadamente cauteloso en el empleo de remedios estructurales,⁴⁰⁶ pero las conclusiones alcanzadas por la *Competition and Markets Authority* (CMA) en su reciente *Informe final sobre la investigación de mercado acerca de las plataformas online y la publicidad digital*,⁴⁰⁷ muestran un mayor acercamiento a esta opción. Entre las recomendaciones que la CMA dirige al Gobierno, se recoge explícitamente dotar a la futura Unidad de Mercados Digitales de la capacidad de adoptar remedios estructurales, incluso la separación patrimonial.⁴⁰⁸ Estas medidas resultarían especialmente interesantes para abordar la integración vertical de *Google* en el mercado de la publicidad digital y la integración horizontal de *Facebook* e *Instagram*.⁴⁰⁹ La misma recomendación es adoptada en el informe *A new pro-competition regime for digital markets*.⁴¹⁰

⁴⁰³ CRÉMER, J. (...): *Competition policy for the Digital Era...*, *cit.*, p. 67.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ OECD (2020): *Digital advertising markets*. DAF/COMP/WP2(2020)3, pp. 38-39.

⁴⁰⁶ FURMAN, J. (...): *Unlocking Digital Competition...*, *cit.*, p. 77.

⁴⁰⁷ CMA (2020): *Online platforms and digital advertising: Market study final report*. CMA, Reino Unido.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 356.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 354.

⁴¹⁰ Véase epígrafe 4.

Al otro lado del Atlántico, autores como Lina Khan⁴¹¹ o Dina Srinivasan⁴¹² promueven la adopción de esta clase de remedios para evitar el conflicto de interés en que incurren *Google* y *Facebook*. La senadora Elizabeth Warren apuesta por extender esta solución al ámbito del buscador de internet *Google Search*, así como deshacer aquellas concentraciones de empresas que resulten especialmente nocivas para la competencia,⁴¹³ como podrían ser las operaciones *Google/DoubleClick* o *Google/Waze*. Tommaso Valletti y John Kwoka subrayan los beneficios de las separaciones estructurales frente a los remedios conductuales, y tratan de desmontar la teoría según la cual estos remedios son difíciles de implementar y llevar a la práctica bajo la excusa de que es algo semejante a tratar de “separar huevos revueltos”.⁴¹⁴

Siguiendo esta tendencia, el Informe del Subcomité de Derecho Antitrust de la Cámara de Representantes de EE.UU recomienda al Congreso la adopción de un marco legislativo para propulsar en el ámbito de los mercados digitales la utilización de dos herramientas tradicionales del Derecho *antitrust*: Los remedios estructurales y restricciones de las líneas de negocio, que impiden a las firmas dominantes acceder a determinados mercados donde puedan hacer un uso abusivo de su poder.⁴¹⁵

Quienes abogan por la implementación de remedios estructurales para paliar la situación de dominio en los mercados digitales, encuentra un variado número de justificaciones:

Eliminando el conflicto de interés, las firmas proveedoras de redes o infraestructuras digitales no tendrían (en principio) incentivos para favorecer a sus propios productos; pero sí tendrían incentivos para innovar y mejorar la calidad de sus productos de forma independiente, sin miedo a dañar a sus otras líneas de producto.⁴¹⁶ Así las cosas, por ejemplo, *Instagram* no tendría que preocuparse del daño que sus innovaciones pudieran generar sobre *Facebook*.

La separación podría favorecer también la competitividad basada en los méritos al eliminar el riesgo o posibilidad de que una firma subsidie un segmento de negocio no competitivo mediante otro segmento competitivo.⁴¹⁷

⁴¹¹ KHAN, L. (2019): “The Separation of Platforms and Commerce”. *Columbia Law Review*, vol. 119, p. 973.

⁴¹² SRINIVASAN, D. (2020): “Why Google Dominates Advertising Markets” ...*cit.*

⁴¹³ WARREN, E. (2019): “Here’s how we can break up Big Tech”. *Medium*. Disponible en <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c> [consulta: 11-06-2021].

⁴¹⁴ KWOKA J., VALLETTI T. (2020): “Unscrambling the Eggs: ...”, *cit.*

⁴¹⁵ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, p. 381.

⁴¹⁶ CMA (2020): *Online platforms and digital advertising: ...*, *cit.*, p. 354.

⁴¹⁷ OECD (2016): *Structural separation in regulated industries: report on implementing the OECD recommendation 9*, p. 9.

Además, las medidas estructurales son más fáciles de implementar, administrar y controlar que los remedios conductuales.

No obstante, la propia CMA reconoce que estamos ante “intervenciones altamente intrusivas”,⁴¹⁸ luego no parece que debieran implementarse en caso de existir alternativas menos lesivas de la libertad de empresa igualmente eficaces. En este mismo sentido, hay quien advierte que este tipo de medidas implican el riesgo de atribuir a las autoridades públicas un papel “proactivo” —más allá clásico rol de vigilancia o policía que corresponde a la Administración pública— que les permita intervenir de forma injustificada en las decisiones privadas de las empresas.⁴¹⁹

Las medidas estructurales no deben dar margen a arbitrariedad o discrecionalidad alguna; y no deben ser empleadas con carácter preventivo e incluso expropiatorio (en la línea que parece imponerse en Estados Unidos).⁴²⁰ En su lugar, estas medidas deben adoptar un cariz sancionatorio, asegurando en todo caso la proporcionalidad respecto de la infracción, así como la perfecta delimitación y objetividad del supuesto de hecho que da lugar a las mismas.⁴²¹ Tal como están previstas, las medidas estructurales del art. 16 de la DMA parecen perfectamente compatibles con estos postulados.

5.6. Aplicación de la DMA.

Desde sus inicios, la aplicación privada del Derecho *antitrust* —a través del ejercicio de acciones (fundamentalmente, de daños y perjuicios) por los particulares— ha complementado a la aplicación pública en manos de las autoridades. Si bien, históricamente, la aplicación privada ha ocupado un papel mucho más preponderante en los Estados Unidos, debido a su propia cultura jurídica y a la existencia de menos obstáculos procesales; se ha constatado en los últimos años un considerable esfuerzo en la UE encaminado a favorecer la actividad de los sujetos individuales. La Directiva 2014/104/UE relativa a las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia⁴²² acredita este afán.

En Estados Unidos podría haber experimentado un proceso en signo contrario. El Informe del Subcomité de Derecho Antitrust de la Cámara de Representantes de EE.UU alude a los

⁴¹⁸ CMA (2020): *Online platforms and digital advertising: ...*, cit., p. 354.

⁴¹⁹ ZURIMENDI, A. (2021): “La desconcentración como medida de actuación contra los gigantes tecnológicos: riesgos y eficacia”. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, pp. 125-137.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

crecientes obstáculos procesales de los que adolece el actual sistema *antitrust* americano y llama a devolver a la aplicación privada el rol primordial que le correspondía en los orígenes del Derecho de la competencia.⁴²³

Este mismo esquema de complementariedad entre aplicación pública y privada puede trasladarse al ámbito de la DMA, por lo que vamos a examinar su articulación en este instrumento jurídico.

5.6.1. Aplicación pública, competencias de la Comisión Europea y el rol residual de los Estados Miembros.

La aplicación pública de la DMA estará completamente centralizada en manos de la Comisión Europea, lo cual se justifica en el carácter transfronterizo de las empresas que operan en estos mercados, la complementariedad entre esta y otra legislación relativa al mercado interior (particularmente, el Derecho europeo de la competencia y la Ley de Servicios Digitales);⁴²⁴ así como en el riesgo de fragmentación del mercado interior derivado de la interpretación divergente que pueda proceder de las distintas autoridades nacionales de la competencia.⁴²⁵

Este régimen centralizado nos recuerda al primigenio Derecho de la competencia europeo, cuyo peso, hasta la profunda reforma operada por el Reglamento 1/2003, recaía fundamentalmente sobre la Comisión.

Partiendo de ello, la DMA recoge un gran abanico de competencias de investigación, ejecución y supervisión en manos de la Comisión.

En primer lugar, la Comisión dispone de amplias competencias de investigación. El capítulo III regula las investigaciones de mercado que la Comisión impulsará a efectos de designar guardianes de acceso que reúnan los requisitos del art. 3;⁴²⁶ demostrar la infracción sistemática de las obligaciones por parte de un guardián de acceso;⁴²⁷ o detectar nuevos servicios o prácticas que debieran incorporarse a los listados de servicios de plataformas básicas y prácticas desleales, respectivamente.⁴²⁸

⁴²³ SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST (...), *Investigation of Competition... cit.*, pp. 404-406.

⁴²⁴ COMISIÓN EUROPEA (2020): “Norma sobre mercados digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349 [consulta: 11-06-2021].

⁴²⁵ DMA, p. 11.

⁴²⁶ DMA, art. 15.

⁴²⁷ DMA, art. 16.

⁴²⁸ DMA, art. 17.

La Comisión también podrá iniciar una investigación de mercado a solicitud del guardián de acceso para determinar la eficacia de las medidas implementadas por este para el cumplimiento de sus obligaciones.⁴²⁹

Asimismo, deberá incoar una investigación de mercado como paso previo a la adopción bien de una decisión de incumplimiento (art. 25) o de sanción pecuniaria (art. 26).

En el marco de sus competencias, la Comisión podrá solicitar de las empresas toda la información que considere necesaria, así como el “acceso a las bases de datos y algoritmos de la empresa”;⁴³⁰ concertar entrevistas y tomar declaraciones;⁴³¹ realizar inspecciones *in situ*⁴³² y adoptar “medidas provisionales contra un guardián de acceso sobre la base de una constatación *prima facie* de una infracción de los artículos 5 o 6”.⁴³³

En segundo lugar, la Comisión podrá adoptar y ejecutar decisiones de incumplimiento — que exijan al guardián de acceso cesar y desistir en su infracción, así como la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la misma—⁴³⁴ y decisiones sancionatorias, que podrán alcanzar el 10% del volumen de negocios anual del guardián de acceso.⁴³⁵ Como ya hemos visto, el artículo 16 faculta además a la Comisión para imponer las medidas correctoras adicionales, conductuales e incluso estructurales, que considere adecuadas para corregir un incumplimiento sistemático de las obligaciones del Reglamento. También podrá la Comisión adoptar decisiones de exención conforme al art. 9 y decisiones de designación como guardianes de acceso de operadores que gocen previsiblemente en un futuro próximo de una “posición afianzada y duradera en sus operaciones” de acuerdo al art. 3.6.

En tercer lugar, la Comisión dispone de la capacidad de adoptar actos delegados para especificar la metodología empleada en la medición de los umbrales cuantitativos del art. 3.2⁴³⁶ o para actualizar las obligaciones de los guardianes de acceso, previa identificación de nuevas prácticas desleales a través de una investigación de mercado.⁴³⁷

Por último, la Comisión europea dispone de competencias de revisión y evaluación periódica del Reglamento conforme al art. 38, y podrá formular, sobre la base de esta evaluación,

⁴²⁹ DMA, art. 7.

⁴³⁰ DMA, art. 19.1.

⁴³¹ DMA, art. 20.

⁴³² DMA, art. 21.

⁴³³ DMA, art. 22.1.

⁴³⁴ DMA, art. 25.

⁴³⁵ DMA, art. 26.

⁴³⁶ DMA, art. 3.5.

⁴³⁷ DMA, art. 10.

propuestas legislativas dirigidas a modificar los listados de servicios de plataformas básicas y de obligaciones o a incorporar normas adicionales.

En este escenario de centralización, los Estados miembros no desempeñan más que un rol residual, articulado a través de distintos mecanismos:

El Reglamento prevé la integración de las autoridades nacionales de los Estados miembros en un Comité Consultivo sobre Mercados Digitales, que deberá ser consultado antes de la toma de determinadas decisiones, como decisiones de incumplimiento o sancionatorias.⁴³⁸ Este comité, reconocido en el art. 32 de la DMA, estará formado por representantes de los Estados miembros y tendrá la función de emitir dictámenes no vinculantes que se harán de manera conjunta con la decisión de la Comisión en un determinado procedimiento.⁴³⁹

Los Estados miembros también podrán instar la apertura de una investigación de mercado para la designación de guardianes de acceso.⁴⁴⁰ En un reciente documento,⁴⁴¹ los gobiernos de Francia, Alemania y Países Bajos han considerado que esta facultad debería extenderse a la apertura de otras investigaciones de mercado, especialmente a aquellas dirigidas a detectar nuevos servicios de plataformas básicas y nuevas prácticas desleales que tengan lugar en los mercados digitales.⁴⁴² Ciertamente, muchas de las autoridades de la competencia nacionales poseen valiosos conocimientos y experiencia con ciertas prácticas de los guardianes de acceso en los mercados digitales, por lo que sus puntos de vista podrían contribuir enormemente a la pronta actualización de la DMA.

Por último, los Estados miembros controlarán el ejercicio de la delegación de poderes por parte de la Comisión. Este control consistirá en una consulta *ex ante* con expertos designados por cada Estado,⁴⁴³ y en el derecho de oposición del Consejo *ex post*, frente a un acto delegado ya adoptado conforme a los arts. 3.6 (designación como guardianes de acceso a aquellos operadores que previsiblemente, tengan una posición afianzada en los mercados en un futuro cercano) y 9.1 (exención de las obligaciones de los arts. 5 o 6).⁴⁴⁴

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ DMA, art. 32.3.

⁴⁴⁰ DMA, art. 33.

⁴⁴¹ FRIENDS OF AN EFFECTIVE DMA (2021): *Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement...*, cit.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ DMA, art. 37.4.

⁴⁴⁴ DMA, art. 37.6.

5.6.2. Aplicación privada.

La DMA no contiene ninguna referencia expresa a la aplicación privada de la DMA. Ciertamente es que, por virtud del art. 288 TFUE, cualquier reglamento está dotado de obligatoriedad en todos sus elementos, alcance general y efecto directo. En otras palabras, los particulares podrán ejercitar (entre otras) acciones de daños y perjuicios ante los tribunales nacionales invocando sus disposiciones, sin necesidad de un reconocimiento explícito.

La propia Comisión Europea ha confirmado el efecto directo de la DMA, al aclarar que se trata de “un Reglamento que contiene obligaciones y prohibiciones precisas para los guardianes de acceso (..) que podrán invocarse directamente ante los tribunales nacionales”.⁴⁴⁵

Tal como sucede en el ámbito del Derecho de la competencia, la aplicación privada de la DMA podría tener lugar bien mediante acciones de seguimiento (*follow-on actions*), bien mediante acciones independientes (*stand-alone actions*).⁴⁴⁶

Veamos cómo se produciría el juego práctico de estos dos mecanismos:

- Acciones de seguimiento (*follow-on actions*).

El ejercicio de una acción de seguimiento partiría de una previa decisión de incumplimiento o de infracción sistemática de la Comisión Europea. A este respecto, el art. 1.7 de la DMA especifica que “las autoridades nacionales no adoptarán decisiones que sean contrarias a una decisión adoptada por la Comisión en virtud del presente Reglamento”.

Este artículo establece la vinculación de las autoridades nacionales de competencia a las decisiones de la Comisión Europea. A diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho de la competencia,⁴⁴⁷ nada se dice en este Reglamento acerca de los tribunales nacionales. En cualquier caso, el principio de cooperación leal del art. 4 del TUE serviría de base para vincular a los tribunales nacionales respecto de las decisiones previas de la Comisión.⁴⁴⁸

- Acciones independientes (*stand-alone actions*).

Las dificultades para el ejercicio de este tipo de acciones, que no nacen a raíz de una decisión previa de la Comisión, dependen de la naturaleza de las presuntas obligaciones o prohibiciones infringidas por el guardián de acceso. Cabe imaginar que las obligaciones

⁴⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA (2020): “Norma sobre mercados digitales: ...”, *cit.*

⁴⁴⁶ DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, *cit.*, pp. 77-78.

⁴⁴⁷ El art. 16 del Reglamento 1/2003 impide a los tribunales nacionales contravenir pronunciamientos previos de la Comisión Europea.

⁴⁴⁸ DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, *cit.*

autoejecutables del artículo 5, así como las obligaciones del artículo 6 respecto de las que medie una decisión de especificación de la Comisión conforme al artículo 7, no resultarán especialmente problemáticas. Este conjunto de obligaciones son lo suficientemente claras y explícitas como para que los particulares confíen en ella a la hora de ejercitar sus derechos.

Mayor incertidumbre generará para los perjudicados el resto de obligaciones susceptibles de especificación del artículo 6. Este tipo de reclamaciones, en caso de formularse, pueden dar lugar a interpretaciones divergentes por parte de los tribunales nacionales. Para solventar el problema, el CERRE recomienda a la Comisión la adopción de directrices que faciliten la interpretación del artículo 6 y la provisión de la figura del *amicus curiae* para facilitar la uniformidad de posiciones en todos los Estados Miembros.⁴⁴⁹

Con todo, uno de los mayores escollos con los que se encontrarán los particulares a la hora de triunfar en el ejercicio de estas acciones es la acreditación del nexo de causalidad entre la conducta proscrita y el daño sufrido. Esta debilidad compartida con el Derecho de la competencia, se ha tratado de paliar en este último ámbito mediante la introducción de presunciones de daños en la Directiva 2014/104.

6. RECOMENDACIONES

Recapitulando, podemos rescatar las debilidades que hemos identificado a lo largo de nuestro recorrido por la DMA para, sobre esta base, ofrecer una serie de recomendaciones dirigidas a reforzar su efectividad.

6.1. Incorporar nuevos servicios de plataformas básicas al listado del artículo 2.2.

Con independencia de la posibilidad de actualizar la lista de servicios de plataformas básicas en el futuro a través de una investigación de mercado, la redacción final de la DMA debería incorporar ciertos servicios que, a día de hoy, denotan un elevado grado de concentración o podrían denotarlo en un futuro cercano. Nos referimos, concretamente, a los navegadores de internet como *Google Chrome* o *Safari* o los asistentes de voz como *Siri* de *Apple* o *Alexa* de *Amazon*.

⁴⁴⁹ Tal como está prevista en el art. 15.3 del Reglamento 1/2003. Véase DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, cit.

6.2. Considerar el rol de los distintos modelos de negocio y de los ecosistemas en el procedimiento de designación de un guardián de acceso.

Dentro del común denominador de los mercados digitales, existen modelos de negocio diferenciados. Fundamentalmente, hemos identificado tres modelos a los que pueden reconducirse todos los servicios de plataformas básicas: modelos de negocio basados en la publicidad personalizada, sistemas operativos y plataformas de *match-making*.

En cada uno de ellos existe un distinto equilibrio en la presencia de cada barrera de entrada, así como distintos incentivos y posibilidades para la desintermediación y la multiconexión.⁴⁵⁰ Allí donde la multiconexión sea factible, los costes de cambio muy reducidos y haya espacio para la desintermediación, el papel de un guardián de acceso se verá más debilitado, aunque reúna todos los criterios de designación del artículo 3.

Puesto que este análisis difiere según cada uno de estos modelos de negocio, Caffarra y Scott Morton enfatizan en la necesidad de hacer depender la designación de un guardián de acceso del modelo de negocio en que se encuadren.⁴⁵¹

En otro orden de cosas, los Gobiernos de Alemania, Francia y Países Bajos subrayan que la designación de un guardián de acceso ha de tener en cuenta el papel de los ecosistemas, pues de lo contrario puede generarse un ámbito de aplicación subjetivo demasiado expansivo.⁴⁵² En otra parte de este trabajo hemos aludido al rol que desempeñan los ecosistemas en el sector digital. Con este término nos referimos a la constelación de productos que cada una de las plataformas digitales a que nos hemos referido ha constituido en torno a su servicio principal. Estos ecosistemas justifican gran parte de los incentivos de los guardianes de acceso para actuar de forma desleal en los mercados digitales, discriminando a los competidores y favoreciendo a sus propios productos en mercados adyacentes gracias a su dominio en el servicio básico de plataforma.

Para suplir esta carencia, el CERRE recomienda adoptar un cuarto criterio de designación que haga referencia a la participación del guardián de acceso en un ecosistema de productos, lo que podrá evaluarse a través de distintos indicadores (como, por ejemplo, la presencia del operador en distintas líneas de negocio o áreas que forman parte de la misma cadena de valor vertical).⁴⁵³

⁴⁵⁰ CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act...”, *cit.*

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² FRIENDS OF AN EFFECTIVE DMA (2021): *Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement...*, *cit.*

⁴⁵³ DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, *cit.*, p. 17.

6.3. Identificar los objetivos de la DMA, especificar el significado de cada uno de ellos y su relación de cada una de las obligaciones o prohibiciones.

El artículo 1.1 de la DMA indica que sus normas garantizan unos “mercados disputables y equitativos”. No parece que esta expresión aborde de manera suficientemente clara los tres objetivos delimitados en otras partes de la Propuesta.⁴⁵⁴

En consecuencia, un mejorado artículo 1.1 debería expresar de forma explícita las tres motivaciones de la DMA; a saber, disputabilidad, equidad y buen funcionamiento del mercado interior.

Además, en cuanto se trata de conceptos extraños al Derecho de la competencia, este artículo debería incorporar una definición precisa de cada uno de ellos, manifestando cuál es su orientación y sentido. A grandes rasgos, tal como hemos visto en apartados anteriores, diríamos que:

- El objetivo de disputabilidad aborda los fallos de mercado naturales y artificiales que conducen a una elevada concentración en el sector digital.
- El objetivo de equidad aborda las prácticas desleales de los guardianes de acceso en su papel de intermediadores.
- El objetivo de mercado interior pretende evitar la fragmentación del mercado único derivada de la adopción de legislación nacional divergente.

Por añadidura, el CERRE propone enfatizar en la relación entre cada uno de los objetivos y las obligaciones y prohibiciones de los artículos 5 y 6.⁴⁵⁵ Esto es, determinar cómo cada una de las obligaciones contribuirá al logro de uno o varios de los objetivos; a efectos de facilitar la implementación de medidas eficaces a tales fines por los guardianes de acceso de acuerdo con el artículo 7.

6.4. Sobreponer una serie de principios generales al catálogo obligaciones y prohibiciones de los artículos 5 y 6.

El listado de obligaciones y prohibiciones de los artículos 5 y 6 es notoriamente específico; tanto que algunas de sus provisiones están dirigidas exclusivamente a un guardián de acceso.

Si bien es cierto que, en su redacción, la Comisión ha evitado la referencia explícita a modelos de negocio o casos determinados, extrapolar cada uno de los *dos and don'ts* a los servicios de

⁴⁵⁴ Veáse objetivos específicos en la DMA, p. 66.

⁴⁵⁵ DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, cit., p. 43.

plataformas básicas para los que no está particularmente pensados puede suscitar dudas y dificultades de implementación para los guardianes de acceso.

Por otro lado, un listado excesivamente específico no parece la opción más adecuada para regular mercados muy dinámicos e innovadores, donde pueden surgir con gran presteza nuevos modelos de negocio, conductas y prácticas que reduzcan su disputabilidad y equidad. El procedimiento de investigaciones de mercado encaminadas a la actualización de las obligaciones y prohibiciones proporciona flexibilidad a este catálogo, pero puede resultar un instrumento excesivamente lento y farragoso. De esta manera, puede que, para cuando la Comisión haya concluido una investigación y proscrito una nueva práctica, el mercado se haya volcado irremediabilmente en favor de uno o varios de sus operadores.

Para contrarrestar estos efectos, una opción adecuada podría consistir en la introducción de una serie de principios generales a los que puedan reconducirse todas las obligaciones y prohibiciones de los artículos 5 y 6. Estos principios generales podrían coincidir, básicamente, con los objetivos de la DMA, a los que añadiremos la transparencia:

- Disputabilidad de los mercados digitales. Nos referimos a una serie de obligaciones de comportamiento para evitar la exclusión de competidores, aplicables en el nivel de competencia *inter*plataformas. Debido a su posición privilegiada, los guardianes de acceso tienen la especial responsabilidad de garantizar la disputabilidad de los mercados digitales,⁴⁵⁶ reduciendo en la medida de lo posible las barreras de entrada naturales y no incurriendo en prácticas desleales que constituyan barreras artificiales. Incluiríamos en este grupo obligaciones que faciliten la multiconexión y disminuyan los costes de cambio (como la portabilidad de los datos), obligaciones que reduzcan la ventaja de la plataforma en materia de datos (prohibiendo la combinación de datos procedentes de distintas fuentes salvo que medie el consentimiento informado), exigencias de interoperabilidad, prohibiciones de vinculación, etc.
- Equidad en la intermediación. Nos referimos a obligaciones de comportamiento aplicables en un nivel de competencia *intra*plataforma. Podemos enmarcar este principio en las relaciones principal-agente; pues el guardián de acceso actúa en calidad de representante de ambos lados de la demanda, lo que genera conflictos de interés y asimetrías en la información.⁴⁵⁷ Incorporamos aquí obligaciones de no discriminación respecto de usuarios profesionales dependientes, prohibición de

⁴⁵⁶ PODSZUN, R.; BONGARTZ, P. Y LANGENSTEIN, S. (2021): "Proposals on how to improve the Digital Markets Act". SSRN. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788571

⁴⁵⁷ *Ibid.*

autopreferencia, prohibición de acceso a ciertos datos privilegiados para los guardianes de acceso y obligaciones de garantizar el acceso a los mismos en favor de los usuarios profesionales.

- **Transparencia.** Los guardianes de acceso se benefician de la complejidad de los mercados digitales y la oscuridad de sus algoritmos en perjuicio de usuarios profesionales y finales. Esta situación dificulta la creación de un entorno digital de confianza donde se produzca una toma de decisiones informadas. La transparencia no es un objetivo específicamente nombrado por la DMA; si bien percibimos su presencia en ciertas de sus disposiciones, como las obligaciones de transparencia con anunciantes y editores, la obligación de transparencia con consumidores en relación a la elaboración de perfiles o la obligación de permitir la libre comunicación entre usuarios profesionales y sus clientes en todo momento.

Fundamentándose en estos principios, la Comisión debería tener la capacidad para adoptar medidas provisionales antes de la conclusión de un procedimiento de investigación de mercado.⁴⁵⁸ De esta manera, la Comisión podría frenar los efectos de una práctica que posiblemente disminuya la contestabilidad o equidad de los mercados desde el momento en que la detecte, sin necesidad de esperar a la conclusión de una investigación de mercado.

Este planteamiento se acercaría a la propuesta británica que, partiendo de tres objetivos generales similares a los citados, diseñaría un código de conducta personalizado para cada una de las firmas, en atención a la conducta y daños que se pretenden corregir respecto de cada firma con status estratégico de mercado.⁴⁵⁹ Esta parece la opción preferida por Caffarra y Scott Morton, quienes consideran poco útil diseñar una lista de obligaciones y prohibiciones de no condicionado a los modelos de negocio de cada una guardián de acceso.⁴⁶⁰

6.5. Fortalecer la aplicación privada de la DMA.

La aplicación privada debe ocupar un lugar central en el entramado de la DMA, lo que deberá partir del reconocimiento expreso del derecho al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por los particulares a consecuencia de la conducta de un guardián de acceso, en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2014/104/EU.

Para facilitar el ejercicio de acciones privadas, las obligaciones y prohibiciones del artículo 5 y las decisiones de especificación en relación con el artículo 6 deberán ser claros y directos.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ ADVICE OF THE DIGITAL MARKETS TASKFORCE (2020): *A new pro-competition regime for digital markets*. CMA, Reino Unido., pp. 34-37.

⁴⁶⁰ CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act...”, *cit.*

No obstante, cabe esperar que los particulares se vean desincentivados a ejercitar acciones sobre obligaciones y prohibiciones del artículo 6 no especificadas, por el alto grado de incertidumbre e inseguridad que ello implica. En cualquier caso, sería conveniente aclarar mediante unas Directrices cómo operará en la práctica el diálogo entre la Comisión y el guardián de acceso en relación a estas obligaciones.

La acreditación del vínculo de causalidad entre el daño sufrido y la conducta del guardián de acceso también podrá constituir una fuente de obstáculos para el ejercicio de acciones particulares. Sin embargo, aún es pronto para trasladar a este ámbito presunciones de daños semejantes a la contenida en el artículo 17 de la Directiva 2014/104/UE para los cárteles.

6.6. Reforzar el papel de las autoridades nacionales en la aplicación pública.

La centralización en la aplicación pública presenta como ventajas la efectividad y la eficiencia en costes (por cuanto reduce costes derivados de la coordinación); además de contribuir significativamente al objetivo del buen funcionamiento del mercado interior, evitando una interpretación divergente de las disposiciones de la DMA entre Estados miembros.⁴⁶¹

Sin embargo, la excesiva centralización en manos de la Comisión Europea puede conducir a cuellos de botella en la aplicación pública de la DMA.⁴⁶² Tal como sucedió en el ámbito de la Competencia, la Comisión podría llegar a “morir de éxito”, entorpeciendo la operatividad de la DMA y ralentizando su actualización; lo cual parece poco deseable en un entorno tan dinámico como es el sector digital.

Para evitar esta situación, es imprescindible que la Comisión disponga de los recursos humanos y económicos necesarios para ello. Pero, además, debería ofrecerse un papel más protagonista a las autoridades nacionales de los Estados miembros. Una mayor inclusión de las mismas aprovecharía todo el conocimiento experto que las autoridades nacionales han ido desarrollando en distintos ámbitos de los mercados digitales a lo largo de los últimos años (como resultado de las investigaciones que han concluido en sanciones en Francia o Alemania), y captaría ciertas preocupaciones que la Comisión —más distanciada respecto de usuarios profesionales y finales— podría dejar escapar.⁴⁶³

Los expertos señalan distintas medidas que pueden realzar el papel de las autoridades nacionales:

⁴⁶¹ DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, cit., p. 75.

⁴⁶² FRIENDS OF AN EFFECTIVE DMA (2021): *Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement...*, cit.

⁴⁶³ DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, cit., p. 95.

Primero, capacitar a las autoridades para instar la apertura de las distintas modalidades de investigación de mercado previstas en los artículos 15, 16 y 17; en lugar de limitar esta capacidad a la apertura de una investigación del artículo 15.⁴⁶⁴

Segundo, prever un mecanismo para la formulación de quejas anónimas por parte de usuarios profesionales, finales y competidores con respecto al incumplimiento de la DMA.⁴⁶⁵ Por su cercanía respecto de los mismos, las autoridades nacionales competentes recibirían estas quejas y, en su caso, las elevarían a la Comisión.

Tercero, implementar un sistema alternativo de resolución de disputas entre guardianes de acceso y usuarios profesionales, finales o competidores bajo la responsabilidad de las autoridades nacionales de los Estados miembros.⁴⁶⁶

Para la articulación de este sistema, es necesario un mecanismo de cooperación y coordinación entre autoridades nacionales independientes y la Comisión Europea. El CERRE recomienda la creación de una red europea de autoridades nacionales independientes,⁴⁶⁷ al estilo de la Red Europea de Competencia.

6.7. Reformar del Reglamento 139/2004, de concentraciones de empresas.

Las recientes *Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos* permitirán captar parte de las *M&A* que, hasta ahora, escapaban del control de la Comisión Europea. Por su parte, la DMA incorpora la notificación obligatoria de las adquisiciones previstas por parte de los guardianes de acceso en su artículo 12.

Sin embargo, estos cambios superficiales no profundizan en la raíz de los problemas que adquisiciones especialmente peligrosas, como las *killer acquisitions*, suscitan para el mecanismo de control del Reglamento 139/2004. Puesto que gran parte de ellas no alcanzan los umbrales basados en el volumen de negocios de las entidades exigidos para su activación, la Comisión quedará atada de pies y manos salvo que entre en juego el mecanismo de remisión.

A la vista de estas limitaciones, Estados miembros como Austria o Alemania han modificado sus respectivas legislaciones nacionales para incorporar umbrales basados en el volumen de la transacción a los antiguos umbrales basados en el valor de negocios.

⁴⁶⁴ FRIENDS OF AN EFFECTIVE DMA (2021): *Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement...*, cit.

⁴⁶⁵ DE STREEL, A. (...): *Making the Digital Markets Act more resilient and effective...*, cit., p. 93.

⁴⁶⁶ *Ibid*, p. 94.

⁴⁶⁷ *Ibid*, p. 95.

Si bien la DMA no es el instrumento idóneo para ello, esta nueva legislación podría acompañarse de la esperada reforma del Reglamento 139/2004. Y es que este Reglamento se presenta como un complemento imprescindible de la misma, al contribuir significativamente al objetivo de garantizar unos mercados digitales disputables y equitativos.

7. CONCLUSIONES

La excesiva concentración en algunos mercados digitales ha despertado los recelos de autoridades y gobiernos de todos los rincones del mundo, como demuestra el bombardeo de informes, dictámenes y propuestas que vienen produciéndose en los últimos años. Todos ellos coinciden en una serie de rasgos compartidos por los mercados de la economía digital, alertan acerca de los riesgos que esta situación plantea sobre cada agente económico y formulan propuestas y recomendaciones dirigidas a gobiernos y parlamentos.

No obstante, la Unión Europea —junto con el Reino Unido— ha tomado la delantera al materializar esta producción en una verdadera iniciativa legislativa que aborde la sintomática de los mercados digitales desde un enfoque multisectorial.

El resultado de estos esfuerzos es la Propuesta de Ley de Mercados Digitales, un instrumento regulatorio *ex ante* y procompetitivo, diferenciado del Derecho de la competencia, pero también de cualquier otro instrumento que pueda parecerse en el ámbito de la UE (incluso del aparentemente cercano Código de Comunicaciones Electrónicas).

Con los objetivos primarios de fomentar unos mercados disputables y equitativos —a los que se suma el objetivo integracionista de evitar la fragmentación del mercado interior—, la UE ha contorneado una regulación de la que se beneficiarán competidores, usuarios profesionales y (en último término) usuarios finales.

La iniciativa adopta una posición moderada en el amplio abanico de soluciones propuestas alrededor del mundo, sin alcanzar los extremos opuestos del *laissez faire* o la desmembración de empresas como remedio generalizado. En este sentido, reconoce la necesidad de actuar en los mercados digitales a través de la imposición de obligaciones de comportamiento genéricas para los denominados guardianes de acceso; reservando la imposición de remedios estructurales para ciertos casos excepcionales.

Aun reconociendo su mérito, no podemos sino advertir la existencia de algunas deficiencias en su elaboración.

Es evidente que la Comisión parte de su propia experiencia para la redacción del listado de obligaciones de comportamiento que componen los artículos 5 y 6; las investigaciones abiertas a los gigantes digitales han puesto de manifiesto la existencia de una serie de conductas que deben evitarse a toda costa. Ello se refleja en un listado que parece específicamente dirigido a uno o varios operadores de los mercados digitales, con nombres y apellidos.

El resultado de esta visión microscópica, segmentada, es que el catálogo de obligaciones y prohibiciones parece difícil de extrapolar a los modelos de negocio para los que no están específicamente pensadas. Al olvidar adoptar una mirada panorámica de los mercados digitales, se corre el riesgo de dejar pasar muchas conductas que puedan surgir en el contexto de estos mercados dinámicos, altamente cambiantes e innovadores. Ciertamente existe la posibilidad de incoar investigaciones de mercado para la actualización de este catálogo, pero la experiencia pasada de la Comisión demuestra que este tipo de actuaciones pueden resultar largas y farragosas.

Se echa de menos, pues, una serie de principios generales u organizadores que se sobrepongan a la lista específica de obligaciones de comportamiento, y que dote a la Comisión europea de una mayor flexibilidad, facultándola para la adopción de medidas provisionales en tanto se actualiza el listado de obligaciones. La propuesta británica, consistente en la aplicación de un código de conducta particularizado a cada firma con SMS sobre la base de varios principios generales, parece otra solución apropiada.

Asimismo, aunque de la lectura de su exposición de motivos pueden deducirse los concretos objetivos de la Propuesta, resultaría más adecuada su enumeración dentro del articulado; aclarando además en qué consiste cada uno de ellos (por no poder definirse con arreglo al Derecho de la competencia) y su relación específica con cada una de las obligaciones y prohibiciones de los artículos 5 y 6.

La aplicación de la DMA exigirá también ciertas correcciones.

En primer lugar, la aplicación privada ha de fomentarse como pilar central para la efectividad de la DMA. Ello requiere, en primer lugar, un reconocimiento explícito de la posibilidad de ejercitar acciones privadas por los particulares. A ello podrán sumarse, con la experiencia extraída a partir de su entrada en vigor, otras medidas adicionales para corregir los obstáculos que impidan la efectividad práctica de este reconocimiento teórico.

En cuanto a la aplicación pública, la excesiva centralización en manos de la Comisión Europea podría ralentizar la efectividad de la DMA y dejar escapar, al mismo tiempo, la valiosa experiencia que pueden aportar las autoridades nacionales de los Estados miembros. Aun sin disponer de la capacidad para aplicar las disposiciones de la DMA, las autoridades nacionales deben desempeñar un rol más protagonista en este entramado. Por supuesto, ello implicará la instauración de un mecanismo que facilite la cooperación y coordinación con la Comisión Europea (para así minimizar, igualmente, los riesgos derivados de la descentralización, como una interpretación divergente de las disposiciones de la DMA).

Aún con estos detalles por pulir, la DMA presenta una respuesta bastante coherente a una problemática excesivamente compleja, donde no existen posiciones unánimes o verdades universales. Y es que, en este entorno tan confuso, incierto y cambiante, el debate no ha hecho más que empezar.

8. REFERENCIAS

Bibliografía

BROADBENT, M. (2020): “The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool – European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies”. *Centre for Strategic and International Studies*.

DEL GUAYO, I. (2010): “Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del Gas Natural”. *Publicación - Separata del nº 28 de Cuadernos de Energía, Club español de la Energía*.

ECHEBARRÍA, M. (2021): “Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso Amazon como ejemplo”. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, pp. 154-182.

ENNIS, S. y FLETCHER, A. (2020): “Developing international perspectives on digital competition policy”. *Centre for Competition Policy and Norwich Business School, University of East Anglia*.

ESAYAS, S. (2018): “Privacy as a Non-Price Competition Parameter: Theories of Harm in Merger”. *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 2018-26.

EVANS, D. (2002): “The antitrust economics of two-sided markets”. *American Enterprise Institute*. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022

FIRST, H. (2013): “Antitrust’s Democracy Deficit”. *Fordham Law Review*, vol. 81, pp. 2543-2574.

GAL, M.S. y RUBINFELD, D. L. (2016): “The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement”. *NYU Center for Law, Economics and Organization*, Working Paper No. 14-44.

GERADIN, M.; THEANO K. y DIMITRIOS, K. (2021): “GDPR Myopia: how a well-intended regulation ended up favouring large online platforms - the case of ad tech”. *European Competition Journal*, vol. 17, núm. 1, pp. 47-92.

HERRERO, C. (2021): “Gigantismo empresarial en los mercados digitales. ¿una vuelta a los orígenes y... nuevos desafíos?”. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, pp. 111-124

HORTON, T. (2018): “Rediscovering Antitrust’s Lost Values”. *University of New Hampshire Law Review*, vol. 16, núm.2, pp. 179-242.

IBÁÑEZ, P. (2020): “The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis”. *SSRN*. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276

KERBER, W. (2019): “Updating Competition Policy for the Digital Economy? An Analysis of Recent Reports in Germany, UK, EU, and Australia”. *Social Science Research Network*.

KWOKA J., VALLETTI T. (2020): “Unscrambling the Eggs: Breaking up Consummated Mergers & Dominant Firms”. *SSRN*. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3736613

LEE-MAKIYAMA, H. Y NARAYANAN B. (2020): “Economic Costs of Ex Ante Regulations”. *ECIPE occasional paper 07/2020*.

LUNDQVIST, B. y GAL, M.S. (eds.) (2019): *Competition law for the digital economy*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

OXENHAM, S.; CHRISTENSEN, B., CONRAD, J.; GRIMMER N. y PRATT, J. (2020): “Market definition in the digital economy: considerations for how to properly identify relevant markets”. *American Antitrust Institute Online Symposium: Technology and Market Definition*.

PARKER, G.; PETROPOULOS, G. y VAN ALSTYNE, M. (2021): “Platform mergers and antitrust”. *Working Paper 01/2021, Bruegel*.

PETTIT, N (2020): *Big Tech & the Digital Economy: the Mologopoly Scenario*. Oxford University Press, Oxford.

PODSZUN, R.; BONGARTZ, P. Y LANGENSTEIN, S. (2021): “Proposals on how to improve the Digital Markets Act”. SSRN. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788571

SHAPIRO, C. (2018): “Antitrust in a Time of Populism”. *International Journal of Industrial Organization*, núm. 61, pp. 714-748.

SIRUR, S.; NURSE, J. y WEBB, H. (2018): “Are we there yet? Understanding the challenges faced in complying with the General Data Protection Regulation (GDPR)”. *MPS '18: Proceedings of the 2nd International Workshop on Multimedia Privacy and Security*.

SRINIVASAN, D. (2020): “Why Google Dominates Advertising Markets”. *Stanford Technology Law Review*, vol. 24, núm. 1, pp. 55-175.

TAMAYO, J. (2021): “Big data, competencia y protección de datos: el rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada”. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, pp. 183-202.

VELASCO, L. (2010): “Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia”. *RCD*, núm. 6, pp. 13-35.

VELASCO, L. (2021): “El papel del Derecho de la competencia en la Era Digital”. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, pp. 93-110.

ZURIMENDI, A. (2021): “La desconcentración como medida de actuación contra los gigantes tecnológicos: riesgos y eficacia”. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 78, pp. 125-137.

Webgrafía

ANDERSON, J. y MARINIELLO M. (2021): “Regulating big tech: the Digital Markets Act”. *Bruegel Blog*. Disponible en <https://www.bruegel.org/2021/02/regulating-big-tech-the-digital-markets-act/>

COMISIÓN EUROPEA (2021): “The Digital Services Act package”. *Comisión Europea*. Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (2014): “Press release – 9 September 2014: Gas Market”. *Autorité de la concurrence*. Disponible en <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/9-september-2014-gas-market>

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (2019): “The Autorité de la concurrence hands down a €150M fine for abuse of a dominant position”. *Autorité de la Concurrence*. Disponible en <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/autorite-de-la-concurrence-hands-down-eu150m-fine-abuse-dominant-position>

BELGIAN COMPETITION AUTHORITY (2015): “The Belgian Competition Authority imposes a fine of 1.190.000 EUR on the National Lottery for having abused its dominant position when launching its sport betting product Scoore!”. *Belgian Competition Authority*. Disponible en https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/20150923_press_release_15_abc.pdf

BUNDESKARTELLAMT (2017): “Next stop: digital markets”. *Bundeskartellamt*. Disponible en <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Interviews/EN/IFLR%20-%20Next%20stop%20digital%20markets.html>

BUNDESKARTELLAMT (2019): “Case Summary: Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing”. *Bundeskartellamt*. Disponible en: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?blob=publicationFile&v=3>

BUNDESKARTELLAMT (2021): “Amendment of the German Act against Restraints of Competition”. *Bundeskartellamt*. Disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html

CAFFARRA, C. y SCOTT MORTON, F. (2021): “The European Commission Digital Markets Act: A translation”. *VOX, CEPR Policy Portal*. Disponible en <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>

COMISIÓN EUROPEA (2014): “Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_1088

COMISIÓN EUROPEA (2017): “Antitrust: Commission accepts commitments from Amazon on e-books”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1223

COMISIÓN EUROPEA (2017): “Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_1784

COMISIÓN EUROPEA (2017): “Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369

COMISIÓN EUROPEA (2018): “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 miles de millones EUR por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de Google”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4581

COMISIÓN EUROPEA (2019): “Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770

COMISIÓN EUROPEA (2019): “Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291

COMISIÓN EUROPEA (2020): “Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073

COMISIÓN EUROPEA (2020): “Antitrust: Commission opens investigation into Apple practices regarding Apple Pay”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1075

COMISIÓN EUROPEA (2020): “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077

COMISIÓN EUROPEA (2020): “Derecho de competencia de la UE: comunicación sobre la definición de mercado (evaluación)”. *Comisión Europea*. Disponible en <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Derecho-de-competencia-de-la-UE-comunicacion-sobre-la-definicion-de-mercado-evaluacion-es>

COMISIÓN EUROPEA (2020): “Norma sobre mercados digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349

COMISIÓN EUROPEA (2020): “The Digital Services Act: ensuring a safe and accountable online environment”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en

COMISIÓN EUROPEA (2021): “The Digital Services Act package”. *Comisión Europea*. Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>

DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY (2021): “New competition regime for tech giants to give consumers more choice and control over

their data, and ensure businesses are fairly treated”. *Government UK*. Disponible en <https://www.gov.uk/government/news/new-competition-regime-for-tech-giants-to-give-consumers-more-choice-and-control-over-their-data-and-ensure-businesses-are-fairly-treated>

Diario Oficial de la UE (2019): “Resumen de la Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2019 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE y del artículo 54 del Acuerdo EEE”. *DOUE*. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020AT40411\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020AT40411(03)&from=EN)

DIGITAL REGULATION PLATFORM (2020): “Approach to market definition in a digital platform environment”. *Digital Regulation Platform*. Disponible en <https://digitalregulation.org/approach-to-market-definition-in-a-digital-platform-environment/>

DOCTOROW, C. y SCHMON, C. (2020): “The EU’s Digital Markets Act: There Is a Lot To Like, but Room for Improvement”. *EFF*. Disponible en <https://www.eff.org/deeplinks/2020/12/eus-digitalmarkets-act-there-lot-room-improvement>

DOUE (2017): “Resumen de la Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.40153 – Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines)”. *DOUE*. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0811\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0811(02)&from=EN)

DOUE (2018): “Resumen de la Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.40099 — Google Android)”. *DOUE*. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC1128\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC1128(02)&from=EN)

EL PAÍS (1998): “Caso de abuso de posición dominante en prensa en la UE”. *El País*. Disponible en https://elpais.com/diario/1998/11/27/sociedad/912121216_850215.html

EL PAÍS (2021): “Brasil e India encabezan la rebelión global contra las nuevas condiciones de WhatsApp”. *El País*. Disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2021-05-15/rebelion-global-contra-el-dominio-de-whatsapp.html>

FRIENDS OF AN EFFECTIVE DMA (2021): *Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement*. Disponible en <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2021/05/27/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement>

FRYDENBERG, J. (2021): “Parliament passes News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code”. *Australian Government – The Treasury*. Disponible en <https://ministers.treasury.gov.au/ministers/josh-frydenberg-2018/media-releases/parliament-passes-news-media-and-digital-platforms>

GHOSH, S. y REUTERS (2021): “Russia walked back its threat to totally block Twitter for failing to delete banned content”. *Business Insider*. Disponible en <https://www.businessinsider.com/russia-slows-twitter-traffic-until-may-15-over-banned-content-2021-4>

GOOGLE (2009): “Google’s Approach to Competition”. *Google Public Policy Blog*. Disponible en <https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html>

KOPALLE, P. (2014): “Why Amazon's Anticipatory Shipping Is Pure Genius”. *Forbes*. Disponible en <https://www.forbes.com/sites/onmarketing/2014/01/28/why-amazons-anticipatory-shipping-is-pure-genius/>

LE MONDE (2021): “La Russie ouvre une enquête contre YouTube pour «abus de position dominante»”. *Le Monde*. Disponible en https://www.lemonde.fr/pixels/article/2021/04/19/la-russie-ouvre-une-enquete-contre-youtube-pour-abus-de-position-dominante_6077329_4408996.html

MADIEGA, T. (2021): “Digital Markets Act”. *Parlamento Europeo*. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRS_BRI\(2021\)690589_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRS_BRI(2021)690589_EN.pdf)

PARLAMENTO EUROPEO (2020): “COVID-19: el plan de la UE para la recuperación económica”. *Parlamento Europeo*. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/economy/20200513STO79012/covid-19-el-plan-de-la-ue-para-la-recuperacion-economica>

PWC (2018): “The 2018 Global Innovation 1000 study”. *PWC*. Disponible en <https://www.strategyand.pwc.com/gx/en/insights/innovation1000.html>

ROBERTSON, V. (2020): “The EU’s Attempt at Updating Antitrust Market Definition for the Digital Age”. *ProMarket*. Disponible en <https://promarket.org/2020/07/21/the-eus-attempt-at-updating-antitrust-market-definition-for-the-digital-age/>

ROSSI, B. (2015): “77% of UK businesses say EU’s new data law is a financial burden”. *Information Age*. Disponible en: <http://www.information-age.com/77-uk-businesses-say-eus-new-data-law-financial-burden-123460254/>

SANDLER, R. (2021): “Australia passes law requiring Google and Facebook to pay for news”. *Forbes*. Disponible en <https://www.forbes.com/sites/rachelsandler/2021/02/24/australia-passes-law-requiring-google-and-facebook-to-pay-for-news/?sh=5552a04ebf11>

SEGARRA, L.M. (2018): “Google to Pay Apple \$12 Billion to Remain Safari’s Default Search Engine in 2019: Report”. *Fortune*. Disponible en <https://fortune.com/2018/09/29/google-apple-safari-search-engine/>

SINGH, S. (2021): “WhatsApp to move ahead with controversial "take it or leave it" privacy policy update despite India's strong stand against it”. *The Financial Express*. Disponible en <https://www.financialexpress.com/industry/technology/whatsapp-to-move-ahead-with-controversial-takeit-or-leave-it-privacy-policy-update-despite-indias-strong-stand-against-it/2197881/>

STATCOUNTER (2021): “Search Engine Market Share United States of America”. *StatCounter*. Disponible en <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/united-states-of-america>

THE ECONOMIST (2017): “Regulating the internet giants: the world’s most valuable resource is no longer oil, but data”. *The Economist*. Disponible en <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>

THE IRISH TIMES (2021): “WhatsApp says European users do not have to share data with Facebook”. *The Irish Times*. Disponible en <https://www.irishtimes.com/business/technology/whatsapp-says-european-users-do-not-have-to-share-data-with-facebook-1.4452435>

THE NEW YORK TIMES (2021): “A Global Tipping Point for Reining in Tech Has Arrived”. *The New York Times*. Disponible en <https://www.nytimes.com/2021/04/20/technology/global-tipping-point-tech.html>

URÍA MENÉNDEZ (2021): “La nueva política de la Comisión Europea para ampliar el ámbito de revisión de operaciones de concentración – Reinterpretación del mecanismo de remisión de operaciones de concentración a la Comisión Europea”. *Uría*. Disponible en <https://www.uria.com/documentos/circulares/1395/documento/12250/UM-nota.pdf?id=12250>

VESTAGER, M (2021): “Answer given by Executive Vice-President Vestager on behalf of the European Commission”. *Parlamento Europeo*, E-000274/2021.

VESTAGER, M. (2020): “Building trust in technology”. *Comisión Europea*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-executive-vice-president-margrethe-vestager-building-trust-technology_en

WARREN, E. (2019): “Here’s how we can break up Big Tech”. *Medium*. Disponible en <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>

Decisiones y jurisprudencia

Decisión de la Bundeskartellamt del 06/02/2019, asunto B6-22/16 – *Facebook*.

Decisión de la CE de 16/12/2009, Caso AT.39530 – *Microsoft (Tying)*.

Decisión de la CE de 18/02/2010, Caso M.5727 – *Microsoft/Yahoo*.

Decisión de la CE del 03/10/2014, asunto M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

Decisión de la CE de 15/04/2015, Caso AT.40099 – *Google Android*.

Decisión de la CE de 04/05/2017, Caso AT.40153 – *Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines (Amazon)*.

Decisión de la CE de 27/06/2017, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*.

Decisión de la CE de 20/03/2019, Caso AT.40411 – *Google AdSense*.

Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76 – *Hoffmann-La Roche contra Comisión Europea*.

Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76 – *United Brands Corp contra Comisión Europea*.

Sentencia del TJUE de 11-09-2014, asunto C-67/13 P (*Groupment des Cartes Bancaires*).

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. ___ (2018).

Documentos

ADVICE OF THE DIGITAL MARKETS TASKFORCE (2020): *A new pro-competition regime for digital markets*. CMA, Reino Unido.

BOURREAU, M. y DE STREELE, A. (2019): *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. Informe para el CERRE, Bruselas.

CMA (2020): *Online platforms and digital advertising: Market study final report*. CMA, Reino Unido.

COMISIÓN EUROPEA (2020): *Digital Markets Act Impact Assessment support study: Executive Summary and Synthesis Report*. Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo.

COMISIÓN EUROPEA (2020): *Impact Assessment Report – Annexes*. SWD(2020) 363 final.

COMISIÓN EUROPEA (2020): *Shaping Europe's digital future*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo.

CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.A. y SCHWEITZER, H. (2019): *Competition policy for the Digital Era*. Oficina de Publicaciones de la UE. Luxemburgo.

DIRECCIÓN GENERAL DE FISCALIDAD Y UNIÓN ADUANERA (2014): *Working Paper: Digital Economy - Facts & Figures*. Digit/008/2014.

FURMAN, J.; COYLE, D.; FLETCHER, A.; MARSDEN, P. Y MCAULEY, D. (2019): *Unlocking Digital Competition*. Report of the Digital Competition Expert Panel, Reino Unido.

OECD (2009): *Two-sided markets*. DAF/COMP(2009)20.

OECD (2013): *The Digital Economy*. Daf/Comp(2012)22.

OECD (2016): *Structural separation in regulated industries: report on implementing the OECD recommendation 9*.

SCHWEITZER, H.; HAUCAP, J.; KERBER, W. y WELKER, R. (2018): *Modernising the Law on Abuse of Market Power*. Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, Alemania.

STIGLER CENTER (2019): *Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report*. Chicago Booth School of Business.

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